

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

ELEMENTOS FILOSÓFICOS DO CONCEITO DE DIREITOS HUMANOS

ORIENTADOR: PROF. DR. CLÁUDIO DE CICCIO
ÁREA: FILOSOFIA DO DIREITO

RAFAEL PANGONI

São Paulo
2023

Rafael Pangoni

ELEMENTOS FILOSÓFICOS DO CONCEITO DE DIREITOS HUMANOS

Trabalho de conclusão apresentado ao curso de Mestrado em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP), como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovação: __.__.__

Banca Examinadora

Presidente

Primeiro Membro

Segundo Membro

Agradecimentos

A Deus, primeiramente, à sua Mãe Santíssima e ao meu pai espiritual, Josemaria, que, durante estes anos de pesquisa e lutas, estiveram ao meu lado, provendo todo tipo de sabedoria e consolo.

Aos meus amados pais, Dra. Maria Angela e Célio, que me ajudaram imensamente, nesta jornada acadêmica.

À minha tia e madrinha, a Dra. Maria Aparecida, que, também, sempre esteve ao meu lado, como uma grande figura de moderação e paciência.

Aos meus queridos avós Esther, Celestino, Ida e Dolvalino, cujas figuras carregarei para sempre em meu coração e em minha memória.

Ao meu queridíssimo orientador e amigo, o Prof. Cláudio de Cicco, que, sendo um verdadeiro mestre e pai-acadêmico, fez, com ciência e paciência, deste trabalho, uma realidade; e que, antes disso, fizera com que eu me apaixonasse pela filosofia do direito, com seus grupos de estudo e conversas estimulantes.

À queridíssima Profa. Clarisse Laupman – com quem tenho o privilégio inenarrável de trabalhar na *Philip C. Jessup International Law Moot Court Competition* e, agora, no grupo de direito internacional da Jessup PUCSP – e ao muito estimado Prof. Carlos Roberto Husek – que tive a sorte de ter como professor de direito diplomático –, meus mestres do direito internacional.

À querida Profa. Flávia Piovesan, que foi a primeira que me ensinou sobre o direito internacional dos direitos humanos e orientou minha iniciação científica, quando estive na graduação, sobre os direitos laborais dos refugiados.

A todos os professores com quem tive a alegria de aprender, durante o mestrado, Prof. Guimarães – com quem estudei a *Lex Mercatoria* –, Prof. Conci – que lecionou sobre pluralismos jurídicos – e Prof. Sodrê – com quem tive aulas sobre os direitos humanos na pós-modernidade –, cada um trazendo suas perspectivas particulares e marcando minha cosmovisão.

Ao Prof. Álvaro Gonzaga, muito querido – sem o qual, eu não teria nem mesmo começado o mestrado – e ao Prof. Dalton, que assistiu o Prof. Cláudio, nas aulas de filosofia do direito.

A todos meus professores da graduação, de modo especial à Profa. Marina Faraco – de quem fui monitor em direito internacional público e que orientou meu trabalho de conclusão – e à Profa. Lucineia – por quem nutro grande admiração, por seu carinho e respeito pela liberdade de pesquisa dos alunos.

Ao Prof. José Maria Ramos, meu querido amigo, que me incentivou a seguir a carreira acadêmica e sempre demonstrou muito interesse nas minhas pesquisas.

Ao meu amigo, Gustavo Lucena, que foi meu principal confidente por quase três anos, escutando muitas das minhas lamentações.

Aos queridíssimos Leonardo Soriano e Augusto Shintani, que, também, sempre estiveram disponíveis para me ouvir, trazendo bons conselhos de paz e tranquilidade.

À estimadíssima Renata Ferlin Sugai, Diretora Geral da Quadrante, e ao querido Dr. Hugo Langone, o Editor, com quem tenho a alegria indizível de trabalhar.

Ao caríssimo amigo Victor Vicente, que me convenceu a me inscrever no mestrado.

Aos meus professores do Colégio Leonardo da Vinci de Jundiaí, especialmente à Profa. Flávia, que me ensinou quase tudo que sei sobre história.

Ao caríssimo Prof. Fernando Sales – com quem tive o prazer de fazer um riquíssimo curso de filosofia da natureza – e ao reverendíssimo Prof. Pe. Hélio Tadeu de Oliveira – cujas aulas de introdução à teologia moral me foram muito úteis.

À querida Profa. Quézea, com quem tive aulas de italiano jurídico.

E, por fim, a tantos outros, que não consigo contar: Adriano Bechara – cujos grupos de estudo de filosofia sempre me fizeram pensar –, Gabriel Porto – meu amigo pintor, que quer me lançar como escritor e poeta –, Cristiano Martins – virtuoso violinista e médico, com quem escutei e discuti muitas peças musicais –, Matheus Toniolli – com quem sempre pude conversar sobre filosofia do direito livremente –, Filipe Barcellos – com quem dividi a biblioteca, ele escrevendo sua dissertação e eu, a minha –, Ignácio Socias – que ficou animadíssimo com meus estudos –, Rafael Ruiz – de quem consegui um exemplar das “*relectiones*” de Francisco de Vitoria – e tantos outros, cujos nomes gostaria de escrever um a um.

Agradeço, assim, *ex toto corde* a cada um, que, de maneira tão especial, deixou uma impressão tanto em mim como no presente trabalho.

Grande é Ma'at e duradoura, sua eficácia; ela não foi perturbada desde os tempos de Osiris.

– Ptaotepe (Máxima V).

Resumo: O presente trabalho procura compreender os elementos filosóficos dos direitos humanos universais. Utilizando o método histórico-contextual, portanto, trata de como a filosofia formou o direito internacional dos direitos humanos contemporâneo. Os três principais temas são o ser humano enquanto tal, a universalidade e o direito natural. Cícero e os estoicos estudaram o ser humano fora da pólis, o direito não-escrito universal e a ideia de Cosmópolis, dando as bases para o desenvolvimento do *ius gentium*. São Paulo, o Apóstolo das Gentes, tomou a ideia de universalismo e desenvolveu-a com sentido religioso; os Padres da Igreja e, no Medievo, São Tomás de Aquino, nos seus estudos de teologia, desenvolveram a ideia de *pessoa*. No renascimento, Francisco de Vitoria, em sua defesa dos povos originários, realizou as duas “*relectiones de indis*”, fundando o direito internacional e, bebendo do estoicismo e da escolástica, estabeleceu uma ideia sofisticada de dignidade humana. Posteriormente, na modernidade, John Locke insurgiu-se contra o absolutismo patriarcalista de Robert Filmer, criando disputas que remeteriam ao pensamento de John de Salisbury e desenvolvendo ideias acerca dos direitos humanos. Após a Segunda Grande Guerra, regressa-se à universalidade: os temas acerca da natureza humana foram reintroduzidos por Charles Malik, na redação da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Todavia, sem uma referência profunda comum, o paradigma dos direitos humanos – e, conseqüentemente, do direito humanitário e do direito dos refugiados – tomou uma forma positivista e especificada, de modo a criar antinomias de difícil harmonização. Este problema pode ser tratado com a ideia de conhecimento conatural do direito natural de Jacques Maritain.

Palavras-chave: Direitos humanos, filosofia, direito internacional, pessoa humana, universalidade, direito natural, personalidade.

Abstract: This thesis attempts to understand the philosophical elements of universal human rights. By using the historical and contextual method, it addresses how philosophy has shaped contemporary international human rights law. The three main topics are the human being as such, universality, and natural law. Cicero and the Stoics studied the human being outside the polis, universal unwritten law and the idea of Cosmopolis, laying the foundations for the development of the *ius gentium*. St Paul, the Apostle to the Gentiles, picked the idea of universalism and developed it with a sense of religiosity; the Church Fathers and, in the Middle Ages, St Thomas Aquinas, in their theological studies, developed the idea of *person*. In the Renaissance, Francisco de Vitoria, in his defence of the indigenous peoples, carried out the two “*relectiones de indis*”, founding international law and establishing a sophisticated idea of human dignity, inspired by Stoicism and Scholasticism. Later, during the Modern era, John Locke raised his voice against the patriarchal absolutism of Robert Filmer, raising disputes that would lead back to the thought of John of Salisbury and developing ideas about human rights. After the Second World War, there was a return to universality: the issues of human nature were reintroduced by Charles Malik during the drafting of the Universal Declaration of Human Rights. However, without a profound common reference, the paradigm of human rights—and consequently of humanitarian law and refugee law—took on a positivistic and specifies form, so as to create antinomies that are difficult to harmonise. This problem may be addressed with Jacques Maritain’s idea of connatural knowledge of natural law.

Keywords: Human rights, philosophy, international law, human person, universality, natural law, personhood.

Lista de Abreviaturas

a.: *Articulus* (artigo de uma questão da Suma Teológica)

A/: Assembleia Geral das Nações Unidas

Act.: *Actus Apostolorum* (Atos dos Apóstolos)

ad Luc.: a Lucílio (Cartas a Lucílio de Sêneca)

Ari.: Aristóteles

Aug.: Agostinho de Hipona

C.I.J.: *Cour Internationale de Justice* (Corte Internacional de Justiça)

CJ: *Codex Justinianus* (Código Justiniano)

C: Comitê Permanente ou Principal (das Nações Unidas)

Cic.: Cícero

CIC: Catecismo da Igreja Católica

Col.: *Epistula ad Colossenses* (Carta de São Paulo aos Colossenses)

Conf.: Confissões (de Agostinho)

de Amic.: *de Amicitia* (sobre a amizade de Cícero)

de Dom.: *de Domino et Servo* (sobre o senhor e o escravo em Cartas a Lucílio de Sêneca)

de Leg.: *de Legibus* (sobre as leis de Cícero)

de Off.: *de Officiis* (sobre os deveres de Cícero)

de Rep.: *de Republica* (sobre a República de Cícero)

de Sen: *de Senectute* (sobre a velhice ou avançada idade de Cícero)

Dig.: Digesto ou Pandectas

E/: Conselho Econômico e Social das Nações Unidas

Eph.: *Epistula ad Ephesios* (Carta de São Paulo aos Efésios)

frag.: *Fragmenta*

Gal.: *Epistula ad Galatas* (Carta de São Paulo aos Gálatas)

Gen.: *Liber Genesis* (Livro dos Gêneses)

I Cor.: *Epistula I ad Corinthios* (Primeira Carta de São Paulo aos Coríntios)

I Jo.: *Epistula I Ioannis* (Primeira Carta de São João)

I Tim.: *Epistula I ad Timotheum* (Primeira Carta de São Paulo a Timóteo)

I.C.J.: *International Court of Justice* (Corte Internacional de Justiça)

II Cor.: *Epistula II ad Corinthios* (Segunda Carta de São Paulo aos Coríntios)

II Pe.: *Epistula II Petri* (Segunda Carta de São Pedro)

II Tim.: *Epistula II ad Timotheum* (Segunda Carta de São Paulo a Timóteo)

Jo.: *Evangelium secundum Ioannem* (Evangelho de São João)

Laert: Laércio

Lc.: *Evangelium secundum Lucam* (Evangelho de São Lucas)

Marc.: Marco Aurélio

Med: *Meditações* (de Marco Aurélio)

Mt.: *Evangelium secundum Matthaeum* (Evangelho de São Mateus)

Nic.: *Ética a Nicômaco* (de Aristóteles)

ONU: Organização das Nações Unidas

PIDCP: Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos

PIDESC: Pacto Internacional sobre Direitos Sociais, Econômicos e Culturais

Poet.: *Poética* (de Aristóteles)

Pol.: *Política* (de Aristóteles)

Ps.: *Liber Psalmorum* (Livro dos Salmos)

q.: *Quaestio* (questão da Suma Teológica)

Rep.: *República* (de Platão)

RES/: Resolução (da Assembleia Geral)

Rom.: *Epistula ad Romanos* (Carta de São Paulo aos Romanos)

S.T.: *Summa Theologiae* (Suma Teológica de Tomás de Aquino)

Sen.: Sêneca

Sol.: Solilóquios (de Agostinho)

Suet.: Suetônio

Tit.: *Epistula ad Titum* (Carta de São Paulo a Tito)

Sumário

Introdução.....	1
Cap. 1º. Da Pólis à Cosmópolis: O Cidadão e o Ser Humano.....	6
1. 1. Período Pré-Estoico: O Microcosmo do Animal Político.....	7
1. 2. O Advento do Estoicismo: O Universalismo e a Humanidade.....	17
1. 3. Marco Túlio, o Eclético.....	22
1. 3. 1. O Ser Humano na Cosmópolis.....	25
1. 3. 2. O Direito Universal.....	37
1. 4. O Direito das Gentes.....	42
Cap. 2º. A Encarnação do Verbo: O Mundo e o Ser Humano Ressignificados.....	45
2. 1. São Paulo: O Apóstolo das Gentes.....	47
2. 1. 1. A Irmandade Universal.....	48
2. 1. 2. A Lei da Consciência.....	51
2. 2. Os Padres da Igreja: O conceito de pessoa.....	54
2. 3. O Doutor Angélico: A Grande Síntese de Tomás de Aquino.....	59
2. 3. 1. A Ideia de Pessoa na Suma Teológica.....	61
2. 3. 2. A Justiça na Relação das Pessoas Humanas.....	67
2. 3. 3. Questões acerca da Relação Interpessoal.....	73
Cap. 3º. O Raiar do Direito Internacional: O Humanismo de Francisco de Vitoria.....	77
3. 1. A Escola de Salamanca e Sua Ideia de Direito.....	81
3. 2. Da Pluma de Vitoria: As <i>Relectiones</i> de um Novo Direito das Gentes.....	85
3. 2. 1. O Direito Internacional.....	87
3. 2. 2. O Direito de Guerra.....	99
Cap. 4º. À Sombra da Velha Sarum: As Disputas acerca do Estado.....	107
4. 1. Homens e Lobos: Absolutismo e Revolução.....	112
4. 2. Locke e Filmer: Uma Batalha pelo Trono de Santo Eduardo.....	115
4. 2. 1. Natureza e Liberdade.....	117
4. 2. 2. A Origem do Estado.....	128
4. 2. 3. A Autoridade e os Limites do Estado.....	135
Cap. 5º. Em busca de um Paradigma: A Reafirmação e a Crise da Universalidade.....	145
5. 1. O Triste Fim da <i>Belle Époque</i> : Das trincheiras à divisão do átomo.....	146

5. 1. 1. A Superação da Humanidade e o Totalitarismo.....	153
5. 1. 2. O Espanto da Humanidade e a Declaração Universal.....	159
5. 2. O Drama após a Declaração.....	162
5. 2. 1. A Fenomenalidade dos Direitos Humanos.....	162
5. 2. 2. Paradigmas Gnosiológicos dos Direitos Humanos.....	169
5. 2. 3. O Conhecimento por Conaturalidade.....	174
Conclusão.....	183
Referências.....	190

Introdução

Vivemos um período, na história do direito, em que dispomos de um vasto sistema jurídico de proteção aos direitos humanos. Constituições, tratados, costumes, princípios, documentos de órgãos internacionais e decisões de tribunais: tudo constitui um complexo multinível – doméstico e internacional, regional e geral – voltado para esse tema. No seu centro orbital, está a Declaração Universal dos Direitos Humanos, documento redigido por um comitê diversíssimo. Estão nela, a experiência política de Eleanor Roosevelt, a erudição de P. C. Chang e o repertório filosófico de Charles Malik, combinados para expor a irreduzível dignidade da pessoa humana.

Ao lado dessa joia da coroa da sociedade internacional, estão mais duas proeminentíssimas: as Convenções de Genebra sobre Direito Humanitário e a Convenção de 1951 sobre o Direito dos Refugiados. Aquelas expõem o segmento do direito internacional que regula as condutas realizadas durante a guerra – em outras palavras, trata-se da proteção aos direitos humanos em conflitos armados, não necessariamente transfronteiriços. Já o direito dos refugiados trata dos deveres dos estados para com as pessoas em situação de refúgio, isto é, deslocamento internacional forçado em razão de perseguição ou grave ameaça – cujos princípios se estendem razoavelmente para todo tipo de migração inopinada.

Espantosamente, apesar de toda a tecnologia jurídica nacional e internacional, a humanidade jamais fora tão diligente na violação dos direitos humanos. A Ucrânia, a Armênia, a Síria, a Palestina etc. despertam, em qualquer um, a mesma compaixão de Henri Dunant, ao presenciar a Batalha de Solferino. Genocídio, tortura, *apartheid*, discriminação racial, limpeza étnica e tantas outras formas de vilipêndio contra a humanidade fazem parte do dia a dia das notícias de jornal. A Corte Internacional de Justiça vê-se ocupada desses temas em muitos casos, atualmente. Outrossim, no Egito, a situação dos coptas e, na Europa, a dos imigrantes médio-orientais nos mostram o que é ser um “cidadão de segunda classe”. Não é, porém, necessário cruzarmos o Atlântico: os Ianomâmi e outros povos originários estão notadamente sofrendo iniquidades no Brasil; e fala-se inclusive, nas discussões do Supremo Tribunal Federal, de genocídio.

É conflitante a situação da contemporaneidade. Um sistema multinível de direitos humanos altamente cosmopolita coexiste com as violações mais nefastas. Se a técnica jurídica

existe. Podemos aplicar as fontes do direito internacional e doméstico, para que as pessoas gozem efetivamente de seus direitos. Façamos um exercício: pensemos no caso de um professor universitário de filosofia que tenha fugido do seu país de origem em razão de perseguição e chegado ao Brasil sem diploma. Ele tem o direito de exercer sua profissão, de acordo com a Declaração Universal. Outrossim, o direito dos refugiados lhe conferirá uma série de benefícios, para que possa tornar a lecionar. O *status* supralegal que a jurisprudência confere aos tratados de direitos humanos e sua recepção pelos artigos 4º e 5º da Constituição Federal dão um bom fundamento jurídico, para que a República o ajude. Se o direito for devidamente aplicado, o personagem hipotético receberá o que lhe é devido, a liberdade para o digno exercício de sua profissão.

Dessa situação, podemos concluir – não desacertadamente – que o que causa os massivos vilipêndios é o desrespeito à tecnologia jurídica disponível.

Um caso, no entanto, chama a nossa atenção: o *Georgia v. Russian Federation*, julgado pela Corte Internacional de Justiça. A situação concreta era de limpeza étnica realizada por grupos separatistas na Abecásia e na Ossétia do Sul; e a solução do tribunal foi extinguir o processo, sem resolução do mérito. A preliminar alegada pela Rússia foi baseada na leitura gramatical de uma das cláusulas da Convenção de Não-Discriminação Racial. Pelo seu próprio texto, um tratado de direitos humanos anulou a própria eficácia real. Foi o caso de exagero da técnica: a aplicação de um tratado, sem a consideração de sua teleologia. A aplicabilidade restou intacta, mas o sofrimento dos locais, que residiam na zona de fogo-cruzado foi, aos olhos de Cançado Trindade no seu voto vencido, deixado de lado pela Corte.

Por uma cosmovisão demasiadamente tecnicista, tendemos a acreditar que os direitos se constroem com tinta e papel. Assim, esquecemos que as fontes do direito possuem uma razão de ser, *ratio legis*, constituída por pressupostos axioteleológicos historicamente contextualizados. Não nos esqueçamos da Teoria Tridimensional de Miguel Reale: o fato – conjunto de situações históricas contingentes – serve de prisma para a luz dos valores – o complexo axiológico de uma cultura –, o que resulta em todas as soluções normativas possíveis. A Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado de 1918 nos mostra a resposta dos soviéticos, muito pautados em Marx, para o problema da opressão dos operários. A *Bill of Rights* de 1689, por sua vez, foi uma solução dos Senhores e dos Comuns para o problema do absolutismo no Reino Unido, com grande influência de Locke. E a Magna Carta de 1215 expôs

os direitos da Igreja etc. contra a ingerência excessiva da Coroa, reafirmando direitos já reconhecidos reiteradamente pela prática do *common law* e dos costumes.

Estes instrumentos nos mostram que os direitos humanos não são uma invenção do pós-guerra. Deve haver uma dimensão perene nesses direitos, cuja forma técnico-jurídica que os apresenta não é capaz de tratar. Esses complexos axiológicos culturais mostram certa confluência nuvíosa que nos permite enxergar embaçados traços comuns da humanidade. O estudo desses elementos é uma fronteira intransponível para a pura dogmática. Esta, enquanto ciência, pode estabelecer relações de causa e efeito com base em princípios preestabelecidos; lidando criativamente com sua substância lógica, o direito pode dar soluções para os casos concretos. No entanto, o mal-estar generalizado advém de um problema de fundo, que a filosofia, não a ciência jurídica sozinha, pode analisar. A disciplina dogmática, então, torna-se objeto de estudo da reflexão filosófica, que criticará sua experiência e avaliará o conteúdo inesgotável e irreduzível dos direitos humanos.

A *filosofia do direito* não é estanque, um segmento separado; mas o próprio saber filosófico olhando para o fenômeno jurídico. Podemos, portanto, formular uma grande pergunta, para essa dissertação – sua questão problemática a ser abordada –, analisando o que expomos como a peça angular do estudo dogmático dos direitos humanos: a Declaração Universal. Não será necessário, para que a formulemos, que saíamos do seu próprio nome. O que esse instrumento faz não é instituir – do contrário, seus *travaux préparatoires* não teriam abordado as muitas constituições vigentes à época. O que faz é declarar. E *o que se declara* – que já poderia ser uma formulação decente para a questão problemática – é o seu conteúdo: direitos humanos universais. “Direito” define-se como o que é reto ou justo, a própria coisa justa em si mesma: este é o postulado hipotético, a premissa maior, *suum cuique tribuere*, dar a cada um o que lhe é devido. “Humano”, por sua vez, é o conteúdo substancial, o ditado da natureza, absolutamente irrevogável, uma condição imposta pela realidade das coisas. E “universal” é o mínimo irreduzível comum de toda a humanidade. Integrando estes três termos, conseguimos frasar a questão problemática: “como é justo que se trate o ser humano, na comunidade universal do seu gênero?”

Para responder a essa pergunta, precisamos de um denominador comum, que seja perenemente válido para as diversas culturas e períodos históricos. Em outras palavras, as respostas para a grande pergunta da dimensão filosófica dos direitos humanos estão nos trabalhos dos pensadores que estudaram o ser humano enquanto tal. Para isso, em primeiro

lugar, precisaremos realizar uma *análise bibliográfica*, que apontará, nos escritos dos filósofos, os elementos que seus sistemas de pensamento que são relevantes para os problemas contemporâneos dos direitos humanos.

Não se trata aqui de procurarmos repetições de ideias e generalidades, mas de comunicarmos os ensinamentos perenes de filósofos que pensavam para além das fronteiras de suas cidades acerca de elementos profundamente gravados no espírito humano. Cada um teve sua personalidade, seu tempo, sua nacionalidade e suas relações. No entanto, em meio ao drama bem contextualizado das suas vidas, encontraram a universalidade perene. Seria contranatural estudar a filosofia e o direito, desligando-os do contexto histórico-cultural em que se inserem. O desenvolver e a comunicação das suas ideias confluíram para a contemporaneidade, para o direito internacional – regional e geral – e para o doméstico, por um processo de *prise de conscience*, tomada, colheita ou aprofundamento da consciência acerca das verdades ocultas da natureza humana. Ou seja, a história da filosofia pode apontar elementos do sistema multinível de proteção aos direitos humanos, o conteúdo das constituições, tratados, costumes, princípios etc. Portanto, o principal elemento metodológico da presente dissertação deve ser, com efeito, o *método histórico-contextual*, isto é, o estudo da filosofia dentro do contexto do seu estudioso.

Estudaremos, portanto, os maiores sistematizadores de diversas escolas filosóficas, que representam a mais profunda concatenação dos elementos da alma humana que os direitos buscam preservar, no seu respectivo período histórico. Cada um, no seu contexto histórico-cultural, é como um “protagonista” do universalismo.

Começaremos pela *Antiguidade Clássica*. Como veremos adiante, os filósofos mais preocupados com as questões da universalidade e da humanidade foram os estoicos. O protagonista, porém, não será um seguidor ortodoxo da Escola dos Pórticos, mas um eclético sistematizador das diferentes linhas filosóficas do mundo helenístico-romano: *Marco Túlio Cícero*, o orador, advogado e político, cuja erudição definiu a língua do direito – especial interesse temos pelo gentílico – e da academia no Ocidente.

Partiremos, então, para a *Cristandade Antiga e Medieval*. São Paulo, o Apóstolo das Gentes, é o primeiro autor que estudaremos, seguido pelos concílios que firmaram dogmas cristológicos e trinitários. Todos, porém, se organizam na grande sistematização do principal pensador do Medieval, o Doutor Angélico, *Tomás de Aquino*.

Então, iremos ao *Renascimento*. Este foi um período de erudição que apresentou muitos nomes do *humanismo*, que era, com efeito, um movimento multifacetário de universalistas. Dentre todos, escolheremos, por sua íntima relação com o direito internacional contemporâneo, o Mestre de Salamanca, *Francisco de Vitoria*.

Na *Modernidade*, poremos os olhos no iluminismo inglês, que muito influenciou as declarações de direitos, especialmente no mundo anglo-saxão. Assim sendo, o protagonista escolhido será *John Locke*. Estudá-lo-emos, olhando para a oposição de sua obra contra a de Robert Filmer; uma tensão que remete a John de Salisbury.

Por fim, a *Contemporaneidade*. Com a redação da Declaração Universal, o pensador que tratou mais profundamente – e, portanto, o nosso protagonista – os temas dos direitos humanos, remetendo à história da filosofia, é *Jacques Maritain*.

