

## *A modernidade jurídica e o jusnaturalismo moderno: a superação da experiência medieval e a constituição de um novo paradigma*

*Felipe de Farias Ramos\**

**RESUMO:** O presente artigo tem por objetivo indicar a relação da doutrina contratualista – aqui visceralmente ligada ao jusnaturalismo moderno – com o processo de centralização do Estado durante a Idade Moderna, apontando que tal movimento, fungível do ponto de vista político, é um dos primeiros passos para, na penosa superação do direito plural característico do medievo, a constituição de um direito objetivo e racionalizado, advindo completa e soberanamente da entidade estatal.

**PALAVRAS-CHAVE:** História do Direito, Contratualismo, Direito Natural, Ordem Jurídica Medieval. Modernidade.

**ABSTRACT:** This article aims to indicate the relation of Contractualist theory – this doctrine is intrinsically connected to the modern Natural Law – with process of centralization of the state during Modernity. Then, here we point out that movement, fungible in political terms, contributed to - considering the painful overcoming of plural Law, typical in Middle Ages - the establishment of a streamlined and objective Law, that arises from the state entity, completely and sovereignly.

**KEYWORDS:** Legal History, Contractualism, Natural Law, Medieval Legal Order. Modernity.

### **INTRODUÇÃO**

---

\* Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Mestre em Teoria, Filosofia e História do Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC). Pesquisador do Grupo de Pesquisa em História da Cultura Jurídica: *Ius Commune* (CNPq/UFSC). Assessor correicional da Corregedoria-Geral de Justiça do TJSC.

A chamada Idade Moderna – compreendida, linhas gerais, entre os séculos XV e XVIII – é vista como período histórico em que, no campo político, a entidade estatal toma efetivo corpo, vindo a desenvolver-se e centralizar-se numa espiral ascendente. Consequência desse processo é a figura do Estado Moderno, construção teórica que, num primeiro momento, se relaciona com o absolutismo monárquico, no qual a figura do rei toma para si o poder político, enfeixando em suas mãos tarefas que, reflexo direto do que se hodiernamente entende por soberania, variavam entre o comando do exército, a distribuição de justiça, o decreto da legislação, a arrecadação de tributos etc.

O presente artigo tem por fim indicar que esse caráter absoluto com que é desenhada a figura estatal da época – nas oscilações que encontrou segundo variações de tempo e lugar durante aqueles três séculos – não tem arrimo, no exagero com que inadvertidamente é talhado, nas fontes históricas.

Mais do que isso: tencionam estas linhas apontar, diante de um quadro sociopolítico desfavorável à penetração do ente estatal, para o papel da doutrina contratualista nesse esforço levado a efeito pelo grande Leviatã para efetivamente fazer-se presente na realidade político-social da época, para a qual ele era figura absolutamente estranha - excêntrica mesmo para os padrões então vigentes.

Assim, quer este trabalho enxergar na doutrina específica de Hobbes e Locke – verificação perfeitamente transponível para autores contratualistas como Grotius, Pufendorf ou Rousseau (evidentemente que, em cada um deles, em maior menor medida) - certa “estratégia política” (acentuada, aqui, em seu teor) que acaba por justificar teoricamente a figura do Estado perante a longa tradição medievalista que em nada lhe era favorável, processo este que mais tarde haverá de possibilitar a constituição de um direito embasado somente na vontade legislativa estatal, traço central da Modernidade Jurídica.

Se, num campo mais estrito, o intento deste pequeno trabalho desenha-se pontual (isto é, revelar como o discurso da doutrina contratualista serviu historicamente às pretensões do Leviatã no seu movimento de consolidação durante a Idade Moderna), vistas em maior escala, estas páginas pretendem alinhar-se com determinada postura epistemológica que, desconfiada da neutralidade dos conceitos, visa a mostrar o papel político por eles desempenhado, indicando ainda como as interpretações que são feitas de tal ou qual teoria, longe da imparcialidade, têm, sim, direta relação com os interesses postos em jogo no conflito político social.

## 1 DESENVOLVIMENTO

### 1.1 O jusnaturalismo moderno e a varredura da ordem jurídica medieval

O processo de centralização do poder ocorrido durante a idade moderna<sup>1</sup>, somente quando encarado de forma idealizada, pode ser enxergado como uma tarefa de fácil execução. Não é todo desarrazoado dizer que o quadro social e político legado pela Idade Média – que vai perdurar na Europa, segundo variações geográficas, até o século XVIII<sup>2</sup> – em nada colaborava com as pretensões de um Estado que se pretendia absoluto e supremo perante o quadro social de então.

O primeiro dado que merece menção é a precariedade do aparelho institucional com que, naquela época, contava a entidade estatal. A imprensa ainda incipiente<sup>3</sup>, a grande distância entre a corte e as províncias (sobretudo as

