

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURIPÍDES SOARES DA ROCHA”  
CENTRO UNIVERSITÁRIO “EURIPÍDES DE MARÍLIA” – UNIVEM  
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

PAULO BERNARDO BERTOLINO

ESTADO, DIREITO E LEI  
papel das práticas sociais

MARÍLIA  
2006

PAULO BERNARDO BERTOLINO

ESTADO, DIREITO E LEI  
papel das práticas sociais

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado do Centro Universitário Eurípides de Marília, mantido pela Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, para obtenção de Título de Mestre em Direito (Área de Concentração: Construção do Saber Jurídico).

Orientador:  
Prof. Dr. Olney Queiroz Assis

MARÍLIA  
2006

BERTOLINO, Paulo Bernardo

ESTADO, DIREITO E LEI: papel das práticas sociais Paulo Bernardo Bertolino; orientador: Olney Queiroz Assis. Marília, SP [s.n], 2006.

153 f.

Dissertação (Mestre em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília – Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha.

1. Os clássicos. 2. Idade Média. 3. Lei. 4. Modernidade.

CDD: 340.115

PAULO BERNARDO BERTOLINO

ESTADO, DIREITO E LEI

papel das práticas sociais

Banca examinadora da dissertação apresentada ao Programa de Mestrado da UNIVEM, /F.E.E.S.R., para obtenção do Título de Mestre em Direito. Área de concentração: Teoria do Direito e do Estado.

Resultado: 08 (oito)

ORIENTADOR: Prof. Dr. Olney Queiroz Assis

1º EXAMINADOR: Prof. Dr. Lafayette Pozzoli

2º EXAMINADOR: Prof. Dr. Rubens Galdino da Silva

Marília, 18 de abril de 2006.

Dedico este trabalho a você Sueli, que sempre  
esteve ao meu lado.

Obrigado, meu amor.

## AGRADECIMENTOS

Agradeço a você, que ao ler este trabalho terá a plena certeza, que também participou dele. Ensinando, aconselhando, ouvindo.

Agradeço ao meu amigo/irmão José Aparecido de Lima, meu incentivador incansável.

*"Todos necessitam, igualmente de guias. A uns é preciso obrigar a conformar a vontade à razão, a ao outro, ensinar a conhecer o que quer. Então, das luzes públicas resulta a união do entendimento e da vontade do corpo social, daí o perfeito concurso das partes e, enfim, a maior força de todos. Eis donde nasce a necessidade de um legislador" (Jean Jacques Rousseau).*

BERTOLINO, Paulo Bernardo: **ESTADO, DIREITO E LEI**: papel das práticas sociais. 2006. 151 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Marília, 2006.

## RESUMO

Iniciamos o nosso trabalho procurando demonstrar a idéia do Direito na filosofia. Na Grécia, em especial na tríade Sócrates, Platão e Aristóteles, abordamos a formação da Polis e a contribuição do pensamento destes filósofos que ainda por várias séculos é fonte de estudo e de pesquisa. Adentramos na civilização romana, de imensurável importância para o mundo ocidental, a qual contribuiu até nossos dias com os nossos institutos jurídicos, instituições políticas e culturais. A Idade Média proporciona uma visão acerca do que realmente constituiu o Direito Feudal, mesmo não possuindo autonomia para o desenvolvimento de pesquisa científica, princípios e valores relevantes são ainda usados hodiernamente. No final da Idade Média, devido a instabilidade política, econômica e social, a partir deste contexto, nasce o Estado Moderno para o restabelecimento da ordem e da autoridade. Os filósofos dos séculos XV a XVIII, especialmente Maquiavel, Hobbes, Locke e Rousseau, contribuíram para justificar os direitos pertencentes ao homem e a própria estrutura do Estado Absolutista Moderno. A Revolução Francesa marca definitivamente a ruptura do antigo regime e o retorno da democracia, transformando profundamente a sociedade européia. Surge o positivismo jurídico. No século XIX, na França de Napoleão Bonaparte surge o Code Civil, de 1804. Com Hans Kelsen, emerge uma nova doutrina, discutindo e propondo princípios e métodos da teoria jurídica, revolucionando completamente o Direito. O Direito no século XX é questionado, a partir do desequilíbrio das relações do poder político e econômico, quando o Estado abandona o discurso igualitário ou emancipatório, a lei cai no desprestígio, predomina a governabilidade em detrimento ao ideal de justiça social. O nosso direito deve ser lido e apreendido sob a lente da Constituição, de modo a concretizar os valores nela consagrados.

**Palavras chave:** Os clássicos. Idade Média. Lei. Modernidade

BERTOLINO, Paulo Bernardo: **STATE, RIGHT AND LAW** – paper of the social practices. 2006. 151 f. Dissertation ( Master’s degree in Right) Center Academical Eurípides of Marília, Fondation of Ensino Eurípides Soares of Rocha, Marília, 2006.

## ABSTRACT

We initiate our work trying to show the idea of Law in Philosophy. In Greece, in special with Socrates, Platan and Aristoteles, we approach the formation of Polis and the contribution of the thoughts of those persons who, still, for centuries is source of studies and research. We focus on the roman civilization, which has an imensurable importance to the occidental world, which contributes so far with law, political and cultural institutes. The Middle Age gives us a vision about of what really constituted the Feudalism Law, even without autonomy to the development of a scientific research, principles and relevant values which are still used. At the end of the Middle Age, due to the political, economical and social instability, the Modern State arises to the restabishment of order and authority, Philosophers of the 15th and 18th centuries, specially Maquiavel, Hobbes, Locke and Rousseau, contributed to justify the human and Modern State Rights. The French Revolution definitely establishes the “brake down” between the old and new, with a revolution in the european society. The juridical positivism arises. In the 19th Century, in France, they edict the Civil Code, in 1804. With Hans Kelsen, it appears a new doctrine, discussing principles and methods, causing a revolution in the Law System. The Law System, in the 20th Century is questioned, starting from the point of collision of the political and economical relations, when the State abandons the egalitarian speech, the law falls apart, the governability domains over the ideal of social justice. Our laws have to be read and under constitutional lenses, so we can make the values worthy.

**Key-works:** classics. Middle Age. Law. Modernism.

BERTOLINO, Paulo Bernardo : **EL ESTADO, DERECHO Y LEY**– el papel de la práctica sociales. 2006. 151 fls. Disertación ( el grado de Mestre em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Marília, 2006.

## RESUMEN

Nosotros empezamos nuestro trabajo que intenta demostrar la idea del Derecho en la filosofía. En Grecia, sobre todo en la tríada Sócrates, Platón y Aristóteles, nosotros nos acercamos la formación del usted polaco y la contribución de estos filósofos pensó que todavía durante varios siglos es la fuente del estudio y de investigación. Nosotros penetramos en la civilización romana, de importancia inmensurable para el mundo occidental que contribuye hasta nuestros días con nuestros institutos jurídicos las instituciones políticas y culturales. La Edad Elemento proporciona una visión que involucra lo que realmente constituyó el Derecho la autonomía poseyendo Feudal, misma por el desarrollo de investigación científica, todavía se usan principios y los valores pertinentes el hodiernamente. En el fin de la Edad Elemento, debido a la inestabilidad político, barato y social, empezando de este contexto, nace el Estado Moderno para el re-establecimiento del orden y de la autoridad. Los filósofos de los siglos XV a XVIII, sobre todo Maquiavel, Hobbes, Locke y Rousseau, contribuidos para justificar la pertenencia de los derechos al hombre y la propia estructura del Estado Absolutista Moderno. La Revolución francesa marca la ruptura del régimen viejo y el retorno de la democracia definitivamente, mientras transformando la sociedad europea profundamente. El positivismo jurídico aparece. Por el siglo XIX, en el Código de Francia de Napoleão Bonaparte Civil, 1804 aparecen. Con Hans Kelsen, una nueva doctrina surge, mientras discutiendo y proponiendo los principios y métodos de la teoría jurídica, revolucionando el Derecho completamente. El Derecho en el siglo que se cuestionan XX, mientras empezando del desequilibrio de las relaciones del poder político y barato, cuando los abandonos Estatales el discurso del equalitarian o emancipatorio, la ley se desplomó el descrédito, el gobernabilidad prevalece en el detrimento al ideal de justicia social. Nuestro derecho debe leerse y debe aprehenderse bajo la lente de la Constitución, de la manera de dar los valores en ella consagrada.

**Las palabras codifican:** El clásico. La edad elemento. La ley. La modernidad.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	14
CAPITULO I - LEI E PRÁTICA POLÍTICA: DA GRÉCIA À MODERNIDADE.....	18
1.1 Surgimento da polis.....	18
1.1.1 A dicotomia público x privado na Antigüidade.....	21
1.1.2 Labor, trabalho e ação como integrantes da vita activa na condição humana.....	22
1.2 Nasce o direito na Polis.....	25
1.2.1 A tríade Grega.....	27
1.2.2. A contribuição da doutrina estoíca.....	35
1.3 A civilização Grega, berço da civilização Ocidental.....	40
1.4 A democracia na visão dos filósofos: o embate entre o realismo filosófico e o sofismo.....	42
1.5 Roma Antiga – A produção do direito.....	45
1.6 A Sociedade Feudal – Como era produzido o Direito?.....	49
1.7 O sistema feudal de produção.....	51
1.8 Multiplicidades de fontes.....	52
1.8.1 Costumes.....	52
1.8.2 Influência do Clero.....	53
1.8.3 Influência da nobreza feudal.....	57
1.8.4 Contrato de enfeudação.....	57
1.8.5 Corporações de ofício.....	60
1.8.5.1 Comerciantes.....	61

1.8.5.2 Artesões.....	62
1.9 Burguesia.....	63
CAPÍTULO II - ESTADO MODERNO E O CONCEITO DE SOBERANIA....	71
2.1 O Monarca e a construção de soberania.....	71
CAPITULO III - ESTADO E DIREITO NOS CLÁSSICOS.....	76
3.1 Maquiavel.....	76
3.1.1 Da prática política nasce o pensador.....	77
3.1.2 Os principados.....	78
3.1.3 Virtù.....	80
3.1.4 O Príncipe.....	83
3.2 Os pensadores jusnaturalista: o ser humano enquanto cidadão.....	85
3.2.1 A concepção de Estado de Thomas Hobbes.....	88
3.2.2 O Estado segundo Locke.....	94
3.2.2.1 Considerações acerca da atualidade das concepções de Hobbes e Locke sobre o Estado.....	99
3.2.2.2 Reflexões.....	101
3.3 J. J. Rousseau.....	106
3.3.1 O Pacto Social.....	108
3.3.2 A Lei.....	113
3.3.3 Do Legislador.....	115
3.4 Montesquieu.....	117
3.5 As Revoluções Francesa e Americana.....	121
CAPÍTULO IV – HANS KELSEN.....	124
4. Kelsen, o positivista.....	124
4.1 A visão normativista para Kelsen.....	126

4.2 Positivismo e norma jurídica.....	128
4.3 Lei como referencial de objetividade: “ser” e o “dever ser” .....	129
4.4 Norma hipotética Fundamental.....	131
<b>CAPÍTULO V - FUNDAMENTOS TEÓRICOS DO NOVO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO.....</b>	<b>135</b>
5.1 A Pós-Modernidade e o Direito.....	135
5.2 A busca da razão possível.....	137
5.3 A dogmática jurídica e sua superação.....	142
5.4 A teoria crítica do direito.....	143
CONCLUSÕES.....	147
GLOSSÁRIO.....	149
REFERÊNCIAS.....	150

## INTRODUÇÃO

Propomos nesta dissertação, demonstrar que a idéia do direito, possui raízes em toda a história do pensamento humano, desde as especulações filosóficas mais remotas.

No que se refere ao presente trabalho, o mesmo não irá abarcar a idéia do direito em todo o curso da história, mas sim, a idéia do direito nas filosofias clássicas, medieval, moderna e contemporânea.

Analisaremos a filosofia grega, a partir do maior monumento da história da filosofia, a tríade Sócrates – Platão – Aristóteles, mas precisamente no surgimento da polis. É na Grécia anterior VI a.C., que se desenvolveram os princípios mais remotos do direito natural, do positivismo, do relativismo e do sociologismo jurídico.

O surgimento Estado Romano, muito semelhante ao Estado grego. A civilização romana foi, sem sombra de dúvida, de imensurável importância para a configuração das sociedades atuais, notadamente as do Ocidente, uma vez que a grande maioria dos institutos jurídicos e instituições políticas e até mesmo culturais que conhecemos e cultivamos hodiernamente, têm suas raízes na antiga sociedade romana.

Adentramos na Idade Média, analisando sistema jurídico que vigiu no Ocidente Europeu, durante toda essa época, o Direito Feudal. Não pretendemos esgotar o tema apenas estudar brevemente os institutos jurídicos vigentes na época, com o escopo de proporcionar uma visão acerca em que realmente constitui o Direito Feudal.

Deve-se salientar que, na Idade Média, o fato que não havia autonomia no desenvolvimento da pesquisa científica, entanto, princípios e valores relevantes, aplicáveis ainda hodiernamente, surgiram naquele período.

No final da Idade Média, foi despertando a consciência para a busca da unidade, que afinal se concretizaria com a afirmação de um poder soberano, no sentido supremo, reconhecido como o mais alto de todos dentro de uma precisa delimitação territorial.

Pelas multiplicidades de fontes jurídicas (nobreza, clero, senhores feudais, as corporações de ofícios) desencadeou uma permanente instabilidade política, econômica e social, gerando uma intensa necessidade de ordem e de autoridade, que seria o germe de criação do Estado Moderno.

Neste contexto, nasce o Estado Absolutista Moderno apresentando como paradoxo político no mais amplo sentido da expressão: o monarca era a fonte maior da Lei embora não estivesse, em tese ao menos, sujeito a qualquer limitação legal.

Pelas grandes transformações ocorridas a partir do Renascimento e o desenvolvimento da ciência moderna levaram o homem a questionar, entre outras coisas os critérios e métodos para a aquisição de um conhecimento verdadeiro.

Com essa preocupação, as estruturas do pensamento passaram a ser dissecadas e investigadas pelos principais filósofos dos séculos XVII e XVIII, em nosso trabalho pela própria limitação tomamos por base apenas os pensamentos de Maquiavel, Hobbes, Locke e Rousseau, que de certa forma contribuíram para justificar os direitos pertencentes ao homem, e a própria estrutura do Estado Absolutista Moderno.

No final do século XVIII, houve uma ruptura, que marcou definitivamente o fim do Antigo Regime e o retorno da democracia, em um Estado cada vez mais nacionalista, a Revolução Francesa, apesar da violência que a acompanhou, transformou profundamente a sociedade européia.

O pensamento jurídico também sofreu os impactos do desenvolvimento do discurso científico, que se cristalizou com o surgimento do positivismo jurídico, influenciado pelo positivismo científico e o positivismo filosófico.

A influência dos avanços das ciências e de seus excessos na área jurídica, principiaram pelo desenvolvimento da “Escola da Exegese”, surgida no início do século XIX, na França de Napoleão Bonaparte e do seu *Code Civil*, de 1804, que, pregando o positivismo legal ou legalismo positiva, objetivou consolidar a nova ordem jurídica instituída após a Revolução Francesa, mais ajustada ao ideário burguês.

No século XX emerge uma nova doutrina em reação ao sociologismo jurídico que iria revolucionar o Direito – o normativismo jurídico de Hans Kelsen. Esta nova maneira de pensar que é também dogmática, revolucionou completamente o Direito.

Hans Kelsen jurista de extraordinário valor, dele pode-se dizer que foi um divisor de águas para toda a teoria jurídica contemporânea.

O grande objetivo de sua obra foi discutir e propor os princípios e métodos da teoria jurídica. Suas preocupações, neste sentido, se inseriam no contexto específico dos debates metodológicos oriundos do final do século XIX e que repercutiam intensamente no começo do século XX.

Considerando a tese de Kelsen no quis respeito a definição científica do conteúdo das normas jurídicas é, contudo, peça essencial na teoria de Kelsen. Seu fracasso, no entanto, tem extraordinária importância para o desenvolvimento da filosofia do direito, porque a põe diante de sua questão fundamental neste fim de século – ou, se preferir, na atual transição para a pós-modernidade.

O estudo desenvolvido procurou investigar os antecedentes teóricos desse novo direito constitucional, identificar seus principais adversários e acenar com algumas idéias para o presente e para o futuro.

A paisagem é complexa e fragmentada. No plano internacional, vive-se a decadência do conceito tradicional de soberania. A globalização, como conceito e como símbolo, é a manchete que anuncia a chegada do novo século. A desigualdade ofusca as conquistas da

civilização e é potencializada por uma ordem mundial fundada no desequilíbrio das relações de poder político e econômico e no controle absoluto, pelos países ricos, dos órgãos multilaterais de finanças e comércio.

O Estado já não cuida de miudezas como pessoas, seus projetos e sonhos, e abandonou o discurso igualitário ou emancipatório. O desemprego, o sub-emprego e a informalidade tornam as ruas lugares tristes e inseguros.

Na política, consuma-se a desconstrução do Estado tradicional, duramente questionado na sua capacidade de agente do progresso e da justiça social. No direito, a temática já não é a liberdade individual e seus limites. A própria lei caiu no desprestígio. No direito público, a nova onda é a governabilidade.

A Constituição passa a ser, assim, não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Este fenômeno, identificado por alguns autores como filtragem constitucional, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados.

## CAPITULO I

### 1. LEI E PRÁTICA POLÍTICA: DA GRÉCIA À MODERNIDADE

#### 1.1 O surgimento da Polis

O que se pretende, neste capítulo é analisar alguns indícios sobre o comportamento da civilização grega, no tocante ao surgimento da *polis*. Sejam os gregos ou civilizações anteriores, sempre tiveram como referência ao sentido de vida o próprio ser humano na sua existência. A organização de um determinado povo ou de uma determinada cultura, deve ser sempre mensurada a partir das condições materiais existentes. Sendo de fundamental importância verificar o conjunto de fatores e transformações que regularam aquele momento histórico. As condições políticas e sociais e a produção cultural, estão de certa forma ligados num mesmo processo, ou seja, a mudança da organização social e na própria estrutura da sociedade.

Na Antigüidade muitas situações contribuíram na formação do conceito de liberdade, e dentre elas a noção de liberdade consagrada à vida política, ligada à vida da *polis* e à atividade denominada ação. Esta noção de liberdade política se forma a partir de condições objetivas concretas; mesmo os legisladores não tendo envidado esforços, nem todos os gregos beneficiaram deste status de cidadãos enquanto partícipes da ação. Mas na realidade por fundar na ação a noção de liberdade, não sendo todos os homens livres para agir; estes não participando da ação na polis, a liberdade política não se concretiza. Portanto, somente aqueles de fato que não estão impedidos de agir na polis, são livres.

O nascimento da polis resulta numa separação entre espaço público (*polis*) e espaço privado (*oikia*) (Ferraz Jr, 1995, p. 22). *Oikia* é a casa ou a habitação, a morada da família onde predomina o governo de um só. As relações familiares são assimétricas porque fundadas na diferença; o chefe de família, o senhor ou despótes, exerce os poderes de direção e administração do conjunto de pessoas (esposas, filhos e parentes) e de bens (construções,

terras, plantações, escravos, animais, instrumentos em geral). Por esse motivo, no âmbito da casa, o senhor e os demais lhe devem obediência. A atividade que se desenvolve na oikia, na esfera privada, denomina-se *labuta* ou labor, que consiste na produção de bens de consumo necessários à subsistência do grupo; portanto, todos, inclusive o senhor, estão sob a coação da natureza ou da necessidade.

Na oikia, o fator que rege a conduta não é a liberdade, mas a necessidade da vida e a preocupação com a sua preservação. Liberta-se desta condição significa para o liberto a aquisição do status para a prática da cidadania, porque consiste em abandonar a esfera privada e mover-se entre seus iguais, homens livres na polis. Portanto, do ponto de vista da liberdade política, o pequeno proprietário e os rendeiros em nada se distinguem dos escravos, tendo em vista que não podem se libertar da *labuta* para participar do espaço cívico da polis. (ASSIS, 2002, p.86)

A atividade apropriada ao cidadão se desenvolve na polis, o espaço público, composto de muitos governantes. Nesse espaço, as relações entre os cidadãos são simétricas porque fundadas na igualdade. A *polis* é o local de encontro dos iguais, dos homens que se libertaram da coação da natureza, isto é do labor; em virtude disto são considerados livres e também é livre a atividade de que eles exercem. Observa Arendt que os gregos, convivendo em uma polis, conduzem seus negócios por intermédio de discurso, através da coerção muda. Conseqüentemente, quando os homens livres obedecem a seu governo, ou às leis da *polis*, diz ela, essa obediência é chamada *peitharkhia*, uma palavra que é utilizada para indicar que a obediência é obtida pela persuasão e não pela força (ARENDR, 1998, p. 49).

Toda rivalidade supõe relações de igualdade, conforme especifica Vernant:

“(...) o que implica o sistema da polis é primeiramente uma extraordinária preeminência da palavra sobre todos os outros instrumentos de poder. Torna-se o instrumento político por excelência, a chave de toda a autoridade do Estado, o meio de comando e de domínio sobre outrem” (VERNANT, 1997, p. 33)

A atividade dos cidadãos na *polis* denomina-se ação. Essa atividade tem as seguintes características: é ilimitada (agir é iniciar continuamente relações) e imprevisível (não é possível determinar antecipadamente suas conseqüências). Vale dizer, a ação envolve cadeias intermináveis de acontecimentos cujo resultado final é imprevisível de se conhecer ou controlar antecipadamente. A ação é livre, por um lado, de motivos e, por outro lado, do fim intencionado como um efeito previsível. Assim, a ação é livre na medida em que é capaz de transcender o motivo e a finalidade (FERRAZ Jr, 1995, p. 25). A palavra agir liga-se a duas correspondentes em grego que ajudam a compreender o seu significado: liga-se a *arkéin* com o significado de começar, conduzir, governar, que são as qualidades do homem livre, entendido como liberado das necessidades da vida para a cidadania na *polis*; e liga-se a *práttein* com o significado de levar a cabo ou permanecer fazendo aquilo que começou a fazer (ARENDT, 1988, p. 214)

A *polis*, continua Ferraz Jr., não é propriamente um limite físico e normativo, mas um conjunto fugaz de ações. Mas para que a polis enquanto teia de relações possa surgir, são necessárias a delimitação física da cidade que é trabalho arquiteto, e a legislação que é trabalho do legislador, este considerado uma espécie de construtor da estrutura da cidade. Esse trabalho (do legislador e do arquiteto), ao contrário da ação, é uma atividade humana dominada pela relação meio/fim, com termo previsível. Portanto, a legislação, enquanto trabalho do legislador não se confunde com o direito enquanto resultado da ação. Há uma diferença entre *lex* e *jus* na proporção da diferença entre trabalho e ação. Desse modo, o que condiciona o *jus* é a *lex*, mas o que confere estabilidade ao *jus* é algo imanente à ação: a virtude do justo, a justiça.

De certa forma, num brevíssimo levantamento histórico e sucinta análise de algumas transformações sociais, que originaram a formação da polis, tendo como finalidade obter

algumas noções que possa ser possível entender a construção do espaço político e o conceito de liberdade na polis.

#### 1.1.1. A dicotomia público x privado na antigüidade.

Analisar as circunstâncias que criaram a distinção entre as esferas pública e privada na antigüidade é uma árdua tarefa, mas com o auxílio de Hannah Arendt, nesse aspecto, torna-se fundamental para uma abordagem a respeito. A Análise de Arendt, além de detalhada e vem estruturada, favorece ao perfeito entendimento do tema, além de se ter um quadro das possíveis mudanças que a sociedade viria a ter depois, com o avançar dos tempos.

O seu estudo, no que tange ao espaço público e ao privado – que criaram a distinção entre direito público e privado – é analisada a partir do conceito de *vita activa*, fundamental na obra da autora, Ou seja, toda a atividade do homem corresponde a uma porção da *vita activa*, tornando, pois, a ontologia de Hannah Arendt como sendo um estudo da “experiência existencial do homem” (ADEODATO, 1989, p. 113)

Assim, pois, a idéia de natureza é fundamental à obra de Hannah Arendt, mas não apenas ela. Natureza, no seu entender, constitui os meios dados ao homem para a vida, sem nenhuma interferência humana nesse proceder, A *vita activa* seria composta não apenas da natureza, mas também pela idéia do mundo, que aliaria à natureza toda a interferência do homem na transformação do estado bruto da natureza, formando objetos/bens que, em tese, não foram colocados à disposição do homem naturalmente.(ARENDR, 1997, p. 10) É nesse ponto específico, de transformação da natureza para a formação do mundo – ambos os conceitos formadores da condição humana – é que surge a noção de *vita activa* em Hannah Arendt.

Hannah Arendt nos fornece um conceito de *vita activa* – no capítulo justamente que versa as esferas pública e privada – ao afirmar que se trataria da “vida humana na medida em

que se empenha ativamente em fazer algo” (ARENDDT, 1997, p. 31). Logo, a atividade humana seria o grande pano de fundo da idéia de *vita activa*. Assim, a outora desmembra a idéia de *vita activa* conforme as atividades humanas na formação do mundo e transformação da natureza. Chega ela, então, a três esferas de *vita activa*: *o labor, o trabalho e a ação*.

### 1.1.2 Labor, trabalho e ação como integrantes da *vita activa* na condição humana

Ressalta que o primeiro problema a ser enfrentado no estudo dessas esferas é trazido por Adeodato, dedicando boa parte de um capítulo de sua obra a dissecar a problemática da tradução desses termos, em especial aos dois primeiros, que trazem complicações na tradução (ADEODATO, 1989, p.116-118). Assevera Adeodato que no escrito originalmente em inglês, os termos *labor*, *work* e *action* são difíceis de serem traduzidos com a fidelidade científica que se requer à matéria, Adeodato prefere traduzir *labor* como “trabalho” e *work* como “produção de objetos”.

É na esfera eminentemente privada que se encontra o labor na antiguidade, segundo Hannah Arendt. Trata-se de uma atividade eminentemente de substância, que tem por escopo a manutenção das condições vitais do homem. Por isso, Hannah Arendt afirma que a condição humana do labor é a vida. O labor, pois, é praticado com o intuito básico de saciar as atividades vitais do homem, e os instrumentos utilizados para a realização do labor ou estão no próprio corpo do homem ou são como uma extensão dele, chamado por Tércio Sampaio Ferraz Júnior de atividade ininterrupta de produção de bens de consumo (FERRAZ JR, 1994, p. 134).

Era chamado de *animal laborans* o homem que realizava o labor, com atividades realizadas no domínio da casa, onde não havia liberdade. Tal ausência de liberdade é vista sob as óticas interna e externa. A falta de liberdade interna está fundamentada na relação de mando que o *pater familias* detinha sobre os seus dominados, quer filhos e esposa, quer

escravos (ARENDDT, 1997, p. 36). Ou seja, os que estavam sob o jugo do *pater familias* não tinham liberdade de espécie alguma, muito menos no sentido grego da palavra, que se restringe ao conceito de ação. No âmbito externo, não se pode dizer que o *pater familias* detinha liberdade, haja vista que ele não poderia tomar assento nas decisões que eram próprias do homem livre, entendido como animal político, o *politikon zoon*. Percebemos, nessa fase do atuar humano, que o labor está restrito à atividade do setor privado (*privus*) na antigüidade. Posteriormente, verificar-se-á como essa fronteira se romperam no passar dos tempos, com o surgimento da chamada esfera social.

O Trabalho, chamado por João Maurício Adeodato de produção de objetos, já diferenciava do labor no sentido de que aquele está centrado na produção de bens duráveis, bens estes que não têm a idéia de consumo imediato como os que são fruto do labor.<sup>1</sup> O fruto do trabalho se consubstancia em bens de duração, que não se consomem instantaneamente no tempo, adquirindo permanência no mundo, como resultado de uma “relação meio/fim” (FERRAZ JR, 1994, p. 134).

O objetivo do *homo faber*, aquele que trabalha, é produzir bens não de consumo, mas que tenham uma duração no tempo. Nesse sentido, pode-se dizer que a *lex*, tomando por base a análise do antigos, seria fruto do trabalho do legislador, assim como a casa seria fruto do trabalho do que hoje conhecemos como engenheiro, e assim por diante. Trata-se de uma atividade com começo, meio e fim, o que a distingue sobremaneira do labor, em que, para a satisfação das necessidades, tinha que ser necessariamente uma atividade ininterrupta, caso contrário poderia haver o risco de desaparecimento da espécie.<sup>2</sup> A posição de trabalho no mundo antigo seria um intermédio entre o público e o privado, mas próximo do público.

---

<sup>1</sup> Cf. Adeodato: tal distinção tem fundamento, pois, como a atividade do labor era de subsistência, os bens que são fruto de sua atividade têm por função o consumo imediato por quem o produziu, a fim de saciar suas necessidades básicas.

<sup>2</sup> “Note-se que até nesse aspecto a idéia de liberdade não está presente no labor antigo: o homem estaria sempre preso às necessidades de sustento, e vivia para supri-las. Como ele inexoravelmente deve cuidar de seu sustento

Chega-se, finalmente, ao último dos pólos componentes da *vita activa*: **a ação**. Esta caracterizaria o espaço público por excelência, e praticada pelos homens livres, aqueles que são iguais e que se autogovernam, sem as amarras próprias de quem vive unicamente para retirar sustento. A ação não possui começo, meio e fim: trata-se de uma atividade imprevisível, pois não se sabe ao certo quais serão as conseqüências que hão de advir de sua ocorrência, diferenciando-se, em tal ponto, do trabalho (FERRAZ JR, 1994, p.23). Outra característica da ação seria o fato de ser ilimitada, pois seu espaço é o da política, do diálogo, que já estaria inserido em sistemas de diálogo antecedentes e que formariam um moto contínuo de ações, surgindo, desse modo, espontaneamente. A ação é sempre pensada entre homens, praticada pelo *politikon zoon*, necessitando do fenômeno de interação, o que não permite o isolamento da ação: ela se insere no contexto das demais (ADEODATO, 1989, p.120).

Outra característica da ação seria a irreversibilidade, visto que idéia de pluralidade e interação advertem que não se pode controlar as conseqüências advindas do início do desenrolar da ação, até pelo próprio principio do “moto contínuo”, não se pode pensar em ação que, uma vez iniciada, não possa ser concluída por razões alheias à própria razão. É o exercício político por excelência, (é a única que não pode sequer ser imaginada fora da sociedade dos homens). A esfera pública, na antiguidade, é a esfera da ação por excelência. O espaço público é caracterizado pela liberdade, ou seja, pelo convívio do *cives* entre os seus, também livres, idealizando e pondo em prática a ação na *polis* através do discurso, ou seja “tudo era decidido mediante palavras e persuasão, e não através da força ou violência” (ARENDRT, 1997, p. 35-36). Fica, pois, na seara jurídica, clara a distinção em tempos antigos, entre *jus* e *lex*, direito e lei, esta sendo fruto do trabalho do legislador e aquele como o resultado de moto contínuo da ação humana. (FERRAZ JR, 1994, p. 24).

---

enquanto ser vivo, não pode sair do âmbito da *oikia* (casa), local de atividade do labor, pois, se assim acontecer, põe-se em cheque a noção de humanidade.

As esferas pública e privada, possuíam traços nítidos de distinção entre os antigos, mas o advento da modernidade, dentre outras características próprias do nosso tempo, fizeram com que a distinção entre direito público e privado ficasse cada vez mais tênue.

## 1.2 Nasce o direito escrito na Polis

Foi entre os gregos que, pela primeira vez o ocidente começou a refletir sobre os temas de direito, mesmo não sendo de modo filosófico vamos encontrar nos poemas de Homero e de Hesíodo. Em ambos, se reflete a consciência do homem, na *polis*, sobre o direito.

O direito, como toda a atmosfera social, está impregnado de religiosidade. Assim, tanto para Homero quanto para Hesíodo o direito provém da divindade. O direito, operando entre os homens, faz parte da ordem divina.

Na época em que Homero escreveu *Ilíada* e a *Odisséia*, a sociedade era eminentemente feudal; a *polis* não havia, ainda, se estabelecido com todas as características.<sup>3</sup>

Não existia jurídico e legal. O direito provinha de Zeus e ao soberano cumpria dizê-lo na cidade. A palavra que Homero usa para nomear o direito “*é themis*”,<sup>4</sup> etimologicamente, significa “lei” ou “regulamento”. Esta palavra traz idéia de legalidade, de normatividade do direito.

Hesíodo introduz no vocabulário filosófico-jurídico a palavra *dike*.<sup>5</sup> A situação da polis não é mais aquela do tempo de Homero. O Abuso do rei e dos nobres dizerem o direito, ao fazerem valor a *themis* e o enorme fosso que separa os nobres dos cidadãos livres e

---

<sup>3</sup> V. de modo especial Jean-Pierre Vernant, *As Origens do Pensamento Grego*, 2ª ed. São Paulo. 1977, ° 34 e ss, para quem as características definidoras do regime da polis são a “extraordinária preeminência da palavra sobre todos os outros instrumentos de poder “e” o cunho de plena publicidade dada às manifestações mais importantes da vida social” (p. 34-35)

<sup>4</sup> Na mitologia, *Themis* é filha da Gaia e de Urano e sua missão é aconselhar Zeus dando-lhe as instruções necessárias para que ele as comunique ao soberano. Essas instruções recebem o nome de *themistes*. Por isso Alfred Verdross disse que *Themis* era a conselheira jurídica do pai dos deuses e que a conduta que coincidia com as suas prescrições se expressava com a fórmula ‘isto é *themis*’. Conf. La Filosofia

<sup>5</sup> Na mitologia, *Dike* é filha de *Themis* e de Zeus e sua missão é difundir o direito entre os homens, protege-lo e conserva-lo.

enriquecidos trazem a necessidade das leis escritas, *Dike* é a bandeira dessa nova consciência social da *polis*. (JAEGER. 1979)

O soberano e os nobres continuavam a dizer o direito, mas, agora, eles tinham diante de si *dike*, a que se submetiam e a que estavam submetidas as suas decisões.

A concretude da palavra *dike* revela a preocupação, desde os tempos de Hesíodo, como a realidade mesma do direito, da boa medida em uma relação, do justo, enfim. Não se trata mais aqui de um direito abstrato ou da noção puramente de legalidade da *themis*, mas, da própria facticidade daquilo que é o meu e o teu numa disputa, numa relação. O juiz “reparte *dike*” e o lesado “recebe *dike*” e o causador de danos “dá *dike*”. Tudo isso acontece segundo uma certa igualdade que orienta o juiz na busca da “medida” justa. (BORGES, 1999, p.23)

Essa nova consciência do direito, representada pela *dike*, trouxe a necessidade de se nomear uma outra realidade até então desconhecida, que é aquela em que os limites da *dike* não são transgredidos, não são violados; realidade essa em que ninguém toma mais do que lhe é devido. Surge, assim, a palavra genérica *dikaiosyne*, que traduz por justiça. Designa a nova palavra uma virtude, a da justiça, que será levada pelos gregos de então, e também por Platão e Aristóteles, a mais alta das virtudes, reunindo em si mesmo as demais virtudes da coragem, da prudência e da piedade, as quatro virtudes cardinais dos gregos, e que significam a perfeição do homem.

Com o aparecimento da nova consciência representada pela *dike*, instaurava-se, também, no seio da comunidade política, a exigência de uma igualdade de todos perante a lei. A lei escrita veio concretizar essa aspiração do homem grego dos tempos de Hesíodo, e que nunca foi realmente extirpada do pensamento grego posterior.<sup>6</sup>

O *nomos grafos* – a lei escrita – agora chega para reinar na cidade.

---

<sup>6</sup> Jean-Pierre Vernant sintetizou a questão de forma exemplar. Compreende-se assim o alcance de uma reivindicação que surge desde o nascimento da cidade: a redação das leis. Ao escrevê-las, não se faz mais que assegurar-lhes permanência e fixidez.