Cap. 1º. Da Pólis à Cosmópolis: O Cidadão e o Ser Humano

Durante a redação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, Charles Malik, o delegado libanês, fez uma grande pergunta acerca da substancialidade dos direitos humanos: *[W]hat is man?*, o que é o ser humano? Debater acerca dos direitos humanos – continuou ele – significa discutir a natureza humana. *Is man merely a social being? Is he merely an animal? Is he merely an economic being?*, é meramente um ser social, tão somente um animal ou apenas um ser econômico?¹

A dimensão ontológica da humanidade sempre foi uma questão de suma importância. Quando os artistas egípcios antigos retratavam alguém, mostravam tudo o que havia de mais essencial. Assim, a pessoa da pintura viveria na eternidade em sua completude.²

Foi um longo processo, no entanto, até que a filosofia abordasse a questão da *humanidade enquanto tal*. Embora a arte e a mística estivessem mais profundamente mergulhadas nesse mistério, a racionalização passaria por muitas fases da compreensão do ser humano, até que pudesse fornecer uma antropologia filosófica. Essa é a *prise de conscience* de que Maritain fala: no andar da história, o progresso pode ser medido pelo aprofundamento da consciência em certos temas, e.g., a ideia de liberdade interior é mais sofisticada que a do cidadão livre na comunidade política antiga. Isso não significa – diga-se – que há um caminho de progressão absoluta: o desenvolvimento das sociedades dá-se por um movimento antagônico – o “duplo progresso contrastante” – que dará motivos tanto para o pessimismo quanto para o otimismo – “ambivalência do bem e do mal”. Daí, tiramos a ideia de “frutificação” – os hábitos contranaturais reiteradamente praticados farão a sociedade definhar mais facilmente.³

A racionalização da ideia de ser humano começa, pois, na antiga Hélade, ou Grécia, e, então, chega a Roma, por eventos históricos. Pode parecer conflitiva a busca de uma filosofia universalista em contextos tão específicos. Mas devemos lembrar sempre que *[c]onceber uma Filosofia destacada do meio histórico e cultural a que pertencemos* – diz Miguel Reale – *é algo absurdo*. A cultura e tudo o que traz consigo – práticas religiosas, poesia, teatro, língua etc. – influenciam o pensamento e a expressão das pessoas que se dispõem a filosofar. Seres humanos são contextuais e, portanto, nas palavras de Raïssa Maritain, a filosofia e a vida são

¹ GLENDON, 2001, p. 39.

² GOMBRICH, 2012, pp. 55 e seg.

³ MARITAIN, 1957, pp. 44 e seg.

inseparáveis. Cultura e personalidade, caráter e temperamento: tudo influencia o pensamento. E escolhemos a Grécia, porque não foi senão nos pórticos cobertos da Ágora de Atenas, que nasceu o universalismo, base do direito internacional público – recordamos da referência ao espírito de vizinhança no Preâmbulo da Carta das Nações Unidas e à “família humana”, no da Declaração Universal. Outrossim, somente dos escritos dos juristas romanos, veio à vida a ideia de *ius gentium*, antepassado consubstancial desse segmento da dogmática jurídica.⁴

Ambos os movimentos advieram de eventos históricos específicos de significância mundial – *history-making events* –, que estudaremos adiante. Não será, todavia, por meios ostentosos (*rich means*) que estudaremos o nascimento da dimensão filosófica dos direitos humanos, mas pelos humildes (*moyen pauvres*). É claro que os eventos históricos de grande proeminência têm um papel no nosso estudo – como veremos, sem Alexandre e Otávio, não poderíamos falar de uma vida fora das cidades, de uma comunidade universal de seres humanos de etnias diversíssimas. No entanto, os meios interiores e espirituais possuem uma superioridade em relação aos grandes, diz Maritain, para determinar a tomada de consciência e avaliar a frutificação do bem e do mal. O que há de mais interessante no ser humano está na interioridade do seu coração: a justiça, a paz, o amor fraternal etc.⁵

Pensando nisso, na personalidade dos pensadores que os levou a produzir uma obra significativa, podemos afirmar que o grande destino de confluência das tradições intelectuais antigas – que são relevantes para o nosso estudo – foi Marco Túlio Cícero (106 a.C. - 43 a.C.).

1. 1. Período Pré-Estoico: O Microcosmo do Animal Político

O *ser humano* nem sempre foi uma questão de tanta importância, para os filósofos. Isto é, a ideia de dignidade humana – não do cidadão, mas do ser humano – e do direito natural – não o da pólis – nem sempre despertou a preocupação dos mais sábios. Zenão de Cício (333 a.C. - 263 a.C.) e seus seguidores foram os primeiros a se atentarem à *humanidade enquanto tal*. No entanto, não foi uma luz de genialidade do nada inspirada, mas uma resposta da tradição filosófica à situação histórica de então.

⁴ REALE, 2016, p. 32; MARITAIN, 1956, p. 202.

⁵ MARITAIN, 1957, pp. 44 e seg.

A filosofia surgiu na Grécia, por uma tentativa de se conhecer a natureza pela razão.⁶ Thales (624 a.C. - 546 a.C.), considerado como seu fundador, tenta, por exemplo, explicar a origem de tudo na água, isto é, a natureza líquida originária, o humor aquoso que tudo permeia. Anaximandro (610 a.C. - 546 a.C.), por sua vez, vê a origem do universo no princípio infinito indefinido, talvez uma espécie de éter entre os elementos. Para ele, no mundo ou cosmo, há uma ordem como que jurídica das coisas, uma série de contrários que se sobrepõem uns acima dos outros – a injustiça –, procurando o equilíbrio – a justiça. Essa ideia de Anaximandro parece próxima ao conceito egípcio de *Ma'at*, isto é, a ordem cósmica universal.⁷

Esse conceito de justiça na ordem da natureza ocupou muitos dos primeiros filósofos. Parmênides (530 a.C. - 460 a.C.) dá início ao seu livro, invocando o nome da deusa Diké, a justiça. Sua filosofia apresenta a deidade como aquela que aparta o ser de toda a geração e corrupção: na sua cosmologia, o devir não é possível e os opostos pertencem, na realidade, à unidade superior, que é a concórdia pelo uno. Heráclito de Éfeso (500 a.C. - 450 a.C.), em contrapartida, dirá que de tudo, a guerra é pai, isto é, que a lei universal é, como o fogo, movimento, transformação contínua, oposição de contrários, da qual resulta harmonia. Ambos enxergaram uma ordem no cosmo, em seus sistemas filosóficos – posteriormente harmonizadas por Platão –, mas o segundo, em particular – e isso nos interessa, pois daí podemos começar os nossos estudos – chegou a considerar qual seria o lugar do ser humano. Werner Jaeger diz que

⁶ Não defendemos, aqui, a tese do milagre grego – ainda mais, porque fugiria ao escopo do trabalho. No entanto, em sede de nota de rodapé, entendemos oportuno esclarecer este ponto: na presente pesquisa, não se desprezam as tradições orientais, nem as mitológicas, mas busca-se o que a filosofia tem a dizer. Respeitamos todas as tradições do pensamento – e.g., a matemática egípcia, a astronomia babilônica etc.; e, na Grécia, a poesia épica e a dramaturgia.

Seria das piores insensatezes assumir que Ptaotepe, Eclesiastes e Confúcio, por exemplo, não eram sábios ou até *amigos da sabedoria*, como Sócrates e Platão. No entanto, em seus escritos sapienciais – pelos quais nutrimos profundo respeito e admiração –, não há o elemento estrito da filosofia, que se define, enquanto tradição do pensamento, como o conhecimento da totalidade da vida real pela razão, movido por um puro desejo de se contemplar a verdade (REALE; ANTISERI, 2003a, pp. 3-5 e 11-13).

Em muitos campos, ademais, os gregos foram discípulos dos povos do Crescente Fértil. Mas, como admite Gonzague Turc (1958, pp. 34-35), havia algo de original no espírito heleno. Nas artes, aprenderam dos egípcios, mas as expressões dos povos do Nilo eram rígidas e repletas de pavor: foi missão dos gregos, dar liberdade espiritual e formal à humanidade (LEICHT, 1967, pp. 221 e seg.).

E, por fim, não podemos desprezar a influência cultural dos mitos: ambas, a filosofia e a mitologia, são tradições do pensamento e, portanto, na opinião de Galvão de Sousa (1998, p. 357), não é respeitável repelir qualquer uma delas indiscriminadamente. A manifestação primária dos elementos racionais e espirituais de uma cultura – o que determina sua atividade criativa – encontra-se na religião (DAWNSON, 2012, pp. 141-142). A humidade inicial de Thales em nada difere, segundo Werner Jaeger (1979, pp. 177-178), da origem de todas as coisas em Oceano, conforme a poesia homérica; e as forças opostas de Empédocles, outrossim, parecem ter raiz no Eros cosmogônico de Hesíodo. O próprio Platão *acreditava nos seus mitos, criações poéticas, metáforas poéticas* (CARPEAUX, 2012a, p. 56).

⁷ REALE; ANTISERI, 2003a, pp. 18 e seg.; TURC, 1958, p. 35; JAFFRE, 1886, pp. 324 e seg.; JAEGER, 1979, p. 187; DARNELL, 2018, p. 648.

Heráclito criou uma antropologia filosófica, quando olhou para a humanidade como parte do universo.⁸

O ser humano, assim, olhou para si e viu-se como tal. Não estamos, ainda, tratando do indivíduo universal do estoicismo, mas aquele que está no mundo natural. O período pré-socrático, não nos esqueçamos, é da filosofia da natureza, cuja ideia – eminentemente oriunda da medicina – de *φύσης τον ανθρώπων*, natureza humana, relaciona-se com o conceito de *φύσης τον παντός*, natureza de tudo ou do universo.⁹

Foi por uma necessidade espiritual e religiosa que os gregos começaram a procurar pelo ser humano enquanto tal. A religião olímpica era de constante celeste e pública, faltando aspectos de relacionalidade e pessoalidade com o divino. Assim, nasceram as seitas mistéricas, que, em sua maior parte, tomavam elementos das antigas religiões telúricas. Os mistérios órficos, o culto dionisiaco e as doutrinas apolíneas de Delfos demonstram, na opinião de Jaeger, uma necessidade de religiosidade pessoal. Isso se traduziu, também, no campo da filosofia.¹⁰

Sócrates (470 a.C. - 399 a.C.) e Platão (428/7 a.C. - 348/7 a.C.), foram responsáveis por uma revolução espiritual não-violenta – embora martirizante –, que olha para a *ψυχή*, psiquê humana e para o mundo, segundo a inteligência ordenadora de Deus. Tal foi o peso dessa grande virada, que Nietzsche chegou a dizer que Platão quis fundar uma nova religião. Parece uma afirmação ousada – e talvez seja –, mas expressa bem a reviravolta que ambos os pensadores trouxeram para a filosofia: a interioridade da alma humana. A humanidade, pois, desceu *ao mais profundo de si mesm[a], à última verdade do ser, à sua aspiração fundamental, àquele ponto em que [o ser humano] se torna inacessível e no entanto consegue atingir-se* (sic).¹¹

Foi então que a filosofia pôde olhar para a vida na pólis, o microcosmo do *ζῶον πολιτικόν*, animal político, nas palavras de Aristóteles. Cidades não se constroem apenas com pedras, madeira e argamassa, mas de matéria humana, com a dimensão moral e intelectual de sua alma. Há uma relação direta – e isso Michel Villey percebeu na obra de Platão – entre a política e a ética individual, a justiça na pólis e o equilíbrio interior humano.¹²

⁸ ANAXIMANDRO; PARMÊNIDES; HERÁCLITO, 2017, pp. 55 e 85; JAEGER, 1979, pp. 203 e seg. e 324 e seg.; REALE; ANTISERI, 2003a, pp. 22-36; TURC, 1958, pp. 36-40.

⁹ JAEGER, 1979, p. 944.

¹⁰ GUERRA, 1980a., pp. 61 e seg. e 105 e seg.; JAEGER, 1979, p. 194.

¹¹ NIETZSCHE, 1974, p. 195; REALE; ANTISERI, 2003a, pp. 93 e seg.; TURC, 1958, p. 50.

¹² VILLEY, 2005, pp. 26-27; Ari., Pol., I, 1253 a.

Os antigos eram de um particularismo comunitário, que chegava a ares de religiosidade e lhes dava identidade. Stučka diz que o papel rigorosamente passivo do indivíduo e a definição de Aristóteles do “animal político” – isto é, membro da comunidade – caracteriza todo o sistema social da época e, podemos acrescentar, a ideia que o cidadão tinha de si mesmo. Até mesmo a liberdade interior de Sócrates está dentro do contexto das realidades relacionais humanas: a autarquia, o domínio de si mesmo, dá-se dentro das circunstâncias da família, da oficina e, em última instância, da pólis. Assim sendo, a ideia de direito não-escrito que existia justificaria ou fundamentaria as leis da cidade.¹³

Tanto Platão como o autor do Salmo II, todavia, parecem preterir o direito positivo, quando este se opõe aos princípios superiores.¹⁴ Isso, é claro, deu-se muito antes dos estoicos, embora só eles tenham estudado o direito natural tal e qual. Mas é surpreendente como, em sociedades tão particularistas, surgiria a ideia de validar as leis da cidade pela régua do direito não-escrito.

Havia, nos corações dos antigos, um amor idolátrico por suas cidades, que eram o mundo que conheciam, onde eram alguém – Sócrates, por exemplo, segundo se especula, preferiu morrer a deixar sua humanidade-cívica. E quando fazemos, com Maritain, referência à “idolatria” da pólis, estamos dizendo que esta havia, de fato, uma forte e intrínseca dimensão religiosa e mitológica. Os antigos sumérios, por exemplo, referiam-se às suas cidades pelos nomes dos deuses protetores, que as regiam do topo de seus zigurates, o que, segundo Dawson, indicava uma ideia de comunhão profunda entre a comunidade política e a religião, o que surtia efeito na ideia de direito dos povos antigos. No Egito, por exemplo, *o rei não podia alterar o direito estabelecido*, como ensina Cláudio de Cicco, pois *[a]creditava-se que as leis egípcias tinham sido criadas pelo deus Thot*. Similarmente, Tirteu, em Esparta, faz a lei e a ordem derivarem do poder dos deuses, atribuindo-lhe inviolabilidade pela sanção do Oráculo de Apolo.¹⁵

Estas leis divinas não se confundem, no entanto, com o direito natural. De fato, por elas poderíamos observar uma espécie de chancela trágica e, inclusive, próxima da validação proposta pelas várias escolas jusnaturalistas, mas tanto as normas de Thot quanto as de Apolo eram comandos divinos positivos. Assim como no Antigo Testamento, diz Hugo Grócio, há

¹³ STUCKA, 1974, p. 189; JAEGER, 1979, pp. 510 e seg.

¹⁴ Rep., IX, 592b; Ps., II, 1-12.

¹⁵ MARITAIN, 1964, pp. 48-49; GUERRA, 1980a., pp. 85 e seg.; DAWNSON, 2012, p. 158; DE CICCIO, 2017, p. 35; JAEGER, 1979, pp. 115-116.

leis que são divinas e voluntárias.¹⁶ Não se percebia, ainda, a ideia de *ὀρθὸς λόγος*, reta razão, mas tinha-se o conceito de comando olímpico. *Os cavaleiros dos tempos patriarcais julgavam de acordo com a lei proveniente de Zeus (...) segundo a tradição do direito consuetudinário e o seu próprio saber.*¹⁷

O voluntarismo irrestrito do legislador humano, portanto, não seria senão uma manifestação da *ὑβρις*, arrogância e, portanto, traria consequências terríveis, como se relata em “Antígona”. A tragédia, segundo Aristóteles, provoca nos expectadores a catarse, o processamento da compaixão e do medo, que inspira.¹⁸ Sófocles, especificamente, expressa a impossibilidade de se evitar a dor – a inevitável fragilidade da condição humana –, coroada de honra e nobreza na filha de Édipo. O dramaturgo era já um humanista – diz Carpeaux –, *que nunca se esquece da precariedade do mundo, pela possível ira dos deuses, nem da tristeza (...), que nos impõe o silêncio piedoso no fim da tragédia.*¹⁹

Resumimos a história. Após a feliz reconciliação de Édipo com os deuses e sua morte em Colono, suas filhas, Ismene e Antígona, retornaram a Tebas, onde seus irmãos, Etéocles e Polinices disputavam o poder, estando este casado com a filha do Rei Adrasto de Argos, sua cidade rival. Um irmão tirou a vida do outro: e Creonte, irmão de Jocasta e, portanto, tio dos filhos de Édipo, assumiu o trono. O novo rei ordenou um funeral de herói para Etéocles e proibiu o sepultamento de Polinices, a quem considerava traidor: *fique insepulto o seu cadáver e o devorem cães e aves.*²⁰ Para os antigos helenos, sepultar os mortos era um comando da lei sagrada, cuja violação resultaria em uma retaliação divina.²¹ Antígona, contra a ordem do tirano, decidiu realizar os ritos funerários de Polinices. Quando denunciada, foi condenada à morte por Creonte, que, por sua vez, acabou cercado de desgraças: seu filho, noivo de Antígona, e sua esposa tiram suas vidas. E o coro encerra:

Destaca-se a *prudência* sobremodo como *a primeira condição para a felicidade*. Não se deve ofender os deuses em nada. A desmedida empáfia nas palavras reverte em desmedidos golpes contra os soberbos que, já na velhice, aprendem afinal a prudência. (SÓFOCLES, 2004, p. 258 – g.n.).

¹⁶ GROTIUS, 1901, pp. 25 e seg.

¹⁷ JAEGER, 1979, p. 125.

¹⁸ Ari., Poet., 1449b.24.

¹⁹ CARPEAUX, 2012A., p. 50; JAEGER, 1979, pp. 305-309.

²⁰ SÓFOCLES, 2004, p. 209.

²¹ BODENHEIMER, 1981, p. 4.

Esses foram o martírio de Antígona e a triste contrição de Creonte. É de se perceber como ambos os termos carregam uma carga de religiosidade. Isto porque, o sentido do teatro em Sófocles é religioso, ainda que de uma religião, como a dos Gregos, antropocêntrica. Michel Villey bem aponta que, invocando a autoridade de Zeus e não a Diké, Antígona não esteve defendendo o direito natural – nem mesmo nenhuma espécie de direito –, mas a moral e a religião. Muitos jusnaturalistas, porém, enxergam nela, uma heroína do direito natural: Maritain lhe dá esse título, por exemplo. *[V]amos dizer – escreve Javier Hervada – que o grande trágico Sófocles teve a virtualidade de deixar em sua Antígona um imperecível testemunho de que a lei natural existe. Afinal, ela sabia que seria condenada, ao quebrar a lei humana positiva e a obedecer a um mandamento maior, as leis não-escritas, atemporais e perpétuas. Assim, clamou a superioridade e a prevalência do direito não-escrito, contra as leis injustas dadas pelos homens – um clamor que, posteriormente, ecoou nas obras de Cícero, Agostinho et al.*²²

De fato, a ordem universal e a justiça eram coisas assaz divinas. Conforme relata Hesíodo, na “Teogonia”, Diké, a justiça, é filha de Têmis, a titânide do Bom-Conselho, e Zeus.²³ Com o tempo, os estoicos e os juristas romanos trariam a ideia de razão natural. No entanto, o que os antigos chamavam direito não-escrito – termo, inclusive, que Maritain²⁴ expressamente insiste em usar, ao se referir ao seu pensamento – era um conceito nebuloso e muito embebido de religiosidade, como se demonstra em “Antígona”. Parece, portanto, que havia certa confusão entre as ideias de lei divina e direito natural, que só se esclareceu, por um processo de *prise de conscience*.

Tanto Sófocles quanto Ésquilo, bem como Homero e Hesíodo, tinham noções de justiça universal, ainda que totalmente impregnadas de religiosidade antiga. Mas não foi apenas pelos poetas e dramaturgos, em cujas exposições ineriam os mitos, que as ideias de direito não-escrito se revelaram para o mundo grego: também, na filosofia pré-estoica, havia sementes não germinadas. Muitos pensadores, não menos religiosos que um poeta, deram pequenas indicações de uma justiça comum da humanidade, antes de Zenão ensinar na Estoa. Platão, um dos mais célebres – senão o maior de todos –, com seus ideais arquetípicos, salvou o direito

²² MARITAIN, 2001, p. 26; MARITAIN, 2011, pp. 26 e 103; VILLEY, 2007, p. 86; VILLEY, 2005, p. 18; CARPEAUX, 2012a., p. 38; HERVADA, 2006, p. 144; GROTIUS, 1901, pp. 213-214; BODENHEIMER, 1991, p. 5; BOUCHER, 2009, pp. 22-23; GALVÃO DE SOUSA et al., 1998, p. 310.

²³ HESIOD, 2006, pp. 74-75.

²⁴ MARITAIN, 2011, p. 103.

natural das mãos dos sofistas. Entretanto, antes dele, ainda na filosofia pré-socrática, os mais evidentes foram Heráclito e Anaximandro.

Ambos, em sua filosofia, que ainda olhava para o cosmo, compreendiam que, no universo, havia uma ordem jurídica transcendente, da qual as leis humanas deveriam beber. Traduzindo para a filosofia as ideias que Sófocles escrevera em linguagem religiosa, Anaximandro, com certos ares de tragédia, desvincula a eficácia de Diké da justiça terrena: a compensação pelas iniquidades dá-se na totalidade dos seres, para além da vida humana, em todo o cosmo. Daí o conhecimento da ordem cósmica pela sabedoria ganha importância, em Heráclito. Para ele, assim como a pólis, o universo tem uma lei e tudo é feito conforme o logos.²⁵

Não podemos, todavia, chamar a ideia do logos universal de Heráclito de universalismo. Isto porque, a lei ainda está cercada pelos muros da cidade: deve-se lutar pela lei em processos como pelas muralhas.²⁶ Ademais, a antropologia filosófica heraclitiana não trata, como visto anteriormente, o ser humano senão como parte da harmonia do cosmo. Evidentemente isso tem o seu valor, mas ainda não chega a ser um olhar para o ser humano enquanto tal. Por mais que a *prise de conscience* estivesse avançada, cosmo e pólis ainda não se juntam, abrindo para o conceito contemporâneo de humanidade que irriga os nossos tratados internacionais. Era, antes, necessário que se cavasse um *abismo entre as leis do Estado e as leis cósmicas*.²⁷

A separação entre a lei (*νόμος*) e a natureza (*φύσις*) foi feita inicialmente pelos sofistas, das suas muitas escolas, que, paradoxalmente, deslocaram o eixo da natureza para o homem e lançaram a expressão “direito natural”. Essa noção era muito diferente das ideias de Sófocles, Heráclito e Sólon, pois opunha as leis humanas às da natureza, não justificando aquelas por estas, nem recomendando harmonizações. Hípias de Élide, com um sentido de humanidade quase anacrônico, pregou a prevalência do direito natural sobre o positivo; e Antifonte, por sua vez, chega ao desprezo da lei como opinião (*δόξα*), enquanto a verdade está na natureza.²⁸

O jusnaturalismo dos sofistas mostra-se quase caricato, como que uma oposição grosseira ao positivismo do nosso tempo. Foi Sócrates quem, com sua vida e martírio, apresentou a maior refutação a esta ideia:

²⁵ ANAXIMANDRO; PARMÊNIDES; HERÁCLITO, 2017, p. 71; REALE; ANTISERI, 2003a, p. 20; JAEGER, 1979, pp. 186 e 209-210.

²⁶ ANAXIMANDRO; PARMÊNIDES; HERÁCLITO, 2017, p. 81.

²⁷ JAEGER, 1979, pp. 352-354.

²⁸ REALE; ANTISERI, 2003a, pp. 74-75; JAEGER, 1979, pp. 331-354; VILLEY, 2003, p. 336.

Sócrates refuta-a [a doutrina dos sofistas]. Ensina (através de seus discursos e de sua morte) o respeito às leis atenienses. E nem Platão nem Aristóteles consentiram em opor a lei escrita à natureza: É verdade que a lei escrita pode divergir da lei natural, mas não é seu contrário; digamos que deriva dela. Constitui a parte dos homens (assim como a arte dos homens é imitação da natureza), uma tentativa de exprimi-la. (VILLEY, 2003, p. 408).

É compreensível, ainda assim, a posição sofística, até mesmo hoje em dia. Quando vemos o *status* especial dos membros permanentes do Conselho de Segurança ou os acórdãos dos casos das Ilhas Marshall, poderíamos, com o apoio da história e das atualidades, ao menos tratando-se de direito internacional, concordar com Cálicles e dizer que não há direito, senão o da força. Mesmo estudando a vida de Platão, teríamos essa atitude compreensiva: afinal ele próprio deparou-se com o poder dos mais fortes, personificado em Dionísio II. Ainda assim, foi justamente o grande discípulo de Sócrates que deu novamente à justiça, luz e leveza, como que batizando-a.²⁹

Enquanto os antigos oradores, mestres da eloquência, enfatizavam a importância sociopolítica da verossimilhança e da opinião, Platão preocupava-se com a busca do Bem. Este bem identifica-se com o uno, a harmonia, a medida exatíssima e, portanto, a justiça.³⁰

A realização plena da vida humana (*εὐδαιμονία*), portanto, é o estado de um homem no qual a natureza humana e suas plenas aspirações se realizam plenamente e em conformidade com a verdade hierárquica dos fins dessa natureza.³¹ Isso significa que a identificação das leis humanas com opinião e oposição contra o direito natural, como os sofistas compreendiam, seria, como em Sófocles, um sinal de tragédia.