- 1 Processo este do qual a Revolução Francesa, longe de ser uma ruptura, representa verdadeiro apogeu: “A própria centralização foi o sinal e o começo da revolução. E acrescentaria ainda que, quando um povo destruiu a aristocracia, ele persegue, por si próprio, a centralização. Nessas circunstâncias, é preciso muito menos esforço para precipitá-lo sobre este plano inclinado que para impedi-lo de cair. Em seu seio, todos os poderes tendem naturalmente para uma unidade e só com muita habilidade se pode mantê-lo divididos. *A revolução democrática embora destruisse tantas instituições do antigo regime, deveria, deste modo, consolidar a centralização, pois esta encontrava seu lugar de modo tão natural na sociedade que a revolução havia criado que se poderia tomá-la facilmente como uma de suas obras*”. (TOCQUEVILLE. Alexis de. **O Antigo Regime e a Revolução**. Coleção Os pensadores. trad. Leônidas de Gontijo de Carvalho *et al.* Seleção de textos de Francisco C. Weffort. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural. 1979, pp. 342-343, grifo nosso).
- 2 É o caso de países da Península Ibérica, em que, por força da tradição da Igreja Católica (refratária aos ideais liberais), tardou a chegar o pensamento fundante dos movimentos revolucionários que invadiram Inglaterra e França durante os séculos XVII/XVIII. Nesse sentido, admoestação de PEREZ VALIENTE endereçada a acadêmico de Valência em 1749: “*También tú debes conmoverte y destruir esa falsa opinión publicando tus libros, cuyo estilo es tan elegante y adaptado a las reglas de la verdadera latinidad, que me parece Haber leído los escritos de Ciceron sobre las leyes. Enriquecidos de ellos, nuestros españoles no tienen por qué envidiar su Gravina a los italianos y su Hugon a los franceses. No hablo de Pudentorf y Hobbes, que escribieron de derecho natural y de gentes no para enriquecimiento de la reublica, sino para su perturbación e subversion, ni de quien há escrito em estos últimos años un libro titulado De l'esprit d'lois (El Espíritu da Las Leyes), del que no se te oculta cuáles y cuan grandes errores lo llenan y que, buscado com avidéz e aplauso, podrá penetrar em nuestras fronteras no sin detrimento de nuestros costumbres*” (PÉREZ VALIENTE. Pedro José. **Derecho Público Hispánico**. Madrid: CEC, 2000, p. 38).
- 3 LADURIE, não é à toa, vai indicar a forma por que a mídia, à época escrita, teve papel importante nas atividades de que se valeu a Monarquia no processo de penetração social: “As novas mídias sustentam a difusão de um saber universitário, colegial e mesmo primário; ele é indispensável para a formação dos funcionários da categoria; e para a dos agentes modestos, às ordens do Estado ou das comunidades. O número desses homens, nos mais diversos níveis, vai aumentar. [...] Certas necessidades são irreduzíveis:

ultramarinas), a falta de representantes do soberano nas localidades<sup>4</sup>, e a própria ausência de um aporte financeiro apto a respaldar o fortalecimento estatal, tudo isso fazia do rei alguém distante, de limitado poderio frente a instituições que, tradicionais, tinham seu vigor embasado no longo costume advindo do Medievo.

A pluralidade de ordenamentos espalhados por toda a Europa de então<sup>5</sup> – consequência, também ela, da tradição medieval – fazia por atrapalhar o direito pretensamente posto pelo rei através das nada sistemáticas ordenações.

De fato, a precariedade dessa forma de legislar (de duvidosa capilaridade) via-se ladeada pelo direito romano<sup>6</sup>, vicejante por toda a Europa através do movimento da recepção,<sup>7</sup> pela força do direito canônico e principalmente por um vigoroso direito consuetudinário local – *iura propria*<sup>8</sup> -

---

a realeza, do século XVI ao XVIII, faz amplo uso do pequeno cartaz com inúmeros exemplares, da circular e do formulário administrativo, os três saídos das prensas e das oficinas. Não há função pública, sobretudo real, que não tenha seus impressores, oficiais ou officiosos”. (LADURIE. Emmanuel Le Roy. **O Estado Monárquico**. trad. Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 1994. pp. 35-36).

- 4 “Por certo, esse monarca e mesmo seus sucessores ou subordinados tiveram a pretensão, por momentos, à onipotência. Mas, apesar do culto da personalidade que cerca os soberanos e compensa de fato as reais fraquezas de seu poder, a monarquia clássica permanece objetiva e subjetivamente descentralizada, em todo o caso nitidamente menos centralizada que os sistemas políticos que a sucederão no século XIX” (*id.*, *ibid.*, p. 16).
- 5 Quanto ao conceito de Pluralismo Jurídico, consulte-se: HESPANHA. Antônio Manuel. **Cultura Jurídica Européia**: Síntese de um Milênio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 161. Em pormenor, já agora numa análise detida da *ordo iuris* medieval: GROSSI. Paolo. **El Orden Jurídico Medieval**. trad. Francisco Tomás y Valiente y Clara Álvarez. Madrid: Marcial Pons, 1996, pp. 50-58.
- 6 Na experiência portuguesa, observe-se trecho da Lei da Boa Razão (de 18 de agosto de 1769) surgida na Era Pombalina, em que se bradava contra a tradição romanística ainda vicejante: “mando que as glossas, e opiniões dos sobreditos Accursio, e Bartholo não possam mais ser alegadas em juízo, nem seguidas na prática dos julgadores; e que antes muito pelo contrário em hum, e outro caso, sejam sempre as boas razões acima declaradas [...referia-se antes que *seguindo somente meus tribunais e magistrados seculares nas materias temporaes e de sua competencia as leis pátrias, e subsidiarias, e os louváveis costumes e estylos legitimamente estabelecidos, na forma que por esta lei tenho determinado...*], e não as auctoridades daquelles, ou de outros semelhantes doutores da mesma escola, as que hajão de decidir no foro dos casos occorrentes...”. (ALMEIDA, Cândido Mendes de. **Ordenações Filipinas**, Aditamentos ao Livro III, Lei de 18/08/1769. Rio de Janeiro, 1870, pp. 725-730. Ver também: *id.*, *ibid.*, Liv. III, Tit. LXIV, pp. 663-665).
- 7 Interessante perceber, por outro lado, como o próprio direito romano, em passagens sobretudo advindas do Império, também foi utilizado pelos teóricos da soberania – defensores de um estado absolutista – como expediente legitimador da uma monarquia onde o rei seria a lei viva, ou na qual o rei estaria acima/fora da lei.
- 8 Confira-se, igualmente, outro excerto da mesma Lei da Boa Razão, agora contra o costume: “e reprovando como dolosa a suposição notoriamente falsa de que os Príncipes Soberanos são ou podem ser sempre informados de tudo que passa nos foros contenciosos em que transgressão das suas leis, para com esta suposição se pretextar a outra igualmente errada, que se presume pelo lapso do tempo o

que dava suporte às ordens locais.

Em seus rigores, esse direito local, embasado na tradição feudal, mantinha de pé os privilégios estamentais sempre avessos ao reconhecimento de uma normatização alienígena, descompassada com aquilo que, então, era entendido por Direito.

Realmente, a própria concepção de direito então vigente em nada colaborava com o programa de instalação da entidade estatal. É que, longe de ser expediente de modificação do *status quo*, o direito, como legado pela Idade Média, é entendido como reflexo de uma ordem natural predeterminada<sup>9</sup>, como algo que deve espelhar o que já está disposto naturalmente no campo social. O *dever-ser*, em termos mais atuais, devia então identificar-se com o *ser*, de forma que a atuação do monarca, sempre pontual, teria de limitar-se aos casos em que, por alguma razão, aquela ordem predeterminada fosse acintosamente desobedecida.