Mais, tarde, dirá Aristóteles que a lei “é a salvação da cidade”. É o *nomos basileus*. Mas, é preciso que nos precavemos para não confundir o *nomos* com a idéia que temos modernamente de lei. Para os gregos não era algo imposto pelo “Estado”, como nós estamos habituados a pensar. A lei para os gregos provinha mais comumente da tradição oral e consuetudinária. Era uma regra nascida no seio da *polis*, naturalmente. O seu significado é muito mais para o costume do que para qualquer idéia que façamos da lei de nossos dias. Por isso é que a assembléia de cidadãos atenienses não modifica, como o parlamento moderno, a lei existente, com a facilidade a que estamos acostumados. A lei reinava, de fato, na *polis*, com um significado que já não podemos perceber.

Temos assim, e antes mesmo que surjam os primeiros filósofos da natureza, ali pelo século VI, um vocabulário filosófico-jurídico que perdurará até os nossos dias. Primeiro, *themis* que indica legalidade ou normatividade do direito; em segundo, temos *dike* que traduz em toda sua riqueza semântica a realidade mesmo do direito como o processo legal, dando cada um o que lhe é devido e, ainda, a exigência implícita de igualdade; em terceiro, temos a *dikaossyne* ou a justiça como virtude suprema do homem e, em quarto temos *nomos* que é a lei. Eis aí um vocabulário filosófico sobre o qual os séculos irão se debruçar: *a lei, o direito e a justiça* (BORGES, 1999, p.25).

### 1.2.1 A Tríade Grega

É de suma importância analisar, os festejados pensadores gregos **Sócrates, Platão e Aristóteles**, pela contribuição que deixaram a respeito da noção de organização social e da estrutura da sociedade naquele momento histórico, que ainda hoje permeia entre nós.

O estudo do pensamento de humanismo em **Sócrates** ( 469 a 399 a. C) faz-se, pela oposição aos sofistas. Enquanto Sócrates pregava a obediência às Leis e praticava seus ensinamentos de forma gratuita, os sofistas, por outro lado, ensinavam o desprezo às leis e,

além disso, cobravam pelas conversas. Mas Sócrates e os sofistas também tinham algo em comum: ambos orientavam-se para o estudo do homem.

Sócrates valorizava mais o homem-pessoa que o homem-indivíduo, doutrina essa que ficou conhecida como humanismo e que se resume na inscrição do oráculo délfico: “conhece-te a ti mesmo”, pois Sócrates não acreditava ser possível ao indivíduo conhecer a realidade objetiva se desconhecesse a si mesmo.

As concepções socráticas acerca das leis e da justiça encontra-se dispersas nas obras de seus discípulos – Sócrates não erigiu idéias sistemáticas sobre o Direito; além disso, nada deixou escrito e tudo que nos sabemos a respeito de suas idéias está nas obras de seus discípulos e opositores, principalmente, na Apologia, Górgias, A República de Platão e na Apologia e Memoráveis de Xenofonte.

Sócrates quando interrogado por Hípias, sobre a sua concepção de justiça respondeu que julgava desnecessário dizer com palavras o que demonstrava com o seu comportamento. Não se conformando com a resposta Hípias pergunta o que seria justo e este respondeu: “justo é legal” e legal é o que determina as leis do Estado e que “ser justo é obedecer-lhes, injusto desobedecer-lhes”(OS PENSADORES, 1999, p.245-246). A priori, essa resposta parece ter um cunho altamente positivista, mas se analisarmos as concepções socráticas acerca das leis veremos em Sócrates um gérmen do jusnaturalismo, posto que ele acreditava que havia, além das leis escritas (humanas), leis que valiam para todos os homens e que eram de origem divina.

A grande prova de seu respeito às leis, mesmo às injustas, foi o fato de pagar pelo crime pelo qual fora condenado – de corromper a juventude, por difundir idéias contrárias à religião tradicional – a beber cicuta, embora tivesse consciência que era injusta a sentença, Sócrates preferiu manter-se fiel a seus ensinamentos, posto que era preciso que os homens bons cumpram as leis más para que os homens maus cumpram as leis boas.

O mais fervoroso discípulo de Sócrates, foi **Platão** (427 a 347 a.C) também se opunha aos sofistas. Platão criou a doutrina ou teorias das idéias, chave central para o entendimento de seu pensamento. Segundo essa doutrina, as coisas do mundo não passam de sombras (Alegoria da Caverna). A doutrina das idéias esta estreitamente ligada à da reminiscência e da imortalidade da alma.

A linguagem de Platão, a idéia não exprime o ato do espírito que conhece, mas o próprio objeto conhecido. Assim, a Idéia de homem é o tipo ideal que todos os homens reproduzem mais ou menos perfeitamente. Esse tipo é puramente inteligível, mas não deixa de ser vivo; aliás, é o único vivo, porque as suas cópias, sempre mutáveis e perecíveis, quase não merecem o nome de seres, e porque ele existe realmente, porque é eterno e imutável, pode ser conhecido e constituir objeto de ciência.

A justiça para Platão é fazer com que cada parte da alma cumpra a função que lhe é própria. Assim, ele dividiu a alma em três partes (classes): os filósofos (os quais devem governar) que representam a razão; os guerreiros ( os quais devem defender o Estado) que representam a coragem; e, por último, a classe dos artesões, lavradores e cidadãos (os quais devem suprir a necessidades de bens do Estado) que devem obedecer. Para Platão “os sábios deverão governar, e os ignorantes deverão segui-lo”. Platão sacrificava o elemento individual em prol do social. Na opinião de Arnaldo Borges, vejamos o conceito de Platão do direito:

“A cidade justa é aquela em que todos os seus cidadãos desempenham a função que melhor condiz com sua natureza e talento. A justiça política diz respeito, então, a atribuir a cada qual sua função na cidade, de acordo com suas naturais aptidões. (BORGES, 1999. p. 50)

Mas uma análise mais minuciosa acerca da teoria platônica, leva-nos a crer que o Estado é pura e simplesmente um instrumento para chegarmos à justiça. A Justiça, em Platão, além de constituir que cada um cumpra o seu papel, é vista sobre dois ângulos: a) devemos, assim, procurar o que é a justiça onde ela se encontra reproduzida em letras maiúsculas, ou seja, na *polis*. b) no homem, ela é grafada em letras minúsculas. As leis, segundo Platão, só

seriam autênticas à medida que se aproximam da lei ideal e que a justiça será verdadeira apenas se alcançar a justiça ideal.

Para Platão a teoria do direito desenvolvida na República, (*Politeia*), não se adequava muito às exigências do mundo real, tal qual existe, independente de nossa razão. Na República, Platão atribuía à lei escrita um valor mínimo, considerava ela desnecessária, já que o guardião-filósofo, saberia o que convém à cidade e quais os meios de preservá-la justa, para a felicidade do cidadão grego. Isto era a sua função. Para que então, leis?

Porém, o próprio Platão percebeu que sua cidade ideal ou melhor, o seu ideal político, era possível de realizar. Contudo suas experiências junto aos reis, tinham fracassado integralmente. O mundo real se impunha diante dele e disso ele teve perfeita consciência. Assim, sua teoria sobre a necessidade e valor das leis escritas sofre uma substancial alteração, no tratamento que ele lhes empresta nas *Leis*. Longe da cidade ideal, tendo diante de si o mundo real, imperfeito, Platão admite que as leis são e que sem elas a cidade não pode ser justa, não pode o cidadão ser feliz. Mas agora, não se está mais diante de um justo ideal, como na República, mas de um justo relativo, imperfeito como é a própria cidade. (BORGES, 1999, p.52)

A exemplo da *República*, as *Leis* são muito mais do que o seu nome indica. Aí são discutidos todos os assuntos ligados ao homem em sociedade. Para o direito, o que mais importa é a teoria da lei escrita que Platão desenvolve, quer quanto à sua necessidade, origem, finalidade e soberania (BARKER, 1978, p. 361). Como diz Barker, “na verdade, seria possível redigir todo um tratado sobre “l’esprit des lois” com os trechos relevantes das *Leis*” (BARKER, 1978, p. 362).

Platão já não acredita que seja possível ao rei-filósofo, governar sem leis; não crê mais que, mesmo sendo filósofo, o rei possa dizer o que é justo na polis. É melhor, pois, um governo com leis do que sem elas.

Por fim, Platão expõe sua teoria da soberania da lei. Aqui o filósofo pensa na lei constitucional, aquela a que o governante se submete igualmente como os governados. A lei deve ser soberana e o governante o seu guardião, de forma que é o governo que tem de se adaptar à lei e não esta àquele.

Para Platão, a justiça se encontra no seio das relações sociais e econômicas, tais como existem na cidade, e se realiza no exercer cada cidadão a função que lhe é mais adequada. Esta visão da justiça, a sua distinção da lei, o valor relativo da lei, tudo isso prepara o caminho para o desenvolvimento da teoria da Justiça de Aristóteles (BORGES, 1999, p.52).

Para racionalista **Aristóteles de Estagira** (384 a 322 a.C), “nada caracteriza melhor o homem que o fato de pensar”. E foi justamente o seu pensamento que marcou sua “estada na Terra”. Aristóteles desenvolveu sua filosofia do direito em três obras fundamentais: *Ética à Nicômaco*, a *Retórica* e a *Política*, onde ele aplica, à vida da *polis*, os conceitos filosóficos-jurídicos.

É no Livro V da *Ética à Nicômaco* que Aristóteles desenvolve, de forma acabada, a sua filosofia jurídica, começando pela busca do fim do direito (justiça).

Aristóteles distingue dois tipos de justo: o justo natural e o justo político, mas não os separa. O justo natural expressa uma justiça objetiva imutável e que não sofre a interferência humana. Já o justo político é a lei positiva que tem sua origem na vontade do legislador e que sofre variação espaço-temporal.

Aristóteles, apesar de verbalizar que o “governo das leis” é superior a qualquer “governo dos homens”, na estrutura do seu pensamento o que se percebe é uma simbiose entre as duas fórmulas, na medida em que o “governo das leis” deve se completar com o “governo dos homens”. A virtude não é algo natural é um hábito, uma disposição de caráter,

“por isso os legisladores tornam bons os cidadãos por meio de hábitos que lhes inculquem”(Aristóteles, 1973, p.267). Ademais, como visto, Aristóteles concebe a justiça como uma ação virtuosa, isto é, uma qualidade ligada diretamente à pessoa; portanto, é o caráter voluntário ou involuntário do ato, enquanto uma disposição de caráter ou um hábito, que determina se ele é justo ou injusto. Em síntese, não é a justiça que faz os justos, são os justos que fazem a justiça (ASSIS, 2002, p.344).

Diz Aristóteles que aquilo que está conforme a lei e ao equitativo é justo e, de forma contrária, o que está em desacordo com a lei ou com o equitativo é injusto. Mas, como as leis as referem a tudo, a todas as coisas da vida social, estabelecendo o que convém a todos, ou aos melhores, ou aos que estão no poder, “chamamos justo ao que é de índole para produzir e preservar a felicidade e seus elementos para a comunidade política” (Et. N., 1977, p. 1.129b).

Aristóteles classificou a justiça em: distributiva e comutativa. A justiça distributiva ou proporcional constitui na distribuição proporcional ao mérito de cada um, de bem e honras; “há duas espécies da justiça particular e do justo conforme ela, que se aplica à distribuição das honras, das riquezas e das outras coisas, de todas as que podem distribuir-se entre os membros de um Estado” (Et. N., V, 2, 1 130). A justiça comutativa voluntária decorreria das relações de troca (*mercantis*), de forma que os objetos trocados fossem equivalentes, enquanto que a justiça comutativa involuntária era decorrente das infrações; “a outra espécie é a *comutativa*, que surge nas mudanças voluntárias e involuntárias... O justo nos contratos é uma igualdade, e o injusto é uma desigualdade, mas não de acordo com a dita proporção, mas segundo a aritmética... De onde não resulta mais nem menos, mas o mesmo para as mesmas pessoas, eles dizem de ter o próprio sem perda e sem ganho: pois, o justo é o meio entre ganho e perda...: ou seja ter o mesmo antes e depois (da troca)” (Et. N., V, 4, 1 132).

Para Aristóteles, não é só a justiça em si que se procura estudar, mas, a justiça política. “Esta existe entre pessoas que participam de uma vida comum para fazer possível a autarquia<sup>7</sup>, pessoas livres e iguais, seja proporcional seja aritmeticamente” (Et. N., 1977, p.1.144b).

O que se trata realmente não é do justo entre pessoas, independentemente de uma certa situação especial em que se encontrem, mas, sim, do justo entre pessoas que vivem em uma comunidade política. Nesse sentido pode-se falar em justiça além das relações sociais da comunidade política.

Aristóteles ao tratar do justo político, divide em dois em natural e legal. O justo provém da natureza ou da lei. Entretanto, o direito natural de Aristóteles nada tem a ver com o direito natural moderno que tem origem nos padres da igreja e nos filósofos do século XVII. Para ele, o direito natural é aquele que tem “em todas as partes a mesma força, independentemente de que pareça ou não”. Isto significa que há um justo como produto espontâneo das relações comumente praticadas em certo lugar e em certa época, a despeito de haver ou não lei sobre ele. Não se trata de um direito decorrente de princípios ditados pela razão ou por um Deus, válidos em todas as partes e tempos. O direito natural de Aristóteles está muito longe desta concepção. É, aliás, o próprio Aristóteles que contesta expressamente esta concepção, já corrente em sua época, ao dizer: “Alguns crêem que toda justiça política é desta classe, porque o que é por natureza é imutável e tem em todas as partes a mesma força, como o fogo queima e na Pérsia, e constatam que justiça varia. Isto não é certo, porém o é em um sentido: melhor dito, para os deuses não é provavelmente de maneira nenhuma; para nós, há uma justiça natural e outra não natural. Porém está claro qual dentre as coisas podem ser de outra maneira natural e qual não é natural, e sim, legal ou convencional, embora ambas sejam igualmente mutáveis” (Et.N., 1977, p. 1.360<sup>a</sup>).

---

<sup>7</sup> Governo de um Estado pelo seus concidadãos.

Em síntese, para Aristóteles mesmo contrariando Platão que não emprestava muita importância às leis, pois, em sua cidade ideal o justo seria proveniente da sabedoria dos guardiões filósofos, Aristóteles reconhece nas leis um valor primacial “*pois nas leis está a salvação da cidade*” (Et.N., 1977, p. 1360 a). Por essa razão, ele nos oferece, por assim dizer uma filosofia da lei. “A lei, é ou particular ou comum; chamo particular aquela que escrita serve de norma em cada cidade; comum; as que parecem, sem estar escritas, admitidas em todas as partes” (Ret., 1977, p. 1.368 b). Mas, a lei particular pode, também, ser não escrita. Importante é que a lei particular escrita ou não escrita, é aquela que cada povo se dá. Enquanto a lei comum é aquela conforme a natureza (Ret., 1977. p. 1.373 b).

A finalidade da lei é segundo Aristóteles estabelecer o justo político. À lei cumpre dizer o que é de cada um da comunidade política. Cabe à lei estabelecer a distribuição dos bens materiais e imateriais entre as pessoas de uma certa cidade.

Importante função cabe ao conceito de equidade, que influenciou toda a filosofia do direito através dos séculos. Cabe à equidade adequar a lei (norma geral e abstrata) ao caso particular e concreto. A seguir, um trecho de *Ética a Nicômaco* que demonstra bem isso:

“A justiça e a equidade são (...) a mesma coisa, embora a equidade seja melhor. O que cria o problema é o fato de o equitativo ser justo, mas não o justo segundo a lei, e sim um corretivo da justiça legal. A razão é que toda lei é ordem geral, mas não é possível fazer uma afirmação universal que seja correta a certos aspectos particulares. (...) De fato, a lei não prevê todas as situações porque é impossível estabelecer uma lei a propósito de algumas delas, de tal forma que às vezes se torna necessário recorrer a um decreto. Com efeito, quando uma situação é indefinida a regra também tem de ser indefinida, como acontece com a régua de chumbo usada pelos construtores em Lesbos; a regra se adapta à forma da pedra e não é rígida, e o decreto se adapta aos fatos de maneira idêntica”. (ÉTICA Á NICÔMACO, 1977)

Não conhece o legislador a imensa variedades dos casos que já existiram ou que existem ou que poderão existir, em sua múltipla diversidade de pormenores. O legislador dispõe sobre o comum, o que é conhecido em suas linhas gerais. Por estas razões, depara-se o juiz, muitas vezes, com casos em tal ou qual particularidade que apresenta não foi

devidamente levada em consideração pelo legislador, de modo que o tratou de maneira como ele costuma, geralmente, se apresentar. Conseqüentemente, ao decidir o juiz aquele caso, consoante a disposição da lei, corrige-a, como se legislador fora a legislar sobre o caso, tornando-a, então justa (BORGES, 1999, p.60).

Diz Aristóteles que nestes casos não há erro do legislador, nem tampouco da lei, mas que isto decorre da própria natureza das coisas práticas. “Portanto, quando a lei se expressa universalmente e surge a propósito desta questão algo que fica fora da formulação universal, então está bem, ali onde não alcança o legislador e erra ao simplificar, corrigir a omissão, aquilo que o legislador mesmo haveria dito se estivera ali e faria constar da lei se sobera” (Et.N., 1977, p. 1137 b).

Assim, aquilo que é equitativo é justo, mas, sendo é melhor do que o justo legal, pois decorre de uma correção da lei, evitando por conseqüência a injustiça no caso concreto.

Aristóteles foi o primeiro a dividir os poderes em três: executivo, legislativo e judiciário. Distinguiu, ainda, três tipos de constituição: monarquia, aristocracia e política, bem como suas respectivas “deformações”: tirania, oligarquia e democracia.

### 1.2.2 A contribuição da doutrina estoíca

Outras doutrinas colaboraram para a formação da história, o epicurismo o estoicismo, esta última fundada por Zenão de Cício aproximadamente no ano 300 a.C. Nasce e se desenvolve dentro do período histórico denominado helenismo. Este período compreende um espaço de tempo que se inicia quando a Grécia passa para o domínio da Macedônia e prossegue com o domínio da Grécia por Roma. Não escapa aos historiadores da filosofia esse importante fato histórico que corresponde ao domínio da Grécia pela Macedônia e o fim da democracia ateniense, cujo modelo arquitetado pelos legisladores Sólon e Clístenes atinge seu apogeu na época de Péricles. A decadência da democracia,

segundo alguns historiadores, influencia de maneira negativa a especulação filosófica a ponto de coloca-la em um rumo totalmente novo e diferente, caracterizando uma verdadeira ruptura com a tradição. Além da causa principal – perda da autonomia e da liberdade da *polis* -, dizem que o deslocamento do rumo da especulação filosófica fundamenta também em causa secundária: a origem estrangeira dos filósofos do período helenístico, especificamente os estóicos. (ASSIS, 2002, p. 14)

Segundo Bréhier ( BRÉHIER, 1977, p. 29), no período helenístico a filosofia adquire uma forma inteiramente nova. Observa que o estoicismo em nada se assemelha aos sistemas que precedem. Embora reconheça os numerosos pontos de contato, ressalta que o espírito é totalmente novo. Pode-se apontar de imediato, segundo ele, duas características peculiares: o distanciamento da filosofia das preocupações políticas e sua aspiração em descobrir regras universais para a conduta humana.

A posição política dos estóicos, diz Bréhier, é “perfeitamente clara: entre as cidades gregas, que tentam um último esforço por conservar a liberdade e os diádocos <sup>8</sup>, que fundam extensos Estados, não hesitam. Toda sua simpatia volta-se para os diádocos e, particularmente para os reis da Macedônia. O universo político dos estóicos é, segundo Bréhier, bem diverso de Platão.

Segundo Assis (ASSIS, 2002, p.15), é preciso reconstruir a filosofia estóica, habitualmente apresentada de forma fragmentada, traduzi-la na sua natureza e com isso torna-la mais compreensível. Além disso, para entender adequadamente o pensamento estóico é necessário enfoca-lo dentro do processo histórico que compreende a Antigüidade greco-romana. Neste contexto é possível captar a riqueza da filosofia estóica e até mesmo algumas contribuições que ela pode oferecer ao paradigma emergente. Um novo olhar sobre a filosofia estóica pode contribuir para o renascimento da filosofia de Cícero, e isto talvez

---

<sup>8</sup> Fundador ou chefe de escola de filosofia da Antigüidade grega.

permita desvendar e esclarecer as possíveis conexões do estoicismo com a *civitas* romana, especialmente no que diz respeito a *politéia* (forma de governo), ao direito da cidade (*ius civile, ius honorarium*), à jurisprudência, à retórica, ao direito natural, à concepção de justiça e de liberdade.

Dentre todas as escolas filosóficas da Antigüidade, indubitavelmente, o estoicismo é a que mais se aproxima da elaboração de um conceito filosófico de liberdade, sem, contudo, abandonar o conceito de liberdade política.

Os estóicos fundamentados na idéia que entende as paixões como um movimento álogos ou uma tendência desmedida contrária à reta razão e oposta a natureza, retomam novamente o tema da liberdade como algo somente possível àqueles que buscam a sabedoria, posto que o homem dominado pelas paixões torna-se incapaz de compreender e julgar os próprios atos. Essa concepção de liberdade individual que tem no conhecimento o seu pressuposto é a liberdade com conotação ética que já havia sido tratada por Sócrates e que pode ser sintetizada pelas expressões “*conheça-te a ti mesmo*” e “*faça o que for melhor e com conhecimento*”. Portanto, também nesse aspecto, os estóicos estão ligados à linha da tradição (ASSIS, 2002, p. 16).

As noções de liberdade individual e de liberdade política aparecem também na parte filosófica que os estóicos denominam lógica, onde se localizam a dialética e a retórica. A dialética estóica possui um aspecto interior que se liga a uma teoria de conhecimento; essa dialética “*subjativa*” que caracteriza o “*diálogo consigo mesmo*” oferece regras de orientação para que o homem prudente possa agir sobre si mesmo, evitar as precipitações, compreender e dar assentimento às leis universais e necessárias e, desse modo, praticar a justiça e viver em liberdade. No aspecto exterior, a dialética liga-se à retórica e adquire um caráter argumentativo e persuasivo, cuja a função é fundamentar e confirmar os princípios da doutrina nas relações com os outros homens, portanto, no exercício da liberdade política.

Nesse aspectos os estóicos usam a dialética mais no sentido de fazer a prova ou persuadir a respeito da verdade de uma tese (um dogma da doutrina) e menos para demonstrar o absurdo de uma tese contrária. (ASSIS, 2002, p. 16-17)

Os estóicos não mais querem a felicidade entendida à moda de Platão e de Aristóteles, como a vida contemplativa. Pretendem ser virtuosos. A felicidade é a própria virtude. Para eles o que conta é apenas a virtude, o homem virtuoso, e mais nada.

O estoicismo é, assim, a mais perfeita e acabada tentativa de tornar o homem um sábio, e isto para Zenão significa o homem virtuoso, o homem perfeito, completamente dono de si e do mundo. Esses filósofos prestigiam o indivíduo e sua força moral. Se eles olham para o mundo, não é que por distração, pois o centro de tudo é o indivíduo virtuoso. O resultado, diz Jacques Maritain:

“teria de ser uma inflação ou uma hipertrofia do indivíduo humano e uma espécie de atletismo moral ou de atletismo espiritual humano, uma divinização da virtude humana, conjugada a uma concepção monista ou panteísta do universo” (MARITAIN, Paris, NRF, 1960, p. 77)

Enquanto na tradição da filosofia antiga, sobretudo em Aristóteles, o *logos* era um *organon*, um instrumento para compreender o mundo, observa-lo, descobrir suas leis, a sua origem e equilíbrio, para os estóicos o *logos* é que está no próprio mundo, ele, o mundo, é que e o próprio *logos*, pois foi criado por Deus e com ele se confunde. Assim, a razão e Deus são a mesma coisa. Tudo o que o homem virtuoso tem a fazer é obedecer a este *logos*, pois tudo é racional, fundado na razão e disposto consoante a razão (Deus). Sábio é o homem que age, se comporta de acordo com a razão. A conclusão, como diz Jacques Maritain, é que “o essencial está na disposição interior da vontade, na suprema aceitação voluntária, plenamente consciente e completamente invulnerável, do mundo tal qual é, e de todo acontecimento tal como ocorreu, e de todo o infortúnio tal como nos sucede, - tudo isso exprimindo os desígnios perfeitamente inevitáveis, perfeitamente racionais e perfeitamente bons, da natureza e do seu Deus” (MARITAIN, Paris, NRF, 1960, p. 77)

Partindo, de que, a natureza é agora o próprio *logos*, a razão que a tudo preside e se esconde sob os fenômenos, atrás do mundo. Razão, Deus e Natureza são a mesma coisa. Tudo é racional e tudo é razão. É assim que surge a nova expressão da moda, a *reta razão* (*orto logos*). Cabe ao sábio nada mais nada menos do que viver consoante a *reta razão*, ou seja, “a *reta razão* é viver *segundo a natureza*”.

Submetida a essa nova conjuntura, funda-se a filosofia estóica alicerçada no seu postulado básico: ser livre e ser justo é viver em conformidade com as leis da natureza. Entretanto, os estóicos fortalecem o sentido de liberdade interna ligada ao homem virtuoso que luta contra as suas paixões. Estas aparecem como algo contrário à natureza que impede o homem de desenvolver plenamente a sua virtude. É a sabedoria que possibilita o controle das paixões. Uma sabedoria que se alicerça no conhecimento da lógica e da física e possibilita ao homem viver virtuosamente em conformidade com a natureza. A tese mostra que os estóicos não buscam refúgio na vida interior, porque o conhecimento das ciências é uma preparação para a ação (ASSIS, 2002, p. 21)

Continua Assis: Ao colocar a natureza como padrão, o estoicismo amplia as noções de liberdade e justiça. O homem passa ser um cidadão do mundo e essa idéia cosmopolita ultrapassa a noção anterior de liberdade como *status* do cidadão que pertence a *polis*. Desse modo, o estoicismo evita as exclusões, todos podem ser livres e a justiça é uma e a mesma para todos.

Os homens são livres e iguais por *natureza*, já que a *lei natural* é uma para todos os homens, sem distinção, em todo o mundo e em todas as épocas, pois, “da grande cidade do mundo, deuses e homens são cidadãos, e essa cidade é regulada somente pela *reta razão*” (MARITAIN, Paris, NRF, 1960, p. 85).

### 1.3 A civilização Grega berço da civilização Ocidental

A civilização grega, relacionada por muitos como o berço da civilização ocidental, sempre foi considerada o mais extraordinário exemplo já concebido de exercício direto de poder. Como anota ESTHER BUENO SOARES), para os gregos, cidadãos da cidade-Estado, inicialmente, as relações do Estado e indivíduo eram unidas, sendo que o Estado tinha por finalidade promover o bem:

“O desenvolvimento da democracia grega, e a própria democracia, iniciou ao se tornarem todos os cidadãos iguais perante a lei e que essa lei que os reconhecia como iguais, também seria a expressão da vontade desse povo que ela igualava. O Estado através da democracia, era visto como um todo, não sendo possível sua administração ser realizada tendo em vista alguns grupos dominantes, mas, sim como a totalidade que era.” ( SOARES, 1997. p.14)

Continua a referida autora, explicando que a democracia grega, trabalhada pelo povo, que decidia tudo diretamente, era viabilizada pela própria dimensão da Atenas da época. Por outro lado, a aprovação das medidas tomadas pelo governo através do voto direto e a direta vivência e participação dos cidadãos com problemas públicos, conscientizava-os naturalmente a participar. Essa participação, quase que um dever do cidadão, tornava-o responsável pelo destino da cidade e do seu próprio:

“O que atualmente conhecemos por cidadania, inata ao cidadão, na Grécia, era conquistada através da atuação do cidadão perante o Estado, na sua participação ativa ao votar e atuar nas resoluções que eram dirigidas a todos os demais” ( SOARES, 1997. p.14)

Não entanto, não obstante o idealismo e virtuosismo vislumbrado por certos doutrinadores, no que se refere à Grécia Antiga, é certo que a democracia não tinha para os gregos o sentido a ela hoje devotado.

Em bem lançada crítica, observa CARROL QUIGLEY , que a cultura jônica, adotada como própria pelo mundo de língua grega e vestida como um traje pelo mundo de língua latina, nunca foi a cultura de toda a bacia mediterrânea, porque era apenas a cultura das classes superiores e alfabetizadas. E estas seriam a minoria, dona de escravos, que sabia

ler e escrever, tinha ócio e usava esse ócio para ler HOMERO, PLATÃO, CÍCERO E VIRGILIO:

“A grande massa dos trabalhadores do mundo mediterrâneo não compartilhava essa cultura. Estes nasciam, trabalhavam, tinham filhos e morriam. Esta grande massa compreendia os habitantes rurais sempre e até mesmo a maioria dos habitantes urbanos a maior parte das vezes.”  
(GUIGLEY, 1963. p.198-199)

Em outras palavras, segundo este autor, a cultura clássica que tanto estimamos foi a cultura de uma pequena minoria de habitantes urbanos em Atenas, salvo no período compreendido entre os anos 480 a 330 a.C. Nesse breve lapso de temporal seria possível que a maioria dos habitantes dessa cidade tivessem alguma idéia daquilo comumente denominado cultura clássica.

Como já podemos perceber, não obstante tenha sido implantado um sistema em que os cidadãos participam efetivamente e diretamente da vida do Estado, tomando por si próprios, e no bem de toda a coletividade, as decisões necessárias à sobrevivência e à manutenção deste mesmo Estado, é certo que o modelo grego era excludente e formado por uma minoria dos assim denominados cidadãos.

Por outro lado, se os gregos tiveram o mérito, indiscutível, de fazer nascer um modelo, com as devidas adaptações, tido atualmente como desejável em qualquer sistema que tenha como base o respeito ao cidadão e o combate à opressão, cumpre aqui trazer em relevo uma observação que entendemos de capital importância para uma maior compreensão da democracia ali praticada: *o sacrifício do individualismo face à vontade soberana da polis*.

Para os gregos, o bem da polis deveria sempre prevalecer sobre o bem individual. Não se cogitava na civilização grega falar em direitos e garantias individuais, enquanto a vontade soberana do Estado indicasse, grosseira e genericamente o que é melhor para todos.

Esse ponto de vista é partilhado por FUSTEL DE COULANGES, que no título do capítulo XVIII de sua obra assevera que os antigos não conheceram a liberdade individual.

Para este autor, nada no homem havia de independente, o seu corpo pertencia ao Estado e estava voltado à sua defesa, mesmo a vida privada sofria severas restrições:

“A cidade havia sido fundada sobre uma religião e constituída como uma igreja. Daí a sua força; daí também a sua onipotência e império absoluto que exercia sobre os seus membros. Em sociedade organizada sobre tais bases, a liberdade individual não podia existir. O cidadão estava, em todas as suas coisas, submetido, e sem reserva alguma, à cidade, pertencia-lhe inteiramente. A religião que tinha gerado o Estado, e o Estado que conservava a religião, apoiavam-se mutuamente e formavam um poder quase sobre-humano, ao qual a alma e o corpo se achavam igualmente submetidos” (COULANGES, 278-279)

Os antigos não conheciam, portanto, nem a liberdade da vida privada, nem a de educação, nem liberdade religiosa.

Embora mesmo Platão reconhecesse que melhor seria que o homem político não fizesse leis, visto que a lei, sendo geral, não poderia descrever com precisão o que é bom para cada um, a sua observância seria fundamental para garantir a sobrevivência do Estado. Ou seja, a ruína da lei, pela sua não observância, significaria, em último plano, também a ruína da *polis*.

Contudo, essa construção não se fez sem contestações, segundo acreditam muitos dos estudiosos da cultura greco-romana. O embate a essa sistemática existiu, partindo sobretudo dos sofistas, e durante algum tempo criou um estado de tensão entre estas duas formas antagônicas, como veremos a seguir.

#### 1.4 A democracia na visão dos filósofos: o embate entre o realismo filosófico e o sofismo

Para Platão, como informa NICOLA ABBAGNANO,<sup>9</sup> as três formas de governo historicamente existentes, monarquia, aristocracia e democracia, distinguir-se-iam da correspondente forma degenerada, precisamente pela observância das leis.

Assim, o governo de um só é a monarquia se regidos pelas leis; a oligarquia quando não houver leis. E a democracia poderia ser regida por leis ou governada contra as leis.

---

<sup>9</sup> Nicola Abbagnano. Historia da Filosofia. p.175

Dessa forma Platão, que elege a monarquia como o melhor governo, a democracia somente seria a melhor dentre os tipos de governo privados de leis.

Entretanto, talvez Aristóteles seja quem melhor traduz o espírito de conjunto predominante nos cidadãos gregos da cidade-Estado de Atenas. Para esse grande filósofo, a virtude (que Sócrates identificava com a felicidade) não seria realizável fora da vida social.

Por sua vez, a origem da vida social estaria em que o indivíduo não se bastaria a si próprio: não só no sentido de que não poderia por si só prover às suas necessidades, como também não poderia, fora da disciplina imposta pelas leis e pela educação alcançar a virtude.

Por conseqüência, o Estado seria uma comunidade que não tem em vista apenas a existência humana, mas a existência materialmente e espiritualmente feliz. É por este motivo que nenhuma comunidade poderia ser constituída por escravos ou por animais, já que estes não poderiam participar da felicidade ou de uma vida livremente escolhida. (ABBAGNANO, 237-238)

Aristóteles, como Platão, distingue três tipos fundamentais de governo, monarquia, aristocracia e democracia, com as suas respectivas variações e degenerações, sendo que estas últimas ocorreram quando o governo descuidasse do bem comum em favor do bem próprio. Todavia, é curioso observar que Aristóteles qualifica a democracia (ou governo da multidão) na espécie degenerada, quando visa o bem dos que nada possuem.

Dessa forma, para Aristóteles, a própria democracia transforma-se numa espécie de tirania quando prevalece o arbítrio das multidões em detrimento das leis, devendo, para evitar tal mal, que esta seja reservada tão somente aos cidadãos dotados de requisitos especiais.

A corrente, denominada realismo filosófico, atraiu, segundo esclarece CARROL QUIGLEY, os conservadores e os defensores da oligarquia, que dela extraíram três idéias básicas: a) que a mudança era má, superficial, ilusória e fundamentalmente impossível; b) que todas as coisas materiais eram enganosas, ilusórias, perturbadoras e não valia a pena

serem procuradas; c) que todas as distinções racionalmente demonstráveis, inclusive as da posição social (especialmente a escravidão), se baseavam em diferenças reais e imutáveis e não em distinções acidentais ou convencionais. (QUIGLEY, 1963. p. 266)

Estas idéias juntas, serviriam, por fim, para deter todos os esforços no sentido da mudança social, da reforma econômica ou da igualdade política. Além disso, insistindo na realidade das distinções de grupo, reduzia a atração do individualismo e justificava o domínio do grupo sobre o individualismo.

Em contraposição a estas idéias, o nominalismo pregava o reconhecimento da existência de indivíduos, negava a existência real de grupos e, desse modo negava que as desigualdades econômicas e sociais fossem algo mais do que aspectos acidentais e mutáveis. Para os nominalistas, os grupos eram apenas coleções convencionais de indivíduos aos quais era dado um nome comum. Tal nome era arbitrário e temporário, capaz de mudança e até mesmo de completa reversão.