O jurista e o legislador, portanto, não trabalhariam com opinião ou vontade, mas – como médicos, procurando a cura de um paciente – descobririam a justiça (Têmis, esposa de Zeus) e regeriam a República, como conhecedores da ciência real. Isso porque a lei, aqui, tem um sentido teleológico: ela deve cumprir a finalidade que é o bem humano e político. A noção platônica de direito, portanto, seria arquetípica e voltada para a busca da perfeição hiperurânia.³²

Não chegamos ainda à ideia de comunidade universal do gênero humano. Os princípios de justiça natural, inclusive – diz Finnis –, sugerem e justificam a divisão política e jurisdicional

²⁹ GLENDON, 2011, pp. 9 e seg.; JAEGER, 1979, pp. 352-354.

³⁰ REALE, 1997, pp. 256-262.

³¹ MARITAIN, 1964, p. 52.

³² DE CICCIO, 2017, p. 53; VILLEY, 2005, pp. 25-26; BOUCHER, 2009, p. 23.

das comunidades cívicas.³³ Observamos, apesar disso, uma noção desenvolvida de que há uma medida para se avaliar a justeza das leis civis. Ou seja, depois da afirmação dos poetas, trágicos e filósofos pré-socráticos de que há uma ordem cósmica universal e da separação das leis da pólis e da natureza pelos sofistas, a filosofia de Platão indica que as normas do Estado devem, como tudo, buscar o Bem arquetípico, que é a justiça.

É na guerra que reparamos que a ideia de fraternidade universal não havia sido pensada. Havia, entre os gregos, um sentimento de amizade e valores comuns, que excluía povos de outras culturas. Portanto, as regras costumeiras dos conflitos armados faziam distinção entre helenos – parentes e amigos – e bárbaros – estranhos e inimigos. Iócrates, por exemplo, aconselhou Alexandre a governar os gregos com *hegemonia* e os bárbaros com *despotismo*. Tudo se explica pelo fato de que os gregos seriam, entre si, amigos por natureza e todo conflito seria contranatural, discórdia, doença. Assim sendo, o objetivo natural seria a reconciliação, como diz Platão, não a destruição. Essa consideração será levada à escala universal por Francisco de Vitoria, que veremos adiante. No entanto, ainda que a ideia de humanidade não houvesse surgido, havia uma noção de fraternidade particular entre os gregos, que traçou os primeiros costumes – no sentido técnico-jurídico do termo –, que hoje estão cristalizados nas Convenções de Genebra sobre Direito Humanitário.³⁴

É verdade que o primeiro tratado de paz fora assinado entre Ramsés II e Hatusil III, mas foram os gregos – mais evidentemente na obra de Platão – quem construíram um direito de guerra (*ius in bello*) com o que os internacionalistas chamam *opinio iuris*, ou o que Miguel Reale chamaria valor, em sua teoria tridimensional. Havia um sentimento subjetivo de fraternidade particular entre os povos helênicos e esse foi o princípio das suas regras de guerra.³⁵

A primeira consideração dessa ideia que encontramos na “República” é a noção de que os gregos não devem submeter – ou ao menos evitar ao máximo e desaconselhar que se submeta – as cidades gregas à escravidão. Seria lícita, no entanto, a escravização de bárbaros. Já é de se perceber que, mesmo na excludente irmandade entre os gregos, não se poderia considerar que alguém possa escravizar seu igual – essa noção só ganha traços de uma proibição moral generalizada da escravidão, com a ideia da igualdade universal do gênero humano. Hoje em

³³ FINNIS, 2011, p. 127.

³⁴ Rep. 470 E e 471 A; JAEGER, 1979, pp. 772-780; CROWE; WESTON-SCHEUBER, 2013, p. 3.

³⁵ REZEK, 2018, p. 37; JAEGER, 1979, pp. 772-780; CROWE; WESTON-SCHEUBER, 2013, p. 3.

dia, depois das brilhantes considerações de Joaquim Nabuco e da redação da Declaração Universal, a proibição da escravidão tornou-se norma peremptória.³⁶

Em seguida, no mesmíssimo diálogo, passa para a proibição do despojamento dos que caíram em batalha. Como se percebe em “Antígona”, para os antigos – bem como para nós, hoje –, desrespeitar os mortos era um ato de vil impiedade, tão desumano que equipara uma pessoa a um cão. No Direito Humanitário contemporâneo, o respeito aos mortos em conflito armado interno e internacional é uma norma costumeira. Tratados internacionais, a prática da Cruz Vermelha, bem como leis, decisões judiciais de direito doméstico e comandos de autoridades nacionais vêm sido consistentes na generalização desse preceito, que, nos tempos de Platão, era apenas entre os helenos.³⁷

Seria, ademais, contranatural que os gregos devastassem e queimassem a própria Grécia e fizessem todos os habitantes da cidade vencida seus inimigos. Aqui, Platão faz uma comparação telúrica – seria como destruir a própria mãe-nutriz – e parte para um ponto interessante: na guerra entre os helenos, não se pode tomar todos os cidadãos como inimigos. São poucos os culpáveis pela guerra e a inimizade deve durar até que sejam castigados.³⁸ Durante longos períodos históricos, foi considerado um direito pedir compensação à parte vencida. Como veremos adiante, Francisco de Vitoria recomendará moderação, o que é razoável, considerando, por exemplo, a fragilidade da paz de Versalhes. Uma vez que os Aliados triunfaram contra as potências do Eixo, não poderiam condenar todos os vencidos: foi necessária a criação de tribunais *ad hoc* para processar pessoalmente os criminosos de guerra. Até hoje, o Direito Penal Internacional trabalha com a ideia de responsabilidade individual.³⁹

De fato, por um lado, os antigos pensavam no ser humano, na ordem universal e na justiça. Por outro, no entanto, suas concepções acerca desses temas só foram comunicadas, como será tratado adiante, pelos pensadores da Escola Estoica. O *ser humano enquanto tal* nunca foi uma grande preocupação para os pensadores da antiguidade. Como demonstrado, a antropologia filosófica de Heráclito era fortemente um estudo do *homem como parte do cosmo*. A reviravolta socrática – o profundo brilhantismo de focar na psiquê –, por sua vez, não nos

³⁶ Rep. 469 B; NABUCO, 1949a, pp. 78 e seg.; E/CN.4/Sub.2/1998/13.

³⁷ Rep. 470 D e 471 A; HENKAERTZ; DOSWALD-BECK, 2009a, pp. 409 e seg.

³⁸ Rep. 470 D e 471 A.

³⁹ HENKAERTZ; DOSWALD-BECK, 2009a, pp. 551 e seg. – Esse princípio está bem consolidado no direito internacional contemporâneo. Vede, por exemplo, que no artigo 6º do Estatuto de Nuremberg e o 30 (1) do Estatuto de Roma estabelecem a responsabilidade pessoal e a punibilidade para crimes contra a paz, crimes de guerra etc., independentemente de atuação sob o comando de qualquer organização. (HENKAERTZ; DOSWALD-BECK, 2009b, pp. 3.611 e seg.).

revelou o ser humano universal, embora tenha exaltado o interior e divino. Vede que, na guerra, a humanidade só sai da pólis para ser, em Platão, encontrada entre os gregos. O animal político permanecia dentro das muralhas da cidade.

Quanto à ordem universal, o *direito não-escrito* de Sófocles – bem como a *ma'at* de Ptaotepe e o mandato do Céu de Confúcio – não chega a expressar o conceito de direito natural. Essas concepções estão embebidas de religiosidade e expressam-se nas mitologias e em linguagem simbólica – pouco compreensível para a contemporaneidade. O logos universal heraclitiano ainda é uma expressão da natureza de tudo e não uma ideia de direito natural. E, por fim, no tocante à justiça e às leis da pólis, é muito difícil expressar que estas poderiam ser postas em julgamento. Por mais que Antígona se tenha revoltado contra leis injustas, ela afirmava um “pressuposto de validade”, por assim dizer, que consistia em um imperativo divino. Se as leis da polis são divinas, nem mesmo o Olimpo pode revogá-las. Como disse Ovídio, um deus não pode anular o que fizera o outro. Ninguém se pode opor às leis escritas por Apolo ou Thot. E, apesar de ser verdade que Platão pôde colocar as normas da pólis à prova, segundo o arquétipo da justiça perfeita, não podemos, contudo, falar de um direito universal. Isso porque, este só é possível quando nasce o ser humano, não no cosmo, nem na pólis, mas na *Κοσμόπολη*, a Cosmópolis.

1. 2. O Advento do Estoicismo: O Universalismo e a Humanidade

Como vimos no ponto anterior, havia em muitas culturas a noção de harmonia universal e, até, de ser humano. Heráclito acreditava em uma razão natural cósmica (*λόγος*) e Platão apresentara as leis humanas como o ímã do sumo Bem, da Justiça divina. Mas a morte de Sócrates – e talvez essa seja a melhor alegoria do que se pretendeu concluir – foi, *inter alia*, uma recusa de se viver fora da pólis: nas palavras de Giovanni Reale, um respeito às leis de Atenas. A ideia de espelhar a lei humana em uma lei natural, à qual todos devemos seguir, é eminentemente estoica.⁴⁰

Pode-se afirmar que aos direitos humanos, conhecemos quando são violados. E onde estão as suas maiores violações senão nos sombrios campos de batalha, com cidades em ruínas

⁴⁰ REALE, 1995, p. 148.

e a terra empapada de sangue? É no silêncio da lei que os direitos humanos gritam com um urro de dor. E nenhuma situação emudece tanto os tratados e costumes como a batalha: *silent enim leges inter armas*, diz o nobre Cícero, a lei se cala no meio das armas.⁴¹

E foi assim, entre a cruz e a espada, que a ideia de humanidade veio à tona, na Hélade das muitas contradições: de Irene e Ares; de Éris e Eunômia. A cultura antiga que nos deu Sócrates e Platão, deu-nos também Alcibíades e Dionísio II. Dentro dos muros da pólis, a centralidade do ser humano do espírito ático proporcionaria o *nascimento da «humanidade», não no sentido de (...) filantropia, mas sim no do conhecimento da verdadeira e essencial forma humana*.⁴² Fora, o particularismo idolátrico das cidades gerava inimizade, mas não mais que a ameaça do expansionismo imperial da Pérsia. Foi das luzes da filosofia e da das sombras da guerra que nasceu a ideia de humanidade.

São notáveis as Guerras Médicas: o mar Egeu tornou-se palco da disputa entre os persas e os gregos. As grandes batalhas e nomes da época ressoam familiares para nós ainda hoje: e.g., Maratona, os Trezentos de Esparta etc. Tudo termina com um triunfo grego contra os invasores imperiais. Atenas, cujo nome honrava Palas, a mente divina, convidou as demais cidades gregas a fazerem uma aliança, colocando-se no topo e ressentindo Esparta. Veio, pois, outra guerra. E eis que os gregos sentiram o que depois seria resumido em uma frase bíblica: *omnis civitas vel domus divisa contra se non stabit*, toda cidade ou casa – ou família, podemos acrescentar, por analogia –, dividida contra si mesma, não se sustentará.⁴³ A Guerra do Peloponeso abalou o mundo grego e as hostilidades entre Esparta, Atenas e, depois, Tebas, deixaram uma Grécia enfraquecida. Assim, Felipe II, rei da Macedônia, atacou e *os gregos não puderam unir-se para enfrentá-lo (...) [pois a]ntigos ressentimentos, marcados com sangue, impediram qualquer coligação*.⁴⁴

A pólis universal ter florescido da guerra interna do povo que nos deu a filosofia, talvez, mostre uma certa verdade no princípio de contradição de Heráclito. Alexandre, filho de Felipe II e discípulo de Aristóteles, afirmou seu poder contra Atenas e Tebas e, no entanto, admirando a cultura ateniense, pacificou a Grécia com suas leis. Depois, derrotou as forças de Dario III, nas suas províncias. Como César, mais tarde, se enfureceu com o assassinato de Pompeu, Alexandre perseguiu o traidor homicida de seu inimigo persa. Casou-se, então, com a princesa

⁴¹ Cic., Pro Milone, IV, 11.

⁴² JAEGER, 1979, p. 305.

⁴³ Mt., XII, 25.

⁴⁴ DE CICCIO, 2017, p. 55-56.

Roxana, para unir dinastias outrora inimigas. Foi Rei da Macedônia e da Pérsia e Faraó do Egito.⁴⁵

Seu grande sonho foi helenizar o mundo. Isso é significativo para o presente estudo, porque, essa era uma pretensão de *comunicar aos povos da Ásia os valores da cultura grega e seus progressos no campo filosófico, em que Sócrates, Platão e Aristóteles se elevam ao monoteísmo e à concepção da dignidade humana, dele decorrente*.⁴⁶ Assim, persas, egípcios, sírios e judeus entraram em contato com a cultura e a arte da Hélade; o frio mármore grego recebeu uma vida nova e cálida. Surgiu, pois, uma era de maior sofisticação cultural, de riqueza de detalhes e a criação de um novo mundo, cujo alcance era tanto, que o estilo da arte helenística chegou a representar imagens do Buda, no Oriente.⁴⁷

A morte de Alexandre dividiu seu vasto império e deixou o mediterrâneo para ser conquistado por uma outra potência: Roma. De dentro do Pomério, o domínio romano estendeu-se, de geração em geração, de triunfo em triunfo. Das cataratas do Nilo às terras selvagens da Britânia, das Colunas de Hércules ao Jordão, tudo esteve nas mãos dos romanos. Todo o Mediterrâneo aprendeu a língua latina e os habitantes de Lácio descobriram todo o universo de culturas que este mar banhava.

Das ricas estruturas políticas da República, surgiram figuras como Pompeu, César, Marco Antônio, Cícero, Crasso, Brutus e outros. Suas relações fizeram emergir um novo período de guerra civil. Seus conflitos entre si balançaram o mundo, como o ctônico tridente de Netuno. Os Livros Sibilinos diziam que somente um rei poderia vencer na Pártia: os inimigos de César, que lá fora vitorioso, começaram a temer que sua ascensão apoteótica significasse aspirações régias, em uma cidade que, no passado, havia banido a monarquia, com a expulsão de Tarquínio. Nos Idos de Março, traído por Brutus, seu filho político, César deu seu último suspiro. Otávio, Marco Antônio e Lépido, então, uniram-se contra os conspiradores. Esse, porém, não foi o triunfo da harmonia civil. A sombra da guerra assolou o mundo romano mais uma vez e só se aquietou, com os suicídios de Marco Antônio e Cleópatra VII, a última Faraó Ptolomaica. Assim, Otávio, o *Princeps*, fechou as portas do templo de Janus – o que significava

⁴⁵ PLUTARCH, 1967, pp. 441 e seg.; DE CICCIO, 2017, pp. 56 e seg.

⁴⁶ DE CICCIO, 2017, p. 58.

⁴⁷ LEICHT, 1967, p. 263; GOMBRICH, 1995, pp. 99 e seg.

que a República estava, finalmente, em paz, a *Pax Romana*. Essa era a paz mundial, porque o mundo mediterrâneo encontrara a *absentia belli*.⁴⁸

Política e juridicamente, seu império, como o de Alexandre, abriu os portões das antigas cidades e fez do universo, uma pólis. Representações artísticas da época, como sua estátua na ilha de Capri, retratam Otávio segurando o globo terrestre. São Lucas, inclusive, referiu-se a uma de suas ordens: *Factum est autem, in diebus illis exiit edictum a Caesare Augusto, ut describeretur universus orbis*, assim foi, naqueles dias, que César Augusto decretou um edito para que se recenseasse todo o mundo.⁴⁹

Cultural e filosoficamente, ademais, tanto o período Helenístico como o domínio romano do Mediterrâneo, em suas muitas eras, foram palco para o nascimento do universalismo. Esse tempo, desde Alexandre até os imperadores Romanos, foi a era da universalidade, em que, da paz e da guerra, da filosofia e da violência, emergiu o ser humano universal, que já não vivia cercado pelas muralhas da pólis. Não mais se regia segundo as leis que Apolo escrevera para Esparta, ou que Thot redigira para o Egito, mas conforme o direito natural e o direito das gentes.

Foi nesse mundo, mais precisamente no pórtico pintado da Ágora de Atenas (στοά), que um homem começou a ensinar. Zenão de Cício fora um comerciante, no passado; mas, arruinado em um naufrágio, que lhe custou toda sua fortuna, achou consolo na filosofia.⁵⁰ Sua doutrina era única de tal modo que pôde fundar uma nova escola: a chamada Escola dos Pórticos ou Estoica. Suas circunstâncias talvez justifiquem o que Jacques Maritain disse sobre os pensadores que sucederam Aristóteles: tanto Zenão como Epicuro foram *doutores da vida feliz*. Ambas as escolas – os epicuristas e os estoicos – buscavam uma filosofia realmente eficaz, isto é, encontrar a felicidade em uma única regra absoluta de vida: a virtude (*ἀρετή*) ou a ausência de dor, que Epicuro chamava “prazer”.⁵¹

Para Platão, a felicidade vinha da contemplação do Bem – lembremos do mito da caverna –, para os estoicos, porém, é uma construção da prática da virtude moral, isto é, produto da ação. Logo, não mais o filósofo hiperurânio era o ideal de vida, mas o homem virtuoso, aquele que aprendeu a ser senhor de si mesmo e a viver de acordo com a natureza. Tudo isso depende de um esforço próprio, da vontade humana, do cumprimento do dever – não o dever

⁴⁸ PLUTARCH, 1860, pp. 142-143; Suet., *De Vita Caesarum*, I, 79.

⁴⁹ Lc., II, 1.

⁵⁰ TURC, 1958, pp. 62-63.

⁵¹ MARITAIN, 1964, pp. 73 e seg.

kantiano, mas atos aconselháveis –, superando as paixões e abraçando a apatia (*ἀπάθεια*), viver como uma rocha firme contra as ondas do mar tempestuoso.⁵²

Natureza – o parâmetro da virtude estoica – não deve ser, aqui, entendida no sentido pré-socrático, como os simples fatos e acontecimentos naturais ao alcance dos nossos sentidos; tampouco como a essência do ser humano, aristotelicamente falando. No estoicismo, seria muito mais o influxo inteligível e racional oculto sob as aparências sensíveis, a dirigir o universo e o ser humano. Daí surge a ideia de direito natural, a ser posta em foco. Viver conforme a natureza é viver de acordo com o querer divino inerente ao cosmo. Aí está a virtude. O sábio faz o conveniente superabundantemente, adequando seu interior à natureza ou a Deus, que se confundem.⁵³

Platão e Heráclito concordariam que a lei não-escrita superior alimentava as leis humanas. Os sofistas, por sua vez, opunham o direito natural e o direito humano positivo. E, tanto Platão como Sófocles, este como tragédia e aquele como arquétipo, viam o direito não-escrito como algo transcendente, isto é, superior. Em Aristóteles, há uma noção de conformidade com a essência e o sentido teleológico das coisas. Ainda assim, por mais que a natureza humana urja por sociabilidade e, portanto, exija a obediência às leis, não seria possível, dentro da pólis, desenvolver essa noção de direito natural que os estoicos propuseram.⁵⁴

Ruídas as muralhas da comunidade política por Alexandre e Otávio, o reconhecimento da dignidade naturalmente própria de cada ser humano individual, no seio do todo social – muito mais vasto que a cidade-estado –, tornou-se possível e veio a ser tema do estoicismo. Nos reinos helenísticos e nas províncias romanas, onde conviviam pessoas de diversas nações, todos eram cidadãos de um mundo civilizado. Na Cosmópolis, a comunidade universal do gênero humano, todos os homens encontraram igualdade, segundo a natureza humana. Em suma, se quisermos remontar à origem do pensamento estoico acerca do direito não-escrito, diremos que o ser humano, na busca pela felicidade, vai, por suas próprias forças, praticar a virtude; encontrá-la-á na conformidade com a natureza; e, a partir daí, vemos a ideia de direito natural. Se a validade da lei, por exemplo, em Kelsen é o conforme-o-direito, no estoicismo, a excelência da vida humana é o conforme-a-natureza. Ainda existe aqui uma “confusão panteísta” entre a razão humana e a divina, que, de certo modo, não resolve bem o problema

⁵² TURC, 1958, pp. 63-64; MARITAIN, 1964, pp. 73 e seg.

⁵³ MARITAIN, 1964, pp. 73 e seg.; TRINDADE *et al.*, 2016, pp. 69-112.

⁵⁴ MARITAIN, 1964, pp. 73 e seg.

acima mencionado em “Antígona”. No entanto, Maritain entende que, apesar disso, a melhor teoria do direito natural da antiguidade foi justamente a estoica. Isto porque, não invalidando nem justificando a lei humana, que varia de cidade para cidade, compreende uma lei universal e imutável, que é inata na alma e cujas prescrições impõem-se a todos.⁵⁵

1. 3. Marco Túlio, o Eclético

Cícero foi um eclético catalogador de todos os sistemas filosóficos de sua época.⁵⁶ Para juristas, é plenamente natural, ao tratar do presente tema, voltar os olhos a Roma e a Marco Túlio. No entanto, parece estranho, tratando-se de um estudo de filosofia, olhar para um povo tão pragmático e, estudando-se o universalismo estoico, para um pensador tão eclético. No entanto, o que precisamos entender é que foram essas duas características – cultural e pessoal, respectivamente –, que tornam este autor o mais relevante para traçarmos os elementos filosóficos dos direitos humanos universais na contemporaneidade. Isto, por duas razões: o senso prático dos romanos foi, como será demonstrado, o que levou a universalidade da lei natural, pela primeira vez, para a literatura jurídica; e o ecletismo de Cícero fez com que fosse muito mais livre que os estoicos ortodoxos.

O contexto cultural era de sofisticação e intercâmbio. Vemos como os romanos se alimentaram da cultura helenística na produção artística. Os habitantes do Lácio, no entanto, incorporaram o que havia de belo na arte grega, mas sem a cosmovisão idealizada dos povos helenísticos. Se olharmos para uma estátua, por exemplo, de Alexandre, poderíamos facilmente dizer que se trata de Adônis ou Apolo. Os grandes homens de Roma, porém, ganharam uma representação muito mais fidedigna: conhecemos os rostos dos antigos senadores, como se houvéssemos visto fotografias suas. Em se tratando da filosofia, Gonzague Turc diz: *é a Grécia ainda que reina aqui*. No entanto, há moralistas romanos, que, bebendo da rica fonte da filosofia, fundaram o direito. É verdade que os romanos eram mais práticos, que especulativos, mais voltados às relações sociais do que à íntima interioridade humana. Mas essa praticidade foi necessária para que as ideias da filosofia ganhassem um sentido jurídico. Assim, com base

⁵⁵ MARITAIN, 1964, pp. 78 e seg.; TRINDADE *et al.*, 2016, pp. 69-112.

⁵⁶ TURC, 1958, p. 75.

nos conceitos estoicos de universalismo, os romanos vieram a criar o *ius gentium*, que, como será demonstrado, Francisco de Vitória usará para fundar o direito internacional.⁵⁷

Quanto à obra de Cícero, Carpeaux a considera uma vulgarização das ideias filosóficas gregas em Roma. Ademais, critica-o, dizendo que sua filosofia não é profunda, que não se decidia entre “ideologias” exigentes e dogmáticas, que foi, na prática, um epicureu culto e abastado, mas, nos seus ensinamentos, um moralista estoico sincero. No entanto, este “ideólogo incoerente”, para o autor, foi o *homme de lettres* que nos deu a nossa língua. Ou seja, mesmo criticando-o duramente, Carpeaux diz que Cícero foi mais que um declamador, foi um advogado profissional e um observador-psicólogo, que sua língua é a literatura romana, dos Padres da Igreja ocidental, da Idade Média, do Renascimento e, portanto, a nossa própria.⁵⁸ Agostinho de Hipona considera um livro de Cícero como o grande divisor de águas da sua vida.⁵⁹ Ora, chamá-lo pensador superficial e indeciso, no mínimo, parece um exagero ou um injusto equívoco.

O autor, no entanto, era um intelectual (*σχολαστικός*), sincero com suas opiniões e moderado, por temperamento. Quando jovem, era muito dado aos estudos, foi aluno de grandes mestres gregos e, voltando a Roma, trouxe toda a cultura e a eloquência que aprendera do mundo grego. Ganhou proeminência nos tribunais, como o grande orador que era – o que o elevou à condição de Senador. Foi governador da Sicília, onde foi reputado cuidadoso, justo e honrado, mais que qualquer outro. Depois de muitas conturbações políticas – a conspiração de Catilina, o exílio, a volta e o governo monocrático de César –, passou a se ocupar da educação filosófica de homens jovens, da escrita e da tradução de diálogos, latinizando muitos termos gregos, em sua casa de campo em Túsculum. Por sua personalidade honesta, jamais fora chamado para conspirar com Brutus e Cássio. No entanto, sofreu inopinadamente a vingança de Marco Antônio, que encomendou seu assassinato. Morreu, pois, elevando sua cabeça e clamando aos céus, como dizem algumas tradições: *Causa causarum, miserere mei*.⁶⁰

Morto, seu assassino e fechadas, as portas de Janus, o legado de Cícero continuou. Otávio Augusto – se uma tradução livre for bem-vinda – descreveu-o como um homem erudito e um amante de sua pátria e escolheu seu filho, também chamado Marco Túlio, como cooperador no seu governo. Mary Ann Glendon diz que, não houvesse sido orador de

⁵⁷ GOMBRICH, 1995, pp. 117 e seg.; TURC, 1958, p. 75.