Assim – identificando o direito com uma natureza manifestada pelo social –, a concepção medieval de direito reservava à atuação real aplicação para os casos de desordem, de ameaça àquela ordenação preestabelecia. Direito bom, então, era sinônimo de direito tradicional, cabendo ao rei medieval o papel do juiz conservador da ordem jurídica advinda de uma sociedade regrada natural e espontaneamente<sup>10</sup>.

Tal concepção do direito – que, prolongando-se, ultrapassa a Idade Média – fazia por barrar as pretensões de um ente que, trazendo consigo propostas absolutamente inovadoras, ainda não tinha aporte na tradição, nem naquilo que, entendido como estabelecido espontaneamente de forma natural, se dava no bojo social.

---

consentimento, e aprovação, que nunca se estendem ao que se ignora; sendo muito mais natural a presunção, de que os sobreditos Príncipes castigarão antes os transgressores das suas leis, se houvessem sido informados das transgressões dellas nos casos ocorrentes” (*id.*, *ibid.*, pp. 725-730; pp. 663-665).

9 Nesse sentido, nos aconselhamentos ao príncipe quanto ao modo por que se deve governar, Saavedra Fajardo, após indicar que a multiplicidade das leis é muito danosa à República e que a complacência seria uma qualidade do monarca diante do castigo a ser imposto ao súdito, lecionara: “*se pudieran remediar los dos excesos dichos: el primero, el de tantos libros de jurisprudencia como entran en España, prohibiéndolos; porque ya más son para sacar el dinero que para enseñar, habiéndose hecho trato y mercancías ls imprenta. Com ellos se confunden los ingenios, y queda embarazado y dudoso el juicio. Menores daños nascerán de que cuando faltan leyes escritas com que decidir alguna causa, sea ley viva la razon natural, que buscar la justicia em la confusa noche de las opiniones de los doctores , que hacen por la uma y outra parte , com que es arbitraria y se da lugar al soborno y a la pasion*” (SAAVREDA FAJARDO. Diego de. **Empresas Políticas**. Barcelona: Planeta. 1988. p. 145).

10 HESPANHA, Antônio Manuel. *Opus cit.*, p. 162.

Por fim, vale citar ainda que o próprio direito derivado do rei – e suas concepções – não tinha espaço nas academias de então. Vale dizer, a formação dos juristas da época era calcada não na legislação emanada do monarca, mas nas antigas fontes romanas – tidas por universalmente aplicáveis. Intuitivo, pois, que a prática levada a efeito por aqueles de formação jurídica resistisse à aplicação das Ordenações que, somente mais tarde, tiveram vez nos currículos das universidades de direito<sup>11</sup>.

Na precariedade com que era levada ao conhecimento da comunidade jurídica, principalmente daquela afastada da Corte, a falta de sistematização das ordenações - verdadeiro depósito da legislação emitida pelo rei - também não colaborava para formação de um corpo de textos jurídicos que pudesse ser analisado de modo mais sistematizado, segundo as feições acadêmicas<sup>12</sup> acostumadas até então com a suposta lógica de que dotada a experiência jurídica canônico-romana.

Destarte, claras parecem ser as dificuldades encontradas em diversos flancos pelo Estado Moderno para fazer-se efetivamente soberano diante daquelas concepções que, calcadas na experiência do período medieval, reduziam as possibilidades de penetração dessa ainda incipiente experiência político-jurídica.

## 1.2 A superação da experiência jurídica medieval

Diante desta grande pluralidade de ordenamentos, o embasamento com que contava o direito tinha variadas faces: poderia ser justificado na tradição, na história por todos aceita e jamais negada (às vezes elevada em seu *status* por eventual ligação que tivesse com os textos romanos); poderia ainda vir de um

11 “De certo modo, o currículo universitário e o apego às fontes tradicionais tenderiam até a desprestigiar, na prática jurídica e na doutrina, os direitos não letrados, as normas de “polícia” urbana e mesmo o direito legislado pelos reis. [...] Na Espanha, a resistência passiva das faculdades ainda inviabilizou, por volta de 1713, o plano de lhes impor o ensino do direito pátrio. [...] Somente nos anos 70, porém, é que começariam a surgir espaços curriculares próprios para o ensino das leis reais. Na França, a criação das cátedras correspondentes se deu só em 1679 – não por acaso em pleno reinado de Luís XIV, o ativo rei-legislador das *Ordonnances*. Em Portugal, a Universidade de Coimbra ainda rejeitava, em 1623, a proposta da Coroa de ali se instituir o ensino do direito pátrio. A matéria só foi introduzida em 1772, ou seja, no mesmo período em que o corpo docente tradicionalista era desmantelado pela Reforma Pombalina”. (SEELAENDER. Airton Cerqueira Leite. O Contexto do texto: notas introdutórias à história do direito público na idade moderna. **Seqüência**: estudos jurídicos e políticos. Florianópolis: Fundação Boiteux. Ano XXVII, n. 55, dez. de 2007, pp. 257-258).

12 Panorama esse que, relativizado, contudo, em países como a França, se revela pontual em Portugal, na Espanha e nos territórios alemães onde vicejara o movimento da contrarreforma.

direito natural ainda ligado à religião; ou então poderia ter por estribo a própria ordem local em seus privilégios ratificados pela experiência feudal.

Nesse passo, algo é certo: somente de forma subsidiária é que poderia um jurista tradicional da época conceber que o direito tivesse por sustentação a lei posta pelo monarca. Ou seja, a própria fundamentação do direito – majoritariamente ao largo do legislado pelo soberano – tinha por fonte instâncias outras que não a vontade do rei, o que sobremaneira impedia que o direito dele advindo superasse aquelas outras ordens jurídicas<sup>13</sup>.

E é justamente nesta luta por saber quem é que dá sustentação ao direito – se o costume/tradição/história, ou se o direito emanado pelo monarca – que a doutrina contratualista, partindo do jusnaturalismo moderno<sup>14</sup>, exerceu importante papel em favor dos interesses do ente estatal, que, como se viu, ainda se defrontava com os ordenamentos consuetudinários que então se espriavam por toda a Europa.