Os sofistas, sejam os partidários da idéia, ou simplesmente os que dela se aproveitam, já escreviam, com incrível desembaraço para a mentalidade da época, sobre o tema, como nos conta, mais uma vez, CARROL QUIGLEY:

“Deste modo, o sofista HÍPIAS, segundo PLATÃO, contestava a realidade do grupo (o Estado), dizendo: ‘Eu creio que todos os homens são parentes, amigos e concidadãos, não por lei, mas por natureza: pois, por natureza, semelhante é afim de semelhante, mas a lei é o tirano da humanidade e freqüentemente nos obriga a fazer coisas que são contra a natureza’. E o sofista LICOFRONA contestava as distinções de classe com a afirmação de que ‘A superioridade do nobre nascimento é imaginária, e suas prerrogativas são baseadas apenas em uma palavra.’ A existência real de uma natureza escrava em escravos convencionais era contestada por pensadores com ALCIDAMO, que dizia: ‘Deus fez todos os homens livres, nenhum homem é escravo por natureza’. E EURÍPIDES, que escreveu: ‘Só o nome da vergonha a um escravo, que pode ser excedente em todos os sentidos e verdadeiramente igual ao homem livre de nascimento’.” (QUIGLEY, 1963. p. 21)

Não obstante tais testemunhos, é certo que a minoritária sociedade grega construiu um ideal político baseado no sacrifício do indivíduo, assim considerado, mas fortalecido

enquanto parte de um corpo único responsável pela sobrevivência do que se convencionou denominar Estado.

### 1.5 Roma Antiga – A produção do direito

O Estado romano que vamos focalizar é o Estado-Cidade, chamado *Civitas*, paritário da *Polis* grega. A semelhança morfológica de ambos explica-se por um certo parentesco étnico entre gregos e romanos antigos. Na formação da *Civitas* exerceram preponderante influência as colônias helênicas estabelecidas ao longo da Itália meridional

Primitivamente o Estado romano era monárquico, do tipo patriarcal. Sua evolução se operou da realeza hereditária para a república, tal como se deu na *Polis* grega.

O Estado romano, muito semelhante ao Estado grego, tinha suas características peculiares: distinguia o direito da moral, limitando-se à segurança da ordem pública; a propriedade privada era um direito quiritário<sup>10</sup> que o Estado tinha empenho em garantir; o homem gozava de relativa liberdade em face do poder estatal, não sendo obrigado, praticamente, a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; o Estado era havido como *nação organizada*; a vontade nacional era a fonte legítima do Direito. Tais características são expostas em interessantes detalhes, nas obras de Cícero.

Roma proporcionou ao mundo antigo um sistema uniforme de direito, baseado na razão e na justiça. Foi este o mais importante legado romano, deixado às civilizações posteriores.

O Direito Romano – corpo de leis humanitário, generoso e justo, foi sendo formulado lenta e gradativamente nos últimos séculos da República, tendo culminado em tempos do Império. Esta legislação foi modificada por novos fatos e princípios, que

---

<sup>10</sup> Título dos cidadãos civis romanos: título acrescentado ao dos romanos após a fusão deles com os sabinos.

provinham de diversas fontes: modificações dos costumes; decisões dos pretores (juizes) de Roma; opiniões dos juristas; ensinamentos dos estóicos; e sobretudo: editos dos pretores.

Os pretores e os juristas suavizaram as fórmulas rigorosas das primitivas leis romanas, guiando-se na administração da justiça: por princípios de equidade e humanidade. Os pretores romanos tinham autoridade para definir e interpretar a lei e para dar instruções ao júri. Este só decidia questões de fato. As aplicações da lei eram determinadas pelo pretor: suas interpretações tornavam-se, em geral, preceitos firmados para decisões, no futuro de casos semelhantes. Organizou-se, assim, um sistema de prática jurídica, semelhante à common law (direito comum) dos ingleses.

Os pretores encarregavam-se de administrar a justiça, ou, como se dizia em Roma: “de pronunciar o direito”. Ao tomar posse do cargo, o pretor costuma promulgar um edito, no qual indicava as normas e princípios que orientariam sua gestão como juiz. Tais editos só regiam por uma ano, pois o pretor poderia aceita-lo, ou não. Neste caso, promulgaria um edito diferente. Na prática, porém, os pretores mantinham os editos dos seus predecessores, fazendo apenas de vez quando as modificações ou acréscimos, julgados imprescindíveis.

Confirma Tércio Sampaio Ferraz Jr., que a legislação romana restringia-se à regulação de matérias muito especiais. O Direito Pretoriano, por exemplo, não era algo completo, representava apenas uma forma supletiva da ordem jurídica vigente e não era apresentado na forma de proposições jurídicas materiais; isto é, o edito do pretor, no qual o direito pretoriano estava contido, consistia em esquemas de ação para determinados fatos - tipos em fórmulas para a condução de processos. (FERRAZ Jr. 1988, p. 57)

Durante séculos, os editos dos pretores foram acumulando a experiência obtida por centenas de magistrados. Até que, finalmente, o imperador Adriano (séc.II) mandou redigir o Edito Perpétuo: compilação das mais importantes normas de direito pretoriano. A tarefa foi

realizada pelo famoso jurisconsulto Sávio Juliano, que reuniu tudo que achou de aproveitável nos editos dos pretores.

Foi concedido a certos estudiosos de Direito – chamados *jurisconsultos* – a faculdade de dar interpretações da lei, ou opiniões sobre casos em julgamento nos tribunais, quer a particulares, quer aos próprios juízes. Estas respostas a questões jurídicas não possuíam valor oficial, mas gozavam de autoridade e acatamento, em proporção ao prestígio de quem as formulava. Os “responso” formaram a base da antiga jurisprudência romana e permitiram a criação de uma filosofia do Direito.

Miguel Reale reforça as constatações acima ao afirmar que em Roma o direito não era cultivado apenas por filósofos, teólogos ou sacerdotes. Em Roma aparece, segundo ele, a figura do jurisconsulto, cômico do objeto de sua indagação, e, aos poucos, se converte em um especialista ou profissional de uma nova Ciência ou Arte, cultivando a justiça em sentido prático, e não como um dos aspectos teóricos da sabedoria. Os conceitos jurídicos foram sendo construídos graças ao exame das questões concretas. (ASSIS, 1995, p. 19)

Muitos desses jurisconsultos contribuíram para dar ao Direito romano um sentimento mais humano e liberal. Alguns introduziram concepções estoicas, reconhecendo a cada ser humano o direito à dignidade, à liberdade e à justiça.

O *jus civile* era, essencialmente, a lei de Roma e dos seus cidadãos. Incluía os estatutos do Senado, os decretos do princeps, os editos dos pretores e alguns costumes antigos que tinham força de lei.

O *jus gentium* era a lei comum a todos os homens, sem considerar a sua nacionalidade. Esta lei definia os princípios de compra e venda, das sociedades e dos contratos, autorizava as instituições da propriedade privada e da escravidão. Não era superior ao direito civil, mas completava-o. E aplicava-se, de preferência aos estrangeiros.

Havia ainda, o *jus naturale* ( direito natural ), uma filosofia, não um produto da prática jurídica. Esta filosofia derivava das doutrinas estoicas. Afirmava o domínio da razão e, portanto, uma ordem racional da natureza: reunião da justiça e do direito. Os homens são iguais por natureza e possuem certos direitos, acima dos próprios governos. Cícero, e não um estóico helenístico, foi o pai do direito natural, como princípio legal.

“O verdadeiro direito, afirma Cícero, é razão pura, consoante à natureza, comum a todos os homens, constante, eterna. Promulgar leis contra esta lei, é proibido pela religião, nem pode ela ser revogada, mesmo parcialmente, nem dispomos do poder do Senado ou do povo capaz de nos livrar dela!” (De República, III, 22)

Cícero acredita que o ponto de partida para o conhecimento do direito não é o Edito do Pretor nem a Lei das XII Tábuas, como fazem a maior parte dos juristas da sua época e como fizeram os antigos. Para conhecer o direito é preciso ir mais além, é necessário, antes de tudo, partir da filosofia. Para descobrir as fontes da lei e do direito é necessário, antes de tudo, discutir e colocar em evidência os dons que o homem recebe da natureza, verificar a amplitude e a bondade das qualidades que possui em si o espírito humano, saber qual a tarefa reservada para o gênero humano e qual a essência da estreita união entre os homens, assim como o caráter natural da sociedade que vincula os homens entre si (CICERON, 1966, p. 41). Cícero toma para si o desafio de incorporar ao direito romano a filosofia grega. Tarefa difícil, como ele próprio reconhece, porque os prudentes de sua época oferecem resistência ao pensamento abstrato. ( ASSIS, 2002, p. 354)

Cícero alerta que a sua intenção é ir além das realizações dos jurisconsultos, com intuito de abarcar o campo completo do direito e do conjunto das leis, posto que o direito civil representa apenas um campo muito reduzido, um espaço pequeno e limitado da grande arquitetura que o direito. A natureza do direito, diz Cícero, explica-se e descobre-se a partir da natureza do homem e não nos textos jurídicos. Por isso o seu plano de estudo, cujo esboço encontra-se no *De Legibus*, consiste em examinar o direito natural e o direito político, sou

seja, as leis pelas quais se deve governar as cidades. Além disso, propõe a estudar e classificar as normas que regulam as atividades entre os particulares, e aí se encontra, segundo ele, o chamado *ius civile* do povo romano (Ciceron, 1966, p. 42-43).

Conforme Assis (Assis, 2002, p. 356), Cícero retira do estoicismo as noções básicas para a composição da sua obra, especialmente os tratados Da República, Dos Deveres e Das Leis. Portanto, o conjunto que perfaz as obras de Cícero desempenha um papel de fundamental importância na reestruturação da filosofia estóica. Além desse valor histórico (fonte importante do estoicismo), a obra de Cícero representa uma ponte que permite demonstrar as influências e repercussões da filosofia estóica na teorização do direito romano e na arquitetura de um direito natural que repercute até hoje nas obras dos filósofos que se dedicam ao estudo do direito.

Os juristas aceitaram, em boa parte, esta concepção. Não consideravam o *jus naturale* como limitação automática do *jus civile*, mas achavam que constituía um grande ideal ao qual deviam amoldar-se os decretos humanos. Essa lei de uma justiça abstrata, como princípio legal, é uma das mais nobres realizações da civilização romana.<sup>11</sup>

## 1.6 A sociedade feudal – Como era produzido o Direito ?

Muito se estudam nos cursos jurídicos as escolas filosóficas do Direito. No entanto freqüentemente se despreza valioso sistema jurídico que vigiu no Ocidente Europeu, durante a Idade Média, o Direito Feudal. A omissão chega a ponto de a própria expressão Direito Feudal causar estranheza e curiosidade. Não se pretende, aqui, esgotar o tema apenas estudar brevemente os institutos jurídicos vigentes na época, com o escopo de proporcionar uma visão acerca de em que realmente constitui o Direito Feudal.

---

<sup>11</sup> “Os romanos deixaram um monumento jurídico à espera de uma interpretação filosófica, mas constituíram o seu Direito segundo um filosofia implícita, resultante de sua atitude perante o universo e a vida, subordinando todos os problemas humanos às exigências e aos interesses essenciais de uma comunidade política, moral e juridicamente unitário “ (Miguel Reale, Filosofia do Direito)

Deve-se salientar que, apesar do que é propagado, a Idade Média não merece ser denominado “Idade das Trevas”. É fato que não havia autonomia no desenvolvimento da pesquisa científica, entanto, princípios e valores relevantes, aplicáveis ainda hodiernamente, surgiram naquele período.

A crise do Império Romano exerceu indispensável influência sobre a formação do sistema feudal. De fato, a diminuição das guerras (decorrentes da decadência das conquistas romanas) levou a queda da arrecadação de espólio, que incluía os escravos. Assim, escasseando a mão-de-obra, houve diminuição da produção. Estabelecia a crise econômica, a solução encontrada foi estabelecer regime de colonato, pelo qual homens livres cultivavam a terra. Desencadeou-se, dessa forma, franco processo de ruralização e de descentralização administrativa (pois, como a maioria da população passou a viver no campo, a cobrança de impostos foi delegada aos grandes proprietários).

Surgiram-se as invasões bárbaras ao Império. Os bárbaros, povos da Europa Central e Oriental de língua estranha e hábitos rudes, também chamados germanos, não formavam Estados nem cidades, mas eram ligados por fortes laços familiares e tribais. O Imperador romano, para diminuir despesas, em vez de fortalecer o Exército para vigiar as fronteiras contra as investidas dos bárbaros estabeleceu com alguns desses um contrato (*foedus*) pelo qual concedeu-lhes terras com a condição de que as defendessem, através do fornecimento de soldados (os federados). Esses acordos não impediram invasões. Pelo contrário, permitiram a entrada pacífica dos bárbaros, que passaram a residir definitivamente nas terras romanas, estabelecendo posteriormente as dinastias germânicas.

Dessa forma, vislumbram-se aqui as origens do feudalismo: o movimento de libertação dos antigos escravos romanos, associado à subsequente submissão dos camponeses bárbaros à nobreza (já durante os reinos bárbaros), levou ao estabelecimento das relações de

produção do feudalismo em que pequenos produtores trabalhavam nos domínios dos grandes proprietários.

### 1.7 O sistema feudal de produção

O sistema feudal, marcou a Idade Média na Europa Ocidental, variando em características conforme a região. No entanto, foi notadamente mais desenvolvido na França.

A formação do sistema ocorreu por força de fatores conjunturais e estruturais. Em relação à conjuntura social da época, era necessário o isolamento no campo, e conseqüente ruralização, em busca de segurança contra os bárbaros, que não era mais encontrada nas cidades. No campo, os camponeses viviam em torno dos castelos fortificados, refugiando-se neles sempre que vislumbravam perigo iminente.

Já os elementos estruturais que levaram ao estabelecimento dos feudos podem ser divididos conforme sua origem romana ou germânica. De Roma influíram as vilas (habitações dos plebeus que cultivavam a terra, situadas nas propriedades dos patrícios, os latifundiários), a decomposição do escravismo (os escravos foram aproveitados como colonos ou meeiros) e a descentralização do poder político (decorrente da crise do Império). Fatores de origem germânica foram: a economia natural (produção para consumo, sem circulação de moeda); a instabilidade social, com a divisão da sociedade em guerreiros, homens livres e escravos; o sistema político baseado em tribos, sem Estado; e a idéia de reciprocidade entre comandantes e comandados advinda do *comitatus*, bando armado para guerrear.

No sistema feudal, a sociedade era hierarquizada conforme a propriedade de terras e a função que a pessoa exercia. Dessa forma, o senhor era o dono da terra e do servo, detentor do poder militar, político e judiciário. De outro lado, o servo era titular da posse útil da terra, direito esse protegido pelo senhor. Havia também: vilões, homens livres que sofriam

obrigações menos pesadas; escravos, que eram raros; e ministeriais, os serviçais do senhor (criados, artífices etc.).

Os senhores feudais protegiam os camponeses em troca dos serviços em suas terras. No entanto, também precisavam de proteção. Foi por isso que surgiu o sistema de suserania (que será explicado mais adiante) e os juramentos de fidelidade. Quanto a esses, cavaleiros juravam a um ou a vários senhores, prometendo protegê-los. O juramento era feito sobre a Bíblia ou relíquias sagradas, e o compromisso era confirmado com um beijo entre senhor e cavaleiro. As propriedades feudais eram autônomas, constituindo unidades econômicas e políticas bem delineadas. O senhor administrava a justiça nos seus domínios, gozando de imunidade fiscal e judiciária.

A Igreja organizou-se de forma semelhante ao sistema de domínios da sociedade feudal: criou mosteiros fortificados, que funcionavam como os castelos e as vilas dos senhores feudais. Apoiou a disseminação do feudalismo porque, através da descentralização que ele proporcionava, a manutenção dos domínios eclesiais inalienáveis era facilitada.

## 1.8 Multiplicidades das fontes

### 1.8.1 Costumes

As relações feudais a qual formava a sociedade, era entre o senhor feudal e os servos, portanto naquele momento era baseada nos costumes. Entende-se então por Direito Feudal o conjunto de normas consuetudinárias que regiam as relações advindas do sistema feudal de produção. Era sistema original de direito, criado na Idade Média com total independência do direito romano e do direito germânico. Suas características principais, destacadamente mais germânicas que romanas, eram a valorização das relações pessoais e da propriedade fundiária e a sua ausência de qualquer concepção abstrata de Estado.

Não havia necessidade de leis escritas, a organização social é de complexidade baixa, o direito que aparece neste momento é com base nos costumes. As mudanças são lentas e indiscutivelmente a cargo do senhor feudal, sempre com alguma relutância, quando esta poderia desfavorecê-lo.

Durante os quatro séculos em que vigiu, as únicas leis escritas existentes foram as capitulares, que continham, além de normas de direito penal e processual, algumas poucas regras de direito feudal. As capitulares eram editadas pelos reis, com o apoio de um consenso (capítulo), na tentativa de organizar a sociedade e proteger os súditos mais pobres. Eram fatores de unificação jurídica, porque aplicáveis a todo o reino. Desapareceram no fim do século IX, a partir do que não existiram mais legislações aplicáveis a todo um reino até o século XII.

Dessa forma, o Direito Feudal desenvolveu-se através dos costumes, sendo que o soberano, muito raramente, intervinha para legislar, e sempre se restringia a uma questão particular. Tais costumes foram resumidos em obras como o *Leges feudorum*, datado do século XII, portanto já do período de declínio do Direito Feudal.

Como o direito era oral, e a principal fonte era o costume, as normas mudavam de região para região. Não houve qualquer espécie de ensino jurídico, nem se pode afirmar que se desenvolveu ciência jurídica de qualquer natureza. O único direito no início da Idade Média, era o direito da Igreja Romana, sendo que nem ele, que gozava de prestígio, foi na época estudado.

### 1.8.2 A influência do clero

Os estabelecimentos feudais com guarnição precisavam de mercadores e artesãos para suprir suas necessidades, e com isso seriam um ímã natural para aqueles elementos soltos da população não subordinados ao senhor.

As igrejas e mosteiros, possuindo o direito de *sauveté*, eram um abrigo natural para peregrinos e fugitivos de todos os tipos numa era sem lei, que viriam constituir uma população leiga separada, empenhada em ocupações subsidiárias para as quais o estabelecimento local criava o mercado.

Certas cidades inglesas parecem ter tido origem puramente rural, embora seu desenvolvimento urbano fosse sem dúvida atribuível à sua posição sobre um rio ou próxima ao estuário de outro, que as levou a se tornarem centro de comércio. Maschester surgiu de uma aldeia e parece ter-se mantido consistentemente agrícola e não comercial em caráter por algum tempo, mesmo depois de conseguir a posição de “borough” (burgo). Já Glasgow se diz ter saído dos agrupamentos religiosos em volta do santuário de São Niniano, porquanto os mesmos proporcionavam boas oportunidades ao comércio. (DOBB, 1963. p. 101)

Existiam muitos centros importantes, no entanto, onde a coletividade urbana claramente se originou de grupos de mercadores e artesões estabelecidos dentro das muralhas de um mosteiro ou castelo, não só pela proteção militar proporcionada por eles, ou por sua situação favorável numa rota comercial existente, mas porque certos privilégios lhes eram oferecidos para que assim pudessem servir as necessidades do estabelecimento feudal. Desse modo, encontramos a abadia de Saint Denis na França no século XI, atraindo população em volta de si pela criação de uma área com o direito *sauveté*. Na Inglaterra, cidades com Durhan, St. Albans, Abingdon, Bury ST. Edmunds, Northampton, cresceram em volta de castelos e mosteiros e nas fronteiras de Gales o baronato normando concedeu privilégios especiais para atrair comerciantes e artesões a fim de formarem coletividades, modo de colonizar e fortalecer a fronteira. Em Bury, o “Domesday Survey” informa, uma coletividade de padeiros, cervejeiros, alfaiates, sapateiros e o mais “visita diariamente o Santo, o Abade e os Irmãos”, existindo aqui certa evidência de atividade comercial e cunhagem de moeda antes da conquista normanda. (DOBB. 1963. p. 101-102)

Na verdade, a medida em que os estabelecimentos feudais, especialmente a Igreja, se interessavam pelo comércio eles próprios organizavam o artesanato em ampla escala é fato digno de alguma ênfase, sendo preciso evitar o engano de pensar na época feudal como aquela onde o comércio desapareceu de todo, e à qual o uso do dinheiro se mostrou inteiramente estranho.

Na Inglaterra, o mais antigo estabelecimento de mercadores alemães parece ter sido *uma ordem de monges*, “de muito empenhados alternadamente em comércio e na guerra”, que chegaram em navios a Billingsgate e conseguiram patrocínio do rei. (WALFORD, 83) Em Yorkshire a mineração de ferro e sua fundição no século XII eram executadas principalmente por casas religiosas, e vemos os monges de Fountains Abbey suficientemente enriquecidos por seu comércio para emprestar dinheiro a Roger de Mowbray no reinado de Henrique II. (DOBB, 1963, p, 105-106)

Por volta do século XI parece ter existido no continente uma classe superior semicomercial e privilegiada nos estabelecimentos episcopais, que enriquecia pelo comércio, usura e pelos lucros recolhidos do trabalho semi-escravo, adquiria cargos honoríficos ou lucrativos eclesiásticos e estava possuída do *lucri rabies* com tanta certeza quanto um Lombardo ou judeu. (DOBB, 1963. p.106)

Na administração da justiça, a influência da igreja também predominou, paralelamente ao Direito Feudal, criou-se um sistema de tribunais feudais, no qual faziam parte os tribunais “senhoriais”, os tribunais eclesiásticos e os municipais (esse, menos importantes devido à ruralização). Os tribunais "senhoriais" consistiam na reunião dos vassallos sob a presidência do senhor feudal, para a composição de disputas entre vassallos ou sobre feudos. Cada senhor feudal tinha jurisdição sobre os vassallos dos seus domínios senhoriais. Dessa forma, a descentralização da administração da justiça correspondia fielmente à descentralização política e administrativa.

O processo também era peculiar. Os casos eram expostos publicamente, ao ar livre, e o povo participava, concordando ou discordando do veredicto proposto. O procedimento era oral, e as autoridades exerciam somente o controle formal da disputa e a ratificação da solução encontrada. Havendo dúvida, a solução era dada pelo duelo. Os meios de prova eram, em sua maioria, baseados nos poderes divinos ou sobrenaturais. Provas documentais e testemunhais eram raras, e o juiz não as valorava, de modo que, havendo dúvida, recorria-se também aí ao duelo.

Além do duelo utilizava-se o *ordálio*, ou "*prova de Deus*".

Era o processo usado que consistia em submeter ambos os litigantes a duras provas ou a testes de resistência, como exposição a animais ferozes, ingestão de substâncias idônea para produzir alterações físicas ou psíquicas, combate corpo a corpo, banho em água fervente, marcação com ferro em brasa etc., a fim de averiguar a inocência ou a culpa do acusado, esperando que a intervenção divina beneficiasse aquele que tivesse razão no conflito. A parte inocente saíria ileso dessa prova. Tratava-se do juízo de Deus.

Segundo Foucault (Foucault, 1999. p.60), havia as famosas provas corporais, físicas, chamadas ordálios, que consistiam em submeter pessoa a uma espécie de jogo, de luta com seu próprio corpo, para constatar se venceria ou fracassaria. Por exemplo, na época do Império Carolíngio, havia uma prova célebre imposta a quem fosse acusado de assassinato, em certas regiões do norte da França. O acusado devia andar sobre ferro em brasa e, dois dias depois, se ainda tivesse cicatrizes, perdia o processo. Havia ainda outras provas como ordálio da água, que consistia em amarrar a mão direita ao pé esquerdo de uma pessoa e atirá-la na água. Se ela não se afogasse, perdia o processo, porque a própria não a recebia bem e, se ela se afogasse, teria ganho o processo visto que a água não a teria rejeitado. Todos estes afrontamentos do indivíduo ou de seu corpo com os elementos naturais são uma transposição

simbólica, cuja semântica deveria ser estudada, da própria luta dos indivíduos entre si. No fundo, trata-se sempre de uma batalha, trata-se sempre de saber quem é o mais forte.

### 1.8.3 Influência da nobreza feudal

O feudo surgiu devido à escassez de moeda, que fez com que o rei concedesse benefícios como paga por serviços dos funcionários. Esses benefícios consistiam na possibilidade de administrar territórios, de recrutar soldados e de cobrar impostos. Quando Carlos, o Calvo (rei germano) estipulou a hereditariedade dos domínios e dos poderes deles decorrentes criou o sistema feudal. Os senhores feudais ainda tinham determinadas obrigações em troca das vantagens, mas é inegável que o rei perdeu autoridade sobre eles em decorrência da descentralização administrativa.

### 1.8.4 Contrato de enfeudação

O contrato de enfeudação compreendia duas formalidades: a homenagem e a investidura. Pela homenagem o vassalo,<sup>12</sup> proprietário de terras, jurava fidelidade ao suserano, um outro proprietário, mais poderoso e que poderia protegê-lo em caso de invasão, comprometendo-se com isso a certas obrigações. Basicamente, o vassalo deveria: prestar serviço militar periódico ao suserano, auxiliando-o militar, judiciária e financeiramente (com fundos para o pagamento de eventual resgate, caso o suserano fosse feito cativo); hospedar o suserano quando necessário; dotar a filha do senhor de bens quando essa fosse se casar; ajudar na formação do equipamento do filho do suserano que fosse ser armado cavaleiro; e, sempre, preparar a guerra.

Por outro lado, a investidura consistia na entrega do feudo ao vassalo pelo suserano. A investidura importava na concessão de benefícios, mera transferência de direitos

---

<sup>12</sup> Na Idade Média, aquele que dependia dum senhor feudal, a quem estava vinculado por juramento de fé e homenagem; feudatário, súdito.

dos quais o suserano era o titular. Podia-se transferir domínios, cargos, pensões em dinheiro ou mesmo outros direitos, como por exemplo, a cobrança de pedágio em uma dada ponte. Além disso, o suserano ficava obrigado a proteger militarmente o vassalo e os herdeiros desse, e a garantir a hereditariedade do feudo.

Ocorria assim a chamada recomendação, que era o ato pelo qual um homem se colocava sob a proteção de outro. O recomendando entregava suas terras, em troca de proteção, ao senhor mais poderoso, que as devolvia em seguida, conservando somente o senhorio. A recomendação teve origem híbrida: houve influência do *patrocinium* romano, relação em que os clientes (camponeses que cultivavam propriedades) dependiam dos patrícios, e do *comitatus* dos francos (grupo de guerreiros e seu chefe, com mútuas obrigações de serviço e lealdade).

Surgiu assim uma rede de feudos, na qual cada suserano se tornava vassalo de outro mais forte, sendo o rei o "suserano dos suseranos".

A posse do feudo somente era dada por enfeudação a integrantes da nobreza (excetuados sacerdotes, mulheres e crianças). A transmissão era feita por sucessão ao mais velho descendente homem e, faltando esse, a colateral. O feudo não podia ser alienado sem o consentimento do suserano.

Destacaram-se no Direito Feudal dois regimes jurídicos: o de propriedade e o de trabalho.

Em relação à propriedade, deve-se salientar que a unidade de produção da época era o domínio (também chamado senhoria ou *manor*) do senhor feudal, e que se buscava sempre o aproveitamento das terras. Assim, a posse possuía três formas: *posse coletiva*, que incidia sobre bosques e pastos, nos quais se desenvolviam coleta, extração de madeira e caça; *reserva ou manso senhorial*, propriedade privada do senhor, que correspondia à metade da

terra cultivada; e *manso servil ou tenência*, sobre o qual o senhor detinha a propriedade e o servo, o direito de uso.

As relações de trabalho eram regidas pelos costumes. Impunham-se aos servos uma série de obrigações, dentre as quais: *corvéia*, trabalho forçado de servos e vilões nas terras senhoriais, em geral por três dias da semana; *redevances*, retribuições pagas ao senhor pelo uso das terras, em produtos ou em dinheiro; *talha*, parte da produção entregue ao senhor; banalidades, presentes obrigatórios; taxa de casamento, paga sempre que um servo se casasse com mulher vinda de fora do domínio; mão-morta, espécie de tributo incidente sobre a transmissão de herança; e prestações, hospitalidade forçada aos barões em viagem.

A ameaça constante de perder a população de suas terras, principalmente nas regiões onde as cidades crescentes e os *bourgs* privilegiados agiam como ímãs poderosos, juntamente com a resistência firme do campesinato à execução dos serviços de trabalho, foi fator preponderante, no declínio da atividade agrícola das propriedades feudais, e na tendência dos senhores “a reduzir suas exigências a tais serviços, para dissuadir os locatários, a fim de que não desertassem de suas propriedades”, que vigorou com firmeza depois do século XII. (DOBB, 1963. p.70)

O movimento ocorrido num estágio inicial do feudalismo, de um sistema de tributos compulsórios, em espécie ou em dinheiro, para um sistema de agricultura da propriedade feudal com prestação de serviços numa era quando a necessidade feudal de renda se tornara relativamente grande e o trabalho relativamente escasso, fora invertido agora.

Mas embora o tributo mais uma vez substituísse os serviços, não perdera obrigatoriamente seu caráter compulsório, enquanto o produtor não tinha liberdade de mudar-se e sua subsistência estava virtualmente dependente da vontade do senhor.

No fim do século XV, a ordem feudal se desintegrara e enfraquecera sob vários aspectos. A revolta camponesa do século anterior, é bem verdade, fora suprimida (embora

tanto pela astúcia quanto pela força das armas), mas deixara seu fantasma para assombrar a ordem antiga na forma de uma ameaça constante de fuga dos camponeses, que podiam deixar a propriedade para as florestas e morros, ou engrossar o número crescente de jornaleiros e artesãos das cidades. As fileiras da antiga nobreza achavam diminuídas e divididas e as propriedades menores, às quais faltavam prestações de serviço em quantidade suficiente, tinham passado a arrendar ou assalariar assim que o aumento de população e especialmente das fileiras do campesinato pobre tinha tornado novamente barata a mão-de-obra. Os comerciantes ou mercadores estavam comprando terras, propriedades eram hipotecadas, e uma classe *Kulak* de camponeses-agricultores mais prósperos se tornava competidores sérios nos mercados locais e como empregadores do trabalho rural. Mas isso não era o fim, e nem a batalha de Bsworth (Inglaterra) nem os cercos do século XVI marcaram a desintegração final do modo de produção feudal, que só viria com o século da guerra civil inglesa. Em 1646, sob a Comunidade, que as posses feudais finalmente se viram abolidas. (DOBB.1963. p. 88)

#### 1.8.5 Corporações de ofícios

Na medida em que o crescimento do mercado exerceu uma influência desintegradora sobre a estrutura do feudalismo, preparando o terreno para o crescimento de forças que iriam enfraquecê-lo e suplantá-lo, a narrativa dessa influência pode ser em grande parte identificada ao surgimento das cidades como órgãos corporativos ao passarem a possuir independência econômica e política em diversos graus.

Embora tais coletividades urbanas, na medida em que eram centros independentes de comércio e transações contratuais, em certo sentido se constituíssem em corpos estranhos cujo crescimento ajudava a desintegração da ordem feudal, seria errôneo encará-las, neste estágio, como microcosmo do capitalismo.

#### 1.8.5.1 Comerciantes

O revivescimento do comércio na França ocidental depois do ano de 1100 e seu efeito perturbador sobre a sociedade feudal são coisa bem conhecida. Como o crescimento do comércio trouxe em sua esteira o comerciante e a atividade comercial, que se nutriu como um corpo estranho dentro dos poros da sociedade feudal; como sobreveio uma circulação crescente de dinheiro através da troca, penetrando na auto-suficiência da economia senhorial; uma inclinação crescente no sentido de permutar produtos excedentes no mercado.

Que esse processo fosse excepcional importância naqueles séculos, não se pode duvidar, e que estivesse ligado às alterações tão marcantes surgidas ao final da Idade Média, eis algo bastante evidente. Não tem sido incomum atribuir ao efeito solvente da troca e do dinheiro não só uma influência excepcional, mas singular, na transformação da sociedade feudal para a capitalista.

Hoje se reconhece que existiu um movimento bem considerável no sentido da transformação já no século XII, acompanhado no XIII por reação no sentido de um aumento das prestações de serviço e da intensificação da pressão sobre o campesinato. No entanto, o crescimento do comércio e dos mercados urbanos foi um traço do século XIII, quando a reação feudal ocorria, e não do XII, quando se encontra a tendência à transformação. As cidades prosperavam como centros de comércio, ao longo da grande rota comercial, mesmo assim, não impediu que sua classe dominante tivesse escravos como objetos de produção, bem como de comércio, e desenvolvesse uma forma de servidão em suas terras. (DOBB, 1963. p. 57-58)

Quatros séculos depois, foram precisamente mosteiros perto de Moscou, ou o de São Cirilo no mar Branco, entre os mais empreendedores e vitoriosos centros de comércio do período, que vieram primeiramente a impor prestação de serviço (em vez de taxas em dinheiro ou espécie) ao campesinato em suas propriedades. Algo semelhante ocorria nos

mosteiros alemães e nas empresas colonizadoras da Igreja ao lado oriental do Elba, que reduziam o campesinato vênedo indígena à servidão, ou mesmo escravidão, em suas próprias terras, anteriormente livres, e em geral mantinham um regime mais severo de servidão nas terras da Igreja do que o imperante nas propriedades leigas. (DOBB, p. 58)

Mas esta prestação de serviço em forma de pagamento em dinheiro, transformou o crescimento do mercado numa condição essencial da mudança. A fonte da qual a classe dominante feudal extraía sua renda, e única pela qual ela podia ser aumentada, era o tempo de trabalho excedente da classe civil, além daquele que se fazia necessário para prover a própria subsistência dela. Com o estado baixo e estacionário da produtividade de trabalho nessa época, pouca margem restava para a qual esse produto excedente pudesse ser aumentado e qualquer tentativa de fazê-lo tendia a ser à custa do tempo dedicado pelo produtor ao cultivo da própria e modesta terra, levando logo a sobrecarregar sua força além de limites humanos, ou então reduzir sua subsistência abaixo do nível de uma existência animal.

#### 1.8.5.2. Artesões

Em seu estágio inicial, pelo menos essas comunidades eram meio servas e meio parasitas no corpo da economia feudal. O modo de produção por elas consagrado no artesanato urbano representava uma forma de produção de mercadoria simples, de um tipo sem classe, camponês, onde os instrumentos utilizados se achavam na posse dos artesãos, forma essa que diferia do artesanato compreendido numa propriedade feudal apenas na medida em que o artesão fabricava seus artigos para vender num mercado e não como obrigação de serviço para um senhor. É bem verdade, no entanto, que tais coletividades no curso do tempo conquistaram sua liberdade, em geral com luta, perante a autoridade senhorial e que, ao fazê-lo, minaram a força da economia feudal, porquanto o controle

econômico por elas exercido agora lhes permitia regular a tal ponto suas relações comerciais com o campo que transferiam para si próprias o lucro do comércio, o que de outra forma teria ido para o príncipe ou senhor ou *abbé* (abade) do lugar.

Devido a essa liberdade e prosperidade crescentes das cidades surgiram os primeiros sinais de diferenciação de classe dentro da própria coletividade urbana, e uma oligarquia exclusivamente comercial dentro das guildas<sup>13</sup> principais e do governo da cidade.

## 1.9 Burguesia

Não é fácil, determinar até onde as coletividades urbanas conseguiram conquistar autonomia parcial ou completa em face da autoridade feudal se mostrarem igualitárias em seu começo. Sem dúvida a situação diferia muito, conforme as localidades, e em grande número de casos deve ter-se desenvolvido com rapidez uma distinção de meios econômicos e talvez também de posição social entre os habitantes iniciais, donos da terra dentro das fronteiras da cidade, e os que chegaram depois, imigrantes vindos de longe ou do território ao redor, que compraram terra a algum cidadão da geração mais antiga de burgueses ou durante algum tempo residiram com outro, ou mesmo se instalaram em terra baldia fora das muralhas da cidade. Nas cidades continentais maiores está claro que, além dos burgueses propriamente ditos, residiam nelas algumas das antigas famílias aristocráticas, donas de terra na cidade e suas vizinhanças. Estas representavam um elemento da sociedade feudal que continuou a existir dentro da nova sociedade urbana, retendo às vezes uma identidade separada, a despeito do acidente da proximidade geográfica, como sucedeu no corpo do burgo e dominando-o.<sup>14</sup> (DOBB. 1963. p. 109.)