⁵⁸ CARPEAUX, 2012A., pp. 76-77.

⁵⁹ Aug., Sol., I, 10, 17; Aug., Conf., III.

⁶⁰ BOURNE, 1916, p. 400; PLUTARCH, 1967, pp. 85 e seg.

proeminência, ainda seria lembrado por suas contribuições para a grande síntese greco-romana, que está na base da civilização ocidental. Seu conhecimento das instituições e tradições do direito romano e da filosofia grega era íntimo e profundo. Sua reverência superpatriótica ao sofisticado sistema jurídico romano era comparável àquela dos intelectuais renascentistas, que o chamaram *ratio scripta*, razão escrita. Não, porém, como os gregos, que divinizavam seus legisladores originais, Cícero valorizava a República, como uma construção dos esforços coletivos dos homens, através dos tempos.⁶¹

Filósofo, advogado, moralista e literato, Cícero foi, e isso podemos afirmar, uma pedra fundamental. Seu espírito estudioso, sua personalidade moderada e seu pragmatismo cultural foram importantes para as grandes compilações de filosofia que escrevera. Em seus esforços para escrever seus singelos trabalhos e discursos, Marco Túlio – como ele mesmo chegou a afirmar no “*de Officiis*” – seguiu majoritariamente os estoicos, mas sem preocupações com a ortodoxia dessa escola. Suas últimas palavras, supramencionadas, são uma afirmação de que adotara a doutrina aristotélica da causalidade. Não poderia, Cícero, ser senão um eclético – o contrário seria uma imperdoável violência contra sua personalidade e suas circunstâncias.

Acima, vimos que os povos antigos tinham noções várias, confusas e nuviosíssimas de uma harmonia universal. Também, observamos como os filósofos tentaram interpretar essa ideia, sendo que só os estoicos conseguiram formular o conceito de “direito natural”. Cançado Trindade reconhece que as raízes da ideia de *recta ratio* ou *ορθός λόγος* estão em Platão e Aristóteles, mas que Cícero foi quem melhor e mais celebrenemente a formulou.⁶² E isso, observaremos, em três pontos de sua doutrina, pautados em uma leitura eclética do estoicismo: o ser humano na Cosmópolis e o direito natural.

Devemos, antes de nos atentarmos com mais detalhe a esses temas, abordar brevemente a relevância do cosmopolitismo e do jusnaturalismo de Cícero para os direitos humanos, na contemporaneidade. Tudo se resume na ideia de universalidade, isto é, nas palavras de Flávia Piovesan, a *extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a titularidade (...), considerando o ser humano como um ser essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade*. Isso implica que, tanto no plano normativo como no operacional, os direitos humanos acarretam obrigações *erga omnes*.⁶³

⁶¹ PLUTARCH, 1967, pp. 85 e seg. e 208 e seg.; GLENDON, 2011, pp. 23 e seg.

⁶² TRINDADE, 2011, pp. 91-92.

⁶³ PIOVESAN, 2006, p. 8; TRINDADE, 1998, p. 20.

Ou seja, a universalidade – o cosmopolitismo estoico –, que exploraremos no pensamento eclético de Marco Túlio, é, como apontará Cançado Trindade, o elemento filosófico central do sistema multinível contemporâneo:

No século XX, a projeção do ideal cosmopolita atingiu, pela primeira vez, o campo institucional. A Liga das Nações tornou-se a primeira grande organização internacional com amplitude universal, – a despeito de seus graves defeitos que levaram a seu ocaso. Além da multiplicação de organizações internacionais, passou-se a constatar o amplo desenvolvimento do Direito Internacional Público e da justiça internacional. *Conceitos como normas de jus cogens e obrigações erga omnes passaram a ser aplicados, em decorrência última da noção de que vivemos em uma verdadeira comunidade internacional – a kosmopolites.* Esse processo levou, ademais, a uma crescente interrelação – e por vezes interação – entre o direito internacional e o direito interno, com a abertura das constituições modernas à proteção internacional dos direitos humanos. (TRINDADE *et al.*, 2016, pp. 69-112 – g.n.).

1. 3. 1. O Ser Humano na Cosmópolis

Voltemos, pois, à grande pergunta de Malik, que abalou as bases dos membros da comissão: “o que é o ser humano?” A busca por uma resposta a essa pergunta é eminentemente estoica. Como Platão dividia entre gregos e bárbaros e Aristóteles, entre escravos e senhores, os estoicos punham todos os homens em pé de igualdade. Sêneca, por exemplo, recordará que aqueles a quem seus contemporâneos consideravam escravos, nasceram da mesma sementeira, suspiram ao mesmo céu e, como qualquer outro, respiram, vivem e morrem.⁶⁴

Mas, como atestaremos, os escritos de Cícero podem circular por várias escolas filosóficas, como as estradas romanas circulavam pelas várias gentes. Em suma, se quisermos anteceder a resposta, há elementos no ser humano que o caracterizam enquanto tal: sua capacidade relacional ou gregária; e sua racionalidade. No “*de Republica*”, o Orador Romano sintetizou ambos os elementos ora tratados da natureza humana em sua descrição da comunidade política. A República – diz seu personagem – é coisa do povo. O povo, por sua vez, não é um amontoado de seres, que se juntaram de um modo qualquer, mas uma congregação organizada de homens, que se ordena segundo a justiça e o bem-comum.⁶⁵ Do

⁶⁴ Sen., ad Luc., XLI de Dom., 10.

⁶⁵ Cic., de Rep., I, 25.

mesmo modo, no “*de Legibus*”, diz que o bem-estar do povo é a suprema lei: *salus Populi suprema lex esto*.⁶⁶ Deu-nos, portanto, considerações importantes acerca da gregariedade e da racionalidade, ambos elementos inerentes na alma humana, unidos por um sentido de teleologia.

Aristóteles famosamente disse que o ser humano é um animal político, isto é, que vive, relacionando-se com outros. Se fosse só, continua, seria uma besta ou um deus. E, de fato, as correntes filosóficas contratualistas, que nos apresentam um ser humano só, em estado de natureza, no-lo mostram como um ser de absoluta virtude – como o “Santo da Natureza” de Rousseau – ou um lobo antropofágico – como o monstro de Hobbes. Em Aristóteles, porém, é naturalmente gregário, social ou relacional.

Cícero leva essa ideia consigo e desenha, no seu pensamento, um ser humano, que vive para além de si: *Non nobis solum nati sumus* – não nascemos para nós mesmos – *ortusque nostri partem pátria vindicat, partem amici* – mas metade de nós é de nossa pátria e a outra dos nossos amigos. A capacidade relacional humana é tão importante, que nada lhe é tão estranho quanto o medo – que nenhuma salvaguarda garante – e nada tão próprio quanto o amor – em que sempre podemos confiar.⁶⁷ No “*de Amicitia*”, o orador romano nos mostra o quão humana e humanizante é a amizade, dizendo que um verdadeiro amigo é para o outro como uma versão de si mesmo (*alter idem*). Isso se relaciona com o que está na “*Ética a Nicômaco*”: Aristóteles diz que, sem amigos, ninguém escolheria viver, ainda que tivesse outros tantos bens.⁶⁸

Esse elemento da sociabilidade é central para o debate contemporâneo dos direitos humanos. O surgimento de práticas como a instituição da cela solitária (*solitary confinement*) evidencia um imperativo da natureza. Se o ser humano é relacional, o isolamento é necessariamente contranatural e, portanto, é discutivelmente uma violação dos direitos humanos. Lisa Guenther resume bem o problema:

It is only because we depend on the world, and on the others who coconstitute both the meaning of the world and our own sense of personhood, that solitary confinement and the sensory deprivation that inevitably accompanies it have the power to damage us at the very level of our being. (GUENTHER, 2013, p. 20).⁶⁹

⁶⁶ Cic., de Leg., III, 3.

⁶⁷ Cic., de Leg., I, 22-23.

⁶⁸ Cic., de Amic., LXXX; Ari., Nic., VIII, 1155a.5.

⁶⁹ É justamente porque nós dependemos do mundo e dos outros, que dão significado tanto ao mundo como ao nosso próprio sentido de personalidade, que a cela solitária e a privação sensorial, que inevitavelmente o acompanha, têm o poder de danificar o nosso mais profundo ser. – Tradução livre.

Até aqui, então, temos um elemento importante: o ser humano se define como animal social. Não apenas, porém, como um animal gregário – tal como os lobos, os leões, as formigas e as abelhas –, mas um ser relacional, que precisa se ver espelhado nos demais. Daí surgiu a pólis. Não fosse pela união familiar, não haveria *gens*; sem a união das *gentes*, não haveria *tribus*; e sem tribos, Roma, a *civitas*, não existiria. Tudo começa na capacidade – e, ousamos dizer, não só, mas na urgência – relacional natural que todos os seres humanos têm em suas almas.

A afeição humana, por si só não edifica, porém, a sociedade política – e nenhuma sociedade, aliás. Os constitucionalistas contemporâneos costumam falar de critérios finalísticos. Isso porque, a sociabilidade tem um sentido teleológico. Se todas as coisas têm as quatro causas – eficiente, formal, material e final –, também o ser humano. E, segundo a finalidade que busca, ele vai guiar suas relações com seus pares. Os animais brutos e as plantas atingem sua finalidade por si só. O ser humano, porém – como será demonstrado –, tem inteligência e transcendência suficientes, para, como diz Ovídio, elevar sua cabeça para o céu e contemplar coisas superiores. Em outras palavras, busca realização e felicidade. Busca, segundo a seita órfica, reatar seus laços perdidos com o divino, o convívio com os deuses. E esse elemento é nuclear, nas relações inter-humanas. Assim, Cícero diz que a amizade faz da prosperidade mais brilhante e da adversidade menos pesada.⁷⁰

O elemento comunicativo naturalmente inter-humano leva à associação. Essa agregação constrói as sociedades, que chegam a um estado de política e autonomia, que chamamos pólis ou *civitas*. Isso se dá, pela natureza humana, que, com sentido teleológico, se leva, pela busca da felicidade. A Declaração de Independência Americana, aliás, considera a busca da felicidade como um direito humano. E as Pandectas, definindo o direito como *ars boni et aequi*,⁷¹ arte do bem e da equidade, consideram que o bem é o que a todos faz felizes, *quod beatos facit*.⁷² Isto, diga-se, não é a construção da própria essência de Sartre, mas busca da finalidade – uma ideia aristotélica – conforme à natureza – já esta, estoica.

A realização da felicidade coincide-se com a ideia de teleologia. Todos os animais brutos atingem sua finalidade imediatamente. O ser humano, porém, passa por um drama interior, para encontrá-la. Confúcio já fazia diferença com os demais seres, dizendo que prover

⁷⁰ Cic., de Amic., XXII.

⁷¹ Dig., I, 1, 1.

⁷² Dig., L, 16, 49.

os pais com comida não seria diferente de tratar bem um cavalo.⁷³ O ser humano parece ter uma dimensão interior, que os animais brutos não têm. Possui uma fome de dignidade e aprendizado, uma dor, que a satisfação das necessidades concupiscíveis não sana. Ele tem uma racionalidade, que define sua humanidade.

Aristóteles, no “de Anima”, já dividia as potências da alma dos seres vivos em três. A vegetativa – geração, nutrição e crescimento – está presente em todos os seres, animais e vegetais. É uma pré-condição para as haver alma sensitiva – isto é, a sensibilidade e a locomoção, comum a todos os animais. E, por último, a capacidade racional, a alma intelectiva, que, de todos os seres corpóreos, só o ser humano possui.⁷⁴ Os estoicos pautaram a dignidade humana na racionalidade: Sêneca, por exemplo, diz que o homem é um animal que raciocina: *Rationale enim animal est homo*.⁷⁵

Da sua natureza racional, vem a sede do ser humano por conhecimento. Todos, dissera Aristóteles, naturalmente desejam saber.⁷⁶ De modo semelhante, Agostinho de Hipona ensinará que, como o corpo se nutre dos alimentos, a alma cresce com a ciência da verdade. E Cícero, do mesmo modo, disse que a propriedade distintiva do ser humano é a busca e a investigação da verdade: *In primisque hominis est propria veri inquisitio atque investigatio*. Não como os demais animais, quando estamos satisfeitos das nossas preocupações, passamos a estimar o conhecimento das coisas obscuras ou maravilhosas como algo indispensável para que possamos ser felizes. O ser racional deseja aprender. A paixão por descobrir a verdade, por sua vez dá a dignidade do homem que não é somente um animal de tração. Isto faz com que o ser humano, se bem formado pela natureza, não esteja desejoso de obedecer a qualquer um, que não dê as regras e instruções ou que não exerça um governo legítimo e equo.⁷⁷ Ou seja, o ser humano, por sua racionalidade, pode identificar o bem, agir conforme à natureza – essa é a doutrina estoica – e tornar-se senhor de si mesmo, controlando seus apetites: *appetitus rationi pereat*.⁷⁸ Não é necessário recorrer a doutrinas manualísticas ou deontológicas. O direito dos seres humanos não é um mero imperativo, mas possui um racional a ser compreendido.

Em resumo, trata-se de um ser com uma capacidade intelectiva que demanda alimentação, assim como seu corpo físico, cada um à sua maneira. Isso nos define enquanto tais

⁷³ CONFÚCIO, 2012, p. 38.

⁷⁴ Ari., de Anima, II-III.

⁷⁵ Sen., ad Luc., XLI de Deo.

⁷⁶ Ari., Metafísica, I, 980a.21.

⁷⁷ Cic., de Off., I, 13.

⁷⁸ Cic., de Off., I, 141.

e nos confere uma liberdade interior, que os demais animais não têm. Com essa capacidade, podemos fazer a avaliação de nós mesmos, da nossa natureza, o que nos permitirá agir de forma a encontrar a máxima felicidade.

Reconhecendo a si mesmo, pela razão, enquanto ser com capacidade relacional, o ser humano pode olhar para o estrangeiro e enxergar a sua dignidade comum. De modo geral, para os estoicos, o sábio diz-se cidadão do mundo e quer incorporar-se no conjunto da humanidade, numa harmonia universal.⁷⁹ A relação entre o universalismo e a ideia de humanidade comum fica clara, por exemplo, nas meditações de Marco Aurélio. Considerará, o imperador-filósofo, que se a mente é comum a todos nós, também a razão – porque somos seres racionais – será comum. Se assim for, continua, o que se deve fazer é comum, bem como o direito: somos todos concidadãos e o mundo é como uma república.⁸⁰

Cícero, por sua vez, não nega o amor patriótico. Intrigantemente, ao mesmo tempo, parece exaltar seu amor por Roma como uma virtude excelsa. A conclusão do “*de Republica*” não nos permite mentir: a grande honra do homem é contribuir para o bem da pólis. Marco Aurélio dirá ser cidadão do mundo, mas Cícero diz: *Civis Romanus sum*, sou um cidadão romano.⁸¹ Poderíamos, então, questionar seu universalismo. No entanto, encontraremos uma defesa da humanidade no “*de Officiis*”. Quando Marco Túlio refere-se aos estrangeiros, diz que tratá-los mal seria dissolver os laços fraternos da comunidade universal.⁸² Vejamos o trecho original:

Qui autem civium rationem dicunt habendam, externorum negant, ii dirimunt communem humani generis societatem; qua sublata beneficentia, liberalitas, bonitas, iustitia funditus tollitur; quae qui tollunt, etiam adversus deos immortales impii iudicandi sunt. (Cic., De Off., III, 6).⁸³

Aqui, o Orador Romano diz que negar justiça ao estrangeiro é destruir a solidariedade comum do gênero humano e atrofiar a beneficência, a liberalidade, a bondade e a justiça. E ainda, Cícero diz que os que assim fazem devem ser julgados como ímpios diante dos deuses. Impiedade é uma palavra que, hoje em dia, não mais mexe com as bases de quem ouve. Para

⁷⁹ TURC, 1958, p. 64.

⁸⁰ Marc., Med., IV, 4.

⁸¹ Cic., In Verrem, V-II, 57.

⁸² Cic., de Off., III, 6.

⁸³ Outros, ademais, que dizem que se deve respeito aos direitos dos concidadãos, mas não aos dos estrangeiros, destruiriam a irmandade universal do gênero humano; e, uma vez que esta for dissolvida, a beneficência, a liberalidade, a bondade e a justiça serão totalmente retiradas; e aqueles que no-las roubaram, por suas ações, devem ser considerados ímpios diante dos deuses imortais – tradução livre.

um romano antigo, no entanto, era algo gravíssimo. O medo da impiedade para com os ancestrais, por exemplo, fez o direito romano facilitar o processo de adoção, de modo que não havia diferença entre um filho de sangue e um filho adotivo. A *pietas* era um dever familiar e religioso tão importante, que acusar alguém de impiedade seria absolutamente aterrorizante. O orador romano chega a dizer que os laços inter-humanos foram tecidos pelos deuses e que estão impressos na própria natureza.⁸⁴

Entramos, pois, em um problema. Aparentemente, a crítica de Carpeaux parece fazer sentido: Cícero dá ares de contradição. Por um lado, um patriota e, por outro, um universalista. No entanto, como se presente demonstrar, Marco Túlio vê uma relação análoga dos deveres familiares, civis e humanos. Esperamos elucidar a questão, analisado o parágrafo inteiro do trecho supramencionado. Antes de entrar na questão do bem dos estrangeiros, o Orador Romano fala das relações dos cidadãos entre si. Diz ele que a natureza prescreve que os homens deverão desejar a promoção do bem uns dos outros, o que está de acordo com os interesses comuns de todos os seres humanos. Portanto, seria absurdo, para Cícero, dizer que não tomariam para benefício próprio nada de um pai ou irmão, mas que agiria assim para com alguém de fora da família. Isso significaria anular o direito mútuo e o consórcio comum de todos os concidadãos, negar o bem-comum e desmembrar a comunidade. Analogamente, quem dá o que é de direito a um concidadão e nega ao estrangeiro comete um ato de impiedade – é perceptível que Cícero, aqui compara pólis e Cosmópolis.⁸⁵ De fato, não se trata de uma contradição dizer que Marco Túlio é patriota e universalista. Na realidade, ele percebe os diferentes níveis de relações humanas – que, talvez, para os romanos fossem mais claros que para nós – e como um era análogo ao outro. Esse mesmo trecho, em um estudo pretérito, foi usado para justificar a proteção constitucional – perceba-se que não estávamos tratando de direito internacional, mas da ordem doméstica – dos refugiados:

Organiza, a Constituição, o corpo político ou sistema de governo de um país, conservando a vida social e dando-lhe destino. No Brasil, adotou-se a forma republicana e, com efeito, República – se compreendida autenticamente – é coisa do povo; povo, um conjunto organizado de pessoas em consenso quanto à justiça e ao bem-comum. Essas duas finalidades resumem a integralidade dos objetivos de um Estado e estão expressamente presentes na teleologia da Constituição Federal. Tanto o preâmbulo como o artigo 3º evidenciam uma preocupação da Constituição de assegurar a dignidade e o bem-estar da pessoa humana, como imperativo de justiça

⁸⁴ Cic., de Off., III, 6.

⁸⁵ Cic., de Off., III, 6.

social. E assegurar este bem-comum, proteger a dignidade humana, preservar a justiça são objetivos a serem alcançados para todas as pessoas: não só o cidadão, pois negar direitos aos estrangeiros é desfazer a comunidade universal do gênero humano. Assim sendo, a teleologia constitucional indica uma necessidade – ainda que implícita – de se estabelecer um ambiente seguro para os refugiados, de efetivo gozo de seus direitos. (PIOVESAN *et al.*, 2020, pp. 329-354).

Percebemos, aqui, portanto, um ponto interessante sobre a universalidade dos direitos humanos, na contemporaneidade. Não deve haver uma oposição entre o direito internacional e o doméstico: a aplicação dos tratados de direitos humanos – cuja assinatura é uma decisão soberana – não vilipendia a independência nacional. O princípio de humanidade, o de *non-refoulement*, o *pacta sunt servanda* etc. não fazem violência contra a supremacia da constituição. Os princípios políticos e cosmopolitas – apesar de qualquer tensão que pode haver, por choque de princípios, antinomias etc. – devem ser harmonizáveis, porque todos são decorrentes da natureza humana e da justiça, cuja violação, sim, causará um mal-estar antijurídico.

Nada, diz Cícero, é mais contrário à natureza humana que tomar indevidamente de outro ser humano, i.e., praticar a injustiça contra outrem é, com efeito, desumanizar-se. Portanto, para o orador romano, suportar o desconforto pelo bem de outros é muito mais humano. A promoção da justiça – que ele chama *regina virtutum*, a rainha das virtudes – e do bem dos homens parece uma ideia mestra de Cícero. A natureza, segundo ensina, impõe o cuidado do bem-comum e o combate à tirania e à injustiça.⁸⁶

Encarnando a ideia de selvageria e iniquidade em Fálaris, o antigo tirano da Sicília, Túlio diz que com os desumanos não há consórcio.⁸⁷ Ou seja, combater a injustiça é um dever universal. Essa ideia foi coerente com as medidas tomadas contra Catilina. Daí podemos chegar à seguinte conclusão, que convenceu o Brasil a juntar-se à Tríplice Entente e, depois, aos Aliados: *a neutralidade não era admissível entre os que destroem a lei e os que a observam*.⁸⁸

Devemos compreender que a distribuição universal da justiça, em Cícero, tanto ajuda o estrangeiro que está fora de sua pátria, como pune os malfeitores. Isto é importante para o direito internacional contemporâneo. De modo especial, a oposição contra a injustiça, sobre a qual ele fala, ficará patente na ideia de combate ao crime. Aqui podemos tanto falar de delitos

⁸⁶ Cic., de Off., III, 6.

⁸⁷ Cic., de Off., III, 6.

⁸⁸ RICUPERO, 2017, p. 353.

internacionais – aqueles que estão previstos no Estatuto de Roma –, quanto de crimes domésticos – os que estão nos códigos penais. Tivemos, no pós-guerra, tribunais “*ad hoc*” em Nuremberg e Tóquio, para julgar as iniquidades cometidas por agentes do Eixo, com base em uma ideia comum de crimes contra a humanidade – à qual chegaremos, adiante, em Francisco de Vitória – e, partindo disso, a comunidade das nações fundou o Tribunal Penal Internacional. Outrossim, tratando-se de crimes de natureza doméstica, Francisco Rezek ensina que todos os Estados têm o dever de cooperar para combatê-los. Daí que temos a extradição, por exemplo. O combate a um crime ordinário também é objeto da cooperação internacional, portanto. Inobstante, bem ao modo de Cícero, na contemporaneidade, os Estados têm o direito de jurisdição universal para processar crimes de guerra e similares nos seus tribunais domésticos. Por unanimidade, a Corte Internacional de Justiça reconheceu o dever de realizar esses processos ou, se não for possível, de extraditar o réu.⁸⁹

Assim como a distribuição da justiça individual é parte do convívio cosmopolita, as repúblicas – comunidades políticas autônomas – têm deveres de honestidade umas para com as outras, até em tempos de guerra. O direito internacional contemporâneo proscreveu o uso da força e não se pode mais, como no passado, falar em guerra justa. A Carta das Nações Unidas reconhece, todavia, a legítima defesa de si e de outrem como um direito dos Estados-membros. E, por mais que a proibição do uso da força seja juridicamente eficaz – isto é, aplicável, conforme as normas do direito internacional –, carece de cumprimento efetivo. Por isso, ainda temos normas de *ius ad bellum* e *ius in bello*: respectivamente, as Convenções de Haia e as de Genebra.

Alguns dos elementos – que Francisco de Vitória, aliás, usará na “*Relectio de indis posterior sive de iure belli*” – estão nos escritos morais e políticos de Cícero. Há três pontos sobre a guerra que podemos extrair do orador romano: a paz como sentido de finalidade; a boa-fé; e observância do direito e a conveniência da diminuição de causalidades.

Primeiro, analisemos o sentido de teleologia com o qual uma república, segundo Cícero, deve proceder, ao considerar a guerra. Este sentido poderia ser encarnado na deusa Irene, ou, para os latinos, Pax. Isso, porque, no “*de Officiis*”, Túlio diz que a paz deve sempre ser procurada e, portanto, as guerras, se ocorrerem, devem ser levadas com o objetivo de restaurá-la.⁹⁰ Dessa cosmovisão, tiramos os princípios de abstenção do uso da força e solução pacífica

⁸⁹ REZEK, 2018, p. 259; HENKAERTZ; DOSWALD-BECK, 2009a, pp. 604 e seg.; Questions concernant l’obligation de poursuivre ou d’extrader (Belgique c. Sénégal), arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 422.