Ora, ao conceber a existência de um direito naturalmente existente – deveras divorciado de um chão historicamente verificável<sup>15</sup> –, o contratualismo enquanto teoria política – nas graduações existentes em cada um dos autores daquela corrente – fez justamente por estabelecer que nenhuma outra sustentação fática pode ter o direito senão o ordenamento estatal em si considerado (com a observação de que a função dele seria o resguardo do direito natural).

Vale dizer, é a partir do contratualismo que o Estado – entendido em maior ou menor medida como ente artificial criado por um consenso existente

13 Conturbada, nesse sentido, a já indicada relação existente entre o costume e o direito posto pelo soberano. Afinal, – inapto a suplantar as práticas consuetudinárias o poderio monárquico - mantinham-se elas de pé por sua força própria? Ou, era por concessão do monarca que elas subsistiam? a resposta que se pretenda dar a dito questionamento terá direta relação com a concepção – se alinhada a concepções realistas, ou não – que se tenha da realidade jurídica de então.

14 Se o caráter laico - para além da célebre frase de Grotius, conforme a qual continuaria o Direito Natural a existir: “[...] mesmo quando Deus não existisse” (GROTIUS, Hugo. **O Direito da Guerra e da Paz**. Coleção Clássicos do Direito Internacional. trad. Círio Mioranza: Ijuí, 2004, pp. 39-40. Tomo I) - não é incontrolavelmente uma marca capaz de apartar o jusnaturalismo de que ora se trata daquele antigo/medieval – já que “o Direito Natural é profano desde nascença, desde Aristóteles” (VILLEY, Michel. **A Formação do Pensamento Jurídico Moderno**. trad. Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 648) -, justifica-se o adjetivo “moderno” ao menos como forma de aqui acentuar que, para o jusnaturalismo de que se cuida, o direito natural pertence ao indivíduo em si, decorrendo deste último em sua essência, de modo absolutamente despregado de qualquer outra coisa senão da própria existência individual.

15 De fato, expediente abstratamente concebido, é na figura de espécie de pressuposto teórico que o estado natural é visto na obra contratualista, conforme se fará vera adiante nas obras específicas de Hobbes e Locke (ver nota 39).

entre os homens – passa a ser entendido como o único – único! – ente capaz de fazer respeitar por meio de sua legislação – até mesmo contra a figura do monarca – o verdadeiro direito pertencente naturalmente aos homens.

Embora advindo da metafísica “natureza humana”, esse direito, cujo exercício a ninguém pode ser negligenciado, passa a ter por campo de proteção somente a normatização estatal, e nenhuma outra ordem jurídica pode ser invocada, seja para confrontá-lo, seja para enunciá-lo. O direito natural passa a ser protegido exclusivamente por dentro dos textos legais advindos do Estado, e tudo quanto refuja a este último não goza do *status* de direito<sup>16</sup>.

O paradigma sustentado pelos autores contratualistas – ou seja, existência de um núcleo de prerrogativas advindas da essência própria do homem, cuja proteção é o motivo da existência da legislação artificialmente pelos homens –, dito modelo faz por varrer qualquer alinhavo de ordenamento que busque legitimidade em outra.

Dessa forma, tal arranjo conceitual – ao tonar abstrato o fundamento último do direito, reservando-lhe proteção apenas através do ordenamento estatal – acaba por abrir espaço na teoria jurídica para essa legislação estatal, ainda em estágio inicial naquele momento histórico.

### 1.3 A fungibilidade do direito natural

Antes de prosseguir, importante firmar neste passo certa premissa: a concepção contratualista, permeada que está pelo direito natural, não carrega consigo necessariamente a defesa de interesses antirrealistas ou (à falta de melhor designação) protoliberais.

É que, ainda que seja impossível negar o aspeto revolucionário desta teoria<sup>17</sup>, essa concepção serviu de forma ambígua tanto para aqueles alinhados

16 É o que se lê, v.g., do preâmbulo da Constituição Francesa de 3-9-1791, ao vedar que títulos de nobreza, ordens de cavalaria, corporações ou condecorações pudessem dar base a distinção entre homens, a partir de então concebidos como iguais – não distintos – em essência (GOEDECHOT. J. [org]. **Les Constitutions de la France depuis 1789**. Paris: Garnier, 1993, p. 35).

17 De fato, se comparada às teorizações que enxergam no poder do monarca, simplesmente, a vontade de Deus, as idéias contratualistas – mesmo as vindas de Hobbes – trazem consigo notável diferencial, na elaborada concepção artificial do pacto que, entregando ao soberano o poder da espada, se volta à proteção de direitos naturais (naquele autor, aliás, o plural utilizado não se justifica, porque, em Hobbes, a esfera de resistência ao soberano com base num suposto direito natural, além de mínima, goza de pouca relevância prática como se verá adiante). É propriamente esse corte de finalidade – com os olhos voltados a um Direito que, natural, tem por origem a individualidade mesma do homem – que aparta a doutrina cá destrinchada das posições teóricas que, então, intentavam justificar o poder político.

às concepções realistas quanto para aqueles de idéias mais “liberais”. Vale dizer, firme em que esse arranjo teórico teve certa participação no movimento de fortificação da entidade estatal perante as ordens consuetudinárias<sup>18</sup>, não é possível conferir dali posições que rumem necessariamente veredas antimonarquistas<sup>19</sup>.

Com efeito, na criação de uma espécie de “tábula rasa política” – parte-se doravante de um direito natural universalmente válido sem resquícios histórico-sociais –, o que passa importar não é tanto o conteúdo da ordem jurídica artificialmente engendrada para proteção daquelas pretensões naturais, nem a elasticidade destas últimas – daí a defendida fungibilidade<sup>20</sup> –, antes o que enfeixa relevância é seu caráter de exclusividade para aqueles fins de resguarde daqueles direitos.

Somente tendo por foco essas premissas, é que se poderão ladear teorias tão antípodas como a de Hobbes e a de Locke, cabendo aqui algumas comparações pontuais a fim de estabelecer as discrepâncias existentes entre a posição de ambos os autores.