---

<sup>13</sup> Associação de auxílio mútuo constituída na Idade Média entre as corporações de operários, artesãos, negociantes ou artistas.

<sup>14</sup> Em Florença, cerca de um terço dos banqueiros e dos grandes mercadores exportadores da sociedade da Calimala aparentemente eram membros dessa nobreza urbana. (Cf. J. Luchaire, *Lês Démocrates Italiennes*, 75-6).

Ao correr do tempo, com o crescimento da cidade em população e dimensões, os primeiros donos da terra urbana certamente se enriqueceram vendendo-a ou alugando-a por taxa elevada e isto, provavelmente formou uma importante fonte de acumulação de capital nos séculos XIII e XIV. Logo de início se torna evidente, no entanto, que a base essencial da sociedade urbana estava no que Marx chamou de “pequeno modo de produção”, sistema em que a produção era executada por pequenos produtores, donos de seus próprios instrumentos de produção, que comerciavam livremente com a mesma.

Tais desenvolvimentos tomaram a forma do surgimento de uma classe privilegiada de burgueses que, separando-se da produção, começaram a se empenhar exclusivamente no comércio atacadista. Nisso, e em mercado mais amplo e crescente, estavam oportunidades ricas de ganho, que ultrapassavam de muito a subsistência modesta que um artesão trabalhando com as mãos e vendendo seus artigos no mercado local poderia desejar.(DOBB, 1963. p.113) A boa parte do comércio naqueles tempos, e principalmente o exterior, consistia da exploração de alguma vantagem política, ou então de uma pilhagem quase declarada. A classe comerciante ou mercadores, assim que tomou qualquer forma de corporação adquiriu prontamente poderes de monopólio, que protegiam suas fileiras contra a concorrência e serviam para transformar as relações de troca em sua própria vantagem, em seus negócios com o produtor e consumidor.

Enquanto continuaram tais condições primitivas, continuaram também as oportunidades de ganhos excepcionais para quem tinha os meios de explorá-las, sendo apenas natural que a perpetuação de tais condições, e não sua retirada, viesse a se tornar a política consciente do capital mercantil. Por esse motivo, o monopólio estava na essência da vida econômica da época e também por ele, embora a influência do comércio como dissolvente de relações feudais fosse considerável, o capital mercantil continua a ser ainda

assim em grande parte um parasita da ordem antiga e seu papel consciente, quando ultrapassa sua adolescência, mostrou-se conservador e não revolucionário.

De início, o controle exercido pela guilda mercantil e pela administração urbana sobre o mercado serviu, sem qualquer dúvida, como política para beneficiar a cidade como corpo coletivo em suas transações com o campo, por um lado, e com os comerciantes estrangeiros, por outro. Um aspecto do controle sobre seu próprio mercado, conquistado pelas cidades à autoridade feudal, foi destacado em geral – incluía o direito de cobrar taxas de mercado, o que proporcionava importantes fontes de renda para a cidade e aliviava em parte os burgueses da pesada carga de pagamentos que tinham de efetuar como parcelas do passivo coletivo da *Firma Burgi*, ou pelo preço dos atestados e privilégios. Como autoridade municipal tinha o direito de regulamentar quem podia comerciar e quando o devia fazer, possui também um poder considerável de inclinar a balança de todas as transações de mercado em favor dos residentes urbanos. Se podia limitar certas transações, ou pelo menos dar a prioridade delas a seus próprios cidadãos; se podia impor preços a mercadorias que os residentes tinham para vender e preços máximos às que desejassem comprar; se podia limitar as fontes alternadas de renda ou compra que existiam em disponibilidade para o campo circundante e limitar o direito de mercadores estrangeiros a lidar com a gente do lugar diretamente ou com qualquer outra pessoa, a não ser entre eles próprios, nesse caso a cidade manifestamente possuía considerável poder de influenciar as relações de troca em sua própria vantagem. ( DOBB. 1963. p. 117-119) <sup>15</sup>

Em geral os estrangeiros não podiam comprar antes dos residentes terem tido a primeira oferta, como sucedia no caso das Portarias de Southampton, de acordo com as quais

---

<sup>15</sup> Cf. Schmoller: “A alma daquela política é a colocação dos concidadãos em vantagem com os concorrentes externos em desvantagem. Todo o complicado sistema de regulamentos quanto a mercados e antecipações nada mais era do dispositivo hábil para regular de tal modo a oferta e a procura entre o homem da cidade que compra, e o do campo que vende, que o primeiro se possa achar numa posição tão favorável quanto possível e o último tão desfavorável quanto possível nas negociações. A regulamentação de preços dentro da cidade é, em certa medida, uma simples arma contra o vendedor de cereais, madeira, caça e legumes trazidos do campo” (Mercantile System, 8-9). Cf. também Ashley, Introduction, 7 seq.

“nenhum habitante comum ou estrangeiro negociaria ou comprará qualquer tipo de mercadoria vinda à cidade antes dos burgueses da Guilda Mercantil, enquanto um membro desta estiver presente e desejar negociar a mercadoria ou comprá-la”, ou a portarias da Companhia de Açougueiros de Londres, que proibiam aos açougueiros de fora adquirir animais em Smithfield antes da 10 da manhã, podendo os homens do mister iniciar suas compras às oito. (A PEARCE, 43). Várias outras leis e regulamentos, proibiam a venda desde que não houvesse consentimento ou autorização da Guilda Mercantil.

O direito de possuir um mercado sem medo de rival dentro de certa região mostrava-se, por conseqüência, como privilégio zelosamente buscado e mantido. Um monopólio local desse tipo era o ponto crítico da *famosa política do Empório*; e a rivalidade pelos direitos de empório constituiu por toda a Europa uma causa principal do conflito entre cidades e de guerras entre elas.

Existem todas as indicações de que tais políticas mais ambiciosas foram um produto não tanto do interesse coletivo da cidade quanto do interesse classista de uma seção próspera dos mercadores atacadistas, que desde muito tinham submetido o governo urbano a seu controle exclusivo.

Os começos de um interesse comercial organizado nas cidades, distintos do artesanal, assumiram quase mundialmente duas formas paralelas. Em primeiro lugar, um elemento especificamente comercial, freqüentemente recrutado ( pelos menos na Inglaterra) entre os artesãos em melhor situação, separou-se da produção e formou organizações exclusivamente comerciais que passaram a monopolizar alguma determinada esfera de comércio atacadista. Em segundo lugar, essas novas organizações comerciais logo passaram a dominar o governo das cidades e a usar seu poder político para aumentar seus próprios privilégios e subordinar a si os artesões. (DOBB, 1963. p. 127)

Ao mesmo tempo, torna-se claro que o controle político nessas mesmas cidades começou a situar-se nas mãos dos burgueses mais ricos, que passaram a ser conhecidos como “o patriciado”. O cargo de *echevins*, para o qual a eleição fora feita antes por todo o corpo burguês, era agora ocupado por nomeação dos patrícios entre si próprios, e seus ocupantes supervisionavam o artesanato, regulamentavam salários e controlavam o mercado da cidade. “O poder passou insensivelmente para as mãos dos ricos. A forma de governo nesses centros de comércio e manufatura inevitavelmente se modificou, primeiramente de democracia para plutocracia<sup>16</sup> e depois para oligarquia”. (DOBB. 1963. p. 128.) De forma semelhante, nas cidades da Itália setentrional o poder estava nas mãos de plutocracia burguesa ( em geral aliada à nobreza local). Essa classe dominante que reinava sobre as cidades-repúblicas da Lombardia, Toscana e Veneza extraía sua riqueza do rico comércio exportador com o Levante e do valioso comércio têxtil pelos Alpes, mantido com a Europa ocidental e setentrional.

A arrecadação das rendas papais formava um investimento lucrativo para essas famílias burguesas ricas, e em algumas cidades, como Florença, a atividade bancária e o empréstimo de dinheiro superavam até o comércio em importância. Em Florença, os *Arti Maggiori*, ou banqueiros e exportadores ( como os famosos Calimala) controlavam o governo da cidade desde os meados do século XIII, com exceção de uma curta vitória dos *Arti Minori* (os *pauperes*, os *plebei* – a gente menor) entre 1293 e 1295. Nas cidades da Alemanha oriental do século XIV “os vereadores eram recrutados entre algumas poucas famílias destacadas de mercadores, têxteis e latifundiários e elegiam seus sucessores, com as guildas artesanais e os cidadãos comuns não tendo qualquer participação no governo da cidade”. ( DOBB 128-129.)

---

<sup>16</sup> Sociol. Dominação da classe capitalista, detentora dos meios de produção, circulação e distribuição de riquezas, sobre a massa proletária, mediante um sistema político e jurídico que assegura àquela classe o controle social e econômico.

A ligação entre essas alterações políticas e a orientação econômica da nova classe comerciante mostra-se bem clara. Naturalmente, é verdade que em alguns casos o poder foi monopolizado por um grupo de interesses comerciais com exclusão dos demais, e nisso uma certa seção dos comerciantes fez causa com as guildas artesanais para resistir à usurpação. Também em certos casos a oligarquia urbana pode ter-se composto dos proprietários de terra mais antigos da cidade e não de *parvenus* comerciais.

A nova aristocracia mercantil não era um círculo inteiramente fechado para aqueles que tivessem o dinheiro para pagar nela sua entrada, e nos séculos XV e XVI houve uma infiltração bem constante em suas fileiras, feita por elementos vindos do meio dos artesões-patrões mais ricos, que se inclinavam a deixar o artesanato pelo comércio e mesmo a tornar-se empregadores de outros artesões, assim que tivessem acumulado capital bastante para varrer horizontes mais amplos do que o comércio varejista de um mercado local lhes proporcionava. (DOBB, 1963. p.139)

Um traço dessa nova burguesia mercantil que de início se mostra surpreendente e mundial é a presteza com que tal classe entrou em acordo com a sociedade feudal, assim que seus privilégios foram conquistados. Tal acordo foi em parte econômico: e, ela adquiriu terra, entrou em sociedades comerciais com a aristocracia e recebeu a pequena nobreza e seus filhos como membros de suas guildas principais; em parte, foi social: o desejo de intermatrimônio e a aquisição de títulos de fidalguia; em parte, foi político: a presteza em aceitar uma coalizção política (como sucedeu muitas vezes no governo de cidades italianas e outras continentais entre os burgueses ricos e as famílias nobres mais antigas) ou aceitar cargos ministeriais e um lugar na Corte com base na antiga forma de Estado (como sucedeu ao regime Tudor na Inglaterra) (DOBB, 1963. p.54)

As necessidades servidas pelos mercadores e usuários eram em grande parte as dos senhores, príncipes e reis. Esses homens novos tinham de ser agradáveis e astuciosos,

temperando extorsão com bajulação, combinando avareza com lisonja e encobrindo a dureza do usuário com a vestimenta de cavaleiro. Pouco interesse tinham pelo produtor, a não ser por sua submissão contínua, e pouca consideração demonstravam pelo sistema de produção, a não ser como uma fonte barata e pronta de suprimento. Preocupavam-se tanto pelas condições de comércio (das quais dependia sua margem de lucros) quanto por seu volume, e nada lhes importava se aquilo em que negociavam eram escravos ou marfim, lã ou seus tecidos, estanho ou ouro, desde que lucrativo.

Os burgueses de camadas superiores, construíram mansões campestres, falconaria e adoraram costumes como fossem cavaleiros, e foram aceitos pelas antigas famílias baronais em parcerias com uma cortesia mais ou menos alegre. No final do século XVI essa nova aristocracia, zelosa de suas prerrogativas recém-adquiridas, se tornara uma força mais conservadora do que revolucionária, e sua influência, bem como das instituições que fomentara, como as companhias fundadas em cartas-patentes, iria retardar o desenvolvimento do capitalismo como modo de produção, em vez de acelerá-lo.

Em síntese, três fatores contribuíram para a formação do Estado Medieval, o cristianismo, a invasão dos bárbaros e o feudalismo. No decorrer dos séculos as deficiências da sociedade política medieval foi um fator determinante para a sua desintegração, ou seja: um poder superior, exercido pelo Imperador, com uma infinita pluralidade de poderes menores, sem hierarquia definida; uma incontável multiplicidade de ordens jurídicas, compreendendo a ordem imperial, a ordem eclesiástica, o direito das monarquias inferiores, um direito comunal que se desenvolveu extraordinariamente, as ordenações dos feudos e as regras estabelecidas no fim da Idade Média pelas corporações de ofícios.

Isso tudo foi despertando a consciência para a busca da unidade, que afinal se concretizaria com a afirmação de um poder soberano, no sentido supremo, reconhecido como o mais alto de todos dentro de uma precisa delimitação territorial.

Por estas multiplicidades de fontes desencadeou uma permanente instabilidade política, econômica e social, gerando uma intensa necessidade de ordem e de autoridade, que seria o germe de criação do Estado Moderno.

## CAPITULO II

### 2. ESTADO MODERNO E O CONCEITO DE SOBERANIA

Com o surgimento das teorias dogmáticas, a partir da consolidação do Estado Moderno, nasce então, a necessidade de compreender, ainda que sucintamente, o processo histórico que culminou no monopólio do Estado, de exclusividade de dizer o direito. Como esclarece PROFESSOR OLNEY “isto é, de compreender como a lei posta pelo Estado tornou-se, gradativamente, a fonte quase exclusiva do direito e, conseqüentemente, o repertório da teoria dogmática da interpretação” (ASSIS, 1995. p.51).

Para compreender este processo histórico e necessário acompanhar o desenvolvimento teórico do conceito que o fundamentou; isto é, o monopólio pelo Estado do poder exclusivo de dizer o direito está fundamentado no conceito de soberania. Afirma Passerin D’Entreves *“que o problema do nascimento do Estado Moderno é o mesmo problema do nascimento e afirmação do conceito de soberania”*. (apud. Assis, 1955, p. 51)

O conceito de soberania começou a adquirir consistência no final da Idade Média, momento em que começavam a se consolidar as novas relações decorrentes do modo de produção capitalista.

#### 2.1 O monarca e a construção do conceito de soberania

Os teóricos do Direito na Idade Média, concentraram suas investigações em torno do poder real. Para Passarin D’Entreves, esta atitude da doutrina medieval tinha por escopo fixar com precisão o autêntico fundamento do poder e definir sua natureza, de sorte que pudessem distinguir o Estado de outras instituições sociais. Nessa trilha, a doutrina medieval sentiu a necessidade de assentar o Estado sobre uma plataforma jurídica. Por isso mesmo

fixaram a idéia de que o Direito é, em relação ao Estado, algo originário e independente. (ASSIS, 1995. p.52)

No pensamento de Michel Foucault, a reativação do Direito Romano no século XII foi o grande fenômeno que possibilitou a reconstrução do edifício jurídico que se desagregou depois da queda do Império Romano sendo efetivamente um dos instrumentos técnicos e constitutivos do poder monárquico autoritário, administrativo e finalmente absolutista. Quando, nos séculos subseqüentes, esse edifício jurídico escapou do controle real, o que se questionava, era os limites deste poder e seus privilégios. (FOUCAULT. 1988.p.180-181) Em outras palavras, o personagem central de todo o edifício jurídico ocidental é o soberano. É essencialmente do soberano, dos seus direitos, do seu poder e de seus limites eventuais, que se trata na organização geral do sistema jurídico ocidental.

O crescimento e a expansão do capitalismo incentivou e fortaleceu o movimento político, que propunha a criação dos grandes Estados territoriais com um poder centralizador em torno da figura real. A partir do século XIII é possível perceber que o monarca vai ampliando a esfera de sua competência exclusiva, afirmando sua conquista territorial, subjugando os senhores feudais, adquirindo o poder supremo da justiça e de polícia, *até* conquistar o poder legislativo. No final da Idade Média reflete efetivamente a supremacia do monarca, cujo poder de impor a sua vontade num determinado espaço territorial já não encontra qualquer oposição. A fonte principal do direito passa a residir na vontade real. O rei, portanto, aparece como personagem central da arquitetura jurídica, impondo a necessidade teórica de justificar o seu poder. Desenvolve-se, então, um conceito fundamental, que irá dominar a organização jurídica do poder: a noção de soberania. (ASSIS, 1995. p.53)

Ao voltar as atenções para o tema faz fontes do direito abra-se o caminho que possibilitará a determinação de uma ordem jurídica, de um “corpo político” distinto de todo outro tipo de sociedade humana. Afirma Passerin D’Entreves que a busca da “*suma potestas*”

(poder supremo) como elemento distintivo e característico da sociedade política era a busca do atributo fundamental do Estado, que um dia se chamaria “soberania”. Este conceito oferece fundamento e prepara o advento do Estado Moderno e, conseqüentemente, das teorias dogmáticas da interpretação.

A preocupação do monarca a respeito da noção de soberania, tinha como fundamento a justificação da formação dos grandes Estados Territoriais; ou seja, que o conceito de soberania deveria portanto, fomentar a engenharia teórica capaz de justificar simultaneamente a expansão do poder e concentração deste poder num único foco irradiador. Esta dinâmica envolve diretamente o direito em virtude da necessidade teórica de se legitimar o poder. Como observa Passerin D’Entreves (D’ENTREVES. PÓS-PUC/SP, 1989), muitas vezes a noção de poder aparece intimamente ligada à noção de Estado. Se a existência do Estado está condicionada pela existência deste é, por sua vez, indício da existência do Estado. Este foi o descobrimento fundamental que assinalaram os juristas e tratadistas políticos medievais.

Vale lembrar que a consolidação do conceito de *soberania* que justificou a concentração do poder de legislar, ocorreu de forma paulatina, posto que o estatuto jurídico do monarca conviveu, durante algum tempo, com os outros estatutos, como os das corporações, os dos senhores feudais, os da Igreja. Por conseguinte, o processo político de centralização que provocou o fortalecimento da autoridade real, inclusive com a formação do Estado Nacional, não desenvolveu a correspondente unificação legislativa. Tal unificação caberia à Revolução Francesa de 1789. (ASSIS, 54-55)

A. L. Machado Neto anota que no período anterior à Revolução Francesa do direito aparece ainda dividido ou fragmentado em sistemas particulares, quer do ponto de vista das classes, quer do ponto de vista territorial; isto é, havia um sistema de regras para o clero,

outro para a nobreza, e outro ainda para o povo, ao mesmo tempo que cada região possuía seu sistema particular de regras. ( MACHADO NETO, 1957)

Boaventura Souza Santos, afirma que: [...] No que diz respeito ao direito, a sociedade feudal encontrava-se numa situação extrema de pluralismo jurídico que, na opinião de Harold Berman, foi “talvez a característica mais marcante da tradição jurídica do Ocidente” (1983: 10). Para além do direito canónico, havia ainda o direito feudal ou senhorial, o direito real, o direito dominial, o direito urbano e *lex mercatoria* (direito mercantil). O facto de uma pessoa poder estar sujeita a diferentes ordenamentos jurídicos conforme a situação ou a sua condição, bem como a ausência de regras explícitas de delimitação dos diferentes direitos, tornavam o “sistema jurídico” complexo, pesado, caótico e arbitrário.<sup>17</sup> (BOAVENTURA, 2002, p. 121)

A soberania como vontade do soberano – se impõe justificando o aparecimento do Estado absolutista e o desenvolvimento progressivo da concentração do poder de legislar. A teoria da soberania, nesse primeiro momento, propõe e justifica a liberação do monarca de quaisquer limitações que lhe possam ser impostas. O poder do Estado não pode coexistir ao lado de outros poderes. Esta coexistência só será possível se o poder do Estado estiver infinitivamente acima dos demais poderes. (ASSIS, 1995. p.56)

Jean Bodin, por exemplo, que passou para a história como o teórico da soberania, afirmava que ao conceito de soberania estavam agregadas duas características imprescindíveis: perpétua e absoluta. Absoluta no sentido de que o poder soberano devia ser “*legibus solutus*”, sendo superior a lei à lei positiva e não tolerando restrições nem condicionamentos. Às duas características citadas, Bodin agregou uma terceira: a indivisibilidade do poder, ou seja, ou o soberano tem todo o poder ou não tem poder nenhum.(BOBBIO, UNB. 1998. 96)

---

<sup>17</sup> (No texto foi mantida a ortografia vigente em Portugal, por recomendação do autor).

Dizia Bodin: “Quem é soberano não deve estar sujeito, de modo algum, ao comando de outrem, deve poder promulgar leis para seus súditos, cancelando ou anulando as palavras inúteis dessas leis, substituindo-as; o que não pode fazer quem está sujeito às leis ou as pessoas que imponham seu poder” (BOBBIO.UNB, 1988, 96). Portanto, a primeira marca do soberano é o poder de dar lei a todos em geral, e a cada um em particular.

Em síntese, Jean Bodin entende que a soberania é o elemento essencial que distingue o Estado de toda outra forma de sociedade humana. Segundo ele, o monarca é o titular da soberania, e a área onde esta se manifesta é a do Direito Positivo.

Thomas Hobbes considera que “o maior dos poderes humanos é aquele que é composto pelos poderes de vários homens, unidos por consentimento numa só pessoa, natural ou civil, que tem o uso de todos os seus poderes na dependência de sua vontade: e o caso do poder de um Estado”. (HOBBS, 1983. p. 57)

A soberania, a exemplo do Estado e do direito, é um produto artificial, resultando da autorização e da renúncia ao direito de governar-se a si mesmo que constitui o conteúdo do contrato social. Entretanto, o absolutismo do poder, na teoria de Hobbes, nasce da soberania do povo, e não de uma vontade divina. O absolutismo não deriva de um direito divino, mas do pacto. Não submetido a qualquer lei, o soberano absoluto é a própria fonte legisladora. A originalidade de Thomas Hobbes, sendo Gérard Lebrun, está justamente nisso: “é partidário de poder absoluto e admite, ao mesmo tempo, o pacto social.” (GÉRARD LEBRUN. 1981)

Observa Fabio Ulhoa Coelho, dois aspectos do pensamento Hobbesiano que não satisfazem à ideologia burguesa: o poder sem limites encarnado no Leviatã não respeita a propriedade privada e nem as próprias leis que elabora. Razão pela qual a aliança que envolvia o rei e a burguesia na consolidação do Estado Moderno tende a se romper, propiciando o aparecimento de outras teorias que tenderão controlar o poder sem destruir a soberania. (COELHO. Fábio. 1992. p.29 e segs.)

## CAPÍTULO III

### 3. O ESTADO E DIREITO NOS CLÁSSICOS

#### 3.1 MAQUIAVEL

Maquiavel (1469/1527), evoca uma época, o Renascimento; uma nação, a Itália, uma cidade Florença (Firenze); e, enfim, o próprio homem, o bom funcionário florentino que, na maior ingenuidade, na total ignorância do estranho futuro, trazia o nome de Maquiavel, destinado à mais ruidosa e equívoca reputação.

O Renascimento, é um movimento intelectual que se inicia no final do século XV, florescendo no primeiro quarto do século XVI, e que visa livra-se das disciplinas intelectuais da Idade Média, para voltar à Antiguidade clássica, estudada diretamente nas fontes pelos humanistas, e não mais através da transmissão cristã. (CHEVALLIER, 1999. p.17)

O Renascimento: é o fato considerável da majestosa construção medieval, fundada sobre a dupla autoridade do Papa, no âmbito espiritual, e do Imperador no temporal. No âmbito temporal, se afirmam os grandes Estados monárquicos unificados, França, Inglaterra, Espanha, cujos soberanos vão, cada vez mais considerar ridículas as tensões rivais ou conciliadas do Papa e do Imperador. Deu-se ao mesmo tempo, a descoberta da América, por Colombo, e a da rota das Índias, por Vasco da Gama, que vão abalar a economia mundial. No campo espiritual, a economia, por assim dizer, do espírito humano, vai sendo pouco a pouco abalada pela invenção da tipografia. (CHEVALLIER, 1999. p. 18)

O desenvolvimento plantados nos espíritos e nos corações; paixão de buscar e descobrir; com exigência crítica e livre exame, ávidos por atacar os dogmas e dilacerar todas as escolásticas; orgulho humano pronto a enfrentar a Divindade, a opor a Deus criador do homem, o homem auto-suficiente, homem agora deus para o homem, exercendo o seu próprio poder criador sobre uma natureza doravante expurgada de raízes religiosas

novamente pagã. A “era das técnicas”, a serviço do homem e de sua ação, substitui a era medieval, “contemplação”, orientada e dominada por Deus. (CHEVALLIER, 1999. p. 18)

É na Itália, mais do que em qualquer outra parte, que esse indivíduo, por pouco que sinta sua força, energia e valor ( tudo quanto exprime a palavra italiana *virtù*, que trairia a francesa *vertu*), irrompe, explode, goza agressivamente de sua emancipação. Tem-se conhecido as grandes feras do Renascimento italiano, os Bórgias, um Benvenuto Cellini, não piores que outros, de que a História fala menos, mas capazes de mais belos crimes ( pois a noção do belo crime, da estética no crime, vem do Renascimento).

A situação política da Itália era propícia a essa irrupção dos indivíduos plenos de virtude, a seu florescer além do bem e do mal. O sentimento da italianidade, obscuro na maioria, claro em alguns espíritos raros, juntamente com o orgulho da herança romana, achava-se sufocado por uma poeira de principados efêmeros.

### 3.1.1 Da Prática Política nasce o Pensador

Com a destituição de Piero Soderini do poder, Maquiavel não tem mais lugar na nova ordem. É preso, torturado, acusado de sedição e confinado em sua propriedade de San Casciano. Nas cartas a seu iminente amigo Vettori, embaixador de Florença em Roma, que conhece seu valor e a maior importância aos conselhos que lhe dá Maquiavel sobre as questões políticas delicadas.

E, como disse Dante *que não há ciência quando não se retém o que se escutou*. Maquiavel anota, nos seus livros sagrados, as imortais conversações dos grandes homens, tudo quando lhe parece de certa importância: “Compus um opúsculo, *De Principatibus*, no qual mergulho, tanto quanto possível, nas profundezas de meu tema, investigando qual a essência dos principados, de quantas espécies podem ser, como são conquistados, conservados e por que se perdem. (CHEVALLIER, 1999. p. 23)

Eis ai, pensa Maquiavel, que agradara a Vettori, mas que “sobretudo deve convir a um príncipe e em especial a um príncipe novo”; (O PRINCÍPE, 153) e o dedica à grandeza de Juliano de Medicis. Surge então como última cartada do funcionário desfavorecido que deseja apaixonadamente recuperar o favor:

“Definho nesta solidão, e não posso continuar assim por muito tempo sem cair na miséria e no desprezo. Desejaria, pois, que os senhores Medicis consentissem em empregar-me, nem que fossem para remover um rochedo... Lendo-se este livro, ver-se-ia que durante os quinze anos em que tive ocasião de estudar a arte do governo, não passei meu tempo dormindo ou me divertindo. E cada um deveria fazer questão do serviço de um homem que assim soube adquirir, à causa alheia, tanta experiência” . (O PRINCÍPE, 1999. p. 157).

A dedicatória de O Príncipe, por fim dirigida a Lourenço, completa maravilhosamente a carta a Vettori, Maquiavel, por meio desse pequeno volume, desse opúsculo, pretende colocar à disposição de Lourenço, o conhecimento das ações dos grandes homens, que adquiriu, tanto por um longa experiência dos negócios dos tempos modernos, como pelo estudo assíduo dos tempos antigo.

### 3.1.2 Os Principados

Maquiavel, como ele próprio nos diz na preciosa carta a Vettori, propôs investigar qual a essência dos principados, de quantas espécies podem ser, com são conquistados, conservados e por que se perdem.

Os principados opõem-se às repúblicas que constituem o objeto dos Discursos sobre Tito Livio. Convém distinguir entre os principados: uns são Hereditários; os outros, novos. Hereditários: nesta caso, é tal facilidade da tarefa do príncipe, que Maquiavel, atormentado pela instabilidade dos regimes políticos da Itália do seu tempo, quase não atribui interesses e esses regimes hereditários, demasiado estáveis, demasiado fáceis, em que basta o príncipe não ultrapassar em absoluto os limites estabelecidos pelos antepassados e contemporizar com os acontecimento, uma capacidade ordinária permite que se conserve no trono. As verdadeiras dificuldades, tanto para a aquisição quanto para a conservação,

encontram-se nos principados *novos*. Entre estes, porém, e preciso fazer uma subdivisão: uns são inteiramente novos; os outros, agregados ao Estado hereditário. Os principados eclesiásticos formam também uma categoria a parte. Enfim, deve levar-se em conta, na avaliação das dificuldades, o modo de governo: despótico, aristocrático ou republicano, que se verifica ser o dos principados ambicionados. (CHEVALLIER, 1999. p. 25)

Quem esperasse um debate prévio sobre a questão de direito, sobre a questão da legitimidade da aquisição, conheceria mal Maquiavel; trata-se de um domínio radicalmente estranho ao autor de *O Príncipe*. *Este se move apenas no domínio restrito ao fato, isto é, da força*. Pois o triunfo do mais forte é o fato essencial da história humana.

Maquiavel sabe disso e o diz implacavelmente. Observemos aliás que nem ele ao escrever *O Príncipe*, nem seus contemporâneos ao lê-lo, experimentavam essa impressão de implacabilidade; para um e outros, tratava-se da pura e simples verificação de um fato naturalíssimo, banalíssimo. Tudo se resume em ter forças suficientes, tanto para conquistar, como para conservar. A razão primeira e última da política do príncipe é o emprego dessas forças, por conseguinte a guerra:

“A guerra, as instituições e as regras que lhe dizem respeito são o único objeto a que um príncipe deve consagrar seus pensamentos e aplicar-se, o único que lhe convém como ofício; eis o verdadeiro ofício de todo o governante. E, graças a ela, não só os que nasceram príncipes podem manter-se, mas também os que nasceram simples particulares podem, muitas vezes, tornar-se príncipes. Foi por haverem negligenciado as armas, preferindo-lhes as doçuras da indolência, que se tem visto soberanos perderem os seus Estados. Desprezar a arte da guerra é o primeiro passo para a ruína: possuí-la perfeitamente, eis o meio de elevar ao poder.” (CHEVALLIER, 1999. p. 26)

Para Maquiavel, o essencial numa nação é que os conflitos originados em seu interior sejam controlados e regulados pelo Estado. Em função do modo pelo qual os bens são compartilhados, as sociedades concretas assumem diferentes formas. Assim, onde persista ou possa persistir uma relativa igualdade entre os cidadãos, o fundador de Estados deve estabelecer uma república. Ocorrendo o contrário, manda a prudência que seja constituído

um principado. Se não proceder assim, o governante formará um Estado desequilibrado e sem harmonia, que não poderá subsistir por muito tempo.

O núcleo da organização do Estado residiria na ordem, que pode manifestar-se sob várias formas, mas que se apresentaria basicamente como principados ou como repúblicas. As repúblicas apresentariam três modalidades: a aristocrática, em que uma maioria de governados encontra-se subordinada a uma minoria de governantes; a democracia restrita, na qual se dá o contrário e a democracia ampla, quando a coletividade se auto-governa.

Não existiria, contudo, uma ordem ideal, com validade absoluta, independente da organização social concreta dos povos. O povo é, para Maquiavel, uma matéria que aguarda sua forma e a engenharia da ordem parte análise da situação social, não resultado do arbítrio do fundador de Estados, mas de sua capacidade para captar, num momento de gênio, aquela forma desejável e de sua disposição para impô-la sem vacilação.

### 3.1.3 Virtù

Apresentam-se, quatro maneiras de conquistar, às quais poderão corresponder diferentes maneiras de conservar..., ou de perder. Conquista-se pela própria virtù ( isto é, energia, vigor, resolução, talento, valor bravio e, se necessário, feroz), portanto por meio de suas próprias armas; ou então pela fortuna e pelas armas alheias. Além disso, para ser completo, Maquiavel considera também as conquistas por “velhacaria”, e até as que se devem ao favor e consentimento dos concidadãos. Maquiavel interessa-se, sobretudo, pelos dois primeiros modos. A distinção entre fortuna e virtù lhe é cara. Aliás, deve ser matizada pelo fato de que ninguém, qualquer que seja a própria virtù, se acha inteiramente subtraído à força cega que é a fortuna, o *fatum*. (CHEVALLIER, 1999. p. 27)

Os que se tornam príncipes pela própria “virtù” e pelas próprias armas conhecem muitas dificuldades para se instalar no principado, para nele se radicar, mas depois, muita

facilidade para conservá-lo. Aquele que se dedica a tal empreendimento tem por inimigos todos quantos se beneficiavam das instituições antigas, e só acha tíbios defensores naqueles para quem seriam úteis as novas. Tíbios, porque têm medo dos primeiros: tíbios porque são, como todos os homens incrédulos, e porque não puderam convencer-se, pela experiência, da excelência das novas coisas. Maquiavel, lembrando-se de Savonarola e de seu fim trágico, enuncia a máxima, tantas vezes reproduzida: Todos os profetas armados venceram, desarmados arruinaram-se. Deve ainda acrescentar-se que os povos são naturalmente inconstantes e que, se é fácil persuadi-los de alguma coisa, é difícil consolidá-los em tal persuasão: portanto, é preciso dispor as coisas de tal maneira que, ao não crerem mais, seja possível obrigá-los a crer pela força. Moises, Ciro, Rômulo, Teseu, fundadores, legisladores, que conseguiram fundar instituições, só as puderam conservar porque estavam armados. (CHEVALLIER, 1999. p. 28)

Mas quando os fundadores, sabendo apoiar-se na força, conservadora das crenças, conseguiram atravessar esses obstáculos e superar essas dificuldades extremas, quando começaram a ser venerados e a se libertarem dos invejosos de sua classe, permaneceram poderosos, tranqüilos, honrados e felizes.

Quanto aos principados novos, conquistados com as armas alheias, isto é, pela fortuna, a regra é inversa: facilidade para conquistar, dificuldade para conservar. Nenhuma dificuldade detém no caminho os novos príncipes, eles voam. As dificuldades mostram-se-lhes após a chegada; dificuldades tais que é quase fatal acabarem por perder seu Estado. Efetivamente, eles dependem, por demais, da vontade e da fortuna – que são variáveis – daqueles que os criaram; não possuem por outro lado forças que lhes sejam devotadas e fiéis; aliás, saberiam comandá-las? A menos que um homem seja dotado de grande espírito e de grande valor, é pouco provável que, tendo vivido sempre como simples particular, saiba comandar.