⁹⁰ Cic., de Off., I, 11-12.

de conflitos, reconhecidos pela Carta das Nações Unidas. A predileção pela paz e urgência pela tranquilidade parecem comuns aos seres humanos: uma linha de Sêneca dirá que os homens perguntam sobre a conclusão antes da causa da guerra.⁹¹ Ou seja, o que interessa majoritariamente é o estado de tranquilidade social. Como Atena dissera às fúrias, outrossim, devemos buscar a justiça, sem tristezas – esse é o domínio da razão sobre as deusas telúricas da vingança. E como se lê sobre os utopianos, no livro de More, estes valorizam soluções pacíficas, porque são mais dignas do homem. O próprio Túlio diz que há duas formas de se resolver um conflito: o uso da força – de que todos os animais se utilizam – e a discussão – que só pode ser empregada pela humanidade. A habilidade de solucionar conflitos é mais desejável que a coragem ou a bravura – soluções de letras são muito mais preferíveis que as de armas. Todavia – o orador romano faz um adendo –, a predileção pelos meios pacíficos deve ter em vista não a simples vontade de abster-se da luta, mas o bem-comum da república.⁹² Nos *fragmenta* do “*de Republica*”, lê-se que a guerra só pode ser levada por fidelidade ou legítima defesa.⁹³

Atentemo-nos à ideia de legítima defesa. Esta deve ser suficiente – aqui vemos os limites que a razão natural vai impondo – para que a república ou o Estado assegure sua permanência ou perpetuidade. Isso porque, nenhuma calamidade é tão terrível para um Estado quanto a sua dissolução. Repúblicas – i.e., comunidades políticas – não têm, como indivíduos humanos, uma morte natural e, portanto, devem garantir sua continuidade. Cícero, inclusive, chega a comprar a ruína de uma república com o último suspiro do universo. Ora, deve-se concluir, então, que a busca de soluções pacíficas não é apenas a expressão de Ésquilo de uma justiça mais perfeita que a das vindicativas fúrias, mas um precípua dever de autopreservação que a comunidade política tem inerentemente. Assim, Cícero fala que as guerras precisam de bons motivos.⁹⁴ Ademais, diz que são mais desejosas, as soluções pacíficas.⁹⁵ Do contrário, os círculos de *vendetta* podem levar a muitas destruições: seria terrível se os Estados, como os personagens de “Abril Despedaçado” de Kadaré, entrassem em uma retroalimentação de vinganças. E, se pararmos para analisar a história, a Primeira Grande Guerra foi uma eclosão de sentimentos negativos que um império tinha para com o outro. Atualmente, a Carta das Nações Unidas incorpora tanto a solução pacífica de conflitos quanto a legítima defesa.

⁹¹ Sen., *Hercules Furens*, linha 407 (Lycus).

⁹² Cic., *de Off.*, I, 11.

⁹³ Cic., *de Rep.*, frag.

⁹⁴ Cic., *de Rep.*, frag.

⁹⁵ Cic., *de Off.*, I, 11-12.

O *segundo ponto* é particularmente interessante: a boa-fé, isto é, fundamento da justiça, lealdade nas convenções e fazer o que se diz.⁹⁶ Se lermos Sun Tzu, aprenderemos sobre estratégias, ataques pirotécnicos, espionagem etc.: a guerra não parece ocasião para agir honestamente, muito menos para com os inimigos. Mas, no reger da república, os direitos de guerra devem ser tratados piamente, sagradamente.⁹⁷ A palavra “fé” tem muitos significados. Gramaticalmente, podemos defini-la como “a confiança que se tem na autoridade de alguém”. Em linguagem corrente, é associada, geralmente, ao sobrenatural. Na técnica jurídica, tem a ver com o reconhecimento da comunidade política – fé pública – ou o cumprimento honesto dos deveres acordados. Em Cícero, porém, todos os sentidos estão presentes, quando se trata de “boa-fé”. A honestidade nos juramentos, que a constituiria, tinha, na Roma antiga, algo de numinoso. Diz ele que aquele que não é fiel a um juramento, profana, também, o altar de Júpiter Ótimo Máximo – o do Templo Capitolino – sobre o qual os pais fundadores de Roma puseram sua fé.⁹⁸

No direito internacional contemporâneo, a boa-fé pode figurar como um critério subjetivo, psíquico ou moral, isto é, o conhecimento do correto; um elemento jurídico, critério catalizador entre o fato e a norma; e como um princípio geral do direito. Como princípio geral do direito, manifesta-se como a proteção à legítima expectativa de uma certa conduta, ancoramento de certas finalidades em interesses comuns e proibição de condutas desleais. Isto, no direito dos tratados, além do *pacta sunt servanda*, significa não agir de tal modo que a concretização da justiça compactuada se torne impossível. Isso aplica-se, também, à relação dos inimigos uns para com os outros. No direito internacional, não necessariamente o estado de guerra libera as partes de deveres pactuais.⁹⁹

Para Túlio, é um dever gravíssimo, pois divino, agir com boa-fé, cumprindo as promessas e a justiça, inclusive na guerra. Um juramento é uma afirmação religiosa; sua questão central, porém, não é a fúria dos deuses, mas a honestidade. A dor moral, aqui, é mais terrível que a física – que Cícero nem considera, em si, um mal, sendo a deslealdade o pior de todos os males. Até entre os beligerantes – o orador romano afirma contundentemente – há direito e, portanto, juramentos e perjúrios. Túlio define perjúrio não somente como afirmar falsamente, mas não cumprir os juramentos: *Scite enim Euripedes: Juravi lingua, mentem iniuratam gero*,

⁹⁶ Cic., de Off., I, 7.

⁹⁷ Cic., de Off., I, 12.

⁹⁸ Cic., de Off., III, 29.

⁹⁹ GOODWIN-GILL; MCADAM, 2007. pp. 387-390; PIOVESAN *et al.*, 2020, pp. 329-354; Draft articles on the effects of armed conflicts on treaties 2011, art. 3º.

jurei com a língua, com minhas palavras, mas minha mente manteve-se não-jurada, como se nada eu tivesse prometido diante dos deuses.¹⁰⁰ Vejamos o exemplo que o próprio autor nos traz, o de Atílio Régulo. Sua morte – histórica ou lendária –, foi assim narrada: sendo prisioneiro dos cartagineses, mandaram-no a Roma para negociar trocas de prisioneiros ou termos de paz. Opondo-se aos termos, conseqüentemente, foi devolvido aos cartagineses para ser torturado até à morte – voltando voluntariamente, para cumprir um juramento que fizera a seus captores. Pode parecer um exemplo estranho e autodestrutivo – e, talvez por isso, muito estoico, lembrando que esta escola do pensamento não deixava de valorizar a mortificação e o suicídio –, mas ilustra bem o que Cícero considera por boa-fé para com os inimigos. Régulo, diz o orador, estava vinculado pelo dever de não violar as condições do acordo feito, durante a guerra, com um inimigo. Para inimigos justos e legítimos, todo o *ius fetiale* dos romanos e os direitos mútuos e comuns seriam válidos. Do contrário, o Senado não permitiria sua rendição.¹⁰¹

O terceiro ponto sobre a Guerra, em Cícero, parece lógico e razoável: depois de dizermos que a paz é o que precipuamente se pretende conquistar e que os inimigos devem ser tratados com boa-fé, faz sentido falar nos preceitos morais acerca do que se pode ou não fazer na guerra. Isso ensejará não só o estrito cumprimento do direito, mas, também, o valor da misericórdia. Começemos com o que, na mentalidade pragmática dos romanos antigos, seria, de fato, mais compreensível: o estrito cumprimento do dever ou do direito. Lembremos, antes, porém, que Cícero, por óbvio, não é kantiano: sua noção de dever não é a de um imperativo categórico. A ideia de dever estoica, que ele parece seguir, define-se como uma conduta razoável, boa e aconselhável. Contando com a razão reta, não precisa formular postulados de ações que seriam boas em todas as circunstâncias – isso, porque, a razoabilidade e senso prático levam em conta, também, o contexto. Nenhuma circunstância como o estado de guerra, para considerarmos a casuística dos princípios gerais de boa-fé e justiça. Aqui, porém, estamos falando de elementos, não de casuística. Com isso em mente, podemos partir para a ideia de Túlio: *Adeo summa erat observatio in bello movendo*, total era – referindo-nos aos antepassados dos contemporâneos do autor – a observância do direito na conduta da guerra.¹⁰² Pode parecer que falar elogiosamente da estrita observância do direito seria uma contradição no próprio pensamento de Cícero, que também diz: *Summum ius, summa iniuria*, o máximo direito é a máxima injustiça no mesmíssimo livro. Todavia, frases jogadas ao ar não nos dizem nada.

¹⁰⁰ Cic., de Off., III, 29.

¹⁰¹ Cic., de Off., III, 29.

¹⁰² Cic., de Off., I, 11.

No estrito cumprimento do direito, i.e., na aplicação geométrica da lei, sim, a injustiça pode ser realizada – dizemo-lo como um fato, não como um postulado moral. Pachukanis e Stučka criticarão duramente a teoria pura de Kelsen, chamando-a de *teoria do jogo de xadrez* ou *matematização do direito*.¹⁰³ Uma lógica de exegese, ademais, como a do *Code Napoléon*, não deixa abertura para a razoabilidade. Na “Oréstia”, Ésquilo narrara a instituição de uma nova justiça: não mais a justiça das deusas ctônicas, mas uma equidade, que combina a suavidade da misericórdia e a retidão. Essa virtude representada por Palas Atena, pedirá um estrito cumprimento das normas, na guerra, e, ao mesmo tempo, moderação. Ou seja, no cumprimento do dever, durante a guerra, a razoabilidade pedirá rigor e escrupulosidade; já no gozo dos direitos de triunfo, moderação e até abstenção. Isso porque, a paz é a finalidade.

Há deveres a serem observados para com aqueles que injuriaram – isto é, os que ofenderam a república e deram causa justa, segundo a noção de justiça da época, para o uso da força. *Est enim ulciscendi et puniendi modus*, há, outrossim, um limite e deve haver moderação para as represálias e as punições. A régua mestra que rege a condução da guerra, traçando os limites dos modos de ação, está no *ius fetiale* do povo romano, na equidade sagrada: *Ac belli quidem aequitas sanctissime fetiali populi Romani iure perscripta est*. Cícero, com base nessa ideia, elogia Catão, que permitira que seu filho Pompílio, mesmo depois de dispensado do serviço na Macedônia, tornasse a lutar, contanto que – e aí está o respeito pelas fórmulas sagradas, que à época ineriam no direito de guerra – este fizesse, outra vez, o *militiae sacramentum*, o juramento do dever militar. Do contrário, não seria lícito que ele lutasse contra o inimigo. Havia, portanto – diz Cícero, elogiosamente, com tons de triste nostalgia –, uma escrupulosíssima observância das prescrições para a condução da guerra. Não é justo, continua, que alguém vá lutar na batalha, não sendo um *miles*, guerreiro ou militar.¹⁰⁴

Mais interessantes, porém, para um internacionalista contemporâneo, são os deveres que Cícero propõe em relação aos inimigos vencidos – que, diga-se, muito têm a ver com os laços universais entre todos os seres humanos, da doutrina da Escola Estoica. Os que não foram desumanos e cruéis, na guerra, devem ser poupados. Ele recorda como os romanos, no passado, haviam recebido em sua comunidade política – *in civitatem acceperunt* – os tusculanos, os equinos, os volscos, os sabinos e os hérnicos, embora tenham destruído Cartago, Numância e Corinto. Lamentando por Corinto, Cícero sublinha – e aí está uma grave diferença entre Cícero

¹⁰³ STUCKA, 2015, p. 105; PACHUKANIS, 2017, pp. 76-77.

¹⁰⁴ Cic., de Off., I, 11.

e Francisco de Vitoria, que estudaremos adiante – que os cartagineses eram cruéis e descumpriam seus tratados.¹⁰⁵ Embora o mundo antigo fosse mais duro que a doutrina humanista que inspiraria, ambos poderiam concordar com a ideia, que resumimos na frase do Agamenon de Sêneca: *Quod non vetat lex, hoc vetat fieri pudor*, a lei – o direito da antiguidade – pode não proibir que se faça como se queira com o inimigo vencido, mas a decência, sim, proíbe.¹⁰⁶ Ainda que justifique a destruição dos inimigos cruéis e desonestos, Túlio diz que aqueles que são conquistados, geralmente, devem ser tratados com cordialidade e que os que se rendem, confiando na boa-fé do comandante inimigo, devem ser bem recebidos. Podemos considerar que esta afirmação viria de uma cosmovisão formada pelo estoicismo. Não o negamos, mas Cícero justifica-se, alegando os costumes do povo romano, que recebera, no passado, nações vencidas como clientes.¹⁰⁷ O autor, similarmente, põe na boca de Cipião, a predileção pela benevolência e amigabilidade, enquanto a paixão pela guerra gera selvageria e ferocidade.¹⁰⁸

1. 3. 2. O Direito Universal

Zenão de Cício, fundador do estoicismo, confirmando seu princípio de harmonia e felicidade, disse que a finalidade da vida humana se define de acordo com a natureza do homem e do universo.¹⁰⁹ O cosmo, portanto, e o ser humano têm uma natureza, que deve ser lida e à qual a conduta moral se deve adequar. Marco Aurélio, seguidor mais ortodoxo da Escola dos Pórticos que Cícero, dirigir-se-á ao próprio cosmo, como que em oração, dizendo que tudo o que for harmonia no universo, também, o será em sua vida. *Πᾶν μοι συναρμόζει ὅ σοι εὐάρμοστόν ἐστιν, ὃ κόσμος· οὐδέν μοι πρόωρον οὐδὲ ὀψιμον ὅ σοι εὔκαιρον*, tudo o que te convém me agrada, ó cosmo; nada do que é certo em ti é muito cedo nem tarde demais para mim.¹¹⁰

Sendo o ser inteligente que é, o ser humano pode avaliar o universo e a si mesmo e entender quais condutas deve seguir para alcançar a felicidade – essa é a base da moral estoica.

¹⁰⁵ Cic., de Off., I, 11-12.

¹⁰⁶ Sen., Troades, ll. 333-336.

¹⁰⁷ Cic., de Off., I, 11.

¹⁰⁸ Cic., de Rep.

¹⁰⁹ Laert., Zeno, VII, 87.

¹¹⁰ Marc., Med., IV, 23.

Daí, Cícero, ensina, por exemplo, no “*de Senectude*”, a ideia de que, para todos os que não cultivam meios para serem felizes, *omnis aetas gravis est*, todas as idades são custosas; todavia, para aqueles que procuram viver de acordo com as leis que a natureza inevitavelmente impõe, nada parece mau. Percebemos aqui, um termo interessante: *quod natura necessitas afferat*, o que a natureza necessariamente dispõe, promulga, determina. Túlio refere-se ao peso da idade, contra a qual nenhum consegue lutar. São trágicas as imposições da natureza, no mesmo sentido do direito não-escrito em “*Antígona*”, isto é, são inevitáveis.¹¹¹

Como a idade, a natureza impõe ao homem muitas coisas, independentemente de ser liberto ou escravo, grego ou romano etc. *Est quidem vera lex recta ratio naturae congruens, diffusa in omnes constans, sempiterna (...) nec erit alia lex Romae, alia Athenis, alia nunc, alia posthac, sed omnes gentes et omni tempore una lex (...)*, há uma só lei, a reta razão (*ὁρθὸς λόγος*), conforme à natureza, universal, eterna, não uma para Roma e outra para Atenas, nem uma para hoje e outra para amanhã, mas uma só para todos os povos, em todos os tempos.¹¹² Do mesmo modo, no “*de Legibus*”, o orador romano diz que há um direito ou uma justiça, que une a sociedade, e uma só lei que assim estabelece: *quae lex est recta ratio*, esta lei é a reta razão. De modo similar, João Paulo II dirá que a verdade, apesar de se expressar de modos diferentes, que variam, conforme é vivida, não deixa de ser a mesma realidade. Desse pensamento de Cícero e dos estoicos virá o *ius gentium*, antepassado consubstancial do direito internacional. Esta razão, de fato, está na natureza e não pode ser alterada; é parâmetro para as leis civis e sua violação é uma violência contra a natureza; e é conhecida imediatamente por todos os seres humanos. Assim, Christine de Pizan definirá o direito como ditado da reta razão, que se encontra com a sabedoria.¹¹³

Começamos pela imutabilidade da lei natural. Cícero mistura o jusnaturalismo estoico com ares de religiosidade, nesse ponto. No mesmo trecho do “*de Republica*”, Túlio diz que a lei natural, a reta razão é a conformidade com a natureza – *recta ratio naturae congruens* – e que foi escrita pelo dedo de Deus – *deus ille legis huius inventor*.¹¹⁴ Do mesmo modo, no “*de Natura Deorum*”, lê-se que o mundo e todas as suas partes receberam sua primeira ordem dos deuses e, por todo o tempo, administram-se por sua providência.¹¹⁵ Isso significa que o direito natural é uma imposição contra a qual não podemos lutar: não há nada que possamos fazer,

¹¹¹ Cic., de Sen.

¹¹² Cic., de Rep., III, 22.

¹¹³ Cic., de Leg., I, 42; “*Fides et Ratio*”, I, 1, 12; PIZAN, 1994, pp. 292 e seg.

¹¹⁴ Cic., de Rep., III, 22.

¹¹⁵ Cic., de Natura Deorum, II, 30.

enquanto seres humanos. A natureza – como os deuses – dita suas regras: e a nós, só nos resta obedecer ou padecer. Ovídio expressará isso nas suas “Metamorfoses”. Olhemos, por exemplo, o mito de Aracne: a tecelã, com sua arte, desafiou Minerva. Esta fez a grama crescer e as nuvens descerem do céu, para fazer sua tapeçaria; aquela, usou de seus meios humanos. E, no trágico final, Aracne foi transformada em aranha. Um ser humano, desafiando a ordem do universo, brutifica-se. Em contrapartida, segundo a doutrina estoica, a felicidade está em encontrar a harmonia. Outras culturas antigas expressaram doutrinas similares. Ptaotepe, por exemplo, comparando o mundo a um rio, diz que aquele a quem os deuses guiam não se pode extraviar; mas nunca poderá atravessar o rio da vida, aquele que se priva da barca da proteção divina.¹¹⁶

Tudo isso se resume em uma só ideia: não somos senhores do direito natural, que é imutável e muito maior que nós. Ademais, Cícero continua, *cui qui non parebit, ipse se fugiet ac naturam hominis aspernatus hoc ipso luet maximas poenas*, aquele que desobedece a esse direito, faz violência contra a própria natureza humana e, por isso arcará com as piores penas.¹¹⁷ Outrossim, tudo o que contradiz esse direito, deve ser considerado iníquo e cruel.¹¹⁸ Devemos perceber, portanto, que o direito natural em Cícero não é um dever-ser kantiano – o que seria a definição de direito que aprendemos de Hans Kelsen –, mas a própria realidade do cosmo. Podemos falar disso, nos mesmos termos em que Giovanni Reale fala sobre a verdade: se existe, é irrefutável, pois coincide com o princípio do ser, que esmaga, sem possibilidade de salvação, quem tenta evitá-lo.¹¹⁹

Os antigos, de modo geral, como exposto, divinizavam a cidade e suas leis. Os sofistas puseram, em sua doutrina, uma inimizade entre a ordem cósmica universal e o direito da pólis. Platão, por sua vez, trouxe a noção de arquétipo, para dizer que as leis humanas devem buscar uma justiça ideal. Todavia, os romanos, com sua língua e mentalidade jurídica, e os estoicos, com sua ideia de harmonia com a natureza, puderam expressar a relação entre o direito natural e o direito da pólis, de modo claríssimo.

A definição que inaugurará as Pandectas dirá que o direito é *ars boni et aequi*, a arte do bem e da equidade.¹²⁰ Sêneca, muito de acordo com a mentalidade estoica, dirá que toda arte não é senão a imitação da natureza: *Omnis ars naturae imitatio est*.¹²¹ Daí podemos concluir

¹¹⁶ PTAHHOTEP, 2001, p. 43.

¹¹⁷ Cic., de Rep., III, 22.

¹¹⁸ Cic., de Leg., I, 42.

¹¹⁹ REALE, 2014, p. 84.

¹²⁰ Dig., I, 1, 1.

¹²¹ Sen., ad Luc., LXV de Prima causa, 3.

que o direito da pólis seria a imitação do direito natural, isto é, uma tentativa de espelhá-lo. E, seguindo o padrão geral da visão de mundo estoica, podemos dizer que melhor será quanto mais conforme for à ordem cósmica universal.

Cícero não nega que as leis devem se basear nessa única lei natural. Muito pelo contrário, devem ser escritas e aplicadas em conformidade com a natureza. Quando não forem, porém, o direito torna-se causa de injustiça. Aqueles que se beneficiam da mentira e da corrupção, diz Túlio, subvertem o direito, por interpretações e construções fraudulentas. Daí que surge o grande ditado, ao qual o orador romano se refere: *summum ius, summa iniuria*, o máximo direito é a máxima injustiça.¹²²

A frase será referida por Cançado Trindade no seu voto vencido no *caso da Aplicação da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial*. A Corte extinguirá o processo, sem resolução do mérito, realizando uma interpretação lógica-gramatical do texto do tratado e depreendendo falta de cumprimento, por parte da Geórgia, de uma formalidade, discutivelmente essencial ao processo, antes de ingressar com a ação na Haia.¹²³ O dissidente, então, pronunciar-se-á, invocando o “*de Officiis*”, mostrando seu entendimento de que o sofrimento do povo é mais gritante que questões técnico-formalísticas. No caso *Ahmadou Sadio Diallo*, ademais, a Corte reconhecerá violação por parte do República Democrática do Congo, por uma prisão ilícita e arbitrária, aos direitos do Sr. Diallo e, portanto, uma compensação devida à República da Guiné.¹²⁴ Trindade questionará, em mais um voto vencido, o porquê de a compensação se dever não ao titular dos direitos violados, mas ao Estado. Ora, a Corte Internacional de Justiça será um órgão de jurisdição interestatal e por isso a compensação ao ofendido – que, mais naturalmente se pensaria – não será considerada. Por esses dois exemplos, vemos a gravidade do que Cícero ensina. Se o óleo da razão natural não entra nas engrenagens do sistema positivo, não o lubrifica. Isso não significa que Túlio despreze as normas positivas – ele foi um grande admirador do direito romano –, mas que entende que este deve, na produção e na aplicação, aproximar-se do que a razão natural impõe a todos os homens. Do contrário, o amargor resultante da injustiça e a desumanização advinda serão absolutamente insuportáveis.

¹²² Cic., de Off., I, 33.

¹²³ Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2011, p. 70; I.C.J. Reports 2011, Dissenting opinion of Judge Cançado Trindade, p. 234.

¹²⁴ Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 2010, p. 639; I.C.J. Reports 2010, Separate opinion of Judge Cançado Trindade.

É importante, nesse ponto, deixarmos um ponto claro: a régua da *recta ratio* vem para servir de parâmetro para a produção e aplicação da lei cívica. Similar à busca pela justiça arquetípica platônica, o direito humano deve imitar o direito natural. Ao contrário da ideia sofística, a tradição jusnaturalista que vem de Cícero não despreza o direito positivo, mas o considera parte da comunidade humana, que, por sua vez, decorre da natureza gregária do homem. A reta razão justifica, portanto, o direito humano positivo, mas *nec vero aut per senatum aut per populum solvi hac lege possumus*, nem o Senado, nem o povo podem derogar dessa lei.¹²⁵ Daí que Gaio dirá que a *ratio civilis* pode criar e extinguir os direitos civis, mas não os naturais. Isso será uma questão central do Entreguerras e do Pós-Guerra e, hoje, nos lugares em que ocorrem situações de *apartheid* e genocídio, com base em um princípio contranatural de que não-cidadãos não têm direitos.

Fazer a distinção, porém, entre direitos do cidadão e direitos naturais não é simples. O grande argumento kantiano do juspositivismo é a incognoscibilidade do direito natural. Kelsen não debate se o direito natural existe ou não, apenas recusa a possibilidade de conhecê-lo, ao modo do agnosticismo – isto é, não-conhecimento – de Immanuel Kant. Em Cícero, esta questão é dramática, porque não conhecer a lei da *recta ratio* implica correr o risco de violar o próprio ser humano enquanto tal. E, de dois modos, Túlio nos mostrará como a conhecemos: pela natureza e pelo tempo.

O primeiro é o que Jacques Maritain chama de conhecimento por conaturalidade. Quando explica a lei única, no “*de Republica*”, Cícero diz: *neque est quaerendus explanator aut interpres eius alius*, não carece de outro intérprete ou explicador, que não o homem por si só, que não a própria consciência humana.¹²⁶ Outra tradução poderia ser: não precisamos de intérpretes fora de nós mesmos. Isso significa que a lei única, a *recta ratio* está tão intrinsecamente presente na alma humana, que não seria possível não a conhecer. Podemos ter, em determinados períodos históricos e civilizacionais, diferentes níveis de *prise de conscience*, mas alguma noção de justiça ainda se tem. Por mais que os antigos gregos e chineses, por exemplo, não tivessem a noção da dignidade universal dos homens, ainda Platão e Confúcio exigiam que se tratasse os iguais com respeito e não como animais.

No “*de Natura Deorum*”, outrossim, Cícero nos mostra o segundo, isto é, o tempo. *Opinionis enim commenta delet dies, naturae iudicia confirmat*, o passar dos dias destrói as

¹²⁵ Cic., de Rep., III, 22.

¹²⁶ Cic., de Rep., III, 22.

opiniões e confirma o juízo da natureza.¹²⁷ A História nos mostra que as tentativas, por exemplo, de extinguir a justiça fragmentária das guildas, realizada pelos regimes absolutistas – o velho mundo de Vestfália – será um fracasso kafkiano. As câmaras de arbitragem e as práticas do mercado constituirão, no final do Século XX e início do XXI, uma nova *Lex Mercatoria*, que existirá para além dos sistemas jurídicos estatais. Isso porque, o ser humano é um ser relacional e circunstancial, que não precisa de uma codificação, para existir; o direito positivo, por sua vez, regula a vida social racionalmente, mas não cria a realidade.