### 1.3.1 Um pacto de conteúdo vário, uma só consequência jurídica

A fim de indicar de modo mais preciso o que está neste ponto sendo exposto, serão aqui indicados alguns aspetos que, na obra de dois conhecidos autores igualmente contratualistas - Hobbes<sup>21</sup> e Locke<sup>22</sup> –, mostram-se claramente contraditórios.

O núcleo firme de direitos a respeito dos quais a ninguém, até mesmo ao soberano, é dado malferir é evidentemente diferente em extensão nos dois

18 Não é outra a interpretação que ora se propõe: enxergar na doutrina contratualista, sim, um movimento de centralização de poderes em torno da figura estatal, sem ligá-la de forma determinante a pensamentos políticos pré-determinados.

19 De fato, “*Sia l'assolutismo che i suoi oppositori - ceti, città, confessioni - si sono serviti del suo arsenal e hanno legittimato e criticato l'autorità sempre partendo de ciò che consideravano li 'diritto naturale' nella particolare situazione politica. Nè l'ideologia né la critica all'ideologia poterono fare a meno del topos suggestivo nella 'natura'*” (STOLLEIS, Michael. *Storia del Diritto Pubblico in Germania*. trad. Cristina Ricca. Milano: Giuffrè Editore, 2008, p. 351). Como ainda: HESPANHA. Antônio Manuel. *Opus cit.*, p. 304.

20 *id.*, *ibid.*, p. 341.

21 HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Coleção Os pensadores. trad. João de Paulo Monteiro *et al.* São Paulo: Nova Cultural, 1997.

22 LOCKE, John. *Segundo Tratado Sobre o Governo*. Coleção Os Pensadores. trad. e Jacy Monteiro *et al.* São Paulo: Abril Cultural, 2ª ed., 1978.

autores, mostrando-se claramente mais alargado em Locke<sup>23</sup>, muito embora seja impossível desconsiderá-lo, ainda que em seu teor mínimo, em Hobbes<sup>24</sup>.

É à proteção desses direitos<sup>25</sup> que se presta o pacto firmado entre os homens – realizado este último não em razão de uma força externa (natureza humana, vontade divina e quejandos), mas por causa da vontade dos homens mesmos, de um cálculo racional entre meios e fins<sup>26-27</sup>.

Neste passo, parece evidente que quanto menor for a extensão de direitos naturais maior será o campo de intervenção do soberano; bem assim, quanto mais terrível for o estado de natureza, mais fáceis parecem ser justificativas da maior elasticidade do poder sobrenado (sempre tendo por limite, naturalmente, aqueles prerrogativas inerentes à condição humana<sup>28</sup>).

Hobbes, vendo como inato à natureza humana somente o direito à

23 *Id.*, *ibid.*, p. 87.

24 “Há alguns direitos que é impossível admitir que algum homem, por quaisquer palavras ou outros sinais, possa abandonar ou transferir. Em primeiro lugar, ninguém pode renunciar ao direito de resistir a quem o ataque pela força para tirar-lhe a vida, dado que é impossível admitir que através disso vise a algum benefício próprio”. (HOBBS, Thomas. *Opus cit.*, p. 115). “[...] O consentimento de um súdito ao poder soberano está contido nas palavras *eu autorizo como minhas, todas as suas ações*, nas quais não há nenhuma espécie de restrição a sua antiga liberdade natural. Porque ao permitir-lhe que me mate não fico obrigado a matar-me quando ele mo ordena. Uma coisa é dizer *mata-me, ou a meu companheiro, se te aprouver*; e outra coisa é dizer *matar-me-ei, ou a meu companheiro*. Segue-se, portanto, que ninguém fica obrigado pelas próprias palavras a matar-se a si mesmo ou a outrem [...]”. (*id.*, *ibid.*, p. 176, grifo no original).

25 “O fim último, causa dos desígnios dos homens (que amam naturalmente a liberdade e o domínio sobre os outros), ao introduzir aquela restrição sobre si mesmos sob a qual os vemos viver nos Estados, *é o cuidado com sua própria conservação e com uma vida mais satisfeita*”. (*id.*, *ibid.*, p. 41, grifo nosso). A seu turno, em Locke: “Essas circunstâncias [referia-se à incerteza existente no estado de natureza quanto à fruição dos direitos garantidos pela natureza humana...] obrigam-no [...o homem...] a abandonar uma condição que, embora livre, está cheia de temores e perigos constantes; e não é sem razão que procura de boa vontade juntar-se em sociedade com outros que já estão unidos, ou pretendem unir-se, *para mútua conservação da vida, da liberdade e dos bens a que chamo [...note-se aqui a amplitude do conceito...] propriedade. O objetivo grande e principal da união dos homens m comunidade, colocando-se eles sob governo, é a preservação da propriedade*”. (LOCKE, John. *opus cit.*, §§ 123-124, p. 82, grifo nosso).

26 *Id.*, *ibid.*, p. 72.

27 HOBBS, Thomas. *Opus cit.*, p. 143

28 Em Hobbes, as misérias do estado de natureza - retoricamente descritas para chegar à conclusão de que em tal condição “não há sociedade” (*id.*, *ibid.*, p. 109) – são aptas, pois, a justificar qualquer eventual incômodo político que se possa ter perante o soberano: “Mas poderia aqui objetar-se que a condição de súdito é muito miserável, pois se encontra sujeita aos apetites e paixões irregulares daqueles ou daqueles que detêm em sua mão um poder tão ilimitado. [...] E isto sem levar em conta que a condição do homem nunca pode deixar de ter uma ou outra incomodidade, e que a maior que é possível cair sobre o povo em geral, em qualquer forma de governo, é de pouco monta quando comparada com as misérias e horribéis calamidades que acompanham a guerra civil, ou aquela condição dissoluta de homens sem senhor, sem sujeição às leis e a um poder coercitivo capaz de atar suas mãos, impedindo a rapina e a vingança” (*id.*, *ibid.*, p. 151).

autodefesa, faz derivar todos os outros direitos – incluída aí a propriedade<sup>29</sup> – do próprio poderio estatal arquitetado por sobre aquele mínimo direito natural. É certamente esse “exagero” que lhe possibilita, dentro de uma visão contratualista, defender serem do soberano tão amplos poderes.<sup>30</sup>

Aliás, é na doutrina hobessiana – a fazer derivar do soberano prerrogativas tradicionalmente justificadas pelo costume<sup>31</sup> – que se vê a clara substituição das ordens consuetudinárias advindas do medievo pelo poder estatal, na esteira do que defende pontualmente este artigo.