Mas também é possível tornar-se príncipe por meio de perversidades. Maquiavel deprecia um tanto essa terceira categoria, nela incluindo César Bórgia, apesar de seus famosos crimes. Como se as perversidades estudadas sob esta rubrica carecessem de beleza estética, à diferença das de César! Como se não pudessem ser desculpadas por um grande objetivo, e não exigissem nem muita virtù, nem esplêndidas intervenções da fortuna! O interesse essencial do capítulo reside na moral ( por antífrase) que Maquiavel sabe extrair acerca do bom e do mau emprego das crueldades para conservar um Estado usurpado. Há crueldade bem praticadas e crueldades mal praticadas. As crueldades bem praticadas, caso se possa de algum modo “aplicar a palavra bem ao que é mal”, observa pudicamente Maquiavel, são as que se cometem todas ao mesmo tempo, no início do reinado, a fim de prover à segurança do novo príncipe. Crueldades, ao contrário mal praticadas são as que se arrastam, se renovam e, pouco numerosas no princípio, “se multiplicam com o tempo em vez de cessarem”. Os súditos perdem então todo sentimento de segurança, são atormentados por uma continua inquietude, sempre estimulada, não só o príncipe não pode contar com eles, como se vê incessantemente obrigado “a conservar a faca na mão”, o que acaba dando mau resultado. (CHEVALLIER, 1999. p. 31-32)

O que Maquiavel exprimirá, em termos brutais, na História de Florença (“quanto aos homens poderosos, ou não se deve tocá-los ou então tocando-os é preciso matá-los”), ele dissimula mais em O Príncipe, mas é exatamente o mesmo pensamento, e bem claro: “A tal respeito, é preciso, observar que os homens devem ser ou acariciados ou esmagados; eles se vingam das injúrias leves; não o podem fazer quando muito grande; donde se concluí que, tratando-se de ofender um homem, deve-se fazê-lo de tal maneira que não se possa temer a sua vingança”. Essa “maneira” faz parte do que o autor acaba de chamar por outro eufemismo, no mesmo capítulo: remédios heróicos! (CHEVALLIER, 1999. p. 32)

Resta levar em conta uma distinção, enfim, entre os Estados a conquistar, segundo o modo de seu governo antes da conquista, ( principado despótico, principado aristocrático, república). O principado despótico, governado por um príncipe de quem todos são escravos, é difícil de conquistar, porque todos os súditos comprimem-se em redor do príncipe, e deles nada tem a esperar o estrangeiro. É fácil de conservar: basta extinguir a raça do príncipe, para que não reste “mais ninguém que exerça ascendência sobre o povo”. O principado aristocrático, governado por um príncipe assistido pelos Grandes, senhores de antiga linhagem, que conservam seu poder, não devido ao favor do príncipe, mas em função de sua própria antiguidade, é fácil de conquistar. Nele, sempre se encontram grandes descontentes, prontos a abrir caminho ao estrangeiro, facilitando-lhe a vitória. É difícil de conservar, porque não é possível, nem satisfazer todos os Grandes, nem extingui-los de todo; “resta sempre uma multidão de senhores que estarão à frente de novos movimentos”. O príncipe perderá essa frágil conquista “assim que se apresentar a oportunidade”. A república, que vivia livre sob suas próprias leis, é um tipo de Estado extraordinariamente difícil de manter sob o jugo de um novo príncipe, tipo que se acha exatamente nos antípodas do principado despótico, onde os súditos são afeitos à obediência.

Maquiavel nada vê de absolutamente seguro para o novo príncipe além do terceiro meio, radical: destruir, aniquilar a antiga e incurável República:

“Toda aquele que, conquistando um Estado habituado a viver livre, não o destrói, deve esperar a própria destruição.” (PRINCIPE, 1999. p. 54)

#### 3.1.4 O Príncipe

Através, do estudo dessas abstrações, os principados, o leitor procura instintivamente a pessoa concreta que dá a esses governos pessoais o valor e tom, isto é, o príncipe. Agora em seis capítulos que se contam entre os mais célebres do livro, capítulos XV a XX, e que constituem, segundo Charles Benoist, a essência do maquiavelismo,

Maquiavel vai traçar o retrato de corpo inteiro, de frente e em plena luz, de seu príncipe novo.<sup>18</sup>

Como deve esse príncipe proceder em relação a seus súditos e seus amigos? Nenhuma questão mais repisada desde a Idade Média ( por muito tempo ainda o será, depois de Maquiavel), que a dos deveres do príncipe. O príncipe que quer manter-se como tal deve, pois, aprender a não ser sempre bom, a ser ou não ser bom “conforme a necessidade”. Ou melhor, certos defeitos ou vícios podem ser necessários à conservação do Estado, e certas qualidades, ao contrário, poderiam perdê-lo, pois, examinando bem as coisas, verifica-se que, assim como há certas qualidades que parecem virtudes e que causariam a ruína do príncipe, há outras que parecem vícios, mas que podem ser causa de sua conservação e de seu bem estar.

Daí a questão clássica: Mais vale ser amado que temido ou temido que amado?

O melhor consistiria ser amado e temido, mas é difícil. Então, é mais seguro ser temido. Por quê? Há várias razões para isto. Em primeiro lugar, os homens são geralmente “ingratos, volúveis, dissimulados, covardes e ambiciosos (ávidos de lucro); enquanto lhes proporcionam benefícios, todos estão contigo; oferecem-te sangue, bens, vida, filhos, como disse antes, desde que a necessidade dessas coisas esteja bem distante. Todavia, quando ela se aproxima, voltam-se para outra parte” (O PRINCÍPE, 1999 p. 106).

Além disso, os homens receiam muito menos ofender aquele que se faz amar do que aquele que se faz temer. O vínculo do amor, rompem-no ao sabor do próprio interesse, enquanto o temor sustenta-se por um medo do castigo, que jamais os abandona. Enfim, não depende do príncipe ser amado, os homens “amam a seu bel-prazer”, mas dele depende ser temido, os homens “temem conforme que o príncipe”. Ora, um príncipe prudente deve basear-se, não no que depende de outrem, mas no que depende de si mesmo. Ser temido,

---

<sup>18</sup> Inspirando-se, sem dúvida, em medida que não se deve absolutamente exagerar, no “tirano” de Aristóteles.

aliás, em nada significa ser odiado; o ódio dos súditos – como o seu desprezo – é grave; nele, não se deve incorrer.

Nesse ponto, Maquiavel experimentou a necessidade, rara nele, de vestir seu pensamento nu e cru, de paramentá-lo à antiga, em um mito sedutor à imaginação. Escolheu o mito de Aquiles e do centauro Quíron. Conta-se que Aquiles teve por receptor Quíron, semicavalo e semi-homem. Assim, queriam exprimir os Antigos que é necessário, a um príncipe, agir tanto como animal quanto como homem. É próprio do homem combater pelas leis, regularmente, com lealdade e fidelidade. É próprio do animal combater pela força e pela astúcia. Não basta a maneira puramente humana; muitas vezes, o homem se vê obrigado a usar a maneira animal. E, entre os animais, o príncipe deve escolher dois como modelos: a raposa e o leão. Deve “tratar de ser simultaneamente raposa e leão, pois, se for apenas leão, não perceberá as armadilhas; se for apenas raposa, não se defenderá contra os lobos; portanto, tem igual necessidade de ser raposa para conhecer as armadilhas, e leão para atemorizar os lobos” (O PRINCÍPE, 1999, p. 109-110). Os príncipes que melhor souberam agir como raposas foram os que mais prosperaram. Sob uma condição, no entanto, a de bem disfarçarem tal natureza de raposas, de possuírem perfeitamente a arte de simular e de dissimular.

Ao novo príncipe nada mais resta senão observar certas regras, tanto na política exterior como na escolha de seus conselheiros ou ministros. Quantos aos conselheiros e ministros, “há uma regra e sem exceção”, a de que só um príncipe já prudente por si mesmo pode ser bem aconselhado, e sua capacidade se aprecia, em primeiro lugar, pela consideração das pessoas que o cercam. Devem sempre aconselhar-se, mas “quando quer, não quando outros o querem”, sem jamais se deixar dominar por aqueles que o aconselham.

### 3.2 Os Pensadores Jusnaturalista: o ser humano enquanto cidadão

A medida que o surgimento e o fortalecimento do Estado Absolutista eliminava os últimos focos de poder que outrora estavam concentrados nas mãos das antigas oligarquias feudais, surgia com a Idade Moderna, sobretudo através da visão dos chamados pensadores jusnaturalistas, uma nova forma de entender o mundo e o homem, que viria a trazer profundas marcas na evolução do ser humano, enquanto tal.

O ser humano, visto apenas como parte integrante do “coletivo” na Grécia e como parte de sua respectiva classe social na Idade Média, passa a ser representado enquanto cidadão, como liberdade e igualdade de direitos, como bem observa ESTHER BUENO SOARES :

“A grande luta dos anônimos cidadãos dos séculos foi para se firmar, em primeiro lugar como ser portador de personalidade e possuidor de direitos e deveres. As guerras de conquistas realizadas nas épocas de antanho, tinha em mira aprisionar os cidadãos.” (SOARES,1997. p.21)

A doutrina jusnaturalista, para justificar a existência dos direitos pertencentes ao homem, enquanto tal, independentemente do Estado, partia da hipótese do estado de natureza. Neste estado, os direitos do homem eram poucos e essenciais: o direito à vida e à sobrevivência, que inclui também o direito à propriedade e o direito à liberdade, que por sua vez compreende algumas liberdades essencialmente negativas. (BOBBIO, 1986. p.119, nota 15)

Para HOBBS, o primeiro dos grandes pensadores jusnaturalistas, existiria um estado de natureza, formado de indivíduos iguais e desejosos dos mesmos bens, o que deixaria em permanente e constante guerra – o homem é o lobo do homem. Dessa forma, o Estado surgiria como forma de proteção do coletivo contra possíveis ataques individuais. Ou seja, os homens transfeririam o direito de autodefesa a outro ente, o Grande Leviatã (Estado), que se encarregaria de evitar que a ânsia da satisfação das necessidades egoísticas de cada um dos indivíduos acabasse por destruir a todos.

Embora todos sejam ligados a este pacto, o soberano a nada é ligado, o que fez com que HOBBS fosse qualificado como defensor do despotismo e do absolutismo.

Já para LOCKE, considerado o precursor do liberalismo burguês, no estado natural os homens sempre sentiram benevolência uns pelos outros, ajudavam-se mutuamente e viviam segundo a lei estabelecida por Deus. Os homens seriam iguais, independentes e governados pela razão.

O Estado somente teria sido criado como forma de evitar que os eventuais conflitos colocassem em perigo a vida, a liberdade, a igualdade e os bens dos indivíduos. O perigo seria caracterizado pela possível inclinação humana de beneficiar-se a si próprio ou a seus amigos.

E foi para evitar a concretização dessa ameaças, que o homem abandona o estado natural e cria a sociedade política através de um contrato. Este contrato tem como base acordo não entre governantes e governados, mas entre homens igualmente livres.

Ao contrário do que pregava HOBBS, LOCKE acreditava que os homens não renunciavam aos seus direitos naturais em favor do poder dos governantes. Conseqüentemente, o abuso de poder por parte das autoridades justificaria o direito de resistência e insurreição. Se o poder dos governantes é outorgado pelos participantes do pacto social, pode ser naturalmente revogado.

O Estado, por sua vez, daria a seus membros a maior liberdade possível, numa teoria evidentemente individualista, de forma a reduzir as suas funções praticamente à justiça e à polícia, sempre com o objetivo de resguardar a liberdade e a propriedade individuais.

Para outro dos grandes filósofos iluminista, ROUSSEAU , a sociedade deveria se aproximar ao máximo do estado natural. Para este autor, a sociedade é um “mal necessário”, promove a desigualdade enquanto assegura a liberdade civil e a propriedade dos bens. A lei surgiria como a única forma de corrigir esta desigualdade.

Para ROUSSEAU, o problema fundamental daquilo que denomina contrato social, estaria em encontrar uma forma de associação que defendesse e protegesse de toda força comum a pessoa e os bens de cada associado, e pela qual cada um, se unindo a todos, obedeça apenas, portanto, a si mesmo, e permaneça tão livre quanto antes. A solução viria da seguinte forma:

“Enfim, cada um se doando a todos não se dá a ninguém, e como não há um associado sobre o qual não se adquire o direito que se cede sobre a si mesmo, ganha-se o equivalente de tudo quanto se perde e mais força para conservar o que tem”. (BOBBIO, Madrid. [s.a.p.] p.27)

NORBERTO BOBBIO observa que o jusnaturalismo tem tido a fundamental e permanente função histórica de pôr limites ao poder do Estado:

“Ahora bien, la teoría de los derechos naturales, que se sostiene con el jusnaturalismo moderno, representa la afirmación de los límites del poder estatal, considerado no solo desde el punto de vista del exclusivo deber de los gobernantes, sino también desde el punto de vista de los derechos de los gobernados”. (BOBBIO, Madrid. [s.a.p.] p.42)

Aduz finalmente este mesmo autor, que o estado de natureza era uma mera ficção doutrinal, que deveria servir para justificar como direitos inerentes à natureza mesma do homem e, como tais, invioláveis por parte dos detentores do poder público, inalienáveis por parte dos mesmos titulares destes direitos, e imprescritíveis por maior que fosse a duração das suas violações ou alienações; demandas de liberdade provenientes daqueles que combatiam o dogmatismo das igrejas e contra o autoritarismo dos Estados. (BOBBIO, El Tiempo de los Derechos. [s.a.p.] p. 120)

### 3.2.1 A Conceção de Estado de THOMAS HOBBS

Procuraremos expor as concepções de Thomas Hobbes acerca do Estado, em especial clarear os aspectos principais das respectivas teorias políticas no tocante ao Estado.

Dentro deste contexto, não temos a intenção de analisar *in totum* a obra do pensador, mas tão somente "pinçar" as concepções mais importantes e as formulações

principais no tocante à visão quanto ao Estado, e, principalmente, as principais conseqüências das interações do Estado com o cidadão que o compõe.

A obra do pensador em tela está inserida no embate intelectual e político em torno do Estado Absolutista e do seu respectivo antípoda histórico, o Estado Liberal alicerçado na Soberania Limitada, desenvolvido entre os séculos XVI e XVIII.

Tal embate foi sumamente importante tanto no âmbito da moderna Ciência Política quanto no seio do próprio Direito Constitucional contemporâneo em face, sobretudo, das contribuições resultantes que tal embate produziu no tocante à criação dos elementos conceituais ético - políticos e de alguns dos princípios jurídicos fundantes mais importantes que norteiam o Direito Constitucional contemporâneo. De fato, podemos constatar que a discussão acerca do caminho proposto por Hobbes do que seja o Estado, sua gênese e desenvolvimento, é de capital importância para o Direito Constitucional moderno, na medida em que foi a partir de tal discussão que se formularam vários princípios jurídicos importantes deste ramo do Direito Público.

Nesta ordem de idéias, conhecer tais teorias e refletir sobre as mesmas, é, sem dúvida, um passo necessário e importante para entendermos o que são e para onde vão as Constituições dos Estados Nacionais neste alvorecer do Terceiro Milênio.

No decorrer do nosso século a História, em grande parte influenciada e renovada pelas demais Ciências Sociais (em especial pela Economia Política, Sociologia e Psicologia Social), sem abandonar o aspecto político, tem voltado a sua atenção e energias cada vez mais para temas ou aspectos até então inexplorados pela História, bem como adotando o método indutivo, ao invés do dedutivo (largamente aplicado pela tradicional História Política de origem positivista). Neste contexto, atualmente a História deixou de ser, ou não mais se preocupar em ser meramente descritiva ou narrativa, para, de um lado, ao menos procurar levantar os problemas e/ou questões pertinentes a um determinado assunto ou um dado

problema social (seja ele de cunho político, jurídico, cultural ou econômico), delimitando-lhe os contornos metodológicos e teóricos, e por outro lado indicar possíveis explicações, ainda que não definitivas ou absolutas em termos científicos.

Outrossim, a problemática de periodização das épocas históricas (tão velha quanto a própria História), em face, sobretudo, da precisa delimitação do surgimento e desenvolvimento das idéias e correntes teóricas das idéias econômicas, sociológicas e filosóficas, adquire relevância cada vez maior, em especial quanto à continuidade e à descontinuidade temporal ocorridas na evolução de tais correntes através do surgimento de sub-correntes, "desvios" teóricos - metodológicos etc. No âmbito desta dissertação adotamos a periodização clássica da História, ainda que reconheçamos as suas deficiências em termos científicos.<sup>19</sup>

A hipótese de trabalho que norteia o presente estudo é que a visão de Estado adotada por Hobbes, em sua essência, na teoria do contrato social consoante determinados parâmetros éticos, políticos e sociais vigentes no século XVII, divergindo as respectivas visões tão somente quanto à limitação dos parâmetros da origem, amplitude e, sobretudo, quanto à extensão do exercício da titularidade da Soberania Política do Estado.

Em suma, é absolutamente temerário, em termos científicos, querer estudar Hobbes como se fosse um teórico político e filósofo de "escolas" antagônicas, em relação a outros pensadores, com idéias e propostas totalmente opostas ou incompatíveis no tocante às respectivas concepções do Estado e da respectiva titularidade da Soberania.

Ainda que apresentem soluções e concepções finais divergentes, mas não totalmente excludentes no tocante à maioria dos aspectos estruturais constitutivos do Estado,

---

<sup>19</sup> A História, ao longo do século XX, em especial, a partir dos trabalhos do historiador francês Ferdinand Braudel, ligado à Escola dos Annalles, estabeleceu a existência de diferentes "tempos" históricos, cada qual vinculado a um determinado tipo ou categoria específica de acontecimentos ou fatores sociais, econômicos, culturais etc., a saber: o episódico ou cotidiano, de curta ou curtíssima duração (meses ou anos); o conjuntural, de média duração (alguns anos ou décadas); e o estrutural que se desenvolvem ou operam na longa duração (séculos ou milênios).

Hobbes parte de premissas comuns, ou pelo menos bastante próximas, para construir suas concepções de Estado e regime político.

Em primeiro lugar importa destacar que a formulação do ideário do Regime Absolutista e, em especial da Monarquia Absolutista, nasceu concomitantemente ao próprio surgimento do Estado Nacional Moderno, a partir do século XV d. C.

De fato, "a explicação clássica do Absolutismo veio da França, onde, durante séculos, tendências centralizadoras se tinham revelado, tais como a luta dos publicistas contra o papa. (...) A política de Estado devia ser separada da religião, da teologia, de qualquer doutrina. Uma política secularizada (...) era única sob cujo signo se podia unificar a nação. (...) O último vínculo entre a doutrina política e a teologia foi o conceito da Graça divina. (...) O teórico da monarquia francesa não confessional foi Jean Bodin. (...) Para Bodin, o poder do Estado, e portanto do Soberano, identifica - se com o poder absoluto: não pode imaginar outro, pelo menos em teoria." (THEIMER, 1970. p. 101-104)

Na verdade, em termos históricos, o Absolutismo Político se encontra vinculado à implantação de um Estado centralizado politicamente com a conseqüente implantação de uma "racionalização" burocrática do aparelho administrativo dos Estados Nacionais europeus surgidos a partir do século XIV d. C. Tais Estados Nacionais possuem como forma política de governo a Monarquia, usualmente conhecida como Monarquia Absolutista.

Na Monarquia Absolutista da Europa da Idade Moderna, o sistema de coerção política e social não estava baseado num sistema de controle burocrático centralizado, mas sim num sistema de controle difuso e, via de regra, semi-autônomo da pessoa do monarca.

Neste contexto, ressalte-se que o Estado Absolutista Moderno apresentou-se como um paradoxo político no mais amplo sentido da expressão: o monarca era a fonte maior da Lei embora não estivesse, em tese ao menos, sujeito a qualquer limitação legal.

Thomas Hobbes nasceu em 1588, vindo a morrer em 1679. Neste contexto, a maturidade de Hobbes (tanto no sentido físico, quanto no sentido intelectual), correspondeu a um dos períodos críticos da história moderna inglesa: a época da Dinastia Stuart (1603-1688) - intercalada pela Ditadura do Lord-Protetor Oliver Cromwell (1599-1640), Dinastia essa que vai deposta através da assim denominada Revolução Gloriosa de 1689, marco da débâcle do Absolutismo Político em solo inglês.

Na dicção da magistral lição do professor Barrington Moore Jr., a chave para compreensão da situação sócio-política do Reino Unido ao longo de boa parte da Idade Moderna (séculos XVI d. C.-XVIII d. C.) reside no fato de que o desenvolvimento econômico do Reino Unido, em especial "... a vida comercial, tanto na cidade como no campo, durante os séculos XVI e XVII d. C., se desenvolveu principalmente - embora não inteiramente - em oposição à coroa [inglesa]." (MOORE. 1983. p. 15)

Um exame mais atendo da História do Reino Unido da época em tela revela que não ocorreu uma transição social e econômica abrupta da Dinastia Tudor para a Dinastia Stuart.

Todavia é necessário se registrar que a ascensão ao trono inglês do rei escocês Jaime IV - Jaime I da Inglaterra -, coincidiu coma cristalização de problemas que não eram de responsabilidade direta dos integrantes da Dinastia escocesa, notadamente as relações entre a Coroa e o Parlamento no que tange ao exercício da titularidade da Soberania Política.

Neste diapasão, ainda conforme o magistério do professor Barrington Moore Jr., "os críticos dos que consideram a Guerra Civil [Inglesa] como uma revolução burguesa estão certos ao afirmarem que do conflito não resultou a tomada do poder político por parte da burguesia. As classes superiores rurais mantiveram o comando firme da política ... não só durante o século XVIII, como ainda após a Lei da Reforma de 1832." (MOORE. 1983.p. 27)

De fato, no início da própria Guerra Civil, que perdurou entre 1640 e 1649, a derrubada da Monarquia não era a questão posta na "ordem do dia" da vida política inglesa,

mas tão somente o fim do arbítrio real com a conseqüente restauração das prerrogativas legais do Parlamento Inglês.

A vitória das forças do Parlamento sobre o Rei representou a vitória de uma minoria extremista, em termos políticos e religiosos, que possuía forte representação no exército rebelde vitorioso. Assim sendo, não é de se estranhar a radicalização política assumida no decorrer da Guerra Civil, muito embora Oliver Cromwell fosse um homem de idéias claramente conservadoras, sobretudo nos campos social e político.

A mobilidade social e intelectual no Reino Unido no decorrer de grande parte da Época Moderna, ainda que quantitativamente limitada e socialmente restrita, sempre foi maior que nos demais países europeus do supramencionado período histórico.

Desta maneira, a Guerra Civil Inglesa, longe de ser uma ruptura sócio - econômica com a ordem existente resultou, em essência, não na afirmação do poder uma determinada classe em ascensão (burguesia) em detrimento de outra (aristocracia), mas na composição política e econômica entre ambos os segmentos sociais, mediante um "remanejamento" ou uma acomodação política e econômica ampla, com benefícios e obrigações recíprocas entre os segmentos sociais da elite política e econômica inglesa envolvidos no conflito.

Da mesma maneira, deve-se considerar o movimento revolucionário inglês, não como a vitória de uma classe social específica (no tocante a afirmação de um ideário político-econômico desta ou daquela classe social em particular), mas simplesmente como a afirmação da "... supremacia da lei sobre o soberano. A lei não poderia ser abolida, nem suspensa, nem aplicada por uma jurisdição de exceção. As eleições deveriam ser livres e os deputados teriam liberdades de expressão no Parlamento. Este reunir-se-ia regularmente. (...) Os direitos essenciais dos súditos ingleses foram reconsiderados." (CORVISIER, 1976. p. 303)

### 3.2.2 O Estado segundo LOCKE

Ao darmos início a análise da concepção lockeniana de Estado é necessário frisar que a obra de John Locke, tanto quanto a obra de Thomas Hobbes, não surgiu *ex nihilo*, sem qualquer relação com a realidade histórica de sua época. Independente da sua originalidade e dos desdobramentos filosóficos e políticos posteriores, o pensamento político de Locke vincula-se diretamente à turbulência política e econômica vivida pelo Reino Unido durante boa parte do século XVII d. C.

As principais obras de John Locke acerca da Teoria Política e do Estado são os seus Dois Tratados Sobre o Governo.

Locke, ao contrário de Hobbes, foi um otimista em relação ao Homem, enquanto ser político e social. De fato, se Hobbes via o "Homem como o lobo do Homem" (devendo, portanto, ser politicamente submisso à um Estado Absoluto), Locke assumiu uma visão oposta, possuindo uma fé muito clara na capacidade humana de consenso e diálogo, com o Homem, na sua função social, mais que política, de cidadão, tendo o controle do Estado mediante os seus representantes regularmente constituídos. Neste sentido, Locke identificava o Estado da Natureza como uma condição de paz e assistência mútua pré-existente à instituição do Estado.

As teorias sociais e políticas de John Locke caminham em sentido paralelo à sua teoria do conhecimento, tal e qual apresentada no seu Ensaio sobre o Entendimento Humano.

Para Locke, "assim como não existem idéias inatas no espírito humano, também não existe poder que possa ser considerado inato e de origem divina, como queriam os teóricos do Absolutismo." (MARTINS, 1978. p.18)

De forma sucinta, a doutrina política de Locke parte de duas premissas que podem ser enunciadas por meio das seguintes assertivas: 1ª.) todos os homens nascem livres; 2ª.) os

poderes do Estado são limitados e o Estado somente existe mediante o consentimento dos cidadãos que o compõe.

Locke concorda com Hobbes de que a Sociedade Civil é fruto de um contrato social, mediante o qual homens livres e iguais, dotados de razão, renunciam a uma parcela de seus direitos naturais com o objetivo de se verem livres uma vez por todas da guerra e de suas conseqüências nefastas para a Sociedade.

Mas para Locke, "o pacto de instituição do poder público, o Estado, é muito diferente do que Grócio imaginava e do que Hobbes prescrevia. O primeiro pensa num contrato que liga os cidadãos entre si, por um lado, e, por outro, tais cidadãos enquanto coletividade e a instância suprema; o segundo o concebe como cessão integral que obriga os súditos e não implica nenhuma obrigação por parte do Estado. Locke tem uma posição diversa na medida em que, em sua opinião, a sociedade enquanto tal - no estado da natureza - possui a capacidade de se organizar de modo harmonioso, sem que haja necessidade de recorrer á ordem política. O que impõe a instauração dessa ordem é a *impotência* a que se encontra reduzida uma tal sociedade quando sua organização natural é ameaçada por inimigos internos e externos. Os direitos naturais não têm força: é indispensável constituir um poder que os enuncie e formalize - que lhes dê força de lei - e que imponha sua efetividade (mediante a coerção)." (CHÂTELET, 1985. p.59-122)

"Para Locke, o motivo primordial subjacente ao contrato social era a proteção da propriedade. Sujeitando-se a tais acordos, os homens perdem o direito de agir como únicos defensores das suas próprias causas. Esse direito é transferido para o governo." (RUSSEL, 2001. p.310-311)

Em outras palavras, Locke defende a tese de que, via pacto social, os homens ao renunciarem aos seus direitos naturais e, portanto, ao instituírem a Comunidade (*commonwealth*) em lugar do Estado da Natureza, definem o poder político que passa a ser encarregado de realizar o Direito Natural.

Neste diapasão, o professor C. Delacampagne preleciona que Locke tem uma concepção distinta de Hobbes acerca do que seja Estado da Natureza. Para Locke, o Estado da Natureza não é um estado de guerra de todos contra todos, mas um estado de benevolência, paz e assistência mútua, do qual os indivíduos não são, pelo menos em tese, sair. Se os homens decidem sair do Estado da Natureza e adentrar no "Estado da Sociedade Política" é para obter vantagens maiores e melhores do que tinham no estado anterior. (DELACAMPAGNE, 2001)

Na sua obra Carta Acerca da Tolerância Locke identifica a Comunidade (*commonwealth*) como sendo uma sociedade civil destinada à preservação e o progresso dos interesses civis.

Para Locke, é conveniente para aqueles "... que desejam o livre desenvolvimento de cada um, entrem em sociedade e instituem uma instância que tem como fim organizar essa sociedade segundo regras comuns e usar os meios adequados para aplicá-los." (CHÂTELET, 1985. p.58-59) Reconhece que o ente político criado pela Sociedade - o Estado - é uma invenção humana, mas uma vez criado, adquire um poder enorme que possui natureza própria, o qual, se não for adequadamente controlado, sobretudo em termos jurídicos e políticos, conduz, via de regra, à opressão dos cidadãos. Por via de consequência, Locke vê que o Poder Soberano do Estado pode e deve ser revogável *ad nutum*, caso venha a se revelar opressor ou contrário aos interesses do povo.

O Soberano (rei, presidente, etc.), é o mero um agente e executor da Soberania Popular, na medida em que o povo é a única fonte legítima do poder legislativo e executivo dos governantes. De fato, "é a legislatura que deve deter a supremacia [política], já que é a responsável exclusiva perante a comunidade como um todo, da qual é representante." (RUSSEL, 2001. p.311)

Para Locke, somente mediante pelo consentimento explícito da maioria dos cidadãos, através dos seus representantes mecanismos legítimos de escolha, é que o Soberano pode permanecer a frente do Estado, reconhecendo que cabe ao povo o direito natural de resistência perante o governante politicamente injusto e/ou corrupto.

Locke reconhece no Estado a instância política uma delimitada pelo princípio meta-jurídico da Soberania Popular exercida pelos cidadãos, princípio esse que tem como objetivo teleológico o efetivo exercício do poder político e social centrado na atuação dos representantes dos cidadãos, destinado a reduzir ao mínimo os conflitos que opõem os indivíduos ou os grupos integrantes da Sociedade. Em outras palavras, para Locke a legitimidade do Estado reside não somente em propiciar segurança e paz social aos seus cidadãos mais também em promover e fazer respeitar o consenso político e social existente entre todos os seus membros. Por via de consequência, um ambiente de consenso se faz necessário como pré-requisito para que as diversas instituições políticas representativas dos grupos sociais componentes do Estado possam constituir, criar, um governo legítimo e duradouro.

Ante ao exposto no parágrafo anterior, é forçoso concluir que Locke defende a tese da necessidade imperativa da defesa intransigente dos direitos e garantias elementares dos cidadãos frente ao Estado. Dadas opiniões em contrário, partilho da concepção dos cientistas políticos e constitucionalistas que defendem a tese de que a doutrina política de Locke evoluiu da primazia da Sociedade frente o Estado para a primazia do cidadão perante o Estado e que, quando Locke defende o direito de resistência dos cidadãos, não é para levar a cabo as aspirações populares, mas para restaurar a ordem legal legítima.

Em suma, John Locke defendia a idéia de que a utilidade última do Estado reside em preservar ou garantir a liberdade, a vida e a propriedade, concomitantemente a uma tolerância religiosa e ideológica.

É importante destacar que Locke "despersonaliza" o Estado, eis que, ao contrário de Hobbes, distingue, ainda que de forma indireta ou implícita, o que é Governo do que é Estado propriamente dito. O governo, para ele, é a direção ou o comando político da Sociedade, corporificando-se apenas como um dos segmentos políticos do Estado, que, em última análise, se constitui no todo.

Tal distinção deriva da divisão dos poderes do Estado feita por Locke e que será posteriormente aperfeiçoada por Montesquieu sob a forma da célebre Teoria da Tripartição dos Poderes, teoria explicitada no livro "O Espírito das Leis".

Para Locke, "o poder legislativo e o poder executivo, em todas as monarquias moderadas e em todos os governos bem ordenados, devem achar-se em diferentes mãos.

(...) Esses dois poderes distintos não são iguais. Pois a primeira e fundamental lei positiva de todos os Estados é a que estabelece o poder legislativo, devendo este, assim como as leis fundamentais da natureza, tender à conservação da Sociedade." (CHEVALLIER, 1999. p.112-113)

Locke não acreditava na possibilidade da existência da "liberdade absoluta" do indivíduo, posto que tal espécie de liberdade impossibilitaria a própria existência do pacto social constituinte do Estado. Neste contexto, ele entende que a liberdade "possível" só pode existir onde houver liberdade política e liberdade de consciência alicerçada num sistema legal que seja consensualmente aceito pela maioria dos cidadãos.

Entendo que o pressuposto ético implícito da concepção lockeniana da liberdade humana reside na idéia de que cada homem vale por si mesmo e não como membro deste ou daquele grupo social ou político em particular.

Por derradeiro, neste tópico, é forçoso reconhecer que sob a ótica da Ciência Política e do Direito Constitucional modernos, Locke tem o mérito de ser aquele pensador que formulou de maneira explícita o Princípio do Primado Político da Lei, princípio esse diretamente derivado da vontade da maioria que compõe o Estado: o governo se obriga pela decisão consensual da maioria dos cidadãos, decisão essa corporificada nas leis que regem o

Estado e os cidadãos. Destarte, para Locke, a Lei imposta de maneira arbitrária pelo soberano não pode e nem deve prosperar, na medida em que põe em perigo os direitos básicos do Homem (direito à propriedade, à vida, etc.).

### 3.2.2.1 Algumas considerações acerca da atualidade das concepções de Hobbes e de Locke sobre o Estado

Ambos os pensadores aqui analisados são contratualistas e defendem a autonomia da Política frente à Religião e a Moral. Isto não é surpreendente se considerarmos que o período histórico no qual os dois pensadores viveram representa a transição do Estado fundado na Religião para o Estado Laico.

Tanto um como outro pensador também defendem a tese de que o exercício do poder estatal deve ser necessariamente impessoal (isto é, voltada para os interesses comuns dos cidadãos que compõem o Estado) e úteis para o Estado e a Sociedade, ainda que o titular do poder político fosse diferente para Hobbes (o Estado corporificado, em última análise, no monarca absoluto) e para Locke (o conjunto de cidadãos através de seus representantes livremente eleitos).

A "dívida" do Estado contemporâneo para com o pensamento político de Hobbes reside exatamente em dois fatores ou elementos políticos: 1º.) o Estado contemporâneo, nas suas relações com o cidadão, se fundamenta num contrato cujo elemento principal é a impessoalidade do pacto firmado entre o titular da Soberania (o próprio Estado) e os cidadãos via seus representantes e, por via de consequência, o Estado tem de estar acima das paixões e dos interesses desse ou daquele grupo social ou político caso queira garantir o bem comum; e 2º.) o exercício da Soberania Estatal encontra restrições ético-políticas de ordem estritamente laica e, portanto, não sujeitas à ingerências ou controles de cunho metafísico ou de caráter religioso.

Já Locke, por sua vez, ao formular, ainda que por vias transversas, a Teoria da Separação dos Poderes, acaba por firmar dois dos princípios jurídicos mais importantes do Estado de Direito contemporâneo, quais sejam os princípios jurídicos da eficiência e da moralidade política.<sup>20</sup> Na concepção lockeniana da separação dos poderes, a lei que é feita pelo órgão competente e que é executada por outro ente, legalmente competente para fazê-lo, é legítima e tem força duradoura.

Tanto Hobbes, quanto Locke, partilham da idéia de que a Igreja e o Estado são instituições diferentes, com as suas próprias regras de hierarquia e de cadeia de autoridade, e, por via de consequência, a abrangência e a natureza das respectivas normas de conduta são distintas e autônomas, não devendo, em nenhuma hipótese, tentarem - Igreja ou Estado - se sobrepor ao outro. Para os dois pensadores supracitados, qualquer tentativa do poder espiritual se imiscuir no poder temporal, ou vice-versa, acaba por gerar graves tensões ou conflitos (políticos, éticos, etc.), tendo em vista as intolerâncias geradas ao longo das tentativas de dominação de um em relação ao outro.

Em outras palavras, a secularização do Estado é um pressuposto fundamental, tanto do pensamento político de Hobbes, quanto do ideário político de Locke, haja vista que Hobbes e Locke encaram-na como um elemento de estabilidade social e, sobretudo, política.

O Contratualismo, sempre teve um lugar de destaque no campo da Teoria Política ao longo dos últimos cinco séculos. Neste diapasão, as idéias políticas de Hobbes e de Locke ainda hoje são um referencial importante quanto às condições fundamentais para o estabelecimento do pacto social formador do Estado, em especial no tocante às obrigações políticas e sociais do Estado para com os seus cidadãos e a aplicação da lei de maneira impessoal.

---

<sup>20</sup> Não é demais lembrar que o artigo 37 da Constituição da República de 1988 consagra no seu *caput*, dentre outros princípios, o princípio da eficiência e da moralidade estatais.

### 3.2.2.2 Reflexões

À luz das considerações feitas, entendo que Hobbes e Locke são pensadores característicos do pensamento político moderno não-metafísico. Por outro lado, a ênfase que ambos os pensadores - especialmente Locke - dão à tese de que o fim último do Estado é assegurar um nível mínimo de bem-estar a todos os seus cidadãos, sobretudo no tocante a segurança pública e a garantia da propriedade, insere-se na tradição política que irá desembocar no Liberalismo Clássico do século XIX d. C.