1. 4. O Direito das Gentes

Em conjunto, a lei natural e o direito das gentes, na antiga Roma, começaram a transpor o limiar das ideias publicamente aceitas, dirá Maritain, relacionando o estoicismo, Cícero e o direito. Foi sob o invólucro protetor *da noção jurídica do direito das gentes que a noção filosófica de lei natural conseguiria impor-se explicitamente à consciência comum*. Assim, *prise de conscience* dos povos clássicos acerca dos temas do ser humano, da Cosmópolis e do direito natural penetrou no direito romano antigo até irrigar as páginas do Digesto. O direito romano, posteriormente, servirá ainda como paradigma de formação prática do direito internacional. Como dirá Westlake, os escritos dos juristas constituirão terreno comum para a solução de controvérsias internacionais. Vede, por exemplo, que Hugo Grócio usará a ideia de convenções particulares e públicas de Ulpiano, para elaborar sua doutrina sobre os tratados internacionais.¹²⁸

O que nos interessa precipuamente, porém, não é a estrutura formal do direito internacional, mas o conteúdo jurídico-filosófico dos direitos humanos. Precisamos, então, para finalizar esse capítulo, entender como a ideia de direito natural de Cícero entrou no pensamento jurídico.

Contardo Ferrini explica que, na cosmovisão romana, o direito em sentido objetivo seria uma norma de conduta (*iuris praecepta* ou *vóμος*). Esse conceito foi revisado, no decorrer da antiguidade até o direito bizantino, como o cânone do justo e do injusto, válido para todos, a não depender do arbítrio de ninguém (*ius commune*), fundamentado na natureza das coisas e

¹²⁷ Cic., de Natura Deorum, II, 2.

¹²⁸ MARITAIN, 1964, pp. 78 e seg.; WESTLAKE, 1910, pp. 14 e seg.; GROTIUS, 1901, pp. 166 e seg.

nas circunstâncias históricas. A medida da justiça, aqui, chama-se *aequitas*, equidade – que se traduz, inicialmente, como igualdade –, o critério teleológico e hermenêutico do direito. A finalidade do direito, para os romanos, era garantir sua efetividade na sociedade. Se a norma jurídica não restaura a harmonia perdida, é iníqua, o *iustum* – isto é, o que é conforme o *ius*, conforme-o-direito – contrapõe-se ao *aequum*. Aqui, Ferrini ressalta uma questão: essa desarmonia é sempre pontual: o direito não é a antítese da equidade, mas sua finalidade e régua interpretativa. Por isto, que Agostinho diz que as leis iníquas não são sequer leis, frase repetida por Martin Luther King Jr.¹²⁹

Na busca pela *aequitas*, com seu senso prático muito desenvolvido e em constante comunicação com as nações estrangeiras, os romanos não poderiam, simplesmente manter e aplicar em todos os casos, o *ius civile*. Este era o direito pátrio dos romanos, dos nacionais, dos cidadãos. Sua principal característica era a solenidade. Partia de uma razão civil, que os bizantinos chamavam *πολιτικός λόγος*. Com os estrangeiros, aplicavam o direito do comércio, *ius commercii*. Mas, a expansão do Império exigiu uma solução, com a qual a filosofia contribuiu substancialmente.¹³⁰

Deveria haver um direito aplicável para todo no Império Romano, cidadãos ou não. Não poderia ser o *ius civile*, nem o *ius commercii* apenas. O direito das gentes (*ius gentium*) definia-se, conforme os jurisconsultos, como aquele que se aplica a todos os homens. Trata-se, nas palavras de Cançado Trindade, da universalidade no respeito à diversidade.¹³¹ Portanto, como aponta Ferrini, era uma espécie de redução a um terreno comum desenvolvida jurisprudencialmente. Em sentido lato, o que é do *ius gentium* também é do *ius civile*, mas não o inverso. Diferenciava-se deste por ser isento de forma solene, simples na estrutura e livre na aplicação:

(...) ora, se noi ricerchiamo ne' varii istituti civili l'elemento comune ai diversi diritti, detraendo tutto quello che si riferisce al trattamento particolare, secondo l'uno di essi, otteniamo la pura e semplice sostanza del rapporto libera da formalità e da solennità esteriori. Sicchè più un istituto è semplice e ribelle ad assumere formalità per le ordinarie contingenze della vita (...) e più sarà comune la sua struttura ai varii diritti de' popoli coevi. I Romani, del resto, si limitarono ad osservare il fatto e a cercarne la ragione (che trovano nella naturalis ratio); non trassero conseguenze pratiche dirette. Indirettamente non si può dubitare che simili dottrine infuissero sulla sostanza

¹²⁹ Aug., De libero arbitrio, I, 5; KING JR, 1992; FERRINI, 1908, pp. 5 e seg.

¹³⁰ FERRINI, 1908, pp. 5 e seg.

¹³¹ TRINDADE et al., 2016, pp. 69-112.

dell'editto peregrino e sulla parte degli editti provinciali relativa ai non cives.
(FERRINI, 1908, pp. 10-11).¹³²

A universalidade e a simplicidade – exigências mútuas – do direito das gentes explicam-se pela *naturalis ratio*, resumida pelas exigências gerais da natureza humana e no regulamento que melhor se adapta. Savigny dirá, lendo as “*Institutiones*”, que o *ius gentium* é o direito primitivo, tão antigo quanto o próprio homem, fundando-se na natureza do espírito humano, que é a própria razão.¹³³ Não se confundem, porém, pois o direito natural se relaciona tanto com as gentes como com a *civitas*.

O direito das gentes, no entanto, ainda está fortemente pautado na *πολιτικός λόγος*: na antiguidade, Ferrini aponta, a escravidão era considerada *iuris gentium*, porém *contra naturam*, contranatural. Ainda há uma discrepância, aqui, entre as ideias de *νόμος* e *φύσις*. Mas não assumamos uma posição como a dos sofistas. O direito natural se apresenta pelos muitos direitos positivos singulares e pelo direito das gentes, estando estes em conformidade com as exigências da natureza humana. Mas esses direitos, embora tendam à equidade, nem sempre a alcançam. Não se trata de uma abstração derivada da dificuldade de aplicação das normas positivas, mas aquele direito que jamais contraria a *aequitas*, que sempre é bom e equo. Na humanidade – porque o direito natural engloba todo o mundo –, a *φυσικός λόγος*, a razão natural faz o direito surgir simples e espontaneamente das relações humanas.¹³⁴

Esta diferença encontrará centralidade na humanização do direito internacional. Um excesso de tecnicismo poderia remeter a uma visão westfaliana que exacerba o valor da solenidade. Isto é, reduz o direito às folhas dos tratados – o que poderia ser considerado contrário ao realismo aristotélico e ao jusnaturalismo estoico-ciceroniano. Uma visão clara de que há uma *φυσικός λόγος* despertará um sentido de teleologia na ideia de Estado: se assim for, nas palavras de Cançado Trindade, *a raison d'humanité impo[rá] limites à raison d'Etat*.¹³⁵

¹³² (...) ora, se procurarmos nas várias instituições civis o elemento comum dos vários direitos, deduzindo tudo o que diz respeito ao tratamento particular, segundo cada uma delas, obteremos a substância pura e simples da relação livre de formalidades e solenidades externas. Assim, quanto mais simples e rebelde for uma instituição a assumir formalidades para as contingências ordinárias da vida (...) tanto mais comum será a sua estrutura aos diversos direitos dos povos coevos. Os romanos, de resto, limitavam-se a observar o facto e a procurar a sua razão (que encontravam na *ratio naturalis*); não tiravam consequências práticas diretas. Indiretamente, não se pode duvidar que tais doutrinas influenciaram a substância do édito peregrino e a parte dos éditos provinciais relativa aos non cives – tradução livre.

¹³³ SAVIGNY, 1878, pp. 366 e seg.

¹³⁴ FERRINI, 1908, pp. 5 e seg.

¹³⁵ TRINDADE *et al.*, 2016, pp. 69-112.

Cap. 2º. A Encarnação do Verbo: O Mundo e o Ser Humano Ressignificados

Na antiga cidade de Atenas, em meio aos filósofos estoicos e epicuristas, que muito discutiam na Ágora, aos templos dos deuses celestes e às seitas mistéricas, há um modesto altar, dedicado ao *Άγνωστος Θεός*, o Deus desconhecido. Um dia, um homem oriundo de Tarso toma a palavra e anuncia aos gregos em nome deste Deus. Disse ele de um Deus, que nos cria – não que nos criou no pretérito, mas nos cria, no sentido de que, também, sustenta nossa existência no presente –, de quem somos filhos e que tem um plano escatológico para a humanidade.¹³⁶ Toda sua doutrina pode ser resumida – tal como no Símbolo dos Apóstolos e no Credo Niceno-Constantinopolitano¹³⁷ – na ideia de que há um só Deus, a Santíssima Trindade – uma única Natureza e três Pessoas divinas, Pai, Filho e Espírito Santo. Dessas Pessoas, a Segunda se encarnou e nasceu de uma mulher humana, a Virgem Maria e, sendo crucificado, abriu as portas do céu para a humanidade outrora corrompida.¹³⁸

A doutrina de Pedro, Paulo, João e dos demais apóstolos de Jesus Cristo não é uma escola filosófica, mas uma religião. O que interessa nesse capítulo é que se apresenta como uma doutrina universal, a oferecer aos seres humanos uma relação íntima e pessoal com Deus. Vede, por exemplo, que Simão Pedro jamais fora um homem de letras, como Cícero, que era

¹³⁶ Act., XVII, 23-34; GUERRA, 1980a., p. 312.

¹³⁷ Ambos os textos estão presentes no Catecismo da Igreja Católica. Credo Símbolo dos Apóstolos: *Creio em Deus, Pai todo-poderoso, Criador do Céu e da Terra; e em Jesus Cristo, seu único Filho, nosso Senhor, que foi concebido pelo poder do Espírito Santo; nasceu da Virgem Maria; padeceu sob Pôncio Pilatos, foi crucificado, morto e sepultado; desceu à mansão dos mortos; ressuscitou ao terceiro dia; subiu aos Céus; está sentado à direita de Deus Pai todo-poderoso, de onde há de vir a julgar os vivos e os mortos. Creio no Espírito Santo; na santa Igreja Católica; na comunhão dos Santos; na remissão dos pecados; na ressurreição da carne; na vida eterna. Amém;* Credo Símbolo Niceno-Constantinopolitano: *Creio em um só Deus, Pai Todo-Poderoso, criador do céu e da terra, de todas as coisas visíveis e invisíveis. Creio em um só Senhor, Jesus Cristo, Filho Unigênito de Deus, nascido do Pai antes de todos os séculos; Deus de Deus, luz da luz, Deus verdadeiro de Deus verdadeiro, gerado, não criado, consubstancial ao Pai. Por ele todas as coisas foram feitas. E por nós, homens, e para nossa salvação, desceu dos céus e se encarnou pelo Espírito Santo, no seio da Virgem Maria, e se fez homem. Também por nós foi crucificado sob Pôncio Pilatos; padeceu e foi sepultado. Ressuscitou ao terceiro dia, conforme as Escrituras, e subiu aos céus, onde está sentado à direita do Pai. E de novo há de vir, em sua glória, para julgar os vivos e os mortos; e o seu reino não terá fim. Creio no Espírito Santo, Senhor que dá a vida, e procede do Pai e do Filho; e com o Pai e o Filho é adorado e glorificado: ele que falou pelos profetas. Creio na Igreja, uma, santa, católica e apostólica. Professo um só batismo para remissão dos pecados. E espero a ressurreição dos mortos e a vida do mundo que há de vir. Amém.* (CIC, §§ 142-184). Vide, também, os artigos do Credo, nos sermões de Ronald Knox (KNOX, 1949) e a introdução ao Cristianismo de Bento XVI (RATZINGER, 2004). Fórmulas similares, com alterações em alguns detalhes, podem ser encontradas em outras confissões, sem, contudo, sair da crença básica na Santíssima Trindade. Para a tradição ortodoxa, podemos ver “Símbolo da Fé” no ritual da Divina Liturgia e no livro de orações, ambos disponíveis no site da missão da Igreja Russa (<protecaodamaededeus.org/material>). Para versões protestantes, podemos olhar, por exemplo, o artigo 2º, §4º, dos Cânones Metodistas (COLÉGIO EPISCOPAL, 2023, p. 44) ou o “Book of Common Prayer” (disponível em <churchofengland.org>).

¹³⁸ GUERRA, 1980c., pp. 324 e seg. e 346 e seg.

advogado, senador e literato; mas, sendo pescador, foi a pedra, o primeiro apóstolo, o primaz, que a tradição católica chama de Supremo Pontífice e que a ortodoxa reconhece ao menos como *Primus Inter Pares*, o primeiro dos iguais. Daí que o anel do Papa será o *Anulus Piscatoris*, o do pescador.

O próprio Cristo não era um filósofo, mas um *faber*, um trabalhador manual, um carpinteiro.¹³⁹ Sua doutrina, porém, parece que se adaptou a todos, desde o rude pescador Pedro, até o erudito Nicodemos, membro do Sinédrio. A Verdade, diz João Paulo II, apresenta-se a todos e fala todas as línguas. Na gentilidade, aprendeu a falar uma nova: a filosofia. A pré-história do humanismo europeu ocorre, quando o cristianismo começa a falar em linguagem filosófica. Tal será a proficiência dessa nova língua aprendida pela religião, que, encarando a teologia cristã, Nietzsche dirá que a fé dos apóstolos é, também, a de Platão, que identifica a verdade com o divino.¹⁴⁰

Toda a supercultura romano-helenística – inclusive a filosofia e o direito – serão banhadas pela nova religião. Esta, em contrapartida, para a construção da sua teologia, beberá das fontes clássicas, não se fiando tão somente nas escrituras judaicas. São João identifica Cristo-Deus com o *Λόγος*, Logos, na sua narrativa do Evangelho. Clemente de Alexandria, Gregório Nazianzeno e Agostinho de Hipona introduzirão as ideias de Platão, em seus escritos teológicos. Ambrósio de Milão espelhará Cícero, no seu “*de Officiis ministrotum*”. E, redigindo a Vulgata – o texto que definiu a língua da erudição da Europa Ocidental por séculos –, São Jerônimo usou o latim, a mesmíssima língua de Virgílio.¹⁴¹

Em meio a essa ebulição teológica, as ideias de ser humano, Cosmópolis e direito natural aparecerão em diversos escritos. Separamos três fontes principais, onde doutrinas acerca dessas ideias – anteriormente só estudadas pelos filósofos pagãos – se manifestam. O primeiro e mais antigo é São Paulo, que traz a fé cristã à gentilidade. Depois, em segundo lugar, os Padres da Igreja e os Primeiros Concílios, que desenvolveram o conceito de *πρόσωπον*, pessoa. E, por fim, Tomás de Aquino, que sistematizará os conceitos filosóficos, jurídicos e teológicos, compreendendo as ideias acerca do ser humano e do direito, germinando-as do terreno fértil de sua piedade.

¹³⁹ Mat., XV, 54-55.

¹⁴⁰ “*Fides et Ratio*”, I, 1, 12; CARPEAUX, 2012, pp. 110 e seg.; TURC, 1958, p. 80; NIETZSCHE, 1974, p. 283.

¹⁴¹ CARPEAUX, 2012, pp. 110 e seg.; TURC, 1958, p. 80.

2. 1. São Paulo: O Apóstolo das Gentes

“São Paulo” é um nome que nos desperta todo tipo de pensamento. É a maior cidade da América do Sul. É o nome da Catedral Anglicana de Londres – *Saint Paul’s Cathedral* – e de uma das mais belas basílicas de Roma – *San Paolo fuori le Mura*. O impacto cultural de sua pessoa só não supera o de seu Mestre, cujo nascimento divide a história. Mas, para além dos pulcríssimos monumentos e honras político-geográficas que leva consigo, Paulo de Tarso foi um homem. Poderíamos descrevê-lo de muitos modos particulares: fariseu, cidadão romano, fabricante de tendas etc. Mas tudo isso fica aquém do que ele atribuiria para si como o sentido da sua própria vida e como ele mesmo se definiu várias vezes: apóstolo de Jesus Cristo.¹⁴²

Membro da Tribo de Benjamin, criado segundo a tradição farisaica, Paulo (5 d.C – 67 d.C.) – ou, antes, Saulo, latinização de Saul (שׁוּל), nome do primeiro rei de Israel – estudou na escola de Gamaliel, onde aprendeu a Lei de Moisés e as tradições rabínicas. Para além da cultura do hebraico e do aramaico, familiarizou-se muitíssimo com a Escola dos Pórticos e com a língua grega. Outrora grande perseguidor dos seguidores de Jesus de Nazaré, converteu-se ao cristianismo, após uma experiência mística: ao cair do seu cavalo, viu Jesus Cristo, que lhe perguntou: *Saul, Saul, quid me persequeris?*, Saulo, por que tu me persegues? Desse momento em diante, pregou o nome de Cristo nas sinagogas, foi perseguido pelo Sinédrio – pelos fariseus e saduceus – e exigiu seus direitos como cidadão de Roma. Ele escreveu para os judeus e os gentios, com um impressionante dom de línguas e, por isso, ficou conhecido como Apóstolo das Gentes. Foi mandado à Cidade Eterna, onde, segundo Eusébio de Cesareia, foi martirizado pela perseguição de Nero.¹⁴³

Paulo não era um filósofo, mas, em seu espírito, estava uma doutrina profunda acerca da irmandade universal dos povos e, logicamente, da ideia de uma lei natural comum a todos – que, como veremos, expressou em termos estoicos. Tendo sido educado segundo o judaísmo e desejando espalhar a doutrina de Jesus Cristo, aprendeu a falar a língua dos filósofos e poetas. E, portanto, muitas contribuições, suas cartas trouxeram para a tradição intelectual, que fundará o direito internacional.

¹⁴² I Cor., I, 1; II Cor., I, 1; Gal., I, 1; Eph., I, 1; Col., I, 1; I Tim., I, 1; II Tim., I, 1; Tit. I, 1.

¹⁴³ Historia ecclesiastica, II, 22, 3; Act., IX-XXVIII, 6; DANIEL-ROPS, 1988, pp. 56 e seg.

2. 1. 1. A Irmandade Universal

O Cristianismo – propondo-se como uma religião universal –, mais que Alexandre e Otávio, mais que Zenão e Marco Aurélio, rompeu a muralhas, fronteiras e barreiras, que separavam os homens. Os judeus eram, segundo o sangue, descendentes de Abraão e Sara; os gregos, de Deucalião e Pirra; os romanos, de Enéas. Os apóstolos trouxeram um tipo de familiaridade que transcende o *ius sanguinis*: a filiação divina. Todas as ascendências comuns foram substituídas por Deus Pai. Todos os feitos heroicos de Teseu e Hércules, pela Crucificação de Cristo Jesus, o Παντοκράτωρ, Aquele que a tudo governa. A maternidade particular da *Venus Genetrix* dos romanos, pela da Virgem Maria – κόσμον παντὸς Κυρία, a Senhora do universo todo. Hannah Arendt diz que as lendas políticas se encerraram abruptamente com o Cristianismo, dando lugar à sua interpretação da história humana como uma só via, até a redenção e a salvação, totalmente inclusiva. Isto tudo, porque não como as religiões celestes e étnico-políticas – e.g., a olímpica, a romana ou a egípcia –, o Cristianismo é uma religião eminentemente ultramundana.¹⁴⁴

Paulo expressa a doutrina cristã acerca da filiação divina e, portanto, da irmandade universal de todos os seres humanos, com base em dois grandes pilares da religião, que tiveram que ser expressos no dialeto dos filósofos: a semelhança entre o ser humano e Deus e a ideia de humanidade una e divinizada.

Na redação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, a representante paquistanesa, Ikramullah, declarou que, diante das injustiças, para corrigi-las, o elemento divino, presente no ser humano, se manifesta.¹⁴⁵ De origem hebraica, São Paulo esteve muitíssimo familiarizado com a doutrina de Moisés sobre a criação. O livro dos “Gênesis” apresenta a narrativa teológica da antropogonia, de um modo particularmente interessante: *Et ait Deus: ‘Faciamus hominem ad imaginem et similitudinem nostram*, assim Deus falou: – Façamos ser humano à nossa imagem e semelhança. *Et creavit Deus hominem ad imaginem suam; ad imaginem Dei creavit illum*, e Deus criou-o à sua imagem, segundo a imagem de Deus, Ele o criou.¹⁴⁶ O conteúdo simbólico e religioso dessas frases contém muito mais que um

¹⁴⁴ ARENDT, 1976, p. 208; GUERRA, 1980b., p. 336.

¹⁴⁵ A/C.3/SR.90.

¹⁴⁶ Gen., I, 26-27.

mero plural majestático e um estilo semítico antigo de repetição. Aqui, está escrito que a humanidade se assemelha ao próprio Deus de maneira especial.

Fílon de Alexandria, um judeu helenístico, chega a se perguntar o que significa dizer que o ser humano fora formado e feito à imagem e semelhança de Deus. E dá uma resposta, usando termos da filosofia grega:

O homem formado é o homem sensível-perceptível e um retrato do tipo inteligível. Mas o homem feito de acordo com a forma é inteligível e incorpóreo e retrato do arquétipo na medida em que é visível. E é uma cópia do sinete original. E isso é o Logos de Deus, o primeiro princípio, a ideia arquetípica, o pré-mensurador de todas as coisas. Por essa razão, o homem que foi formado como por um oleiro foi formado a partir do pó e da terra, com respeito ao corpo. E adquiriu espírito quando Deus lhe soprou vida na face. E a mistura de sua natureza era uma mistura do corruptível com o incorruptível. Pois o que é de acordo com a forma é incorruptível, vindo de uma natureza invisível, a partir do que é simples e puro. (DE ALEXANDRIA, 2015, p. 60).

São Paulo, por sua vez, vai mais além, na compreensão da relação entre o ser humano e o Logos Divino, que os judeus chamavam de Sabedoria – traduzido para o latim, como *Verbum*, Verbo ou Palavra. Segundo a doutrina dos evangelistas, o Santo Arcanjo Gabriel anunciou à Virgem Maria que Deus se encarnaria, ao passo que Ela respondeu: *Ecce ancilla Domini; fiat mihi secundum verbum tuum*, eis-Me aqui, a Escrava do Senhor, seja-Me feito segundo a tua palavra.¹⁴⁷ E, assim, *Verbum caro factum est et habitavit in nobis*, a Segunda Pessoa da Trindade encarnou-se e habitou entre nós.¹⁴⁸ Trinta e três anos depois, após o grande sacrifício, voltou para o Céu.¹⁴⁹ Essa foi a humanização do divino, para a divinização do humano; isto é, a inserção da humanidade na realidade trinitária. O que isso significa resume-se na locução de São Pedro, que nos chama de *divinae consortes naturae*, participantes da natureza divina.¹⁵⁰ Nesse sentido, São Paulo afirma com muita força, no seu sermão no Areópago, que nós, também, somos da raça ou da família de Deus: *Ipsius enim et genus sumus*.¹⁵¹ Essa frase é uma referência ao poeta grego Ataro de Solos, que diz: *τοῦ γὰρ καὶ γένος εἰμὲν*, pois nós somos, de fato, da sua prole.¹⁵² Do mesmo modo, São João escreve entusiasmamente: *Videte qualem caritatem dedit nobis Pater, ut filii Dei nomine mur, et sumus!*: vede a tamanha caridade que o

¹⁴⁷ Lc., I, 38.

¹⁴⁸ Jo., I, 14.

¹⁴⁹ Mc., XVI, 19; Lc., XXIV, 51.

¹⁵⁰ II Pe., I, 4. Ver também: CIC, § 1692.

¹⁵¹ Act. 17, 28.

¹⁵² Phaenomena, V.

Pai nos deu, para que sejamos filhos de Deus.¹⁵³ Aí está, pois, a radicalidade, da dignidade humana.¹⁵⁴

Essa ideia de dignidade está profundamente relacionada com a noção de que, em cada ser humano, está a imagem divina. Isto apresenta muitas implicações. Uma é o caráter relacional dos seres humanos: o Catecismo aponta que, a semelhança da unidade das Pessoas Divinas entre Si – Pai, Filho e Espírito Santo – resplandece na comunhão das pessoas humanas.¹⁵⁵ Outra está na racionalidade e sentido de justiça. Gregório de Palamás dirá que o desejo insaciável do homem por conhecimento (*γνώσις*) é uma indicação muito clara de que a mente humana fora criada à imagem da Sabedoria de Deus.¹⁵⁶ Em si, ademais, por sua semelhança com Deus, o homem tem escrito um sentido moral, que lhe permite discernir, pela razão, o bem e o mal, a verdade e a mentira.¹⁵⁷ Ambas as implicações foram tratadas por São Paulo, nas suas cartas. Assim sendo, adiante, devemos, na nossa pesquisa, observar dois elementos: a supranacionalidade dessa capacidade comunitária e a ideia de um direito universal.