Por sua vez, Locke, em sua tendência protoliberal (vencedora historicamente, bem se sabe), torna bem mais diminutos e teleologicamente direcionados<sup>32</sup> os direitos enfeixados pelo soberano diante das prerrogativas

29 *id.*, *ibid.*, p. 148.

30 Vale notar o registro hobessiano, tratando da questão relativa a saber se súditos cristãos devem obediência a ordens advindas de soberanos que não professem tal fé: “[...] e está fora de controvérsia que a mesma obediência [...obediência em todas as coisas, espirituais e temporais...] é devida nos assuntos temporais, até por um súdito cristão, a qualquer príncipe que não seja cristão; [...], então, devemos resistir aos príncipes, quando não pudermos obedecer a eles? Certamente que não, porque isso será contrário ao pacto civil. Então, o que devemos fazer? Ir a Cristo pelo martírio. E, se isso parecer muito duro a alguém, então é certíssimo que ele não acredita de todo o coração que Jesus é o Cristo vivo (pois, se acreditasse, ele desejaria ser dissolvido, para estar com Cristo), porque fingindo a fé cristã ele bem será capaz de faltar com a obediência que prometeu submeter-se à cidade”. (HOBBS, Thomas. **Do Cidadão**. trad. Renato Jeanine Ribeiro. Coleção Clássicos. São Paulo: Martins Fontes, 1992, p. 376, grifo nosso).

31 Como, por exemplo, a magistratura - o juiz nada mais faz senão “representar” a pessoa do soberano (HOBBS, Thomas. *Opus cit.*, 1997, pp. 148-149; 192-193), e as condecorações e títulos nobiliários (*id.*, *ibid.*, p. 149).

32 “Embora os homens quando entram em sociedade abandonem a igualdade, a liberdade e o poder executivo que tinham no estado de natureza, nas mãos da sociedade, para que disponha deles por meio do poder legislativo conforme o exigir o bem dela mesma; entretanto fazendo-o cada um apenas com a intenção de melhor se preservar a si próprio, à sua liberdade e à sua propriedade – pois que nenhuma criatura racional pode supor-se que troque a sua condição por uma pior – o poder da sociedade ou o legislativo por ela constituído não se pode nunca supor se estenda mais além do que o bem comum, mas fica na obrigação de assegurar a propriedade de cada um [...] E assim sendo, quem tiver o poder legislativo ou o poder supremo de qualquer comunidade obriga-se a governá-la mediante leis estabelecidas, promulgadas e conhecidas pelo povo, e não por meio de decretos extemporâneos; por juizes indiferentes e corretos, que terão de resolver as controvérsias conforme essas leis; e a empregar a força da comunidade no seu território somente na execução de tais leis [...]” (LOCKE, John. *Opus cit.*, §131, pp. 83-84). Neste passo, diante de um legislativo tirânico, cabe, sim, - ao contrário do martírio aconselhado por Hobbes - a deposição daqueles que se comportam contra os fins perseguidos pelo estabelecimento do Estado: “[...] sendo o legislativo um poder somente fiduciário destinado a entrar em ação para certos fins, cabe ainda ao povo um poder supremo para afastar ou alterar o legislativo quando é levado a verificar que age contrariamente ao encargo que lhe confiaram. Porque, sendo limitado qualquer poder concedido com encargo para conseguir certo objetivo, por esse mesmo objetivo, sempre que se despreza ou contraria manifestamente esse objetivo, a ele se perde o direito necessariamente, e o poder retorna às mãos dos que o concederam, que poderão colocá-lo onde o

mais infladas possuídas universalmente pelos homens desde o estado de natureza<sup>33</sup>.

Realmente, ao entender um pouco menos miserável a condição humana no estágio anterior à estatalidade,<sup>34</sup> a constituição da entidade estatal por meio de um pacto passa a ser entendida, sem os arroubos hobbesianos, como ajustadora das inaptidões<sup>35</sup> que o estado de natureza possui para fins de proteção da propriedade, objetivo maior da constituição da sociedade por meio do pacto.

Contudo, também o Locke, propulsor de idéias nada absolutistas<sup>36</sup>, faz por apagar a tradição que se ponha para além do poderio estatal, porque em sua teoria, exatamente nos moldes contratualistas já indicados, tudo quanto não esteja apoiado no indicado pelo legislativo, poder cuja extensão tem por fim a proteção do já indicado direito natural (qual seja: a propriedade), não goza de *status* jurídico<sup>37</sup>.

julguem melhor para garantia e segurança próprias.” (*id.*, *ibid.*, §149, p. 93, grifo nosso).