Hobbes deve ser visto como um ardente defensor do Absolutismo Político<sup>21</sup>, mas nunca como um defensor intransigente do autoritarismo estatal sem limites ou de um regime tirânico e opressor sem qualquer "juízo de valor" acerca dos interesses e direitos fundamentais dos cidadãos, tanto os direitos fundamentais (direito à vida, à liberdade, à felicidade, etc.), quanto sócio-econômicos e civis (direito ao exercício de uma profissão, direito à propriedade, direito à proteção à família, etc.). A leitura de sua obra que proporciona tal espécie de interpretação é fundamentalmente errônea, não resistindo, sequer, a uma leitura bem superficial.

Encarar Hobbes como partidário de um regime político despótico é, em suma, fazer tabula rasa do seu pensamento e da sua obra, desconhecendo as suas importantes contribuições tanto para a moderna Ciência Política quanto para a Teoria Geral do Estado. Hobbes, na verdade, apresenta uma concepção de Estado muito mais sutil que pode aparecer a primeira vista, possuindo uma atualidade nos dias atuais que nem sempre é reconhecida, atualidade que já foi objeto de comentários nos itens anteriores.

Infelizmente, sem medo de exageros fáceis ou de cair em medíocres lugares comuns pseudocientíficos, podemos afirmar que Hobbes é um pensador muito citado, pouco lido e bastante incompreendido, inclusive por muitos "especialistas" em Ciência Política ou

---

<sup>21</sup> Ver glossário

em Direito Constitucional. Se sua concepção de Estado acabou sendo preterida, em parte ao menos, por aquela concepção de Estado formulada por seu compatriota e contemporâneo, John Locke, isso não quer dizer que a sua visão de Estado seja totalmente ultrapassada ou totalmente destituída de significado dogmático-científico para os dias de hoje.

"Quer tenha sido por influência direta ou desenvolvimento paralelo, tanto Hobbes como Locke, representam uma tradição que por muito tempo dominou o pensamento anglo-saxão e influenciou os pensadores da Europa continental." (FITZGERALD, 1983. p.122) De fato, "com muita freqüência descreveu-se a ênfase que, no século [XVIII d. C.], seria colocada na ordem natural e nos direitos naturais do indivíduos, como uma reação ao sistema político de Hobbes no século XVII d. C. Locke é considerado a fonte filosófica desta contemplação da natureza, mas, na verdade, embora em virtude de sua posição filosófica posterior com relação a Hobbes, Locke tenha podido enfatizar mais explicitamente os direitos individuais, permanece o fato de que foi o brilhante esboço feito por Hobbes, do ambiente político do individualismo, que tornou possível o sistema posterior." (NISBET, 2000. p.152)

Longe de defender um estado totalitário, onde os cidadãos são meros "autônomos biológicos" desprovidos de direitos de qualquer espécie, por mais elementares que sejam, o que Hobbes defende é a tese de que o Estado, enquanto ente político que está sujeito ao titular da Soberania Política<sup>22</sup>, não pode e nem deve sofrer limitações de quaisquer espécie (sobretudo aquelas restrições de cunho moral ou religiosa), a fim de permitir o surgimento e o desenvolvimento "... de um ambiente legal impessoal, em que os indivíduos possam racionalmente perseguir seus próprios interesses." (NISBET, 2000. p.152)

---

<sup>22</sup> Ver glossário

Neste diapasão, é importante destacar que o cerne do conceito jurídico contemporâneo da titularidade da Soberania Estatal foi elaborado, ainda que de forma implícita, por Hobbes.

A fim de preservar as funções essenciais do Estado em sua integralidade, a Soberania Estatal deve permanecer intocável, não podendo haver renúncia de uma ínfima parcela que seja, sob pena de se correr o risco de se cair num estado de anarquia política que eventualmente poderiam ameaçar a sobrevivência do próprio Estado.

Realmente, "Hobbes ... situava o poder absoluto não na monarquia, nem mesmo no governo enquanto tal, mas na estrutura legal do Estado" (NISBET, 2000. p.153) e, desta maneira, a Soberania deveria ser exercida de forma irrestrita (no sentido de não estar sujeita a nenhuma outra autoridade estranha àquela legalmente instituída), mas de forma responsável pelo titular do Poder Político existente em um dado Estado, quer seja o Rei (no caso de uma Monarquia), quer seja o Povo (no caso da Democracia), com o objetivo de alcançar o bem estar geral da Comunidade e a valorização social e moral do indivíduo em toda a sua plenitude.

Incumbe destacar, ainda, a modernidade do pensamento político de Hobbes, na medida em que "... tentou libertar a filosofia política dos obstáculos teológicos e morais ortodoxos e observar o homem como parte do sistema mecânico da natureza." (GREENLEAF, 1980. p.52)

Assim sendo, e, em síntese, a estadolatria hobbseniana não implica, necessariamente, na nulificação política e jurídica do Homem frente ao Estado, mas tão somente uma proposta teórica que teve como objetivo superar a ausência de ordem social e política de seu tempo e garantir a segurança e a prosperidade geral e, desta maneira, incluíme na corrente doutrinária, tanto no âmbito da História, quanto no âmbito da Ciência

Política, que vê a concepção hobbseniana de Estado como sendo a primeira tentativa moderna importante de superar a concepção escolástica de Estado originada da Idade Média.

Uma análise da teoria moral de Hobbes, por sua vez, não sugere que ele tenha sido um pensador que defendesse o ateísmo irrestrito ou total, tanto público quanto privado. Hobbes apenas encarava a Religião como um elemento eventualmente desagregador ou desvirtuante do Estado, na medida em que poderia por em risco a paz social e a liberdade individual. Enquanto tal, a Religião deveria ficar restrita à consciência individual de cada pessoa.

Quanto a Locke, homem reconhecidamente de índole reservada e conservadora, é inegável que sua obra exerceu grande influência no pensamento político e filosófico ocidental no decorrer do século XVIII d. C., em especial na França, onde suas idéias filosóficas e políticas serviram de alicerce para grande parte dos ideais políticos de muitos iluministas da "Época das Luzes" (Diderot, Voltaire, Montesquieu, etc.).

Realmente, a tese lockeniana de que os homens, embora contratualmente relacionados entre si a fim de garantir a sobrevivência comum e a propriedade privada, não estão contratualmente integrados ao governo de forma incondicional e autônoma, em especial se o governo demonstrar ser um governo despótico e corrupto totalmente alheio aos interesses e aos direitos fundamentais dos cidadãos, encontrou forte eco nos revolucionários americanos e franceses do século XVIII d. C.

Se nos dias atuais homenageamos a Democracia Representativa como sendo o melhor regime político e o Império das Leis como o alicerce ético-jurídico legítimo do Estado de Direito, somos levados a reconhecer que o responsável, em grande parte, é John Locke. De fato, sua defesa da limitação do poder político do Estado foi um dos instrumentos fundamentais da luta contra a tirania política e religiosa entre os séculos XVII a XIX de

nossa era, como também o foi o seu ideário de que as "leis justas" são todas as normas legais não-arbitrárias editadas pelo ente político competente: o Poder Legislativo.

Incumbe destacar, também, que Locke, ao propor um Estado limitado em termos políticos, não defendia a existência de um Estado absenteísta no tocante aos deveres e obrigações básicos para com os seus cidadãos, muito ao contrário. Uma leitura atenta do pensamento político de Locke revela que, para ele, um Estado absenteísta representaria não só a própria dissolução política do Contrato Social instituidor do próprio Estado, como também um notório perigo para as garantias e direitos fundamentais do Homem enquanto cidadão.

A grande lição que podemos extrair da obra de Locke é que a Liberdade diz respeito a própria essência da ser humano enquanto animal social, na medida em que a complexidade cada vez maior da tecitura das relações sociais pressupõe que o Homem tenha, cada vez mais, opções de escolha política e de expressão social e econômica.

Nestes termos, a Liberdade, segundo Locke, não é uma mera miragem política ou uma abstração jurídica desprovida de efetividade sócio-política, mas um pressuposto meta-jurídico fundamental do Estado, e, conseqüentemente, requisito fundamental da preservação da cidadania e da estabilidade política das relações sociais. Infelizmente, tal lição muitas vezes não é lembrada nos dias de hoje, inclusive por muitos especialistas de escol (juristas, cientistas políticos, etc.).

Ambos os pensadores encaram a Política sob o ponto de vista do exercício do poder, pouco ou nada divergindo, em essência, quanto à sua natureza. A exata medida do exercício do poder político é dada em função da sua real utilidade para se alcançar os fins da Política.

A Sociedade Civil contemporânea deve a Hobbes e a Locke a noção de que o Estado está impedido de criar normas legais que contrariem, explicita ou implicitamente, o bom funcionamento da Sociedade Civil.<sup>23</sup>

Lembrando que, ao postularem que o Estado deve ser um Estado Laico e alicerçado em uma relação obrigacional impessoal entre o Soberano e os cidadãos, ambos os pensadores são o marco teórico inicial do moderno Estado de Direito, no qual o sistema estatal de preceitos jurídicos e regras legais positivados deriva não de normas de conduta extra-Estado (v.g., normas provenientes da Religião), mas do próprio Estado.

Assim, entendo que a laicização do Estado, tanto na concepção estatal de Hobbes, quanto na concepção de Estado de Locke, não implica na negação da necessidade dos agentes políticos terem uma atuação ética e correta no trato da *res publica*. Ambos os pensadores pugnam, ainda que por vias transversas, por uma conduta proba dos governantes no tocante à gestão da coisa pública, conduta essa que, caso seja desrespeitada, deve ser punida consoante os ditames legais existentes e não por medidas arbitrárias.

### 3.3. J. J. Rousseau

A idéia de contrato social para justificar uma obrigação política não é nova.<sup>24</sup>

Segundo Lessnoff (1990:5), a sua origem remonta à obra de um monge alsaciano, Manegold de Lautenbach, que nos finais do século XI defendeu a idéia de contrato social em nome do Papa Gregório VII na sua luta contra o Imperador. O que de novo existe nas teorias de Hobbes, Locke e Rousseau e o facto de todas elas serem fruto do debate sobre o direito natural racionalista, do qual, evidentemente, partem, e de se considerarem parte nova da ordem social e política e do novo método científico moderno de análise da realidade. (WEINREB, 1987: 67).

---

<sup>23</sup> Ver glossário.

<sup>24</sup> Existe, pelo menos, desde a noção estóica de consociatio humana, referida por Cícero, e que é, de facto, o mito da origem, ou fabula docet, da tradição política europeia.

Rousseau exprime, melhor do que ninguém, a tensão dialética entre a regulação e emancipação que está na origem da modernidade. Essa tensão está patente logo na primeira frase do Contrato Social, quando Rousseau afirma que a sua intenção “é descobrir se, na ordem civil, pode haver alguma regra de administração legítima e segura, considerando os homens tal como são e as leis tal como podem ser”. (ROUSSEAU, 1999. p. 51).

A justiça e a certeza estão ambas na raiz do novo projeto de sociedade pelo qual o ser humano é moralmente responsável. Dado que o ser humano se acha simultaneamente livre do estado de natureza e livre para exercer uma opção moral, a sociedade é um produto da escolha humana. Perante a indivisibilidade da escolha humana, como é possível criar, a partir dela, uma vida coletiva? Por outras palavras, como é possível criar uma obrigação política assente na liberdade. (BOAVENTURA, 2002. p.130)

A idéia de contrato social é a narrativa matricial com que o iluminismo tenta responder a estas questões.<sup>25</sup> Como em muitas outras situações, Rousseau ultrapassa os “contratualista” seus contemporâneos. Para ele, o problema não é tanto o de basear uma ordem social na liberdade, mas antes o de o fazer de forma a maximizar o exercício da liberdade; assim, seria um absurdo aceitar de livre vontade uma relação contratual se daí resultasse a perda da liberdade (como no contrato hobbesiano). Para Rousseau, só existe uma solução: a vontade geral como um exercício essencial da soberania inalienável e indivisível. A vontade geral, tal como Rousseau a entendeu, representa a síntese entre regulação e emancipação, e essa síntese está muito bem expressa em duas idéias aparentemente contraditórias: a idéia de “só obedecer a si próprio” e a idéia de se “ser forçado a ser livre” (BOAVENTURA, 2002. p. 130):

Encontrar uma forma de associação que defenda e proteja, com toda a força comum, a pessoa e os bens de cada associado, e por meio da qual cada um,

---

<sup>25</sup> Como Cassirer correctamente sublinha, “[aquilo que] procuramos é uma origem na razão, não no tempo” (1946. p. 174).

unindo-se a todos, não obedeça contudo senão a si próprio e permaneça tão livre como antes [...]

[...] Quem se recusar a obedecer à vontade geral será obrigado a fazê-lo por todo o corpo. Isto significa apenas que será forçado a ser livre [...]. (Rousseau, 1959-69. p. 360 e 364).

Na verdade, as duas idéias partem da mesma premissa básica do contrato social de Rousseau: no contrato social a vontade individual pode ser boa ou má, mas a vontade geral só pode ser boa (COBBAN, 1964: 74).

Quando alguém age contra a vontade geral, esse alguém não é moralmente livre, mas escravo das suas paixões e apetites. Ser moralmente livre significa agir de acordo com leis que o próprio prescreveu, leis que promovem o bem comum definido pela vontade geral. A vontade geral não coincide necessariamente com a vontade de todos. O que generaliza a vontade não é o número de vozes, mas o interesse comum que as une. (ROUSSEAU. 1959-69. p.371-372). Através da dupla idéia de “só obedecer a si próprio” e “ser forçado a ser livre”, a fundação do corpo político assenta numa obrigação política horizontal, de cidadão para cidadão, em relação à qual a obrigação política vertical, do cidadão para o Estado, é necessariamente secundária ou derivada. (BOAVENTURA, 2002. p.131)

### 3.3.1 O pacto social

Os temas mais candentes da filosofia política clássica, tais como a passagem do estado de natureza ao estado civil, o contrato social, a liberdade civil, o exercício da soberania, a distinção entre governo e o soberano, o problema da escravidão, o surgimento da propriedade, serão tratados por Rousseau de maneira exaustiva, de um lado, retomando as reflexões dos autores da tradicional escola do direito natural, como Grotius, Pufendorf e Hobbes e, de outro, não poupando críticas pontuais a nenhum um deles, o que o colocará, no século XVIII, em lugar de destaque entre os que inovaram a forma de se pensar a política,

principalmente ao propor o exercício da soberania pelo povo, como condição primeira para a libertação.

Para se entender a articulação entre as obras, do Contrato Social e do Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens, está no primeiro parágrafo no capítulo I, do livro I, do Contrato: “O homem nasce livre, e por toda parte encontra-se aprisionado. O que se crê senhor dos demais, não deixa de ser mais escravo do que eles. Como se deve esta transformação? Eu o ignoro: o que poderá legitimá-la? Creio poder resolver esta questão”. (ROUSSEAU. 1954. p.351)

Ora, a trajetória do homem, da sua condição de liberdade no estado de natureza, até o surgimento da propriedade, com todos os inconvenientes que daí surgiram, foi descrita no Discurso sobre a origem da desigualdade. Nesta obra, o objetivo de Rousseau é o de construir a história hipotética da humanidade, deixando de lado os fatos, procedimento semelhante ao que outros filósofos já haviam feito no século XVII. Espinosa e Hobbes tomaram de empréstimo, da geometria, o método para a análise dos problemas da moral e da política. Rousseau, por sua vez, afirma na introdução ao Discurso sobre a desigualdade:

“Começemos por afastar todos os fatos, pois eles não dizem respeito à questão. Não se devem considerar as pesquisas, em que se pode entrar neste assunto, como verdades históricas, mas somente como raciocínios hipotéticos e condicionais, mais apropriados a esclarecer a natureza das coisas do que a mostrar a verdadeira origem e semelhantes àqueles que, todos os dias, fazem nossos físicos sobre a formação do mundo”. (ROUSSEAU, 1954. p. 132)

Quando declara que ignora o processo de transformação do homem, da liberdade à servidão, Rousseau se refere aos fatos reais, que seriam bem difíceis de serem verificados, uma vez que os vestígios deixados pelos homens são insuficientes para que se tenha uma idéia precisa de toda a sua história. Esta, porém pode ser construída hipoteticamente e demonstrada através de argumentos racionais. Qual seria pois a história hipotética da humanidade? Precisamente, a que culmina com a legitimação da desigualdade, quando o rico apresenta a proposta do pacto. (NASCIMENTO,1998. p.195)

“Unamo-nos para defender os fracos da opressão, conter os ambiciosos e assegurar a cada um a posse daquilo que lhe pertence, instituímos regulamentos de justiça e de paz, aos quais todos sejam obrigados a conformar-se, que não abram exceção para ninguém e que, submetendo igualmente a deveres mútuos o poderoso e o fraco, reparem de certo modo os caprichos da fortuna. Numa palavra, em lugar de voltar nossas forças contra nos mesmos, reunamo-nos num poder supremo que nos governe segundo sábias leis, que protejam e defendam todos os membros da associação, expulsem os inimigos comuns e nos mantenham em concórdia eterna.” (ROUSSEAU. 1954. p.177)

E Rousseau acrescenta logo em seguida:

“Fora preciso muito menos do que o equivalente desse discurso para arrastar homens grosseiros, fáceis de seduzir, [...] Todos correram ao encontro de seus grilhões, crendo assegurar sua liberdade [...] Tal foi ou deveu ser a origem da sociedade e das leis, que deram novos entraves ao fraco e novas forças ao rico, destruíram irremediavelmente a liberdade natural, fixaram para sempre a lei da propriedade e da desigualdade, fizeram de um usurpação sagaz um direito irrevogável e, para proveito de alguns ambiciosos, sujeitaram doravante todo o gênero humano ao trabalho, à servidão e à miséria.” (ROUSSEAU. 1954. p.178)

Rousseau, pretende estabelecer no Contrato social as condições de possibilidade de um pacto legítimo, através do qual os homens, depois de terem perdido sua liberdade natural, ganhem, em troca, a liberdade civil. No processo de legitimação do pacto social, o fundamental é a condição de igualdade das partes contratantes. As cláusulas do contrato:

[...] quando bem compreendidas, reduzem-se a uma só: a alienação total de cada associado, com todos os seus direitos, à comunidade toda, porque, em primeiro lugar, cada um dando-se completamente, a condição é igual para todos e, sendo a condição igual para todos, ninguém se interessa por tornar onerosa para os demais. (ROUSSEAU. 1954. p.360-361)

Agora, ninguém sai prejudicado, porque o corpo soberano que surge após o contrato é o único a determinar o modo de funcionamento da máquina política, chegando até mesmo a ponto de poder determinar a forma de distribuição da propriedade, como uma de suas atribuições possíveis, já que a alienação da propriedade de cada parte contratante foi total e sem reservas. Desta vez, estariam dadas todas as condições para a realização da liberdade civil, pois o povo soberano, sendo ao mesmo tempo parte ativa e passiva, isto é, agente do processo de elaboração das leis e aquele que obedece a essas mesmas leis, tem todas as condições para se constituir enquanto um ser autônomo, agindo por si mesmo. Nestas

condições haveria uma conjugação perfeita entre a liberdade e a obediência. Obedecer à lei que se prescreve a si mesmo é um ato de liberdade. Um povo, portanto, só será livre quando tiver todas as condições de elaborar suas leis num clima de igualdade, de tal modo que a obediência a essas mesmas leis signifique, na verdade, uma submissão à deliberação de si mesmo e de cada cidadão, como partes do poder soberano. Isto é, uma submissão à vontade geral e não à vontade de um indivíduo em particular ou de um grupo de indivíduos. (NASCIMENTO. 1998. p.196)

Na opinião de Boaventura Santos, Rousseau representa o clímax da concepção alargada da racionalidade moral-prática, originalmente inscrita no paradigma da modernidade, a idéia de uma tensão criativa entre regulação e emancipação, que assume a forma política mais apurada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789). A idéia de Rousseau de um novo princípio societal e político, expressa no Contrato Social e noutras obras de carácter político, exprime melhor do que qualquer outro conceito iluminista a complexidade dilemática de uma regulação social tendente a fomentar, e nunca a sufocar, a emancipação prometida pela modernidade. Essa relação social deveria equilibrar a liberdade e a igualdade, a autonomia e solidariedade, a razão e ética, a autoridade e o consentimento, em nome de uma racionalização plena da vida coletiva e da vida individual. (BOAVENTURA SANTOS. 2002. p.131 e ss.)

A complexidade da regulação social moderna se manifesta em cada um dos três princípios que a sustentam – o princípio da comunidade, o princípio do Estado e o princípio do mercado -, bem como nas relações que se estabelecem entre eles. Mas se Hobbes privilegia o princípio de Estado e Locke o do mercado, Rousseau privilegia o princípio da comunidade.

Na interpretação de Boaventura Santos, a comunidade para Rousseau, é a comunidade integral a que corresponde a soberania do Estado. É o poder desta comunidade

que Rousseau pretende reforçar. Daí a sua ênfase na vontade geral e na inalienabilidade da soberania do povo. Daí também a sua ênfase na obrigação horizontal e solidária, de cidadão para com cidadão, da qual deriva inequivocamente a autoridade do Estado. (BOAVENTURA SANTOS, 2001, p.132)

Enquanto, em Rousseau, o contrato social torna soberania do Estado, derivada e precária, em Hobbes o Covenant torna-a original e absoluta. Por esta razão, Rousseau é o arquétipo do teorizador do princípio moderno da comunidade e Hobbes é o arquétipo do teorizador do princípio moderno do Estado. Segundo Hobbes, o contrato social é o instrumento por meio do qual o povo renúncia ao estado de natureza – ou seja, à liberdade total e à igualdade que necessariamente conduz à guerra de todos contra todos – e cria uma sociedade civil baseada na soberania absoluta do Estado que, em vez da liberdade e igualdade, garante a paz, a autoridade efetiva e, finalmente, a única sociedade justa possível. Como o soberano é absoluto, não está sujeito a nenhuma lei, nem mesmo às que promulga. No pólo contrário, o povo tem um interesse fundamental em obedecer ao soberano, pelo menos enquanto o soberano garantir a proteção das suas vidas (HOBESS, 1946: 113-129)<sup>26</sup>

Mas a extensão e a complexidade da construção político-jurídica da modernidade e, em especial, a tensão, a ela inerente, entre regulação e emancipação, são ainda mais evidentes quando Hobbes, Locke e Rousseau são considerados, no seu conjunto, como partes distintas de uma mesma e única constelação intelectual. Na verdade, cada um deles simboliza uma dimensão de um projeto revolucionário total.

Finalmente, para Rousseau, o direito, mais do que produto do consentimento, é auto-prescrito, já que a comunidade não aliena ao soberano o direito de legislar.

---

<sup>26</sup> Segundo Cassirer (1946: 175), foi esta transferência de direitos, incondicional e absoluta, para o governante que levou os mais influentes autores de teoria política do século XVII a rejeitarem as conclusões de Hobbes.

Assim, a complexidade do paradigma da modernidade reside no fato de o direito ser, potencial e simultaneamente, vontade do soberano, manifestação de consentimento e autoprescrição.

### 3.3.2 A Lei

Só a lei se devem a justiça e a liberdade. Só ela permitiu subjugar os indivíduos para torná-los livres, encadear-lhes a vontade com a sua própria autorização, fazer valer o seu consentimento contra a sua recusa. Graças a ela, servem e não “tem senhor”. Ela é a mais sublime de todas as instituições humanas. É uma “inspiração celeste”, que ensinou aos povos a transpor a este mundo a imutabilidade dos decretos divinos. (CHEVALLIER, 1999. p.174-175)

A lei não pode ser uma expressão da vontade inteiramente arbitrária do soberano. Rousseau teria recusado o nome de leis a muitos textos concluídos às pressas pelos nossos Parlamentos modernos, que são apenas a tradução desordenada de paixões e interesses efêmeros.

Mas que será, finalmente, uma lei? Enquanto se contentarem em ligar a essa palavra somente idéias metafísicas,<sup>27</sup> continuar-se-á a raciocinar sem fazer-se compreender, e, quando se disser o que é uma lei da natureza, não se saberá melhor o que é uma lei do Estado.

Só há lei quando a matéria sobre a qual estatui é geral como a vontade que estatui. Perseguido pelo receio do particular, Rousseau insiste e desenvolve:

“Quando digo que o objeto das leis é sempre geral, por isso entendo que a Lei considera os súditos como corpo e as ações como abstratas, e jamais um homem como um indivíduo ou uma ação particular.”<sup>28</sup> Desse modo, a Lei

---

<sup>27</sup> Rousseau. Nessa ironia se tem enxergado uma crítica a Montesquieu que, na parte inicial de *Do Espírito das Leis*, esmiuçava os vários sentidos da palavra “lei” e as relações entre lei civil e a lei natural. Não obstante, Rousseau não só reconheceu explicitamente o valor excepcional de Montesquieu, mais ainda buscou marcar a diferença de suas posições. Seriam, pois inúteis quaisquer referências irônicas ao *Do Espírito das Leis*, sobretudo quando “metafísica” era quase a totalidade das teorias então em curso sobre a lei.

<sup>28</sup> Rousseau. (Que não há direito “ad hominem”, ou seja, disposições legislativa que vise particularmente determinada pessoa, é princípio que se integrou o direito público moderno. Rousseau formula com rigor teórico

poderá muito bem estatuir que haverá privilégios, mas ela não poderá concedê-los nominalmente a ninguém; a Lei pode estabelecer diversas classes de cidadãos, especificar até as qualidades que darão direito a essas classes, mas não poderá nomear este ou aquele para serem admitidos nelas; pode estabelecer um governo real e uma sucessão hereditária, mas não pode eleger um rei ou nomear uma família real. Em suma, qualquer função relativa a um objeto individual não pertence, de modo algum, ao poder legislativo”.<sup>29</sup> (ROUSSEAU. 1999. p.107)

Uma vez que só o soberano, povo incorporado, ( o governo, não importando sua forma ou composição) tem a qualidade para fazer a lei, esta não pode ser injusta. O governo é cada um de nós, e “ninguém é injusto para consigo mesmo”. Nenhum governante poderia estar acima das leis. Estando-se sujeito às leis, é-se livre, “pois que elas são apenas registros de nossas vontades”. (ROUSSEAU, 1999. p.107)

Vê-se ainda que, reunindo a Lei a universalidade da vontade e a do objeto, aquilo que um homem, quem quer seja, ordena por sua conta, não é mais uma lei: o que ordena, mesmo o soberano, sobre um objeto particular não é uma lei, mas um decreto, não é ato de soberania, mas de magistratura.<sup>30</sup>

Uma instituição que merece muita atenção por parte de Rousseau é a da representação política. Para permanecer coerente com seus princípios, sempre na exigência da legitimidade da ação política, Rousseau não admite a representação ao nível da soberania. Uma vontade não se representa. “No momento em que um povo se dá representantes, não mais livre, não mais existe.” (ROUSSEAU.1954. p.431) O exercício da vontade geral através de representantes significa uma sobreposição de vontades. Ninguém pode querer por um outro. Quando isto ocorre, a vontade de quem a delegou não mais existe ou não mais está

---

o que Locke entrevira em termos prático-empíricos: “Os regulamentos serão os mesmos para o rico e para o pobre, para o favorito e para o cortesão, para o burguês e para o trabalhador”. (Governo Civil, c. X.). [...].

<sup>29</sup> Rousseau. Ao executivo, na ação governamental, toca aplicar aos casos particulares e às pessoas a regra geral da lei. Esta, por sua própria natureza, obriga o legislativo a manter-se em plano bem diverso.

<sup>30</sup> Rousseau. J.J, Do Contrato Social. Os Pensadores. 1999. p. 107. N. 6. (CF. Platão (Leis I, IV): “Se aos magistrados chamei de servidores da lei, não foi por desejar mudar o sentido habitual dos termos, mas por estar persuadido de que a salvação do Estado depende principalmente disso, enquanto o contrário trará sua ruína”.

sendo levada em consideração. Donde se segue que a soberania é inalienável. Mas Rousseau reconheceria a necessidade de representantes a nível de governo.

E, se já era necessária uma grande vigilância em relação ao executivo, por sua tendência a agir contra a autoridade soberana, não se deve descuidar dos representantes, cuja tendência é a de agirem em nome de si mesmos e não em nome daqueles que representam. Para não se perpetuarem em suas funções, seria conveniente que fossem trocados com uma certa frequência.

Não deve, porém, no pensamento político de Rousseau, tomar a exceção como regra de toda prática política. As revoluções são exceções na vida dos povos. O que há de fascinante na Revolução Francesa e na interpretação que uma grande parte de revolucionários fazia do pensamento político de Rousseau é que, a partir daquela data, tudo o mais se ilumina a partir da ótica dos revolucionários. A exceção virou regra.

A vontade geral é a única manifestação da soberania, e esta é patrimônio da comunidade política entendida como um todo. Deste modo, o conceito da soberania absoluta, que, nas doutrinas de Hobbes e Bodin, serve de apoio à monarquia, constitui agora a essência da vontade do povo. A vontade Geral identifica-se ao interesse comum de todos os membros do Estado. As leis são atos da vontade geral; têm por objeto, conseqüentemente, o interesse geral e emanam da vontade do povo. Os órgãos governamentais põem unicamente em prática as decisões superiores e gerais do verdadeiro corpo legislativo. A concepção da lei, em Rousseau, aproxima-se do moderno conceito das constituições ou leis fundamentais dum Estado, a cujas normas todos os poderes devem ajustar a sua atividade. (GETTEL. 1941. p. 300)

### 3.3.3 Do Legislador

Rousseau, supõe que as qualidades excepcionais que o legislador possuem, deve dizer mais a respeito ao conteúdo e intenção de suas iniciativas do que a suas capacidades naturais, embora essas não possam ser subestimadas.

Seriam precisos deuses para dar leis aos homens. Na linguagem de Rousseau, as referências à divindade sempre significam o caráter supra-humano do fenômeno coletivo. Mais uma vez, tal é o sentido: o Legislador é aquele, entre os homens, que mais clara consciência tem dos problemas comuns. (ROUSSEAU. 1999. p. 109)

Todos os grandes legisladores, todos os “pais das nações” deram palavra aos deuses, adorando-os com a sua própria sabedoria. Puseram-lhes nos lábios de imortais as decisões de sua própria e sublime razão. Para que? “Para arrastar, pela autoridade divina, aqueles que não poderiam ser abalados pela prudência humana”, para fazer com que os povos obedeam “com liberdade”, e suportem “docilmente o jugo da felicidade pública”. Reduziria então Rousseau o seu legislador ao papel de simples impostor, hábil no manejo dos povos? De forma alguma. Numa página magnífica, verdadeiro hino a sabedoria que funda, o autor nos impede de aviltar assim o debate: (CHEVALLIER. 1995. p.178)

“Não é todo homem, porém que pode fazer os deuses falarem, nem ser acreditado, quando se apresenta como seu intérprete. A grande alma do Legislador é o verdadeiro milagre que deverá autenticar sua missão. Qualquer homem pode gravar tábuas de pedra, comprar um oráculo, fingir um comércio secreto com qualquer divindade, adestrar um pássaro para lhe falar na orelha, ou encontrar outros meios grosseiros de impor-se ao povo. Aquele que só souber isso, poderá até reunir casualmente um grupo de insensatos, mais jamais fundará império, e sua estranha obra logo perecerá consigo. Prestígios vão tecem um liame passageiro; só a sabedoria o torna duradouro. A lei judaica, sempre subsiste, e a do filho de Ismael, lei que há dez séculos rege a metade do mundo, indicam ainda hoje os grandes homens que a ditaram e, enquanto a orgulhosa filosofia ou o cego espírito faccioso não vêem neles mais do que impostores de sorte, o verdadeiro político admira nas suas instituições esse grande e poderoso gênio que preside os estabelecimentos duradouros. (ROUSSEAU. 1999. p.112-113)

Enfim, o maior legislador, o mais “sábio instituidor” não dá aos povos as instituições que quer. Não é tudo redigir leis boas em si mesmas, é preciso ainda examinar se o povo a que se destinam está apto a suportá-las. Questão não de direito, mas de

conveniência, de oportunidade, de certo tato que nenhum livro ensina. “Sobre a terra brilham mil nações que jamais poderiam ter suportado boas leis; e mesmo aquelas que o poderiam, apenas tiveram para isso, em toda a sua existência, um lapso demasiado breve de tempo.” (CHEVALLIER. 1995. p.179)

Ao legislador cabe apreender o momento fugidio: ele passa com excessiva rapidez.

Rousseau será bastante moderado e usará sempre a máxima enunciada no Contrato Social: a primeira tarefa do legislador é conhecer muito bem o povo para o qual irá redigir as leis. Não existe uma ação política boa em si mesma em termos absolutos. Cada situação exige um tratamento especial. (NASCIMENTO.1998. p.198)

### 3.4 Montesquieu

O primeiro tratado político, ordenado e sistematizado, que nasce da inquietação espiritual do Século XVIII, é o livro do barão de Montesquieu (1689-1755), intitulado *De l'Esprit des Lois* (1748). Admirável conhecedor da história e da literatura, Montesquieu acolhe com simpatia o movimento intelectual do seu tempo. A sua filosofia política baseia-se na história de Roma e nas instituições britânicas, sendo após longa preparação que o seu *Espírito das Leis* aparece.

Montesquieu emprega o método empírico no estudo das questões políticas; mais do que as idéias abstratas, interessam-se os problemas da vida, concretos e atuais. Como a maioria dos escritores do seu tempo, Montesquieu acredita que existem, no seio da natureza, princípios fundamentais de direito e de justiça; contudo, para atingir os seus ensinamentos não se deve partir de deduções baseadas na razão, mas sim nos fatos da história e na observação baseadas na razão, mas sim nos fatos da história e na observação das circunstâncias da vida política. Não crê na justiça abstrata nem no estabelecimento dum sistema de leis definitivas. Mais do que um membro da escola do direito natural,

Montesquieu deve considerar-se um precursor da escola histórica; a sua direção doutrinal é a de Aristóteles e Bodin, não a de Platão e de Locke. (GETTEL. 1941. p. 292)

A especialização das funções ou divisão dos poderes no Estado é a consequência natural do desenvolvimento social, da complexidade crescente da atividade do poder público, do progresso material e moral dos povos.

Já Aristóteles, na Política, dizia que na organização do Estado há três partes, que devem merecer especial cuidado. A primeira é a assembleia dos cidadãos, o corpo deliberante, o verdadeiro soberano; a segunda é a magistratura, isto é, os funcionários designados pela assembleia para certas funções; a terceira é o corpo judiciário. No entanto, Aristóteles, se discriminou os órgãos, confundiu as funções, pois deu à assembleia o conjunto de todas as atribuições, sendo os dois outros órgãos simples delegações suas, sem atribuições bem definidas.

Depois do filósofo grego a doutrina da divisão dos poderes permanece longos séculos sem merecer qualquer atenção dos escritores.

Maquiavel não lhe faz nenhuma menção precisa; Bodin apenas sustenta a conveniência de separar a administração da justiça das atribuições do rei.

Locke é o primeiro escritor que realmente elabora uma teoria da divisão dos poderes. Inspirado na Constituição Inglesa, diz ele em seus Ensaios que é necessário que as funções de Estado sejam exercidas por órgãos diferente. “O Poder legislativo é o que tem o direito de determinar a forma como se deve empregar o poder público, para proteger a comunidade e seus membros. As leis podem ser elaboradas em pouco tempo, e assim não é necessário que o Poder Legislativo esteja sempre reunido. Por outro lado, dada a fragilidade humana, grande seria a tentação de abusar do poder se as mesmas pessoas que fazem as leis devessem executá-las. Assim, o Poder Legislativo deve estar separado do Executivo.” (AZAMBUJA.1977. p.117-178)

Coube, porém, a Montesquieu, não somente elaborar uma teoria completa da divisão dos poderes como também difundí-la por toda a Europa, vindo a constituir um dos maiores fatores na organização dos Estados modernos.