A comparação entre a relação interpessoal divina e humana fica muito clara na última ceia, quando Cristo diz: *ut omnes unum sint, sicut tu, Pater, in me et ego in te, ut et ipsi in nobis unum sint*, que todos sejam um, Pai, como Tu em mim e Eu em Ti, que todos sejam um em Nós.¹⁵⁸ Isso se relaciona muito com a ideia de que o ser humano é da família de Deus, que exploramos acima. Em sua carta aos Gálatas, São Paulo escreve: *Omnes enim filii Dei estis per fidem in Christo Iesu*, todos são, pois, filhos de Deus, por sua fé em Jesus Cristo – e continua adiante: *non est Iudaeus neque Graecus, non est servus neque liber, non est masculus et femina; omnes enim vos unus estis in Christo Iesu*, não há judeu, nem grego, nem servo, nem livre, nem homem, nem mulher, mas todos são um em Cristo.¹⁵⁹ O comentário da Faculdade de Teologia da Universidade de Navarra diz, então, que, a partir daí, desaparecem todas as diferenças entre os crentes.¹⁶⁰

A ideia de universalidade na unidade dos cristãos, diga-se, não é de aculturação, mas de deificação das culturas. São Paulo muitas vezes censurou seus seguidores que desejavam impor

¹⁵³ I Jo., III, 1.

¹⁵⁴ CIC, § 1700.

¹⁵⁵ CIC, § 1702.

¹⁵⁶ Capita 150, §37.

¹⁵⁷ CIC, § 1954.

¹⁵⁸ Jo., XVII, 21.

¹⁵⁹ Gal., III, 26-28.

¹⁶⁰ CASCIARO *et al.*, 2018, p. 1248.

os costumes judaicos para a gentilidade.¹⁶¹ Outrossim, jamais as tradições estéticas e artísticas da antiguidade foram rompidas pela presença do Cristianismo. A simplificação que caracteriza a arte bizantina não significa perda de sofisticação, mas uma expressão de piedade, que manteve todos os elementos da técnica herdada dos antigos.¹⁶²

Isso tudo representa bem como os apóstolos quiseram apresentar sua religião: um ensinamento divino universal, *καθολικός*. Ou seja, mostrar que o Deus de Abraão – que, para os gregos e latinos, era o Deus Desconhecido – não era só dos judeus, mas de toda a humanidade. Daí, diga-se, que surge o afã proselitista da religião cristã: todos são chamados à salvação ultramundana, independentemente da origem étnica.¹⁶³ Na carta supramencionada, São Paulo completa sua ideia, dizendo: *Si autem vos Christi, ergo Abrahae semen estis*, se sois de Cristo, também sois da descendência de Abraão.¹⁶⁴ Dentre os primeiros cristãos, outrossim, poderíamos encontrar pessoas de origem judaica, como a Virgem Beatíssima e Maria de Magdala, e também gentios, como Tito e provavelmente Cláudia Prócula.

O Cristianismo significou, pois, o rompimento de fronteiras, com uma concomitante – por mais paradoxal que pareça – preservação das culturas receptoras da fé. Não há limites de tempo, nem de espaço. Joseph Ratzinger diz que, na antiguidade, a adoração do Deus único fora legada a Israel; os gentios poderiam adorá-lo com os israelitas, mas apartadamente. Somente a fé cristã, com sua universalidade *definitivamente conquistada da Paolo*, definitivamente conquistada por Paulo, permitiu a adoração de todos os povos. A identificação do Deus dos filósofos e do Deus concreto da religião hebraica foi o evento que revolucionou a história universal.¹⁶⁵

2. 1. 2. A Lei da Consciência

Se retornarmos, por um instante, ao capítulo anterior, encontraremos, no pensamento de Cícero, uma ideia muito similar a esta que Paulo traz em sua epístola: há uma só lei, escrita nos corações de todos os homens, para todos os povos. O Apóstolo das Gentes era de origem

¹⁶¹ GUERRA, 1980a., p. 329.

¹⁶² GOMBRICH, 1995, pp. 133 e seg.

¹⁶³ GUERRA, 1980b., p. 342.

¹⁶⁴ Gal., III, 29.

¹⁶⁵ RATZINGER, 2023, p. 34; GUERRA, 1980a., p. 364.

judaica. Para ele, portanto, a Lei de Deus havia sido escrita nas tábuas de Moisés. O Orador Romano jamais tivera isso em sua cultura; nem mesmo os Livros Sibilinos, talvez seus textos religiosos mais importantes, poderiam se comparar em simplicidade, clareza e normatividade com o Decálogo. No entanto, sendo a humanidade uma coisa só e todos os homens similarmente preciosos para Deus, parece pouco razoável que um povo apenas, conforme essa doutrina, retivesse toda a ciência do justo e do injusto para si.

A fé cristã é bem clara, em sua soteriologia: Jesus Cristo é o único caminho de salvação. Disso, deduz-se uma valoração negativa das demais religiões. Inobstante, mantém-se aberta a possibilidade de felicidade eterna, por meio de um encontro com Deus, graças à razão. Há, com efeito, uma identificação, como vimos anteriormente, entre o Logos divino e o logos humano. Vem, então, a ideia de que Deus deu ao homem o conhecimento da justiça, isto é, de como viver retamente.¹⁶⁶

Não podendo, a gentildade, contar com o direito divino positivo, São Paulo esclarece: *Cum enim gentes, quae legem non habent, naturaliter, quae legis sunt, faciunt, eiusmodi legem non habentes ipsi sibi sunt lex*, pois, como para os não-judeus não foi dada a lei, apesar de não a possuírem, têm-na em si.¹⁶⁷ Já se lia, do mesmo modo, no livro de Jeremias: *Dabo legem meam in visceribus eorum et in corde eorum scribam eam*, dou-lhes a minha lei em suas vísceras e, no seu coração, a escreverei.¹⁶⁸ E o Apóstolo continua, dizendo que ostentam as exigências de lei em suas consciências, também chamadas de “a voz de Deus”. – Esse é o ponto de confluência entre Cícero e São Paulo: há um direito natural e toda a gente o conhecem, ou seja, não precisa ser ensinado.¹⁶⁹ Trata-se, com efeito, em ambos os autores, de um imperativo imutável, porém flexível o suficiente para se manifestar nas variações históricas. Subsiste sob o fluxo das ideias e dos costumes, validando ou invalidando as regras, por sua própria implacabilidade. Conseguimos compreender essa natureza pela própria consciência moral humana.¹⁷⁰

Há algo na interioridade de cada ser humano – a se manifestar nas relações –, que parece indicar uma noção primitiva de justo e injusto. Lewis diz que, por toda a terra, há uma “curiosa”

¹⁶⁶ GUERRA, 1980b., p. 347.

¹⁶⁷ Rom., II, 14.

¹⁶⁸ Jem., XXXI, 33.

¹⁶⁹ Rom., II, 15; CASCIARO et al., 2018, p. 1200; LEWIS, 2001, pp. 1 e seg. Tanto é considerado um ponto de confluência entre ambos os autores, que Ratzinger e Wojtyła, no Catecismo da Igreja Católica, citam a referência à reta razão do “*de Republica*”, para explicar a ideia presente na Epístola aos Romanos. (CIC, §1.956).

¹⁷⁰ CIC, §1.958.

noção de que as pessoas devem comportar-se de determinada maneira. A religião de Paulo deu uma resposta: a consciência, Sacrário do coração humano, aplica a Lei Divina em todos os casos e ressoa nos ouvidos do coração humano, clamando para que o bem seja praticado e o mal, evitado. A ideia do imperativo de consciência pode ser discutível. Afinal, culturas diversas apresentam valores diversos. Outrossim, as várias ideologias apresentarão noções de moral multiplíssimas. Todavia, se compararmos o Davi de Bernini e o de Michelangelo, não poderíamos dizer que, apesar das formas dramaticamente diferentes, são substancialmente diversos ou que retratam duas pessoas distintas. Do mesmo modo, não podemos dizer que Ptaotepe, Eclesiastes, Platão e Confúcio são incomunicáveis e que não têm nada em comum. Há uma pluralidade enorme na apresentação, na forma, no contexto, mas o conteúdo é espantosamente coincidente. Fato é que as diferenças não são muito grandes. É possível reconhecer a mesma consciência fluindo pela humanidade, apesar de meras convenções assessórias.¹⁷¹

Quando observamos a diferença da moralidade de um grupo para outro, geralmente os colocamos em um balanço. A própria ideia de progresso não parece ser possível, se as mudanças que o implicaram não foram boas. Se a apreciação da ética não fosse melhor ou mais profunda comparativamente, no tempo e no espaço, Lewis observa que não faria sentido criticar as grandes atrocidades da história. Não haveria, portanto, diferença objetiva entre a moral cristã e a moral nazista. Assim sendo, parece necessário e até desejoso que se conclua que, sim, há um Norte, ou ao menos, um mínimo ético humanamente redutível.¹⁷²

O Catecismo da Igreja Católica diz que o direito natural, presente nos corações e estabelecido pela razão, exprime a dignidade da pessoa e determina a base dos seus deveres e direitos fundamentais. Isto significa que a consciência é livre e pode discernir prudentemente o bem do mal, isto é, o que viola e o que preserva a natureza humana. Como um juízo racional, pode, portanto, perceber o que é justo e reto e aplicar os princípios da moralidade em determinadas circunstâncias, com um discernimento prático. Essas faculdades, que aparecem resumidas no texto de São Paulo, são sinais daquilo que a teologia considera como dignidade humana, isto é, a semelhança entre o homem e Deus, porque *[a] lei é declarada e estabelecida pela razão como uma participação na providência*. Para clarificar o que se entende por razão, podemos voltar a Gregório de Palamás. Nos “*Capita*”, ele atribui quatro significações para o termo *λόγος*, razão. O primeiro é o *προφορικός λόγος*, a *ratio dicta*, a palavra que se expressa

¹⁷¹ CASCIARO et al., 2018, p. 1200; CIC, §1.776; LEWIS, 2001, pp. 1 e seg.

¹⁷² LEWIS, 2001, pp. 9 e seg.

em sons e, portanto, pertence ao corpo movido pela mente. A segunda é o *ἐνδιάθετος λόγος*, a imagem mental que precede o proferimento do verbo dito. A terceira, *λόγος ἐν διάνοια*, uma palavra no sentido de “conceito” ou “ideia”, que se forma gradualmente na mente. E, por fim, a terceira significação: *λόγος ἐμφύτως ἡμῖν ἐναποκείμενος τῷ νῷ*, o verbo como o conhecimento latente da mente. Este último pode ser aplicado analogamente ao homem, na sua relação de similitude com Deus.¹⁷³

Ter naturalmente conhecimento interior da justiça, portanto, não é uma forma de instinto. Não é isso que São Paulo quer dizer, ao falar do conhecimento cordial da lei. Se, na mente de uma criatura há dois instintos conflitantes e nada mais, o mais forte sempre prevalecerá. Todavia, diz Lewis, se escutamos nossa consciência moral, geralmente tenderemos ao mais fraco dos nossos impulsos. Por exemplo, por mais que o instinto de autopreservação diga o contrário, seria desumano permitir que outra pessoa morra afogada: há heroicidade em arriscar a vida. Nisso está um elemento intrigante sobre a natureza e a dignidade humana: podemos renunciar a bens imediatos livremente. O imperativo interior da consciência humana é capaz de considerar como melhor aquilo que é menos conveniente. Aliás, o mal pode ser desejável. Vede, por exemplo, que, em uma guerra, o traidor do inimigo é sempre muito útil. Todavia, nenhuma honradez e respeito ele recebe. Vede que a quebra dos laços de confiança, embora favorável, nesse caso, não é motivo de consideração, mas prova de insidiosidade e, portanto, causa de suspeita. Isto, aliás, também nos ajuda a distinguir a consciência moral dos instintos. Afinal, dela, podemos tirar outra característica da natureza humana: sua lei está cravada nos corações, mas a quebramos. O motivo que a doutrina de Pedro, Paulo e seus sucessores dá é o que se chama de pecado original ou ancestral. Ou seja, o interior humano não é perfeitamente ordenado e, portanto, a inteligência, embora possa discernir o justo do injusto, está obscurecida e debilitada.¹⁷⁴

2. 2. Os Padres da Igreja: O conceito de pessoa

Nos trabalhos preparatórios da Declaração Universal, Charles Malik defenderá que a pessoa humana transcende a identidade nacional, devendo ser livre, sua consciência, por si

¹⁷³ CIC, §1.956 e §§ 1.777-1.780; Capita 150, §35.

¹⁷⁴ CASCIARO et al., 2018, p. 1200; LEWIS, 2001, pp. 1 e seg., 16 e seg.

preciosa. Pavlov olhará com suspeita e dirá que os direitos individuais devem ser ordenados, tendo em vista as obrigações para com a comunidade. Eleanor Roosevelt, levantar-se-á, para defender Malik, invocando princípios individualistas. O delegado libanês, embora grato pelo apoio, deixará claro que a noção de “pessoa”, por ele defendida, tem nuances além da mera ideia de “indivíduo”. Insuficientes, as ideias marxistas e as tradições do pensamento anglo-americano, aos olhos do delegado-filósofo. A pessoa humana, disse, constrói-se significativamente por suas relações com a família, com a comunidade, com a nação e com Deus. Mary Ann Glendon diz que essa antropologia desafiará tanto o estatismo do bloco soviético, quanto o individualismo ocidental.¹⁷⁵

A ideia de “pessoa”, que vai além da individualidade, tem suas origens na teologia dos primeiros séculos do Cristianismo. Isso Malik tinha bem claro, dado que era um conhecedor dos escritos de São Tomás. No entanto, uma questão importante deve ser considerada: os teólogos tratam de “Pessoa” com maiúscula, referindo-se, portanto, a Deus. Essa noção desenvolveu-se, com os concílios, que consolidaram a doutrina cristã: a divindade de Jesus Cristo, sua consubstancialidade com o Pai e o Espírito, a maternidade divina de Maria etc.¹⁷⁶

Os teólogos nunca, porém, quiseram antropomorfizar a Trindade – o que Xenófanes criticava na religião olímpica –, isto é, não pretendiam basear a personalidade divina na humana, mas, sim, fazer o caminho inverso. Logo, neste ponto, trataremos como a patrologia abordou a questão teológica de “pessoa” e, portanto, entenderemos como ela seria aplicada analogamente no caso dos seres humanos.¹⁷⁷

Embora, materialmente, os estudos dos Padres da Igreja fossem eminentemente teológicos, seu “dom de línguas” fez com que utilizassem a linguagem filosófica, para sua comunicação com seus contemporâneos. Isso levou Gonzague Turc a dizer que, fazendo uso da filosofia grega do último período, construíram a “armadura intelectual” da Idade Média, isto é, de Tomás de Aquino e John de Salisbury – e, portanto, de seus sucessores, que estudaremos aqui, como Francisco de Vitoria.¹⁷⁸

Vimos acima que a religião cristã pode ser definida por seu “monoteísmo trinitário”. Diferentemente do monoteísmo simples, como o do Islã, a ideia cristã de Deus resume-se em

¹⁷⁵ GLENDON, 2011, pp. 200 e seg.

¹⁷⁶ GUERRA, 1980a., p. 331.

¹⁷⁷ LLORDA, 2009, pp. 542 e seg.

¹⁷⁸ TURC, 1958, p. 80.

uma única Natureza Divina e três Pessoas.¹⁷⁹ A Segunda dessas três, o Logos, fez-se homem no seio da Virgem Maria: uma das Pessoas Divinas tem, também, natureza humana. É entorno desses mistérios, que o conceito foi discutido pelos Padres da Igreja, nos Concílios. Os mais importantes acerca desse tema foram o de Éfeso e o de Calcedônia.

O Concílio de Éfeso atacou a controvérsia nestoriana. Nestório defendia a separação das duas naturezas de Cristo, divina e humana. Cirilo, o Patriarca de Alexandria do Egito, com apoio dos delegados pontifícios de Celestino I, opunha-se a essa doutrina, defendendo a ideia de união hipostática – isto é, que Jesus é totalmente Deus e totalmente Homem, duas naturezas em uma só Pessoa. A mobilização para o concílio partiu do Imperador Teodósio II, que em 431 d.C., reuniu as autoridades eclesiais. Leu-se toda a correspondência entre São Cirilo e Nestório, a sentença do Papa no prévio Sínodo de Roma – que condenou o nestorianismo – e uma série de textos autoritativos. O povo de Éfeso estava fervoroso: quando a devoção pela Mãe de Deus (*Θεοτόκος*) foi proclamada como dogma da Igreja Universal e Nestório solenemente deposto de sua posição na hierarquia, houve grande festa. O dogma da Maternidade Divina de Maria foi a confirmação da união hipostática das duas naturezas de Cristo. As duas fórmulas, que saíram do concílio foram: *ένωσις καθ' υπόστασιν* união hipostática ou por sobreposição e *ένωσις φυσική*, união de naturezas. Isso marcou a soteriologia cristã com a ideia da divinização da natureza humana pela encarnação do Verbo.¹⁸⁰

O Concílio de Calcedônia, por sua vez, confirmou a ideia de união hipostática. No ano 451 d.C., ocorreu, com a participação de cerca de seiscentos prelados, tendo recebido uma epístola dogmática do Papa Leão Magno. Esta carta foi reconhecida como documento de fé pelos líderes eclesiais e recebeu apoio dos co-imperadores, Élia Pulquéria e Marciano. O Símbolo da fé de Calcedônia explica que há diferença entre as naturezas de Cristo, divina e humana, mas que nenhuma se suprime pela união. Mantêm-se, todavia, suas propriedades e confluem-se em uma só hipóstase. A cristologia desse concílio firmou a distinção entre as duas naturezas e a unidade pessoal de Cristo.¹⁸¹

A partir de então, a teologia vem distinguindo as noções de *substância ou natureza e pessoa*: *μία ουσία τρεις υπόστασις*, uma só natureza e três pessoas.¹⁸² Essa doutrina sobre a divindade, por analogia, pode ser aplicada – guardadas as suas devidas proporções – para a

¹⁷⁹ GUERRA, 1980a., pp. 346 e seg.

¹⁸⁰ RAMOS-LISSÓN, 2005, pp. 375 e seg. e 378 e seg.; LLORDA, 2009, pp. 527 e seg.

¹⁸¹ LLORDA, 2009, pp. 542 e seg.; RAMOS-LISSÓN, 2005, pp. 387 e seg.

¹⁸² MATEO-SECO, 2008, pp. 601 e seg.; ver, também, de São Gregório Nazianzeno, *Oratio*, 42, 16.

humanidade. Da perspectiva da religião, o ser humano santificado é como o Véu de Verônica, a figura estampada do rosto de Deus, com todas as feridas e amarguras. Ele não faz deuses à sua imagem, mas deixa que o divino o sacralize. Para nós, que estamos estudando a filosofia do direito, isso significa que a ideia de Pessoa Divina estampa suas características no conceito de pessoa humana. Como veremos adiante, o conceito de pessoa vai muito além do de indivíduo, porque necessariamente implica as dimensões racional, relacional e volitiva.

O termo “pessoa” que utilizamos hoje vem da teologia latina e foi introduzido por Tertuliano. O autor cristão antigo traz do oriente o vocábulo *πρόσωπον*, traduzindo-o para o latim, na fórmula – *tres personae, una substantia*, três pessoas, uma única substância.¹⁸³ A palavra, em ambas as línguas, originalmente designava as máscaras que os atores utilizavam no teatro grego. Para não dar a entender que as Pessoas divinas são formas de manifestação de Deus (modalismo), Agostinho de Hipona afirma contundentemente que o Pai não é o Filho e que ambos não são o Espírito Santo.¹⁸⁴ Essa é a doutrina que foi consolidada no Símbolo “*Quicumque*”, adotado por Roma. “Pessoa”, nesse sentido, tem um aspecto de *distinção*.¹⁸⁵

Além disso, expressa algumas características próprias dos seres que se designam por esse termo. Trata-se de seres ontologicamente *inteligentes e livres*, que agem conforme essa natureza. Assim sendo, surge mais uma capacidade necessária da “pessoa”: a *relação*. Com efeito, aliás, todos estes elementos estão na definição de Boécio, o homem que encerrou a Antiguidade na história da filosofia: *rationalis naturae individua substantia*, substância individual de natureza racional.¹⁸⁶ Como vimos, a teologia seguiu esta distinção conceitual, que se resume na doutrina de Tertuliano: a *substantia divina*, natureza, que se identifica com a unicidade, e as *substantivae res* ou *personae*, coisas substanciais ou pessoas¹⁸⁷ – esse matiz nos mostra que a pessoalidade não deve ser tratada como acidente, mas como essência. Temos, portanto, dois elementos principais, no conceito de pessoa: a substancialidade e a individualidade.¹⁸⁸

A substancialidade é um elemento que nos leva de volta a Aristóteles. O termo substância pode ser definido como o ente, a coisa ou o sujeito do qual se predica. Para que possamos considerar algo como tal, será necessário que haja forma substancial. Nas pessoas, a

¹⁸³ Adversus Praxem, VII.

¹⁸⁴ De Trinitate, VII, 4, 7.

¹⁸⁵ MATEO-SECO, 2008, pp. 601 e seg.

¹⁸⁶ De Duabus Naturis, III.

¹⁸⁷ Adversus Praxem, VII.

¹⁸⁸ MATEO-SECO, 2008, pp. 601 e seg.

intelectualidade é a forma mais perfeita de substancialidade. Vede: Aristóteles, no seu “*de Anima*”, já compreendera a capacidade intelectual como algo que vai muito além da vida vegetativa e sensitiva. Partindo da sua teoria hilemórfica, o Filósofo identifica a matéria com a potencialidade – o que se chama de substância (οὐσία) – e a forma com a enteléquia (ἐντελέχεια) – isto é, o ser em ato.¹⁸⁹ Com base nisso, Mateo-Seco chega à noção de pessoa, como substância constituída pela alma como enteléquia do corpo. Essa transposição de ideias é possível, porque, nos seres racionais, a mente (νοῦς) é um elemento ontológico. Vede, por exemplo, o que se lê no livro III da obra supracitada: ὥστ’ ἐκείνοις μὲν οὐχ ὑπάρχει νοῦς (ἄνευ γὰρ ὕλης δύναμις ὁ νοῦς τῶν τοιούτων), ἐκείνῳ δὲ τὸ νοητὸν ὑπάρχει, os objetos materiais não terão mente por si, pois a mente é o poder de tornar-se sem matéria, e, portanto, tem o atributo de ser seu próprio objeto.¹⁹⁰

A individualidade, por sua vez, significa, nas palavras de Edith Stein, o atributo de ser ele mesmo e não outro. Esta identidade pessoal (*selfness*) é a base daquilo que chamamos “meu”. O coração, a alma e a mente não são coisas sociais, embora o ser humano seja naturalmente um animal gregário.¹⁹¹

Junto da racionalidade, a individualidade permitirá a relação. Voltemos, então, à definição de Boécio: a racionalidade encerra o que a pessoa é em si.¹⁹² Podemos partir dessa ideia para as possibilidades, ou – melhor dizendo – para uma concreta: a comunicação. Aristóteles encerra o seu “*de Anima*” com a seguinte afirmação: ἀκοὴν δὲ ὅπως σημαίνειται τὴν αὐτᾶ, γλωτταν δὲ ὅπως σημαίνει τὴν ἑτέρῳ, ele ouve para receber informação e tem uma língua, para que a transmita aos seus companheiros. Não se trata cá, porém, de mera troca de informações – que até os animais fazem –, mas de uma comunicação intercórdial. Ou seja, se a intelectualidade é a completude e a perfeição da substancialidade, está na base da autodoação consciente e livre. Isso não significa a perda de si mesmo, mas evidencia a individualidade substancial, voltando-se, justamente por causa da razão, à capacidade de relação interpessoal (*communio personarum*). Agostinho, assim sendo, no livro V do “*de Trinitate*”, dirá que a pessoa é relação – *sed dici etiam relative* –, que o Pai é *ad Filium*, enquanto o Filho é *ad Patrem* e o Paráclito *ad Patrem et Filium*. *Id est non ad se, sed ad aliquid quod ipse non est*, isto é, a pessoa se volta não para si mesma – o que seria o egoísmo –, mas para o que ela não é.¹⁹³ Não

¹⁸⁹ Ari., de Anima, II, 1-2.

¹⁹⁰ Ari., de Anima, III, 1.

¹⁹¹ STEIN, 1964, p. 36; MARITAIN, 1960, pp. 82 e seg.

¹⁹² MATEO-SECO, 2008, pp. 601 e seg.

¹⁹³ De Trinitate, XV, 3, 5.

seria possível a relação interpessoal sem distinção de pessoas. Essas mesmas características se aplicam à pessoa humana, de modo que a individualidade não contradiz a relacionalidade, mas ambas estão presentes na personalidade.¹⁹⁴

Deve restar claro que, na personalidade, o individual e o social, na experiência humana, não se opõem mutuamente. A própria solidão necessária para a criatividade exige a presença da dimensão relacional, que se projeta para o interior e para o exterior. Em outras palavras, o mundo particular da pessoa humana alimenta-se das relações e conhecimentos que advém de fora. Daí que podemos voltar ao tema da cela solitária, atacando mais uma vez o problema do isolamento:

Even if the people in one's life are not particularly sympathetic or supportive, it becomes difficult to bear the weight of existence in isolation from others. In this sense, solitary confinement makes even solitude impossible; isolated from social life, even one's sense of individuated personhood threatens to dissolve. As a Woman who experienced pretrial solitary confinement in Denmark explained, "The person subjected to solitary confinement risks losing her self and disappearing into a non-existence" (...). (GUENTHER, 2013, pp. xii-xiii).¹⁹⁵

2. 3. O Doutor Angélico: A Grande Síntese de Tomás de Aquino

A definição de “pessoa” de Boécio, construída em cima dos escritos dos Padres da Igreja, adentrou ao Medievo. Vimos, até então, que os três fundamentos que o estoicismo legou aos direitos humanos já sofreram uma modificação: no capítulo anterior, falávamos do ser humano, da Cosmópolis e do direito natural. Em São Paulo, encontramos a imagem e semelhança de Deus, a universalidade da filiação divina e um aprofundamento acerca da consciência do justo e do injusto. Na patrologia, olhando para as tentativas de explicar as doutrinas trinitárias e cristológicas, vimos desenvolver-se uma noção de “pessoa”, muito além do indivíduo ou da pólis, mas formada de razão e relação. Esta última ideia será, no Medievo, esmiuçada e explicada por Tomás de Aquino (1225 - 1274), na “*Summa Theologiae*”, na qual,

¹⁹⁴ MATEO-SECO, 2008, pp. 601 e seg.