- 33 “Não é, nem poderia ser [o poder legislativo] absolutamente arbitrário sobre a vida e a fortuna das pessoas, porquanto, sendo ele simplesmente o poder em conjunto de todos os membros da sociedade, cedido à pessoa ou grupo de pessoas que é o legislador, não poderá ser mais do que essas pessoas tinham no estado de natureza antes de entrarem em sociedade e o cederem à comunidade; porque ninguém pode transferir a outrem mais poder do que possui, e ninguém tem poder arbitrário absoluto sobre si mesmo ou sobre outrem, para destruir a própria vida ou tirar a vida ou a propriedade de outrem” (*id.*, *ibid.*, §135, pp. 86-87).
- 34 Para Locke - longe de constituir-se o estado de natureza como o estado hobbesiano da guerra de “todos os homens contra todos os homens” (HOBBS, Thomas. *Opus cit.*, 1997, p. 109) - ambos os conceitos (estado de natureza e estado de guerra) não se confundem (LOCKE, John. *Opus cit.*, §19, p. 41).
- 35 Pontuando que “O objetivo grande e principal, portanto, da união dos homens em comunidade, colocando-se eles sob governo, é a preservação da propriedade”, Locke atenta a que no estado de natureza não há (a) uma lei “estabelecida, firmada, conhecida, recebida e aceita mediante um consentimento comum, como padrão do justo e injusto e medida comum para resolver quaisquer controvérsias entre os homens”, sem que exista (b) “um juiz conhecido e indiferente com autoridade para resolver quaisquer dissensões, de acordo com a lei estabelecida”, na ausência, outrossim, de um (c) “poder que apóie e sustente a sentença quando justa, dando-lhe a devida execução” (*id.*, *ibid.*, §§124-126, p. 82).
- 36 “[...] É evidente que a monarquia absoluta, que alguns consideram o único governo no mundo, é, de fato, incompatível com a sociedade civil, não podendo por isso ser uma forma de governo civil, por que o objetivo da sociedade civil consiste em evitar e remediar os inconvenientes do estado de natureza que resultam necessariamente de poder cada homem ser juiz do próprio caso, estabelecendo-se uma autoridade conhecida para a qual todos os membros dessa sociedade podem apelar por qualquer dano que lhe causem ou controvérsia que possa surgir, e à qual todos os membros dessa sociedade terão de poder estabelecer. Onde quer que existem pessoas que não tenham semelhante autoridade a que recorrerem para decisão de qualquer diferença entre eles, estarão tais pessoas no estado de natureza; e assim se encontra qualquer príncipe absoluto em relação aos que estão sob seu domínio” (*id.*, *ibid.*, 1978, § 90, p. 68). São esses em Locke os desajustes do estado de natureza, pois.
- 37 “A primeira lei positiva e fundamental de todas as comunidades consiste em estabelecer o poder legislativo; como a primeira lei natural fundamental que deve reger até mesmo o poder legislativo

De fato, ao propugnar o caráter supremo do legislativo – sempre vinculado aos fins por que estatuído o Estado –, logo se percebe que o autor, também ele, faz por desautorizar qualquer outra espécie de normatividade que retire sua legitimidade de uma fonte não estatal<sup>38</sup>.

Logo se vê, por isso, que, em ambos os autores, o Estado soberano – fundamentado na proteção do direito natural - é a fonte exclusiva do direito, posição teórica essa que, sem dúvida, possibilitou ao direito estatal, agora com sustentação teórico-política, flanco de atuação capaz de fazer frente a toda a experiência jurídica pré-estatal, a qual, doravante, haverá de ser desconsiderada.

#### 1.4 Um novo quadro político, um novo paradigma do direito

Destruídos eventuais marcos jurídicos histórica e socialmente determinados anteriores à estatalidade (de fato, o que antecede o ente estatal é a abstrata noção de um estado de natureza)<sup>39</sup>, o contratualismo passou a possibilitar o pensamento de um novel quadro político, cujos rigores, embora justificados por uma concepção que entende universais certos direitos, haverão de ser concretizados numa realidade normativa de ordem absolutamente contingente, emanada simplesmente do acordo de vontades dos cidadãos, e derivada diretamente de cada Estado, entidade à época em franca ascensão.

Esse novo paradigma há de possibilitar que cada Estado possa repensar, a partir de um marco inicial desgarrado de tudo quanto até então era entendido por Direito, sua própria normatização; o quadro político, a partir de então, é

consiste na preservação da sociedade e, até o ponto em que seja compatível com o bem público, de qualquer pessoa que faça parte dela. Esse poder legislativo não é somente o poder supremo da comunidade, mas sagrado e inalterável nas mãos em que a comunidade uma vez o colocou; nem pode qualquer edito de quem quer que seja, concebido por qualquer maneira ou apoiado por qualquer poder que seja, ter a força e a obrigação da lei se não tiver sanção do legislativo escolhido e nomeado pelo público; porque sem isto a lei não teria o que é absolutamente necessário à natureza de lei: o consentimento da sociedade sobre a qual ninguém tem o poder de fazer leis senão por seu próprio consentimento e pela autoridade dela recebida” (*id.*, *ibid.*, § 134, p. 86).

38 *id.*, *ibid.*, p. 90

39 Em Hobbes: “Poderá porventura pensar-se que nunca existiu tal tempo nem condição de guerra como esta, e acredito que jamais tenha sido assim no mundo inteiro; [...] seja como for, é fácil conceber qual seria o gênero de vida em que os homens que anteriormente viveram sob um governo pacífico costumam deixar-se cair numa guerra civil” (HOBES. Thomas. *Opus cit.*, 1997, p. 110). Em Locke: “Pergunta-se muitas vezes como objeção relevante: ‘Onde estão ou onde estiveram alguns dias esses homens em tal Estado de natureza?’ Ao que pode bastar por enquanto como resposta que, como todos os príncipes e governantes de estados independentes por toda a parte do mundo se encontram em um estado de natureza, claro que o mundo nunca esteve, nem nunca estará, sem ter muitos homens nesse estado” (LOCKE, John. *Opus cit.*, § 14, p. 39).

alterado, como exata consequência das modificações operadas nas fontes do direito<sup>40</sup>.

Com efeito, ao reunir nas mãos do soberano toda a prerrogativa de criar Direito – mesmo quando tal se encontre limitada pela existência de um “direito natural”, – mostra-se evidente a sistematização da atividade jurídico-normativa que o contratualismo implica, porquanto, agora, não há nenhuma outro *quid* concreto limitador do direito estatal fora dos contornos legislativos.

Não mais se trata de analisar o fundamento do direito com base em origens tão contraditórias (ordem estamental, leis fundamentais, costumes etc), cuida-se em verdade de um novo direito, canal de veiculação tão-só da vontade soberana única expressada numa lei, tida por completa (fora de suas balizas concretas direito não existe), objetivamente clara (a ninguém é dado alterá-la por meio de expedientes interpretativos) e destituída de contradições (afinal ela é consequência da vontade de uma só pessoa<sup>41</sup>).

Os meios por que esse processo vai tomar rumo histórico, complexos nas veredas que virão a ser percorridas, passam pelo movimento de codificação, pela redução do objeto de conhecimento do jurista (entendido cada vez mais exclusivamente como a norma posta pelo Estado), pela interligação lógica operada entre os textos de lei e os conceitos jurídicos (pressuposto de um sistema fechado em si, destituído de lacunas e contradições), e, for fim, pelo abandono definitivo do direito natural<sup>42</sup>, num arranjo teórico capaz de fazer do fenômeno jurídico algo visceralmente coligado ao marco da legalidade tão só.