Na sua famosa obra, que é um tratado de Direito Político, depois de estudar a Constituição da Inglaterra, Montesquieu lança as bases de sua doutrina, e justifica-a com vários argumentos:

“Em todo o Estado – diz ele – há três espécies de poderes o Poder Legislativo, o Poder Executivo, das coisas que dependem do Direito das gentes, e o Poder Executivo das que dependem do Direito civil. Pelo primeiro o príncipe ou magistrado faz leis para algum tempo ou para sempre, e corrige ou ab-roga as que estão feitas. Pelo segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia e recebe embaixadas, estabelece a ordem, prevê as invasões. Pelo terceiro pune os crimes e julga os dissídios dos particulares. Chama-se a última o poder de julgar e a outra simplesmente o Poder Executivo do Estado” (ESPIRIT DES LOIS, livro XI, cap. VI.)

A teoria de Montesquieu teve extraordinária repercussão na filosofia política e nas Constituições escritas que se promulgam nos fins do século XVIII, tornou-se um dogma na ciência constitucional. Montesquieu, se bem que demonstrando a necessidade da separação dos poderes, julgava também necessário que eles fossem harmônicos; que se limitassem uns aos outros.

No seu trabalho, Montesquieu afasta-se, muitas vezes, não só da doutrina filosófica do direito natural, mas também das tendências da França contemporânea. O que nos interessa neste trabalho, mais as reformas do que as críticas e os ataques ao regime dominante; sobretudo, trata das questões práticas do governo ou da justiça, deixando para segundo plano as doutrinas referentes aos direitos dos cidadãos ou às prerrogativas do poder do poder soberano. Ele deseja a conservação da monarquia e a continuidade do espírito tradicional da França, mas procura, ao mesmo tempo, uma garantia da liberdade na separação dos poderes executivo e legislativo. O fim primordial das suas investigações consiste na exposição da natureza e do funcionamento das instituições políticas. A parte mais importante da sua obra é

a que se refere ao valor da liberdade e a teoria da separação de poderes como sua garantia necessária. (GETTEL.1941. p.293)

Em oposição à doutrina que considera a lei como um princípio natural, imediatamente deduzido dos ditames da razão, ou da teoria que vê, unicamente, na ordem legal, a vontade do soberano, Montesquieu amplia o conceito de lei, no sentido de incluir, sob a sua designação, todas as relações que medeiam entre as causas e os seus efeitos. Para se poder determinar o caráter das instituições e da legislação, necessita-se dum sistema de princípios. Das relações entre os Estados nasce o direito internacional; das relações que se estabelecem entre governantes e governados, num Estado determinado, nascem as leis políticas; das relações privadas entre os cidadãos, nasce o direito civil. O complexo conjunto destas influências forma o que se denomina espírito das leis. (GETTEL.1941. p. 293)

Segundo Montesquieu, qualquer forma de governo que encerre valor em si mesma; o seu valor é sempre relativo. Quando muda o espírito que informa uma determinada estrutura de governo, produz-se, necessariamente, uma revolução. As revoluções, contudo, não seguem um processo de regularidade e previsão política: a nova forma do governo depende das circunstancias de cada caso.

Montesquieu, antes de tudo, concede importância ao problema liberdade. Nesse aspecto, desenvolve as suas idéias partindo de Locke, mas segue por caminhos diversos, sem deter-se demasiadamente nos direitos naturais ou na tese do individualismo. Ainda critica atentamente as doutrinas que defendem a escravidão, atacando, eloqüentemente, este sistema, e propondo, em termos um tanto irônicos, um acordo internacional para a repressão do tráfico de escravos.

A liberdade só é possível quando se limitam os poderes governamentais. A melhor garantia da liberdade e a salvaguarda mais conveniente, contra as possíveis tiranias políticas, residem, segundo Montesquieu, na separação dos poderes executivo, legislativo e judicial, tal

como supunha que existia na Inglaterra. O exercício de cada poder deve estar a cargo dum órgão apropriado, mediante o estabelecimento dum sistema de equilíbrio. A separação dos poderes legislativo e executivo apresenta singular importância. Devem preservar-se, igualmente, os direitos penal e processual de quantos abusos possam conduzir à injustiça. (GETTEL.1941. p.295)

A preocupação de Montesquieu de converter a política numa ciência social e de fundar os princípios políticos em generalizações de índole indutiva sai fora da corrente da filosofia política. Ao findar o século XVIII, as tendências políticas seguem o antecedente ideológico das teorias de Locke sobre os direitos naturais, o pacto social e a revolução, que nos trabalhos de Rousseau se concretizam de forma mais eloqüentemente.

### 3.5 As Revoluções Francesa e Americana

Como lembra BOBBIO, a revolução Francesa têm sido exaltada e amaldiçoada, julgada como obra divina para uns, para outros diabólica. Tem sido justificada e injustificada de várias maneiras: justificada, porque, em que pese a violência que a acompanhou, transformou profundamente a sociedade européia; injustificada, porque incluir um bom fim não justifica todos os meios, ou pior, quando o fim mesmo não é bom, ou ainda quando não obstante bom, não foi nunca alcançado. (BOBBIO, El Tiempo de los Derechos. [s.a.p.] p. 171-172)

Nessa atmosfera turbulenta, é aprovada em 26 de agosto de 1789 a “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, que marcou definitivamente o fim do Antigo Regime e o retorno da democracia, em um Estado cada vez mais nacionalista.

No entanto, sem embargo de tudo o que significou para a historia da humanidade, a Revolução Francesa não foi poupada de ferozes críticas. Como bem observa ERIC HOBSBAWN, a Declaração dos Direitos do Homem “era um manifesto contra a sociedade hierárquica de privilégios nobres, mas não era um manifesto a favor de uma sociedade

democrática e igualitária”. (HOBSBAWN. 1996. p.77) Em geral, o burguês liberal clássico de 1789 ( e o liberal de 1789-1848) não era um democrata, mas um devoto do constitucionalismo, um Estado secular com liberdades civis e garantias para a empresa privada e um governo de contribuintes e proprietários.

Por sua vez, como adverte JOSÉ DAMIÃO DE LIMA TRINDADE, sob o prisma de uma historia social dos Direitos Humanos, esse período não suscitaria mais interesse senão pelo que passaria a representar de negativo:

“A Revolução Francesa – e suas extensões militares por quase todo o continente – já havia esgotado o que tinha a oferecer neste terreno: igualdade civil e liberdade individual – uma e outra muito relativizadas pela desigualdade social que se consolidaria no capitalismo. Isso não foi pouco, se comparado com o modo de vida na sociedade feudal, mas deixava muito a desejar para a maioria da população que, como visto, sonhara mais alto. Os anseios de igualdade social ou, ao menos, de algo que se aproximasse disso, foram ferozmente frustrados pelos revolucionários burgueses que, malgrado sua aliança com o campesinato e com as massas populares urbanas, sempre conservaram a hegemonia política e, por isso, imprimiram ao processo de transformação a marca dos seus interesses de classes”. (TRINDADE, 1998. p.81)

Hoje, não tanto pelo que foi efetivamente realizado em termos de democracia e de direitos humanos, o certo é que a Revolução Francesa, sob a inspiração jusnaturalista, passará à História como o grande momento de ruptura de um sistema que não reconhecia os direitos fundamentais, ou mesmo a existência dos indivíduos, considerados em si mesmos e iguais em direitos e liberdade, e não simplesmente enquanto parte de algo maior denominado coletividade, Estado ou mesmo classe social.

Nesse ínterim, não podemos deixar de reconhecer a grande contribuição da Revolução Americana, com a adoção do regime republicano democrático.

A declaração de Independência Americana, firmou os pontos democráticos fundamentais para o ser humano e a igualdade de todos os homens, possuidores dos direitos inalienáveis da vida e da liberdade, como bem lembra ESTHER BUENO SOARES:

“Reportando-se à ‘Virginia Bill of Rights’ de 1776, e enunciada através dos séculos como a representante que pela primeira vez traduziu a declaração do povo, o que foi feito a favor não só de uma ou algumas liberdades, mas, a todas

as liberdades e forma atribuídas a todos os cidadãos sem qualquer distinção. Foi sem dúvida um marco significativo para os direitos humanos por ter provindo de um povo que ainda lutava pela sua liberdade, para o povo em busca de liberdade total”. (SOARES, 1997. p.28)

Como lembra esta autora, “somente a partir das revoluções americana e francesa é que os direitos humanos são declarados ao serem postulados os direitos à liberdade, à igualdade de todos, tornando-se corolário da democracia nascente, isto é, onde os direitos humanos são ressaltados como pertencentes a todos e a cada um em particular”. (SOARES, 1997. p.28)

Ao lado das revoluções francesa e americana, não poderíamos deixar de recordar a revolução puritana, influenciada pelo protestantismo, relevante para a configuração da moderna democracia, com os seus postulados da Constituição escrita, poder constituinte, separação dos poderes e garantia dos direitos e liberdades fundamentais.

Por fim, não poderíamos fechar este tópico sem nos recordar ainda de Kant, para quem a ruptura dos regimes anteriores significou antes de tudo, a visão do ser humano enquanto adulto, e não mais como criança, com o fim da paternalização, pelo rei, dos súditos.

## CAPITULO IV HANS KELSEN

### 4. Kelsen, o positivista

Hans Kelsen jurista de extraordinário valor, dele pode-se dizer que foi um divisor de águas para toda a teoria jurídica contemporânea.

Teórico do direito, filósofo e sociólogo, teórico do Estado, iniciador da lógica jurídica que tanto lhe deve, Kelsen teve, além disso, uma vida cercada de experiências difíceis que marcaram de modo geral a intelectualidade judaica, desde o início deste século, na Áustria e na Alemanha. A sua mais famosa obra – Teoria Pura do Direito – em 1934, a qual conheceu grande sucesso, tendo sido traduzida na maioria das línguas modernas. Dela apareceu, em 1960, uma segunda edição bastante enriquecida e refundida. (COELHO. Fábio. 2000. p.13)

Estudar Kelsen, por mais que se dedique, não é uma leitura fácil. É detalhista, minucioso, repetitivo, extraordinariamente lógico. Acompanha-lo pelos diversos rincões da teoria do direito, pressupõe o gosto pelas elucubrações em nível elevado de abstração e alguma paciência.

Não se propõe nesta dissertação discussão de toda a vastíssima obra de Kelsen – isto só seria possível após uma vida inteira de dedicação, torna-se impossível nestes curtos anos de mestrado.

Embora tenha tido muitos adeptos e continuadores, como Robert Walter, na Áustria, Norberto Bobbio, na Itália, Ulrich Klug, na Alemanha, Roberto José Vernengo, na Argentina, Fuller, nos Estados Unidos, não faltaram aqueles que o cobriram de críticas. Alguns, mais veementes, como Voegelin, preocupados com o caráter formalista de sua teoria, chegaram a dizer, não sem um certo sarcasmo, que Kelsen consideraria a substância política do Estado “como uma ordem do comportamento humano, em princípio de igual dignidade à de uma sociedade de colecionadores de selo” (*Der autoritaere Staat*, Viena, 1956, p. 41).

O grande objetivo da obra foi discutir e propor os princípios e métodos da teoria jurídica. Suas preocupações, neste sentido, se inseriam no contexto específico dos debates metodológicos oriundos do final do século XIX e que repercutiam intensamente no começo do século XX. A presença avassaladora do positivismo jurídico de várias tendências, somada à reação dos teóricos da livre interpretação do direito, punha em questão a própria autonomia da ciência jurídica. Nesta discussão, o pensamento de Kelsen seria marcado pela tentativa de conferir à ciência jurídica um método e um objeto próprios, capazes de superar as confusões metodológicas e de dar ao jurista uma autonomia científica. (FERRAZ, Jr. Por que ler Kelsen, hoje. 1981. p. 12-13)

O direito se desenrola dentro de uma ordem social específica, a ordem jurídica. A ordem social é um conjunto. A ordem jurídica, ou ordenamento jurídico, é constituída de princípios complementares e não-contraditórios, que servem de fundamento deontológico para todo sistema normativo. Notavelmente, um dos teóricos que mais destacaram nesta empreitada foi Hans Kelsen, porta-voz contumaz do positivismo jurídico. Em Kelsen, o Estado detém o monopólio estatal do uso da força (ou de dizer que fará o uso da força), para evitar que haja o desmoronamento das relações sociais numa guerra de todos contra todos, se utilizarmos uma terminologia de Thomas Hobbes.

Importante também é o conceito de ordem jurídica, formulado por Kelsen, nesta discussão sobre a ordem, a justiça e o Direito. O Direito, segundo Kelsen, é uma ordem constituída de um sistema de normas. Mas essas normas são encadeadas de forma que todas tenham um único fundamento de validade, que é a norma fundamental. Uma norma só será uma norma jurídica se pertencer a uma ordem jurídica, com sua validade determinada pela norma fundamental que dá razão a esta ordem, segundo uma hierarquia de relação comparativa verticalizante, tendo como ápice a Constituição.

#### 4.1 A visão normativista para Kelsen

No século XX emerge uma nova doutrina em reação ao sociologismo jurídico que iria revolucionar o Direito – o normativismo jurídico de Hans Kelsen. Esta nova maneira de pensar que é também dogmática revolucionou completamente o Direito.

O saber jurídico até então estabelecido, é alvo de contestação por Kelsen. A formulação divergente da doutrina Kelseniana é quanto ao objeto do Direito que para a sociologia jurídica é o fato social – (o ser), procurando responder o comportamento jurídico dos homens, indagando os porquê causais dessa conduta, enquanto que o normativismo colocado no plano do (dever-ser) é uma ciência de objetos ideais que tem como meta conhecer as normas que dão um sentido jurídico à conduta humana e não prescrevê-las.

Para Kelsen o Direito, é norma, cuja natureza lógica tenta determinar. Porém antes, pensava-se a norma jurídica com lei elaborada pelo Estado ou em uma regra posta pela jurisdição e o costume, prevalecendo o sentido de uma ordem ou de um comando, em vez do seu significado de “juízo de valor”.

A norma jurídica no conceito Kelseniano, é uma entidade lógico-hipotética, capaz de qualificar ou de constituir juridicamente a experiência social, abrangendo desde as normas fundamentais da Constituição até os preceitos dos contratos e das sentenças. Por esta ótica, o Direito é visto como um “sistema escalonado e gradativo de normas as quais atribuem sentido objetivo aos atos de vontade”. Apóiam-se umas nas outras, formando um todo coerente, estruturado hierarquicamente – o ordenamento jurídico. Neste verdadeiro sistema de normas uma recebe da outra a sua vigência (validade), mas dependendo sempre de uma norma fundamental, suporte lógico da integralidade do sistema. “As normas jurídicas são enunciados lógicos que se situam no plano do dever-ser (REALE, 1998, p. 457-461). Entendida assim, a norma jurídica não explicita diretamente um comando ou imperativo. Ela procura ligar um fato condicionante a uma conseqüência – a sanção, sem, contudo, enunciar

qualquer juízo a respeito do valor moral ou político dessa conexão. Não preceitua determinada conduta por considerá-la boa, mas apenas comina uma sanção (pena ou execução) no caso de se preferir conduta contrária à juridicamente devida. O fazer é algo que não pertence ao campo estritamente jurídico.

Ainda a doutrina kelsiniana coloca em evidência a eficácia e a vigência da norma jurídica. A eficácia diz respeito à efetiva aplicação e cumprimento da norma jurídica e a vigência é a sua obrigatoriedade, ou seja, determina que as pessoas devem se conduzir como a norma o prescreve.

Conforme entende os sociólogos, é a eficácia que interessa ao Direito. Segundo eles, uma norma jurídica elaborada tecnicamente pelo órgão do Estado não é norma jurídica no sentido pleno da palavra quando não encontra correspondência no viver social. Trata-se neste caso de regra formal, com a vigência puramente “significativa”. A eficácia é, pois, o traço característico do Direito.

Para Kelsen, o que distingue a norma jurídica é principalmente a sua vigência ou validade técnico-formal. De acordo com os kelsenianos a ciência jurídica desenvolve-se no plano do dever-ser lógico, em função de exigências operacionais.

O que é a ordem jurídica? Para o festejado papa do positivismo jurídico, “as normas de uma ordem jurídica regulam a conduta humana”. (KELSEN. 1999. p.33) O direito, pois, é uma ordem da conduta humana, obviamente, podemos dizer contemporaneamente. Afinal, os seres humanos são sujeitos de Direito (titulares de direitos e obrigações), caso contrário seriam coisas, objetos de Direito.<sup>31</sup>

A ordem jurídica (Lei) não é produzida de qualquer jeito, de modo artesanal, como uma obra de arte original. Kelsen propõe que as normas jurídicas (Leis) sejam produzidas,

---

<sup>31</sup> As coisas e os animais (bens semoventes) são objetos de Direito. Em épocas nefastas da história humana, os escravos não eram sujeitos de Direito, mas objetos de Direito, quer dizer, podiam ser disponibilizados como coisas.

como se fossem em “série”, de modo que tenham uma origem definida, por um processo igualmente definido, de modo que forme um sistema uno e harmonioso.<sup>32</sup>

Segundo Ferraz Jr., a noção de norma para Kelsen tem como premissa a distinção entre as categorias do ser e do dever ser, que ele vai buscar no neokantismo de sua época. A consciência humana, diz ele, ou vê as coisas como elas são (a mesa é redonda) ou como elas devem ser (a mesa deve ser redonda). Normas, nestes termos, são prescrições do dever ser. Elas conferem ao comportamento humano um sentido, o sentido prescritivo. Assim, levantar o braço numa assembléia pode ter um sentido descritivo (fulano levantou o braço) ou um sentido prescritivo (levantar o braço deve ser entendido como voto a favor de uma proposta). Enquanto prescrição, a norma é um comando, é o produto de um ato de vontade, que proíbe, obriga ou permite um comportamento. (FERRAZ Jr. Porque ler Kelsen, Hoje, 12-13)

O Direito, em sua concepção pura, diz o que é válido ou inválido diante de si, a partir de um sistema de normas que está orientado pela norma fundamental, a Constituição.

#### 4.2. Positivismo e norma jurídica

Considera-se positivismo neste contexto a teoria cuja “regra fundamental consiste em afirmar que toda proposição, que não possa ser reduzida com o máximo rigor ao simples testemunho de um fato, não encerra nenhum sentido real e inteligível”. (REALE, 1988, p.166)

Tal afirmação se respalda no empirismo, forma de conhecer das ciências naturais cujo objeto de investigação, o ser (o fato, o fenômeno) é conhecido pela experiência sensorial e explicado pelos nexos de antecedente e conseqüente, na fórmula, se é A é B.

Esta teoria, que dominou o mundo científico no século XIX, exerceu forte influência sobre o pensamento jurídico da época. É fora do propósito desta dissertação tecer

---

<sup>32</sup> A respeito deste pensamento de Kelsen, só concretizou na nossa Constituição de 1988, elencando a sua regulamentação no artigo 59, parágrafo único, o processo de elaboração de leis.

considerações sobre todas as concepções do Direito que tiveram como espinha dorsal o empirismo – o exegetismo, historicismo e sociologismo jurídico, além de outras.

Vale apenas salientar no plano evolutivo, aqueles aspectos que representam efetiva contribuição ao amadurecimento do pensar jurídico.

Neste âmbito destaca-se o reconhecimento do Direito como ciência, como objeto real – o fato social cujo conhecimento se respalda na experiência. Esta nova conotação dada ao Direito leva a um grande retraimento do Direito Natural, uma vez que o modo de pensar zetético próprio dos jusnaturalistas cede lugar a um pensar dogmático, positivo, com o predomínio do direito escrito (posto). Esta concepção essencialmente fática do Direito empresta grande objetividade à norma jurídica a tal ponto que o que importa é o ser e não o dever-ser.

Porém nem todos os jusfilosofos adotaram a teoria empirista de análise, nem todos têm a mesma concepção a respeito do Direito. É caso da Escola da Exegese. Como o próprio nome diz, pois exegese significa ater-se à obra literária minuciosamente, a Escola Exegética tem como base apenas o uso da letra da lei como forma de aplicação do Direito. Ela também é chamada de Escola Legalista e Escola Racionalista e afirma que todo o Direito está contido na Lei e apenas nesta. Seu surgimento se deu na França, mas teve vários adeptos, como a Escola Pandectista alemã.

A Escola Exegética foi muito forte durante o século XIX, estabelecendo que qualquer ato ocorrido no meio social estaria previsto numa lei, logo o Direito seria completo e poderia ser aplicado a qualquer caso. Os adeptos de tal Escola entendem que a lei é absoluta, devendo o juiz extrair o significado dos textos para assim aplicá-lo ao caso concreto.

#### 4.3 Lei como referencial de objetividade: o “ser” e o “dever ser”

A “frieza” da teoria de Kelsen, por outro lado, procura deixar de lado o “subjetivismo” ao máximo, em prol da objetividade. De acordo com ele, aliás, a lei seria um

referencial de objetividade. Nisso, concordamos, porém, o referencial não pode ter como método interpretativo o das ciências exatas, pois a realidade social não é uma equação. Vejamos, pois o que Kelsen tem a dizer sobre a validade e invalidade, e a sua relação com o “ser” (sein) e o “dever ser” (sollen):

“Quando admitimos a verdade de um enunciado sobre a realidade é porque o enunciado corresponde à realidade, é porque nossa experiência o confirma. O enunciado ‘um corpo físico dilata-se quando aquecido é verdadeiro porque nós observamos, repetidamente e sem exceções, que os corpos físicos de dilatam quando aquecidos. A norma não é um enunciado sobre a realidade e, portanto, não tem como ser’ verdadeira’ ou ‘falsa’ no sentido explicitada acima. Uma norma é válida ou não válida. [...] O fundamento para a validade de uma norma não é, como o teste de veracidade de um enunciado de ‘ser’, a sua conformidade à realidade. Como já dissemos, uma norma não é válida por ser eficaz. [...] O verdadeiro fundamento são normas pressupostas, pressupostas porque tidas como certas. [...] O fundamento para a validade de uma norma é sempre uma norma, não um fato. A procura do fundamento da validade de uma norma reporta-se não à realidade, mas a outra norma da qual é derivável [...]” (KELSEN,2000, p.161-162)

Desta declaração podemos aferir que uma norma possui, ao mesmo tempo, um princípio estático e um princípio dinâmico. Quer dizer, num sistema de normas, o fundamento de validade e o conteúdo de validade, evidenciado por meio de uma operação lógica, são deduzidos de uma norma, considerada como fundamental, dentro de uma ordem de normas. Com relação ao princípio dinâmico, podemos dizer que a norma fundamental pressuposta não possui conteúdo. A ela atribui-se o poder de ser uma instituição de um fato produtor de normas, uma atividade legisladora, que “determina como devem ser criadas as normais gerais e individuais do ordenamento fundado sobre esta norma fundamental” (KELSEN. 1999. p.219)

O que nos interessa, por enquanto, é dizer que um sistema de normas, que se organiza e se apresenta como uma ordem jurídica, possui caráter dinâmico. Não é um certo conteúdo o elemento decisivo para determinar a validade de uma norma jurídica. Antes de o seu conteúdo ser deduzido – pela lógica, de uma norma fundamental – uma norma jurídica é produzida segunda uma forma fixada pela norma fundamental pressuposta. ( KELSEN, 1999.

p. 221) Em outras palavras, qualquer conteúdo de norma pode ser Direito, desde que ela seja elaborada em conformidade com a norma fundamental. E qualquer conduta humana pode ser objeto de conteúdo de uma norma jurídica.

Não se trata, então, de a norma fundamental ser uma norma material.<sup>33</sup> Kelsen explica que as normas jurídicas são elaboradas por um ato especial. Elas são postas, ou seja, são elementos de uma ordem positiva, a qual se origina de uma norma fundamental, que serve de ponto de partida de um processo, o de criação do Direito Positivo.<sup>34</sup> Essa norma é dotada de um poder *sui generis* perante as demais.

O instrumento mais adequado para compreender os interesses públicos e permanentes da Nação seria a Lei, emanada do Poder Legislativo, constituído por representantes da mesma:

“ O povo, por exemplo, para gozar de um maior bem-estar, pode sacrificar os interesses de gerações futuras, pode sacrificar os interesses permanentes da comunidade. Um exemplo mais concreto que poderia ser dado seria o de um povo que não enfrentasse uma agressão estrangeira, para não correr todos os riscos e óbices que isso suscita, para não sofrer as conseqüências de uma guerra. Mas, fazendo isso, esse povo está, ao mesmo tempo, sacrificando a sobrevivência da comunidade, está aceitando o desaparecimento dela. Assim, para atender aos seus interesses, esse povo está sacrificando os interesses da comunidade como algo permanente. Essa idéia de Seiyès, de que no Estado o supremo poder pertence à comunidade encarada na sua permanência, e não encarada nas suas unidades componentes num determinado momento, se liga de perto com outra idéia – a de representação que está exatamente na raiz de todo o desenvolvimento em torno do Poder Legislativo.” (FERREIRA FILHO, 1999. p. 23-24)

#### 4.4 Norma hipotética Fundamental

Positivistas como Kelsen costumam enfrentar a discussão sobre o fundamento de validade do direito procurando abstrair os aspectos políticos, morais, econômicos e históricos envolvidos com o tema. Chegam, assim, a resultados mais ou menos elaborados, mas que

---

<sup>33</sup> “Não matarás”. Por exemplo.

<sup>34</sup> Até o advento da Lei Complementar nº 95/98, não existia em nosso ordenamento jurídico qualquer disposição que disciplinasse a elaboração de leis, mesmo rezando na Constituição de 88, elencando a sua regulamentação no artigo 59, parágrafo único. Veja-se Lei complementar federal nº 95/98 e Dec. Federal nº 4.176/2002 – Dispõe sobre, elaboração, a alteração e a consolidação das leis.

essencialmente apenas afirmam que o direito deve ser obedecido porque ele é direito (FERRAZ Jr. , 1978, p. 129). A norma hipotética fundamental é a categoria Kelseniana criada para solucionar a questão do fundamento último de validade das normas jurídicas (KELSEN, 1960, p. 304).

A teoria da norma fundamental de Kelsen sempre provocou muita celeuma. Ela constitui, para ele, o fundamento mesmo da ordem jurídica. Qualquer norma só será considerada jurídica e legítima se for estabelecida em conformidade com as prescrições contidas na norma fundamental. [...] Todo o universo normativo vale e é legítimo em função dela. Mas dela não se pode exigir que seja justa. Mesmo uma norma fundamental injusta, válida e legítima o direito que dela decorre. (COELHO. Fábio, 2000. p. 17)

Kelsen, neste sentido, foi um ardoroso defensor da neutralidade científica aplicada à ciência jurídica. Sempre insistiu na separação entre o ponto de vista jurídico e o moral e político. A ciência do direito não caberia fazer julgamentos morais nem avaliações políticas sobre o direito vigente.

A obra de Kelsen ainda o mantém vivo. Suas implicações para a ciência jurídica, para a lógica da norma, para a aplicação do direito são tão fecundas, que, por mais que o critiquemos, não deixam de desvendar novos ângulos, novos encaminhamentos. Ao contrário do que se supõe, seu espírito polêmico nunca revelou um obstinado, tanto que, em diversas ocasiões e até mesmo no fim da vida, não teve medo de enfrentar suas próprias convicções, mudando-as quando as percebia insustentáveis racionalmente.

A teoria pura do direito é, o ápice da trajetória típica da modernidade, no sentido da tentativa de alicerçar na ciência o conhecimento da organização da sociedade estabelecida através de normas. Modernidade é não propriamente um período ou era histórica, mais um paradigma a reunir os elementos comuns à cultura ocidental desde o século XVI, quando começou a se delinear enquanto projeto. A intelectualidade contemporânea, em muitas áreas,

tem se preocupado em refletir se o paradigma da modernidade já não teria esgotado suas possibilidades de sintetizar a manifestação do espírito humano correspondente ao largo período histórico a que se refere; se não estaria a cultura em vias de transição a outro paradigma, o da pós-modernidade. (COELHO. Fábio, 2000. p.69)

À primeira vista, pois, na transição para o pós-moderno, especificamente para Boaventura de Souza Santos, nesse contexto, situa Kelsen no segundo período da modernidade, o denominado modernismo. Lembra o proposto por Andréas Huyssen, para quem a mais relevante característica desse período, em matéria de estética, é o medo do contágio pela política, moral ou cultura de massa ou popular ( anxiety of contaminantion). Ressalta, então que o mesmo conceito teria pertinência estendido à teoria pura do direito (BOAVENTURA SANTOS, 1993: p. 88-89), processo pertinente à epistemologia jurídica, para não haver campo para qualquer influência da esgotada formulação Kelseniana.

O paradoxo exsurge claro em sua hermenêutica, no desafio kelseniano. Ora, se o conhecimento do direito somente seria científico se reduzido à apresentação do elenco das significações atribuíveis a cada norma jurídica, impondo-se total silêncio na questão acerca de qual delas deveria prevalecer sobre as demais, então não se pode conhecer com rigor o exato conteúdo das normas, já que afirmar o seu sentido único é função não científica.

O empreendimento da teoria pura do direito é um fracasso. Nenhum doutrinador, na literatura nacional ou estrangeira, é fiel adepto da hermenêutica kelseniana. A conclusão pela impossibilidade de definição científica do conteúdo das normas jurídicas é, contudo, peça essencial na teoria de Kelsen. Seu fracasso, no entanto, tal como o do positivismo lógico em relação à filosofia contemporânea, tem extraordinária importância para o desenvolvimento da filosofia do direito, porque a põe diante de sua questão fundamental neste fim de século – ou, se preferir, na atual transição para a pós-modernidade. É a questão sobre a natureza do conhecimento do conteúdo de normas jurídicas. Ao se debruçar sobre o significado atribuível

à norma, o doutrinador não parece produzir qualquer tipo de conhecimento científico, mas sim conhecimento de caráter tecnológico. ( Cf. FERRAZ JR., 1980. p. 81-118; COELHO, 1992. p. 1323). Tal reorientação do sentido geral da epistemologia jurídica abre imenso leque de possibilidades teóricas. Sem Kelsen, sem a teoria pura, sem o desafio kelseniano, talvez a filosofia jurídica não estivesse ainda pronta para a exploração dessas novas e revolucionárias possibilidades. (COELHO. Fábio. 2000. p.70)

## CAPITULO V FUNDAMENTOS TEÓRICOS DO NOVO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

### 5.1 A Pós-Modernidade e o Direito

Planeta Terra. Início do século XXI. Ainda sem contato com outros mundos habitados. Entre luz e sombra, descortina-se a pós-modernidade. O rótulo genérico abriga a mistura de estilos, a descrença no poder absoluto da razão, o desprestígio do Estado. A era da velocidade. A imagem acima do conteúdo. O efêmero e o volátil parecem derrotar o permanente e o essencial. Vive-se a angústia do que não pôde ser e a perplexidade de um tempo sem verdades seguras. Uma época aparentemente pós-tudo: pós-marxista, pós-kelseniana, pós-freudiana<sup>35</sup>.

Brasil. 2005. Ano 17 da Constituição de 1988. Sem superstições. O constitucionalismo vive um momento sem precedentes, de vertiginosa ascensão científica e política. O estudo que se vai desenvolver procura investigar os antecedentes teóricos desse novo direito constitucional, identificar seus principais adversários e acenar com algumas idéias para o presente e para o futuro. A interpretação dos fenômenos políticos e jurídicos não é um exercício abstrato de busca de verdades universais e atemporais. Toda interpretação é produto de uma época, de um momento histórico, e envolve os fatos a serem enquadrados, o sistema jurídico, as circunstâncias do intérprete e o imaginário de cada um.

A paisagem é complexa e fragmentada. No plano internacional, vive-se a decadência do conceito tradicional de soberania. As fronteiras rígidas cederam à formação de grandes blocos políticos e econômicos, à intensificação do movimento de pessoas e mercadorias e, mais recentemente, ao fetiche da circulação de capitais. A globalização, como conceito e

---

<sup>35</sup> C.f. Cláudia Lima Marques. "(Pós-modernidade) é uma tentativa de descrever o grande ceticismo, o fim do racionalismo, o vazio teórico, a insegurança jurídica que se observam efetivamente na sociedade, no modelo de Estado, nas formas de economia, na ciência, nos princípios e nos valores de nossos povos nos dias atuais. Os pensadores europeus estão a denominar este momento de rompimento (*Umbruch*), de fim de uma era e de início de algo novo, ainda não identificado".

como símbolo, é a manchete que anuncia a chegada do novo século. A desigualdade ofusca as conquistas da civilização e é potencializada por uma ordem mundial fundada no desequilíbrio das relações de poder político e econômico e no controle absoluto, pelos países ricos, dos órgãos multilaterais de finanças e comércio.

No campo econômico e social, tem-se assistido ao avanço vertiginoso da ciência e da tecnologia, com a expansão dos domínios da informática e da rede mundial de computadores e com as promessas e questionamentos éticos da engenharia genética. A obsessão da eficiência tem elevado a exigência de escolaridade, especialização e produtividade, acirrando a competição no mercado de trabalho e ampliando a exclusão social dos que não são competitivos porque não podem ser. O Estado já não cuida de miudezas como pessoas, seus projetos e sonhos, e abandonou o discurso igualitário ou emancipatório. O desemprego, o sub-emprego e a informalidade tornam as ruas lugares tristes e inseguros.

Na *política*, consuma-se a desconstrução do Estado tradicional, duramente questionado na sua capacidade de agente do progresso e da justiça social. O Estado passou a ser o guardião do lucro e da competitividade.

No *direito*, a temática já não é a liberdade individual e seus limites, como no Estado liberal; ou a intervenção estatal e seus limites, como no *welfare state*. Liberdade e igualdade já não são os ícones da temporada. A própria lei caiu no desprestígio. No direito público, a nova onda é a governabilidade. Fala-se em desconstitucionalização, delegificação, desregulamentação. No direito privado, o código civil perde sua centralidade, superado por múltiplos microssistemas. Nas relações comerciais revive-se a *lex mercatoria*<sup>36</sup>. A segurança jurídica – e seus conceitos essenciais, como o direito adquirido – sofre o sobressalto da velocidade, do imediatismo e das interpretações pragmáticas, embaladas pela ameaça do

---

<sup>36</sup> Como o comércio internacional não tem fronteiras, tende a ser regulado por regras de fontes não nacionais, denominadas *lex mercatoria*, que consagram o primado dos usos no comércio internacional e se materializam também por meio dos contratos e cláusulas-tipo, jurisprudência arbitral, regulamentações profissionais elaboradas por suas associações representativas e princípios gerais comuns às legislações dos países.

horror econômico. As fórmulas abstratas da lei e a discricão judicial já não trazem todas as respostas. O paradigma jurídico, que já passara, na modernidade, da lei para o juiz, transfere-se agora para o caso concreto, para a melhor solução, singular ao problema a ser resolvido.

Seria possível seguir adiante, indefinidamente, identificando outras singularidades dos tempos atuais. Mas o objeto específico do presente estudo, assim como circunstâncias de tempo e de espaço, recomendam não prosseguir com a apresentação analítica das complexidades e perplexidades desse início da era. Cumpre dar desfecho a este tópico.

O discurso acerca do Estado atravessou, ao longo do século XX, três fases distintas: a pré-modernidade (ou Estado liberal), a modernidade (ou Estado social) e a pós-modernidade (ou Estado neo-liberal). A constatação inevitável, desconcertante, é que o Brasil chega à pós-modernidade sem ter conseguido ser liberal nem moderno. Herdeiros de uma tradição autoritária e populista, elitizada e excludente, seletiva entre amigos e inimigos – e não entre certo e errado, justo ou injusto –, mansa com os ricos e dura com os pobres, chegamos ao terceiro milênio atrasados e com pressa. (MOREIRA. 2001)

## 5.2 A busca da razão possível

Os gregos inventaram a idéia ocidental de *razão* como um pensamento que segue princípios e regras de valor universal. Ela é o traço distintivo da condição humana, juntamente com a capacidade de acumular conhecimento e transmiti-lo pela linguagem. Idealmente, a *razão* é o caminho da justiça, o domínio da inteligência sobre os instintos, interesses e paixões.