Esse desenrolar histórico certamente não seria possível sem que, neste

40 Veja-se ainda: STOLLEIS. Michael. *Opus cit.*, p. 351.

41 Em Hobbes tal panorama fica claro em: HOBBS. Thomas. *Opus cit.*, p. 210.

42 O papel “limitador” e fundante que, no momento histórico em que Hobbes e Locke publicaram suas obras (séc. XVII), o Direito Natural exerce por sobre o direito estatal – papel nestas linhas acentuado -, nem sempre foi encarado de forma tão rigorosa como seria de esperar-se do ponto de vista teórico. Sobretudo durante no decorrer do Século XVIII, o Direito Natural – em seu teor abstrato e carente de definição mais segura – não rara vezes foi trazido para dentro do direito estatal por juristas e políticos, restando-lhe (ao direito natural) papel mais retórico ou filosófico do que propriamente jurídico. Não é à toa que Bobbio, destrinchando a Escola da Exegese, registrará ser uma marca sua a “inversão das relações entre Direito Natural e Direito Positivo”, como modo de apontar a circunstância aqui assentada: um direito natural que, do ponto de vista teórico, deveria estar acima do Direito estatal – os juristas deste momento histórico seguem a tradição, sem que haja negação dessa base jusnaturalista -, mas que, visto de mais perto, possui pouco interesse prático. (BOBBIO, Norberto. **O positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. trad. Márcio Puygliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, pp. 84-85). Também Hespanha adverte que, em meados do já citado Século XVIII, o Direito Natural temperava o “monopólio” exercido pela lei estatal nas atenções dos juristas, salientando que, nos finais do mesmo século, o quadro se altera com a “identificação do Direito com os novos Códigos”. (HESPANHA. Antônio Manuel. *Opus cit.*, pp. 376-377).

primeiro passo, os rigores contratualistas fizessem superar a tradição jurídico-medievalista, dando angustos limites ao que, dali em diante, passaria a ter *status* jurídico.

## CONCLUSÃO

Nas dificuldades de inserção enfrentadas pelo Estado por entre aquela dificultosa teia dos vários ordenamentos medievais, indicou-se ser o contratualismo um dos expedientes teóricos que, já no campo concreto das relações de poder, fez por colaborar para introdução do ente estatal e seu direito na ordem jurídica de então.

Com efeito, tal corrente do pensamento jurídico moderno fez com que fosse “varrida” a vasta tradição em que embasada concepção medieval de direito, possibilitando que a identificação do fenômeno jurídico e lei estatal ocorresse, mesmo quando, jusnaturalista que é, não viesse a negar expressamente o direito natural.

Realmente, a partir dessa construção teórica, o Estado vale-se de sua condição de figura única de protetor dos direitos naturais, de forma que, a partir de então, só a ele tocará o decisivo papel – jurídico e político – de estabelecer o que realmente tem o *status* de direito.

Vale dizer, mesmo que sem negar o jusnaturalismo, foi expediente decisivo para tal mudança de paradigma, porque apto a colocar em xeque a tradição costumeira medieval multissecular, colaborando, a seu modo e num momento inicial, para que o direito pudesse ser pensado a partir de uma fonte única (a regra estatal).

Mesmo quando estivesse a propugnar limites - mais ou menos amplos - à pessoa do soberano, é certo que dita doutrina serviu como expediente de centralização política, pondo fim ao quadro tipicamente pré-moderno.

Os caminhos seguidos pela história são de todos conhecidos, de sorte que a concepção jurídica vitoriosa nos séculos XIX e XX, em seus característicos, é marcada por signos inconfundíveis: abandono do direito natural, recolhimento do jurista ao seu mundo normativo, identidade entre direito e lei etc. Na base de todo esse processo, porém, vale registrar esse primeiro momento de concentração político-jurídica propiciado pelo contratualismo.

## RREFERÊNCIAS

ALMEIDA, Cândido Mendes de. **Ordenações Filipinas**. Rio de Janeiro, 1870, 5 vol. Disponível em: < <http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm> >. Acesso: 2/10/2013.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo Jurídico**: Lições de Filosofia do Direito. trad. Márcio Puygliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

GOEDECHOT, J. (Org). **Les Constitutions de la France depuis 1789**. Paris. Garnier, 1993.

GROSSI. Paolo. **El Orden Jurídico Medieval**. trad. Francisco Tomás y Valiente y Clara Álvarez. Madrid: Marcial Pons, 1996.

GROTIUS, Hugo. **O Direito da Guerra e da Paz**. Coleção Clássicos do Direito Internacional. trad. Círio Mioranza: Ijuí, 2004. Tomo I.

HESPANHA, Antônio Manuel. **Cultura Jurídica Européia**: Síntese de um Milênio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

HOBBS, Thomas. **Do Cidadão**. Coleção Clássicos. trad. Renato Jeanine Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

\_\_\_\_\_, Thomas. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. Coleção Os pensadores. trad. João de Paulo Monteiro et al. São Paulo: Nova Cultural, 1997;

LADURIE, Emmanuel Le Roy. **O Estado Monárquico**. trad. Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 1994.

LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre o Governo**. Coleção Os Pensadores. trad. E. Jacy Monteiro et al. 2. Ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

SAAVREDA FAJARDO, Diego de. **Empresas Políticas**. Barcelona: Planeta. 1988.

SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite. O Contexto do texto: notas introdutórias à história do direito público na idade moderna. **Seqüência**: estudos jurídicos e políticos. Florianópolis: Fundação Boiteux. Ano XXVII, n. 55, dez. de 2007.

STOLLEIS, Michael. **Storia del Diritto Pubblico in Germania**. trad. Cristina Ricca. Milano: Giuffrè Editore, 2008.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **O Antigo Regime e a Revolução**. Coleção Os pensadores. Seleção de textos de Francisco C. Weffort. trad. Leônidas de Gontijo de Carvalho et al. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural. 1979.

PÉREZ VALIENTE, Pedro José. **Derecho Público Hispánico**. Madrid: CEC, 2000.

VILLEY, Michel. **A Formação do Pensamento Jurídico Moderno**. trad. Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005.