O período medieval foi o momento em que a fé sustentava as premissas da sociedade. Assim, os dogmas, as crenças e o misticismo embasavam todas as áreas do conhecimento. Com o advento da Ilustração no século XVIII, o elemento basilar fé é substituído pela razão, sendo considerado válido somente aquilo que possa ser comprovado cientificamente.

Com a possibilidade de o próprio homem escolher o que deve ou não ser aceito como verdadeiro, mediante o empirismo, diz-se que aflora nesse momento a exaltação a subjetividade, isto é, o homem, porque dotado de racionalidade, é um ser praticamente imbatível. Na modernidade, pois, verifica-se o fortalecimento da subjetividade,<sup>37</sup> eis que se razão governa o mundo, significa que o poder de comando está no homem que a detém, e não em explicações transcendentais como outrora.

O reflexo dessa transição paradigmática verifica-se nas ciências naturais, matemáticas e físicas, bem como nas ciências humanas. Se antes o direito era transcendental fundamentado em deus, na modernidade ele adquire um novo formato transcendental baseado na razão. (ARRUDA, 2002. p. 51)

O positivismo jurídico foi a manifestação típica do direito moderno, tendo este se pautado nas premissas daquele, quais sejam, (BOBBIO, 1995. p. 31) a) o direito como fato, não como valor; b) o direito definido em função do elemento da coação; c) a teoria da legislação como fonte preeminente do direito; d) a teoria da norma jurídica; e) a teoria do ordenamento jurídico; f) a teoria da interpretação mecanicista e g) a teoria da obediência. Adentramos, mesmo de forma sucinta em cada uma dessas diretrizes.

a) A abordagem avalorativa do direito origina-se da intenção de que o direito seja considerado uma ciência, tal qual as ciências naturais e físicas. Sendo a ciência composta apenas de juízos de fato, nunca de valor, a realidade deve ser contemplada de forma meramente informativa, sem qualquer influência do observador para com o objeto de observação. Inserido nessa avaloratividade está o formalismo jurídico, em que o direito é definido em função de sua estrutura formal, sem levar em consideração o conteúdo que o direito estabelece.

---

<sup>37</sup> “O sujeito passa a ser a referência da política, da sociedade, do conhecimento e também do direito”.

b) No que tange à concepção coercitiva do direito, pauta-se no direito emanado e instituído pelo Estado. Jhering, “admitindo a coação como a realização de uma finalidade por meio da subjugação da vontade alheia, entende o direito fundado no poder coercitivo do Estado a fim de garantir as condições vitais da sociedade”. (JHERING, V I. p. 441) Jhering pertenceu à teoria clássica ou tradicional da coerção, em que a sanção era o meio para realizar a norma jurídica. Ocorre que posteriormente, na chamada teoria moderna da coerção, a sanção passa a ser entendida como elemento da norma, e o direito é definido como um conjunto de regras que têm por objeto a regulamentação do exercício da força numa sociedade.

c) A diretriz positivista acerca da lei como única fonte de qualificação do direito parte do pressuposto da existência de um ordenamento jurídico complexo e hierarquizado, isto é, em que há mais de uma fonte do direito, as quais se organizam conforme uma hierarquia. O Estado é a única fonte do direito e a lei é a única expressão do poder normativo do Estado.

d) Correlacionada à diretriz supra apresentada está a teoria imperativista da norma jurídica, que enuncia o direito como comando. Bobbio, afasta certas caracterizações do imperativo jurídico que normalmente são trazidas pelos juristas, entendendo como válida apenas a caracterização do direito como imperativo hipotético, em contraste com o imperativo categórico. (BOBBIO, 1995. P.190)

e) A teoria do ordenamento jurídico foi criada no fim do século XVIII e início do século XIX pelo positivismo, diversamente de outras diretrizes que já existiam anteriormente, tendo sido por ele apenas adaptadas. A intenção era dar unidade a um conjunto de normas jurídicas fragmentárias, afastando o arbítrio e as incertezas. Assim, o ordenamento jurídico tem como caracteres basilares a unidade, a coerência e a completude.

Quanto à unidade que está presente no positivismo, trata-se de unidade formal, referente ao modo pelo qual as normas são postas. Significa que há uma única autoridade que

atribui direta e indiretamente caráter jurídico a todo o conjunto de normas. Para solucionar a eventual dúvida relativa quem legitimou essa autoridade a ter essa competência, foi formulada a teoria da norma fundamental que estaria na base de todo o ordenamento jurídico e que teria a atribuição não de deduzir as demais normas, mas de legitimar a autoridade suprema a produzir normas jurídicas.

No concernente à coerência e à completude do ordenamento jurídico, diz que não há normas contraditórias (antinômicas) entre se, tampouco situações lacunosas que ordenamento prevê, respectivamente.

A coerência funda-se na crença de que para uma norma fazer parte do ordenamento ela necessariamente deve ser compatível com todas as demais normas. Para tanto, é preciso aplicar certos critérios no caso de conflito aparente de normas, quais sejam o cronológico ( em que a norma posterior derroga a anterior), o hierárquico ( em que a norma hierarquicamente superior derroga inferior) e o da especificidade ( em que a norma especial prevalece diante de uma norma geral).

A completude equivale afirmar a inexistência de lacunas na lei, eis que se há um fato não previsto por nenhuma norma é porque esse fato está fora dos limites do direito ou porque se não há uma norma para tal fato há uma norma secundária implícita nas normas presentes que regula todas as situações.

f) O papel da jurisprudência para o positivismo é reproduzir o direito, ou seja, explicitar o conteúdo das normas jurídicas já dadas, e não produzi-las. Aduzem os positivistas que a jurisprudência não deve criar normas, mas interpretá-las.

Os juristas, ao desenvolverem sua atividade, devem ter a ciência do direito como construtiva e dedutiva. A partir desse pressupostos advém a doutrina dogmática do direito, que é elaboração de conceito jurídicos fundamentais retirados do ordenamento e não sujeitos a revisão ou discussão, ou seja, o jurista deve buscar a norma que soluciona o caso concreto,

interpretando-a mecanicamente. A essa forma de interpretar denominou-se formalismo científico. Assim, o positivismo realiza a interpretação das normas com especial atenção as formas, ou seja, considerando a dedução lógica dos conceitos abstratos, sem se ater à realidade social ou aos conflitos de interesse que possam estar presentes.

g) O outro aspecto do positivismo é a obediência absoluta à lei como tal. Se na Idade Média a Igreja impunha os valores morais e a organização social, na Idade Moderna o Estado toma para si esse poder e disciplina a sociedade mediante os comandos legais. A lei tem de ser respeitada incondicionalmente, pois é a forma racional de o Estado e os homens que a ele estão submetidos atuarem.

Daí a constatação inafastável de que a aplicação do Direito não é apenas um ato de conhecimento – revelação do sentido de uma norma pré-existente –, mas também um ato de vontade – escolha de uma possibilidade dentre as diversas que se apresentam<sup>38</sup>. O direito constitucional define a moldura dentro da qual o intérprete exercerá sua criatividade e seu senso de justiça, sem conceder-lhe, contudo, um mandato para voluntarismos de matizes variados. De fato, a Constituição institui um conjunto de normas que deverão orientar sua escolha entre as alternativas possíveis: princípios, fins públicos, programas de ação.

A crença na lei não deixa de ser uma espécie de fé: exige que se acredite em coisas que não são direta e imediatamente apreendidas pelos sentidos. Como nas religiões semíticas – judaísmo, cristianismo e islamismo –, tem seu marco zero, seus profetas e acena com o paraíso: vida civilizada, justiça e talvez até felicidade. Como se percebe, o projeto da modernidade não se consumou.

---

<sup>38</sup> Tal conclusão tem a adesão do próprio Hans Kelsen, que tentou desenvolver uma teoria jurídica pura, isto é, purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos de ciência natural, considerando que o problema da justiça, enquanto problema valorativo, situa-se fora da teoria do direito. Em sua celebrada *Teoria pura do direito* – uma das obras de maior significação no século que se encerrou – escreveu ele (trad. João Baptista Machado, Armênio Amado, Coimbra, 1979, p. 466-70).

### 5.3 A dogmática jurídica tradicional e sua superação

O Direito é uma invenção humana, um fenômeno histórico e cultural, concebido como técnica de solução de conflitos e instrumento de pacificação social. A família jurídica romano-germânica surge e desenvolve-se em torno das relações privadas, com o direito civil no centro do sistema. Seus institutos, conceitos e idéias fizeram a história de povos diversos e atravessaram os tempos. O Estado moderno surge no século XVI, ao final da Idade Média, sobre as ruínas do feudalismo e fundado no direito divino dos reis. Na passagem do Estado absolutista para o Estado liberal, o Direito incorpora o jusnaturalismo racionalista dos séculos XVII e XVIII, matéria prima das revoluções francesa e americana. O Direito moderno, em suas categorias principais, consolida-se no século XIX, já arrebatado pela onda positivista, com status e ambição de ciência.

Surgem os mitos. A lei passa a ser vista como expressão superior da razão. A ciência do Direito – ou, também, teoria geral do Direito, dogmática jurídica – é o domínio asséptico da segurança e da justiça. O Estado é a fonte única do poder e do Direito. O sistema jurídico é completo e auto-suficiente: lacunas eventuais são resolvidas internamente, pelo costume, pela analogia, pelos princípios gerais. Separado da filosofia do direito por incisão profunda, a dogmática jurídica volta seu conhecimento apenas para a lei e o ordenamento positivo, sem qualquer reflexão sobre seu próprio saber e seus fundamentos de legitimidade.

Na aplicação desse direito puro e idealizado, pontifica o Estado como árbitro imparcial. A interpretação jurídica é um processo silogístico de subsunção dos fatos à norma. O juiz – *la bouche qui prononce les paroles de la loi*<sup>39</sup> – é um revelador de verdades abrigadas no comando geral e abstrato da lei. Refém da separação de Poderes, não lhe cabe qualquer papel criativo.

Ou talvez não seja bem assim.

---

<sup>39</sup> No texto em português (*O espírito das leis*, Saraiva, 1987, p. 176): "Mas os Juizes da Nação, como dissemos, são apenas a boca que pronuncia as palavras da lei; seres inanimados que não lhe podem moderar nem a força, nem o rigor".

#### 5.4 A teoria crítica do direito

Sob a designação genérica de teoria crítica do direito, abriga-se um conjunto de movimentos e de idéias que questionam o saber jurídico tradicional na maior parte de suas premissas: cientificidade, objetividade, neutralidade, estatalidade, completude. Funda-se na constatação de que o Direito não lida com fenômenos que se ordenem independentemente da atuação do sujeito, seja o legislador, o juiz ou o jurista. Este engajamento entre sujeito e objeto compromete a pretensão científica do Direito e, como consequência, seu ideal de objetividade, de um conhecimento que não seja contaminado por opiniões, preferências, interesses e preconceitos.

Uma das teses fundamentais do pensamento crítico é a admissão de que o Direito possa não estar integralmente contido na lei, tendo condição de existir independentemente da bção estatal, da positivação, do reconhecimento expresso pela estrutura de poder. O intérprete deve buscar a justiça, ainda quando não a encontre na lei. A teoria crítica resiste, também, à idéia de completude, de auto-suficiência e de *pureza*, condenando a cisão do discurso jurídico, que dele afasta os outros conhecimentos teóricos (ELIAS DIAS, 1976, p. 59). A interdisciplinariedade, que colhe elementos em outras áreas do saber – inclusive os menos óbvios, como a psicanálise ou a lingüística – tem uma fecunda colaboração a prestar ao universo jurídico.

Porém, dentro de uma visão histórica mais ampla, é impossível desconsiderar a influência decisiva que a teoria crítica teve no surgimento de uma geração menos dogmática, mais permeável a outros conhecimentos teóricos e sem os mesmos compromissos com o *status quo*. A teoria crítica deve ser vista, nesse início de século, na mesma perspectiva que a teoria marxista: apesar de seu refluxo na quadra atual, sobretudo após os eventos

desencadeados a partir de 1789, conserva as honras de ter modificado e elevado o patamar do conhecimento convencional.(BARROSO. 2001)

A redemocratização no Brasil impulsionou uma volta ao Direito. É certo que já não se alimenta a crença de que a lei seja "a expressão da vontade geral institucionalizada"<sup>40</sup> e se reconhece que, freqüentemente, estará a serviço de interesses, e não da razão. Mas ainda assim ela significa um avanço histórico: fruto do debate político, ela representa a despersonalização do poder e a institucionalização da vontade política. O tempo das negações absolutas passou. Não existe compromisso com o outro sem a lei (WARAT. 1994. p.83-85). É preciso, portanto, explorar as potencialidades positivas da dogmática jurídica, investir na interpretação principiológica. A liberdade de que o pensamento intelectual desfruta hoje impõe compromissos tanto com a legalidade democrática como com a conscientização e a emancipação. Não há, no particular, nem incompatibilidade nem exclusão.

A Constituição passa a ser, assim, não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Este fenômeno, identificado por alguns autores como filtragem constitucional, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. A constitucionalização do direito infraconstitucional não identifica apenas a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional. (CANOTILHO. 1991. p. 45)

A ascensão científica e política do direito constitucional brasileiro é contemporânea da reconstitucionalização do país com a Carta de 1988, em uma intensa relação de causa e efeito. De um lado, avanços como a inclusão de uma generosa carta de

---

<sup>40</sup> Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, 1789, art. 6º : "A lei é a expressão da vontade geral institucionalizada".

direitos, a recuperação das prerrogativas dos Poderes Legislativo e Judiciário, a redefinição da Federação. De outro, no entanto, o texto casuístico, prolixo, corporativo, incapaz de superar a perene superposição entre o espaço público e o espaço privado no país. A Constituição de 1988 não é a Carta da nossa maturidade institucional, mas das nossas circunstâncias. É nossa primeira Constituição verdadeiramente normativa e, a despeito da compulsão reformadora que abala a integridade de seu texto, vem consolidando um inédito sentimento constitucional.

O constitucionalismo, por si só, não é capaz de derrotar algumas das vicissitudes que têm adiado a plena democratização da sociedade brasileira. (O Direito tem seus limites e possibilidades, não sendo o único e nem sequer o melhor instrumento de ação social). Tais desvios envolvem, em primeiro lugar, a ideologia da desigualdade. Desigualdade econômica, que se materializa no abismo entre os que têm e os que não têm, com a conseqüente dificuldade de se estabelecer um projeto comum de sociedade. Desigualdade política, que faz com que importantes opções de políticas públicas atendam prioritariamente aos setores que detêm força eleitoral e parlamentar, mesmo quando já sejam os mais favorecidos. Desigualdade filosófica: o vício nacional de buscar o privilégio em vez do direito, aliado à incapacidade de perceber o outro, o próximo<sup>41</sup>.

Em segundo lugar, enfraquece e adia o projeto da democratização mais profunda da sociedade brasileira a corrupção disseminada e institucionalizada. Antes do favor político e a da amizade, hoje com o próprio dinheiro público. No sistema eleitoral, a maldição dos financiamentos eleitorais ( caixa dois dos partidos políticos) e as relações promíscuas que engendram. No sistema orçamentário, o estigma insuperado do fisiologismo e das negociações de balcão nas votações no âmbito do Congresso (liberação de verbas). No *sistema tributário*, a cultura da sonegação, estimulada pela voracidade fiscal e por esquemas

---

<sup>41</sup> "A dimensão ética começa quando entra em cena o outro. Toda lei, moral ou jurídica, regula relações interpessoais, inclusive aquelas com um Outro que a impõe".

quase formais de extorsão e composição. No sistema de segurança pública, profissionais mal pagos, mal treinados, vizinhos de porta daqueles a quem deviam policiar, envolvem-se endemicamente com a criminalidade e a venda de proteção. A exemplificação é extensa e desanimadora.

A superação dos ciclos do atraso e o amadurecimento dos povos inserem-se em um processo de longo prazo, que exige engajamento e ideal. O novo direito constitucional brasileiro tem sido um aliado valioso e eficaz na busca desses desideratos. Mas o aprofundamento democrático impõe, também, o resgate de valores éticos, o exercício da cidadania e um projeto de país inclusivo de toda a gente. Um bom programa para o milênio que se inicia.

## CONCLUSÕES

O cientificismo-positivista oriundo da exaltação do sujeito racional do auge da Idade Moderna, que veio em contraposição do direito medieval baseado na fé e no transcendental, não atende mais às necessidades e às expectativas do homem do século XXI.

O verdadeiro significado do Direito está na sociedade e não no Estado erigido na modernidade. Perante a admissão monista que identifica à Lei do Estado, a Lei, acaba por refletir relações de *autoridade* e não de *alteridade*, que através do processo formal de criação burocrática das leis, adquirem obrigatoriedade imposta pela força de quem manda no sistema.

O princípio da soberania popular, hoje inscrito na quase totalidade das constituições, não passa de um belo discurso que oculta a realidade do Estado, constituindo-se em um dos mais poderosos mitos jurídicos da modernidade.

Não há dúvida que a vontade do poder constituinte deve emanar de mecanismos democráticos, que permitam que o processo de elaboração da constituição assim como de sua reforma, seja aberto a ampla participação popular, não apenas através de diálogo com os representantes eleitos, mas através de legítima pressão da sociedade civil organizada.

Este poder será democrático na medida em que o processo constituinte sirva como arena privilegiada de demonstração dos grandes temas nacionais, para que, a partir daí, seja possível que as manifestações do jogo de forças sociais seja legitimamente exercido. É fundamental para isto que o poder de manipulação do marketing político, da propaganda, o poder de pressão econômica seja minado ao máximo. Não pode uma minoria nos bastidores se sobrepor a vontade presente nas ruas e no campo.

A obediência incontestável à lei, a crença na neutralidade do direito, a subsunção da legitimidade à legalidade, a interpretação mecanicista-formal e a importância do dogmatismo não são mais os pilares do direito que se almeja pelos cidadãos e pelos juristas mais arejados. O que se busca incessantemente são melhores condições de vida para toda a população, com

saúde, moradia, alimentação, educação, segurança, trabalho e lazer. O Direito pode, e mesmo deve, caminhar junto com a política para que a sociedade ideal seja atingida diariamente por todos os setores sociedade.

Não se pode restringir a aplicação do direito para a elaboração de leis em desajuste com os anseios sociais e acreditar que o direito está na lei e se há uma dissonância, a sociedade é que esta errada. A lei tem de refletir aquilo que o todo social deseja para que seja legítima e, mesmo assim, o direito não estará limitado na lei.

Se há momentos em que o direito é instrumento de dominação das classes dominantes, é nesse mesmo direito que tem de as classes dominadas se escorar para buscar uma saída. Isso é fundamental no direito que se pretende construir: a crença e a real busca do direito emancipatório.

Mister lutar pela interpretação emancipatória do direito que parte da crítica ao positivismo-normativista e ao dogmatismo para chegar na construção de um direito capaz de proporcionar condições de atendimento das demandas sociais e da efetivação das garantias constitucionais.

Portanto, quando a lei for de encontro a sua própria essência, ou seja, quando a lei não for direcionada ao Bem Comum, perderá o seu sentido e deixará de obrigar, não estará cumprindo a sua finalidade. Mesmo em vigor, será uma norma injusta e questionável, só sendo exigida injustamente.

## GLOSSÁRIO

**Absolutismo Político:** Em síntese, pode-se definir o Absolutismo como sendo o Sistema Político onde o Soberano (rei, oligarquia econômica, etc.) detém, em tese ao menos, poderes ilimitados, com autoridade absoluta sobre todos os seus súditos. Tais poderes e autoridade, segundo tal teoria, podem derivar da vontade divina ou apresentar uma causa humana de cunho social, ética, etc. Em termos históricos, o Absolutismo Político apresentou-se como um regime auto-limitado quanto aos privilégios políticos, econômicos e sociais dos segmentos sociais dominantes, principalmente em função de determinadas normas de cunho meta-jurídicos, como os costumes.

**Gentry:** Podemos conceituá-la como sendo o segmento da nobreza rural britânica originada, sobretudo, das pequena e média burguesia inglesa, tanto àquela burguesia oriunda das cidades inglesas, quanto àquela burguesia originária da própria região rural do Reino Unido.

**Sociedade Civil:** Em síntese, é o conjunto de instituições ou organismos sociais, econômicas e culturais que tem existência e interesses independentes da existência e interesses do Estado. Como consequência, em tese ao menos, tais instituições ou organismos (igrejas, partidos políticos, associações profissionais ou culturais, etc.) possuem uma atuação articulada e autônoma frente ao Estado, tanto na defesa de seus membros quanto na proteção dos seus interesses. Em termos históricos, o conceito de Sociedade Civil é completamente abstrato, eis que tal conceito carece de comprovação histórica empírica, sendo forçoso reconhecer, também, que é impossível, no âmbito da História, dissociar, de maneira clara e objetiva, a atuação e os interesses de instituições não-governamentais (comunidades ou associações populares, entidades de classe, etc.) dos interesses e necessidades da Sociedade, como um todo, frente ao Estado.

**Soberania:** Conjunto de atributos institucionais de natureza política e jurídica conferidos à um determinado ente (pessoa física ou jurídica), para o exercício do poder de autoridade (no sentido de controle político e administrativo) sobre um determinado território e população.

**Teoria do Poder Absoluto de Origem Divina:** Teoria Política de grande expressão entre os séculos XVI d. C. e XVIII d. C., cujo expoente teórico máximo foi Jean Bodin.

Bodin e os demais defensores da teoria em tela propõem que o titular da Soberania Política em um dado regime político e Nação, em especial na Monarquia, detém poder absoluto e irrestrito sobre o *corpus* social e político por vontade exclusiva de Deus.

## REFERÊNCIAS

### I. Obras de Referência

ALMANAQUE ABRIL de 1977. São Paulo: Ed. Abril S/A, 1976.

ROBERTSON, David: **Dictionary of Politics**. 2ª. ed. Reino Unido: Penguin Books, 1993.

### II. Artigos

BERNS, Laurence: **Thomas Hobbes (1588-1679)**. In: Historia de la Filosofia Politica. México: Fundo de Cultura, 1996.

Os Princípios do Direito Público e o Estado. Jus Navigandi, publicado em 20/04/2004, em <http://w.w.w.jus.com.br/doutrina/texto>. Acesso em: 18/07/2005.

SIMON, Henrique Smidt. **Sófocles e a Democracia em "Antígona"**. Jus Navigandi, Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3855>>. Acesso em: 30 de outubro de 2005.

### III. Obras doutrinárias de Ciência Política, História e Direito

ADEODATO, João Mauricio. **O Problema da Legitimidade – no Rastro do Pensamento de Hannah Arendt**. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1989.

ABBAGNANO, Nicola. **Historia da Filosofia**. Tradução de Antonio Borges Coelho e outros. 4. ed. Lisboa: Editorial Presença., [s.a..p].

ALBUQUERQUE, Newton de Menezes: **Teoria Política da Soberania**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

A. L. MACHADO NETO. **Sociedade e Direito na Perspectiva da Razão Vital**. Salvador, Progresso, 1957.

ALESSANDRO PASSERIN D'ENTREVES. **Apostila "El Estado como Poder"**. Curso Direito e Poder, PÓS-PUC/SP, 1989.

ALMEIDA, Fernando Barcellos de. **Teoria Geral dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1996.

ANDERSON, Perry. **Linhagens do Estado Absolutista**. Tradução de João Roberto Martins Filho et all. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1985.

ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1997.

ARISTÓTELES, **Ética a Nicômaco e Retórica in Obras Completas**. Trad. Francisco de P. Samarach, Aguilar, Madrid, 1977.

ASSIS, Olney Queiroz. **Interpretação do Direito**. Lúmen-Editora Ltda, São Paulo. 1995.

\_\_\_\_\_. **O Estoicismo e o Direito**. Lúmen-Editora Ltda. São Paulo.2002.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 16ª ed. Editora Globo. Porto Alegre. 1977.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira, **Teoria Geral do Poder Constituinte**, separata do n.52 da Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, 1981.

BARKER, Ernest. **Teoria Política Grega, Platão e seus Predecessores**. Editora UNB, Brasília, 1978.

BARROSO. Luís Roberto, **Doze anos da Constituição brasileira de 1988, in Temas de Direito Constitucional**, 2001.

\_\_\_\_\_. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 2001.

BOAVENTURA de Souza Santos. **A Crítica da Razão Indolente**. 4ª Ed. São Paulo; Cortez Editora. 2002.

BOBBIO, Norberto: **O Positivismo Jurídico, Lições de Filosofia do Direito**. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ed. Ícone, 1995.

\_\_\_\_\_. **O futuro da Democracia**. Uma Defesa das Regras do Jogo. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

\_\_\_\_\_. **El Tiempo de los derechos**. Tradução de Rafael de Asis Roig. Madrid: Editorial Sistema, [s.a.p].

\_\_\_\_\_. **Estado, Governo, Sociedade**. Para uma Teoria Geral da Política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 4ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.

\_\_\_\_\_. **A teoria das Formas de Governo**. UNB. Brasília. 1998.

BONAVIDES, Paulo. **Direito Constitucional**, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1980.

BORGES, Arnaldo. **Origens da Filosofia do Direito**. Fabris Editor, Porto Alegre, 1999.

BHÉHIER, Émile. **Historia da Filosofia**. Tomo Primeiro. São Paulo. Mestre Jou. 1977.

CAENEGEM, R.C. **Uma introdução histórica ao Direito Privado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CAPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e Democracia**. São Paulo: Max Mimond, 1997.

CHÂTELET, François et all: **História das Idéias Políticas**. Tradução de Carlos N. Coutinho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1985.

CANOTILHO, J.J.GOMES. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 4ª edição. Coimbra (Portugal): Livraria Almedina, 2000.

CHEVALLIER, Jean\_Jacques: **As Grandes Obras Políticas de Maquiavel a Nossos Dias**. Tradução de Lydia Cristina. 8ª. ed. 2ª. impressão. Rio de Janeiro: Ed. Agir, 1999.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **O direito e os direitos: elementos para uma crítica do direito contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.

COELHO. Fabio Ulhoa, **Direito e Poder**. São Paulo, Saraiva, 1992.

\_\_\_\_\_. **Para entender Kelsen**. Ed. Max Limonad. São Paulo. 2000. p.13.

COELHO, Luis Fernando. **A Lógica Jurídica e Interpretação das Leis**. Forense. Rio de Janeiro. 1981.

\_\_\_\_\_. **Teoria Crítica do direito**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1991.

CORVISIER, André: **História Moderna**. Tradução de Rolando R. da Silva & Carmen Olívia de C. Amaral. São Paulo-Rio de Janeiro: Ed. Difel S.A., 1976.

COULANGES, N. Fustel de, **Cidade Antiga**. Lisboa. Clássica. 1929.

CUNNINGHAM. Growth. ( **Early and Middle Ages**), p. 95-96. Lipson. Op. Cit., vol. I. P. 185-9. DOBB, Maurice. **A Evolução do Capitalismo**. Ed. Zahar Editores. Rio de Janeiro. 1971.

DANTAS, Ivo. **Poder Constituinte e Revolução**. Rio de Janeiro. Editora Rio sociedade cultural Ltda., 1978,

DELACAMPAGNE, Christian: **A Filosofia Política Hoje**. Tradução de Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

DOBB, Maurice. **A Evolução do Capitalismo**. Ed. Zahar Editores. Rio de Janeiro. 1971. p. 49. (History, vol. XXV (1940-1).

F. F. GANSHOF. **Em Camb. Econ. History**. Vol. I. p. 205. DOBB, Maurice. **A Evolução do Capitalismo**. Ed. Zahar Editores. Rio de Janeiro. 1971.

FERRERI. Janine Helena, **Democracia e partidos políticos**, in: democracia hoje, um modelo político para o Brasil, São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, Celso Bastos Editor, 1997.

FERRAZ, Jr., Tércio Sampaio. **Teoria da Norma Jurídica**. Forense. Rio de Janeiro. 1978.

\_\_\_\_\_. **Função Social da Dogmática Jurídica**. São Paulo. RT, 1980.

\_\_\_\_\_. **Introdução ao Estudo do Direito**. 2.ed. Atlas. São Paulo. 1995.

FERREIRA FILHO. Manoel Gonçalves: **A Democracia Possível**. 3. ed. Revista Saraiva. São Paulo. 1976.

FERNANDES, Fátima Regina. **Comentários à legislação portuguesa de Afonso III**. Curitiba: Juruá, 2000.

FITZGERALD, Ross (org.): **Pensadores Políticos Comparados**. Tradução de Antônio Patriota. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1983.

- GANSHOF, F.L. **Que é o feudalismo?** Trad. Jorge Borges Macedo. 4.ed. Portugal: Publicações Europa-América, 1976.
- GARZARO, R.: Estado, **Democracia y Oligarquia**. Salamanca: Gráficas Cervantes S/A, 1987.
- GÉRARD LEBRUN. **O Que é Poder. Coleção "Primeiros Passos"**. São Paulo, Brasiliense, 1981.
- GETTEL, Raymond Garfield. **História das Idéias Políticas**. Ed. Alba. Rio de Janeiro. 1941.
- GIORDANI, Mário Curtis. **História do mundo feudal**. Petrópolis: Vozes, 1974.
- GREENLEAF, W. H.: Hobbes: **O Problema da Interpretação**. In: QUIRINO, Célia G. e Souza, Maria Tereza S. de (orgs.): O Pensamento Político Clássico. São Paulo: T. A. Queiroz, 1980.
- GOULART, Clóvis de Souto: **Sociedade e Estado**. In: ROCHA, Leonel Severo (org.): Teoria do Direito e do Estado. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1994.
- HAURIOU, André. **Droit Constitutionnel et Institutions Politiques**. Editions Montchrestien, 4eme edition, Paris, 1970.
- HANS KELSEN. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. Armênio Amado – Editora. Coimbra. 1984.
- HOBBS: **Leviatã**. 3ª. ed. São Paulo: Ed. Abril, 1983. (Coleção "Os Pensadores")
- \_\_\_\_\_. **Leviatã ou Matéria**, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil. tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 3.ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.
- LADURIE, Emmanuel Le Roy: **O Estado Monárquico, França: 1460-1610**. Tradução de Maria Lúcia Machado. São Paulo: Ed. Companhia das Letras, 1994.
- LIPSON, . **Econ. History of England**. Vol. I. Ed. 1997.
- LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la constitucion**, 2 ed., Barcelona, Editora Nacional, 1982.
- LOCKE, John: **Carta Acerca da Tolerância e Outras Obras**. 2ª. ed. São Paulo: Ed. Abril, 1978. (Coleção "Os Pensadores").
- MARITAIN, Jacques. **La Philosophie Morale**. Paris, NRF, 1960.
- M. BATESON, **Medieval England**, p. 395. DOBB, Maurice. **A Evolução do Capitalismo**. Ed. Zahar Editores. Rio de Janeiro. 1971.
- MARTINS, Carlos Estevam e MONTEIRO, João Paulo: **Locke: Vida e Obra**. In: LOCKE, John: Carta Acerca da Tolerância e Outras Obras. 2ª. ed. São Paulo: Ed. Abril, 1978. (Coleção "Os Pensadores").
- MERÊA, Paulo. **Estudos de direito visigótico**. Coimbra: Atlântida, 1948.
- \_\_\_\_\_. **Estudos de direito hispânico medieval**. Tomo 1. Coimbra: Atlântida, 1952.
- MICHEL FOUCAULT, **Microfísica do Poder**. Rio de Janeiro. Graal, 1988.
- \_\_\_\_\_. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro. Nau Ed., 1999.
- MILTON Meira Nascimento. **Os Clássicos da Política**. Ed. Ática. São Paulo. 1998.
- MONDOLFO, Rodolfo. **O Pensamento Antigo - História da Filosofia Greco-Romana I e II**. Ed. Mestre Jou. São Paulo: 1965.
- MONTEIRO, João Paulo: **Hobbes: Vida e Obra**. In: HOBBS: Leviatã. 3ª. ed. São Paulo: Ed. Abril, 1983. (Coleção "Os Pensadores").
- MONTESQUIEU, Charles Loouis de Secondat, **O Espirito das Leis**. Trad. de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Ed. UNB. Brasília. 1982.
- MORA, José Ferrater: **Dicionário de Filosofia**. Tradução de Roberto Leal Ferreira e Álvaro Cabral. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1998.
- MOORE JR., Barrington: **As Origens Sociais da Ditadura e da Democracia**. Tradução de Maria L. F. Couto. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1983.
- NICOLAU MAQUIAVEL. **O Príncipe**. Os pensadores. Ed. Nova Cultural Ltda. 1999.

NISBET, Robert: **Os Filósofos Sociais**. Tradução de Yvette Vieira P. de Almeida. Brasília: Ed. UNB., 1982.

PINTO FERREIRA, Luis. **Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno**, 6 edição, revista e ampliada e atualizada, São Paulo, Editora Saraiva, 1983.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. E.ed. São Paulo: Max Limonad. 1997.

QUIGLEY, Carrol. **A Evolução das Civilizações**. Tradução de João Távora. Rio de Janeiro: Dundo de Cultura, 1963.

RAWLS, John: **O Liberalismo Político**. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. 2ª. ed. São Paulo: Ed. Ática, 2000. (Série Temas, vol. 73).

RUSSOMANO, Rosah. **Curso de Direito Constitucional**, 3 edição revista e ampliada, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1978.

ROUSSEAU. J.J, **Do Contrato Social**. Os Pensadores. Nova Cultural. São Paulo. 1999

RUSSEL, Bertrand: **História do Pensamento Ocidental**. 2ª. ed. Tradução de Laura Alves e Aurélio Rebello. Rio de Janeiro: Ed. Ediouro, 2001.

SAMPAIO, Nelson de Souza. **O Poder de Reforma Constitucional**, Livraria Progresso Editora, Salvador, 1954.

SANTANA, Jair Eduardo. **Democracia e cidadania**, in: o referendo como instrumento de participação política, Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

SIÉYES, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa**. (Qui est-ce que le tiers Etat) organização e introdução de Aurélio Wander Bastos, tradução Norma Azeredo, Rio de Janeiro, Editora Liber Juris, 1986.

SCHIMITT, Carl. **Teoria de la Constitución**, México, Editora Nacional, 1973.

SILVA, Rubens Galdino da. **Navegando nas águas do Direito: teoria e prática de pesquisa**. Adamantina: Omnia, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19.ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

SOARES, Esther Bueno. **Democracia, da Grécia à Unidade Européia**. In: Celso Bastos Edior. *Democracia Hoje, Um Modelo Político para o Brasil*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional. 1997.

THEIMER, Walter: **História das Idéias Políticas**. Lisboa: Ed. Arcádia, 1970.

TRINIDADE, José Damião de Lima. **Anotações sobre a Historia Social dos Direitos Humanos. Direito Humanos: Construção da Liberdade e da Igualdade**. In: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, São Paulo: C.E. da P.G.E., 1998.

TUCK, Richard: **Hobbes**. Tradução de Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Edições Loyola, 2001.

VERDU, Pablo Lucas. **Curso de Derecho Político**. Vol I e II, Madrid, Editora Tecnos. 1980.

VERNANT, Jean Pierre. **As Origens do Pensamento Grego**. São Paulo. Difel, 1977.

WARAT, Luis Alberto. **O outro lado da dogmática jurídica: in Teoria do direito e do Estado** (org. Leonel Severo Rocha), 1994.

\_\_\_\_\_. **Epistemologia e Ensino do Direito**. Fundação Boiteux. Florianópolis. 2004.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. **Pluralismo Jurídico; fundamento de uma nova cultura do Direito**. 3. ed. São Paulo: Alfa-ômega, 2001.

WOODWARD, E. L.: **Uma História da Inglaterra**. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1964.