¹⁹⁵ Ainda que as pessoas presentes na sua vida não sejam particularmente compreensivas e encorajadoras, continua difícil carregar o fardo da existência isolada dos outros. Assim sendo, a cela solitária impossibilita a solidão; isolado do convívio social, o ser humano tem senso de personalidade ameaçado. Como uma mulher que experimentara a cela solitária, antes de seu julgamento na Dinamarca, explicou: “Uma pessoa sujeita à solitária corre o risco de perder-se, de desaparecer, da inexistência”. – Tradução livre.

também, encarará a natureza humana e a noção de justiça. Mas, como veremos, não se preocupará demasiadamente com a ideia de Cosmópolis, dadas as circunstâncias geopolíticas da época. No entanto, com essa base – seu aprofundamento nos conceitos de Pessoa Divina, imagem e semelhança de Deus e justiça e direito –, o neoescolástico, Francisco de Vitoria, retornando ao estoicismo, fundará o direito internacional e escreverá na língua filosófica de Maritain e Malik.

O Medievo começa com a tomada de Roma por Odoacro e a abdicação forçada do imperador-criança, Rômulo Augusto, em meio ao choque entre a brutalidade e a supercivildade. Desde então, os anglos, os saxões, os ostrogodos, os visigodos, os francos e os romanos (bizantinos) estiveram definindo as fronteiras, guerreando uns contra os outros. Seria, porém, injusto dizer que o milênio conhecido como “Idade Média” foi uma era das trevas. A Europa ocidental, nesse período, não foi uma grande noite de dez séculos, mas *foi fecunda em criações artísticas, meditações filosóficas e realizações jurídico-políticas, de profundo significado para a história da civilização*. Como dissemos acima, o Cristianismo, propondo-se como religião universal, não atuou por aculturação, mas por deificação da cultura. Assim como os elementos da arte helenística foram herdados pelos bizantinos, a cultura germânica dos bárbaros foi aos poucos impregnada pelo ideal cristão de que a cidade do homem deveria estar subordinada ao seu fim sobrenatural, a “Cidade de Deus”.¹⁹⁶

Retrocedendo um pouco no tempo, vemos que, assim como os filósofos da “República” de Platão, os homens de oração foram ao encontro dos senhores bárbaros, que viriam a ser os protetores. O primeiro pai desses religiosos foi certamente São Bento. Os beneditinos trouxeram a história e as ciências para a vida dos bárbaros, ajudaram a extinguir a prática das ordálias e ensinaram-nos a *respeitar o direito acima da força, pondo esta a serviço daquele*. Os povos germânicos eram guerreiros indômitos, cuja selvageria foi educada, dando origem à cavalaria. A imagem do cavaleiro tornou-se um símbolo do domínio da razão sobre a matéria. Canalizando a perigosamente superabundante energia bélica dos germânicos, a Igreja passou a admitir a existência de uma força justa, lembrando dos bravos guerreiros do Antigo Testamento. Esses códigos de cavalaria foram um ensaio prático de um “*ius in bello*”. Os direitos e deveres dos cavaleiros constituíam, porém, apenas uma das muitas ordens jurídicas do medievo. Hoje, nós nos confundimos com qualquer expressão de heterarquia jurídica, mas no mundo dos cavaleiros, dos feudos, das guildas, corporações de ofício e dos muitos costumes locais, a noção

¹⁹⁶ DE CICCIO, 2017, pp. 97 e seg.

de um direito estatal imposto e codificado estava muito longe da realidade. As leis de Carlos Magno, por exemplo, eram instituídas conforme as necessidades e não procurando prever o futuro. A referência dos juristas posteriores seria o direito romano e o canônico, a nortear o grande tecido ricamente costurado com os muitos fios das tradições imemoriais.¹⁹⁷

Com o desenvolver da história, reis, imperadores e papas, senhores e prelados foram protagonistas de disputas e arrependimentos. São Gregório VII chegou a excomungar Henrique IV, por suas tentativas de ingerência na ordenação episcopal no Sacro Império. Do mesmo modo Thomas Becket foi morto por sua oposição a Henrique II. Daí que o antigo assistente do Arcebispo, John de Salisbury, chegou a defender a subordinação do rei à lei. Do mesmo modo, o Clero e a Nobreza obrigaram João Sem Terra a assinar a Magna Carta de 1215, entronando o princípio de *rule of law*, o império do direito. Os franceses, todavia, tiveram mais sorte com seu monarca, Luís IX, cuja bondade e justiça são celebradas nos altares. Durante seu reinado, prosperavam as novas ordens mendicantes, os Frades Menores de São Francisco e os Pregadores de São Domingos. Um dos dominicanos, um nobre italiano, que, contrariando a vontade dos pais, seguiu sua vocação divina, tornou-se um dos mais brilhantes intelectuais do séc. XIII, com o diferencial de ser, com certeza, o mais profundo. Em sua filosofia – ricamente inspirada pelos antigos, especialmente Aristóteles, e cultivada na sua piedade –, Tomás de Aquino aplicava o método dialético, isto é, do debate entre os argumentos diferentes, com a relação das objeções feitas e a conclusão da veracidade da resposta. Nela, ele elaborou toda uma doutrina jurídica: a *lex aeterna*, lei eterna, é a própria razão de Deus, a governar as causas criadas, está escrita na natureza humana e, portanto, constitui a lei natural.¹⁹⁸ Adiante, desenvolveremos, estudando a “Suma”, a ideia de pessoa, de direito e de relação jurídica e interpessoal.

2. 3. 1. A Ideia de Pessoa na Suma Teológica

Assim como os Padres da Igreja, Tomás de Aquino trata da ideia de “pessoa”, no estudo do dogma trinitário, na primeira parte da Suma Teológica. O cuidado com os detalhes é uma grande marca desse pensador. Não tratamos aqui de um poeta, mas de um lógico,

¹⁹⁷ DE CICCIO, 2017, pp. 97 e seg.

¹⁹⁸ DE CICCIO, 2017, pp. 107 e seg.

criteriosissimamente organizado. O tema em pauta foi tratado na vigésima nona *quaestio*. Nela, o Doutor Angélico revisou a definição de Boécio, para torná-la mais precisa e expressiva. No lugar de *substantia*, ele inclui *subsistentia*, para indicar que a “pessoa” existe por si, isto é, que é indistinta de si mesma e distinta dos demais em sua própria natureza. Ademais, partindo desse câmbio semântico, São Tomás aborda detalhadamente a questão da “relação” levantada por Agostinho, enquanto subsistente na realidade divina.¹⁹⁹

O primeiro artigo da *quaestio* 29 da primeira parte já aborda o problema da definição. Ele inaugura seu *respondeo* com uma distinção entre indivíduo e substância. Trata-se da diferença entre o universal e o particular: respectivamente, um é espécie e o outro, gênero. Aos indivíduos do gênero “substância” dá-se o nome de “hipóstases” ou “substâncias primeiras”. Esse tipo particular realiza-se plena e perfeitamente no que podemos chamar de “substância racional”, isto é, a que age por si mesma, a que tem o domínio de seus atos e não apenas se move por ação, como as demais. *Et ideo etiam inter ceteras substantias quoddam speciale nomen habent singularia rationalis naturae. Et hoc nomen est persona*, assim sendo, entre as demais substâncias, os indivíduos de natureza racional têm o nome especial de “pessoa”. – Aqui, São Tomás está utilizando ainda a definição de Boécio: substância individual de natureza racional.²⁰⁰

Fica bem claro que, para compreendermos o conceito de pessoa, precisamos aprofundar na ideia de substância. Este termo, com efeito, possui dois significados que o frei medieval conseguiu tirar da filosofia de Aristóteles (Metafísica, V). O primeiro é a “quiddidade” (*quidditas*) da coisa, que se exprime na definição. Quando queremos definir algo, estamos procurando o que isso tem de substancial. O nome grego que se dá a esse sentido de substância é *οὐσία* ou essência. O segundo sentido refere-se ao sujeito ou supósito (*suppositum*) que subsiste no gênero “substância”. Dentro desse sentido, podemos designar por três palavras: ser da natureza, subsistência e hipóstase. Cada um desses termos significa um aspecto da substância enquanto sujeito. *Ser da natureza* indica que ela é o sujeito de uma natureza comum: por exemplo, um homem individual é um ser da natureza humana. Enquanto existe em si mesma e não em outro, chama-se *subsistência*, pois subsiste, não é em outra realidade que a própria. E chamar-se-á *hipóstase*, enquanto sujeito dos acidentes – que se definem como aquilo que inere

¹⁹⁹ MATEO-SECO, 2008, pp. 601 e seg.

²⁰⁰ S.T., I, q. 29, a. 1.

na substância, e.g., a cor, o tamanho etc. O que estes três nomes significam para o gênero substância, conclui, o termo “pessoa” é para o gênero das substâncias racionais.²⁰¹

Partindo dessas ideias, Tomás de Aquino dá sua definição de “pessoa”, enquanto subsistência. Em suma, podemos dizer que se trata daquilo que *subsistens in rationali natura*, subsiste em uma natureza racional. Também, podemos dizer que “pessoa” é uma *hypostasis proprietate distincta ad dignitatem pertinente*, uma hipóstase distinta por uma qualidade própria à dignidade. São Tomás relaciona ambas as definições, dizendo: *Et quia magnae dignitatis est in rationali natura subsistere*, é grande a dignidade de subsistir em uma natureza racional. Por isso que se atribui a noção de personalidade a todo indivíduo dessa natureza.²⁰²

Em Deus, a relação é subsistente. Com efeito, de modo geral, segundo Aristóteles, relação é um tipo de acidente e, portanto, não pode subsistir por si mesma. Por que, então, essa ideia seria relevante para a antropologia filosófica que se esconde por detrás dos direitos humanos? Como tratamos anteriormente, a ideia de pessoa que transpusemos para a humanidade vem do estudo estritamente teológico. Assim sendo, seria imprudente deixar de abordar a esta questão. Quando Tomás de Aquino se questiona se o termo “pessoa”, em Deus, significa relação, ele volta às definições previamente estabelecidas nos artigos anteriores. Daí, diz que, em qualquer natureza, significa o que é distinto nessa mesma natureza. Por exemplo, na humanidade, estas carnes, estes ossos e esta alma são os princípios individualizantes do ser humano. As Pessoas Divinas também são distintas entre Si, mas, por sua Natureza, a relação em Deus é essencial.²⁰³

Se a relação for entendida como acidente, diz Mateo-Seco, ela pertence ao sujeito, mas São Tomás está afirmando que se trata da mesma essência divina. Assim sendo, trata-se de uma relação que subsiste por si mesma. Logo, temos, por exemplo, a mesma Deidade – Deus – e a Paternidade Divina, isto é, Deus-Pai. Daí que São Tomás conclui que a mesma Relação Divina é enquanto subsistente, a refletir a unicidade da Substância Divina. Na teologia trinitária, as relações constituem, distinguem e referem as Pessoas Divinas entre Si. Isto significa ser totalmente para o outro – aí voltamos a Santo Agostinho –, ou seja, encontrar a própria identidade precisamente em sua referência mútua. Daí que vem a definição de São João – *Deus caritas est*, Deus é Amor, Caridade –: a vida trinitária é de eterna doação.²⁰⁴

²⁰¹ S.T., I, q. 29, a. 2.

²⁰² S.T., I, q. 29, a. 3.

²⁰³ S.T., I, q. 29, a. 4.

²⁰⁴ MATEO-SECO, 2008, pp. 601 e seg.; I Jo., IV, 16.

De modo geral, ademais, percebemos que a comunicação interpessoal se expressa, na sua melhor forma, enquanto referência mútua de amor ou amizade. Esse é o grande critério distintivo que – mais uma vez, repetimos – liga a relacionalidade e a individualidade, de modo indissociável. Em pluralidades nas quais se encontra algo comum – como na Divina e na humana –, é preciso procurar algo de distintivo. Portanto, São Tomás prefere dizer que as pessoas ou hipóstases se distinguem por suas relações. Isto significa que, enquanto a pessoa se considera ontologicamente como substância, dialogicamente reconhece-se como comunhão e doação. Isso se dá perfeitamente na vida íntima de Deus.²⁰⁵

Para o ser humano, sua imagem e semelhança, há um certo princípio de unidade que ultrapassa a individualidade particular, a formar a sociedade organicamente. Ou seja, as pessoas humanas naturalmente se associam, tornando-se devedoras de dedicação umas para as outras. A família e a comunidade civil correspondem mais imediata e necessariamente à natureza do ser humano. Para a humanidade, a relação implica um grande elemento finalístico: *ajuda-o a desenvolver suas qualidades enquanto pessoa*. Com efeito, Deus é pleno por Si mesmo, mas os seres humanos precisam se enriquecer por suas relações, porque em seu universo interior, há um grande vácuo.²⁰⁶

Em suma, o que a teologia tomista nos diz sobre a ideia de relação é que ela é distintiva e definitiva. Em Deus, trata-se de algo que subsiste. No ser humano, se retirada, faz-lhe perder a si mesmo. Tragicamente, esse aspecto da natureza humana é imutável. Voltemos, por exemplo, à cela solitária. Esse tipo de punição, nas prisões, levou muitos à loucura. Tirar de alguém a sua possibilidade de se relacionar é matá-lo um pouco. Do mesmo modo, na atualidade, a separação de famílias refugiadas por autoridades migratórias tem sido um drama, tomado como expressão da desumanidade. Os direitos humanos, assim, pretendem preservar as relações, no sentido de dar às pessoas a liberdade de desenvolvimento pleno.

Temos, até aqui, estabelecido o conceito de pessoa, como substância individual ou hipóstase – e, portanto, ser relacional –, singularmente definida por sua natureza racional – e, portanto, por sua consciência e liberdade.²⁰⁷ Isso foi estabelecido no estudo acerca de Deus. Todavia, essas ideias se aproveitam, no tocante ao próprio ser humano, porque se considera a pessoa humana como imagem e semelhança do divino. Essa noção de personalidade incorpora, portanto, os elementos de racionalidade, liberdade e igualdade, enquanto faculdades humanas,

²⁰⁵ S.T., I, q. 40, a. 2.; MATEO-SECO, 2008, pp. 601 e seg.

²⁰⁶ CIC, § 1.880.

²⁰⁷ S.T., I, q. 29, a. 1.

presentes no artigo 1º da Declaração Universal: *Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência (...).*

São Tomás não foge dos escritos de seus predecessores, quando aborda a questão da *racionalidade*, como prova da imagem e semelhança de Deus. Por força da sua natureza intelectual, o ser humano assemelha-se ao divino. Ele, portanto, atinge o máximo da sua similitude, na medida em que a natureza racional pode imitá-lo. Essa natureza O imita, naquilo em que Deus Se conhece e ama; e, assim sendo, a sua imagem no ser humano poderá ser vista de três maneiras. A primeira é a aptidão natural humana – que se encontra em sua alma espiritual – para amar e conhecer o divino, o que é comum a todos. A segunda, a depender da graça, é a imagem por conformidade, a habituação imperfeita desse amor. A terceira, a perfeição e a atualidade do conhecimento e do amor pelo divino: semelhança da glória. São Tomás, então, com base nesse terceiro sentido, passa para a distinção das três espécies de imagem: a da criação – que está em todos os seres humanos, por natureza –, a da nova criação – nos que agem com justiça por hábito – e a da semelhança – nos que encontram a beatitude pela graça. A que mais nos interessa, tratando-se da filosofia dos direitos humanos, é a imagem natural.²⁰⁸

O Doutor Angélico, adiante, faz uma distinção entre o ser humano e as demais criaturas, segundo essa natureza criada. Deus colocou sua semelhança em tudo o que fez, mas apenas nas criaturas racionais a pôs a modo de imagem. Nas demais, a colocou na forma de vestígio, como pegadas deixadas no chão ou as cinzas que sobraram de uma fogueira. É justamente pelo intelecto ou pela mente que a criatura dotada de razão transcende as demais. A plena realização da imagem de Deus nos seres criados racionais, portanto, está na sua intelectualidade; ao passo que, a semelhança ao modo de vestígio se encontra na dimensão física imanente. Ou seja, na mente, a semelhança é específica da Trindade Incriada: imita-se a Deus não somente no que Ele é e vive, mas também no que conhece. As outras criaturas não conhecem intelectualmente, mas apresentam vestígios do intelecto que as produziu. A teologia diz que Deus se distingue pela geração eterna do Verbo ou Logos – isto é, sua Segunda Pessoa –, da parte de quem profere – i.e., a Primeira – e pela processão do Amor de Um e de Outro – ou seja, a Terceira. Se considerarmos a criatura racional, na qual se encontra processão do verbo na inteligência e do amor na vontade, pode-se falar de uma imagem da Trindade Incriada, por força de uma representação específica. Nas criaturas brutas, não há princípio, verbo e amor, apesar de apresentarem vestígios de que esses três termos as causaram ou produziram, como a forma de

²⁰⁸ S.T., I, q. 93, a. 4.

uma obra demonstra a concepção do artista. No ser humano – composto de corpo e alma –, a semelhança se dá de ambas as formas, como imagem, segundo a mente, e vestígio, enquanto nas outras partes.²⁰⁹

A semelhança acima tratada, no pensamento de Tomás de Aquino, pautado na tradição teológica precedente, implica a liberdade do arbítrio. Ou seja, como tratamos anteriormente, a atuação moral humana não é instintiva. Do contrário, todos os conselhos, as exortações, os preceitos, as proibições, as recompensas e os castigos seriam vãos. Há coisas que agem sem julgamento: e.g., a pedra que se move para baixo e igualmente todas as coisas que não têm o conhecimento. Outras agem com julgamento, mas sem liberdade: por exemplo, os animais: quando uma ovelha vê um lobo, julga que é preciso fugir. A isso, São Tomás chama de julgamento natural por instinto. O ser humano, porém, julga livremente, por comparação da razão. Isto porque, sua potência cognoscitiva permite-lhe decidir fugir de alguma coisa ou procurar por algo. O julgamento racional, portanto, é livre, podendo ser orientado para diversos objetos.²¹⁰

Sendo racionais e livres, distinções desumanizantes serão, por conseguinte, contranaturais. Christine de Pizan traz uma denúncia gravíssima: diz que, por causa da dureza dos maridos – ferimentos, crueldades, insultos, humilhações e ultrajes –, muitas mulheres passam sua vida fatigante em maior sofrimento do que se fossem escravas dos sarracenos.²¹¹ As sociedades antigas, não surpreendentemente, eram, com muito efeito, machistas – coisa que se encontra até hoje. Talvez, o exemplo clássico seria o de Atenas. Tanto Aristóteles como Filo de Alexandria propuseram o papel da mulher e sua natureza, como coisas secundárias e subservientes. No entanto, São Tomás, dando passos largos, considerou a dignidade do feminino, elevando-a de modo espantoso para seus contemporâneos. Vejamos, primeiramente, o que ele diz sobre a natureza intelectual do ser humano: o Doutor Angélico entende que a imagem de Deus se contra tanto no homem como na mulher. Por seu teocentrismo, afirma que a esta não é para o fim do daquele, mas que ambos são para um fim comum. Com isso, pode-se dizer que o que se pretende é mostrar a igualdade entre os dois, no que constitui o essencial da imagem de Deus – a vida espiritual –, enquanto o resto é apenas relação funcional e temporal.²¹² A funcionalidade imanente, porém, não se justifica de toda forma. O teólogo

²⁰⁹ S.T., I, q. 93, a. 6.

²¹⁰ S.T., I, q. 83, a. 1.

²¹¹ PIZAN, 1982, pp. 118-119.

²¹² S.T., I, q. 93, a. 4.

medieval não abandona o texto dos Gêneses: *fuit mulierem formari de costa viri*, a mulher foi formada da costela de Adão. E continua: *Primo quidem ad significandum quod inter virum et mulierem debet esse socialis coniunctio*, primeiramente, para significar que, entre ambos, deve haver um convívio de sociedade. *Neque enim mulier debet dominari in virum: et ideo non est formata de capite*, não deve dominar o homem e, por isso, não foi feita do crânio. *Neque debet a viro despici, tanquam serviliter subiecta: et ideo non est formata de pedibus*, tampouco deve ser desprezada pelo homem – aí está o largo passo, que supera Aristóteles –, como se fosse servilmente submetida, daí que não foi feita dos pés.²¹³

2. 3. 2. A Justiça na Relação das Pessoas Humanas

Depois das considerações acerca da pessoa humana, de sua natureza relacional e de sua dignidade, podemos analisar detalhadamente os termos e consequências relevantes do conhecimento cordial da lei natural, partindo da ideia de personalidade e, portanto, de razão e relação.

Tratamos aqui da intuição dos primeiros princípios da lei moral, que não reside na potencialidade, diz São Tomás, mas na habitualidade. Ele considera que o raciocínio humano é uma espécie de movimento, que procede da intelecção das coisas naturalmente conhecidas sem pesquisa racional e chega, segundo essa medida, àquela dos julgamentos das conclusões que encontramos.²¹⁴

Assim como a razão especulativa raciocina sobre as coisas desse gênero, a razão prática faz sobre o que tem relação com a ação. Logo, se temos princípios de ordem especulativa, devemos, também, ser dotados de princípios de ordem da ação. Aqueles primeiros não pertencem a uma potência, mas a um hábito, sobre o qual Aristóteles trata no livro VI da Ética. Do mesmo modo, os princípios da ordem da ação não são potenciais, mas pertencem a um hábito natural especial, que se chama “sindérese”. Este hábito inato condena o mal e incita o bem, na medida em que nós, mediante os primeiros princípios, buscamos descobrir e julgamos o que encontramos. Neste ponto, há uma diferença entre este hábito inato – a intuição dos primeiros princípios morais – e a consciência, de que tratamos no ponto sobre as cartas paulinas.

²¹³ S.T., I, q. 92, a. 3.

²¹⁴ S.T., I, q. 79, a. 12.

Esta é um ato pelo qual se julga uma ação – realizada ou que se realizará. Isto supõe não apenas a sindérese, mas todo o conhecimento moral que se apoia sobre ela, isto é, tudo o que se desenvolve a partir dos primeiros princípios.²¹⁵ Ou seja, o Doutor Angélico não está dizendo que todo conhecimento é inato – aliás, pensar assim seria contra-aristotélico. O que São Tomás ensina é que, por dois modos, o ser humano conhece: a ciência pode partir de um princípio interior ou exterior. Cada um carrega em si a luz do intelecto agente.²¹⁶ Daí que os pensamentos *neoescolástico* – representado por Vitoria – e *neotomista* – este, por Maritain – defenderão tanto a conaturalidade do conhecimento da equidade, quanto o desenvolvimento comunicativo dessa ciência. Diga-se, porém, que ambas as escolas têm raízes, também, em Cícero: a ideia de conhecimento da justiça conforme a natureza é o elemento que o orador romano traz do estoicismo.

O direito natural, portanto, pode ser conhecido. Até então, porém, tratamos do direito, da justiça e da lei natural de maneira obscura. De fato, parece que a *prise de conscience* é um processo que demora e é custoso na história. A “Suma Teológica”, porém, como uma grande síntese, veio organizar e definir estes conceitos, funcionando como um foco de compreensão portentoso. Tratado do tema, São Tomás procurou a relação entre direito e justiça, os diversos tipos de direito e o papel das normas escritas.

Na “*Secunda Secundae*”, São Tomás pergunta se o direito é objeto da justiça. A justiça, aqui, é tratada como uma virtude social; o direito, por sua vez, conforme as ideias trazidas das Pandectas e o vocabulário latino de que o autor dispunha. *Iustitia* é aquilo que ordena o ser humano no que diz respeito a outrem, implicando certa igualdade, pois o que se ajusta iguala-se. As demais virtudes aperfeiçoam-no em si mesmo, mas, havendo um sentido teleológico de igualdade, supõe-se uma relação com outro. O justo (*iustum*) é, portanto, o objeto dessa ordenação relacional para a igualdade: na língua latina esta é precisamente a definição de *ius*, o direito. E, partindo dessa ideia, podemos voltar ao conceito de *ars boni et aequi*, a arte do bem e da equidade, que vemos inaugurar o Digesto. Se voltarmos à noção de direito para os romanos, segundo a explicação de Contardo Ferrini – que exploramos no capítulo anterior –, veremos que a equidade – que tinha igualdade como sua primeira significação – era propriamente o objetivo dessa arte ou prática.²¹⁷

²¹⁵ S.T., I, q. 79, a. 12.

²¹⁶ S.T., I, q. 117, a. 1.

²¹⁷ S.T., II-II, q. 57, a. 1.

Sendo o direito a concretização da justiça, precisamos, portanto, compreender o que a define. O Doutor Angélico faz a crítica da definição romana clássica do termo – constante e perpétua vontade de dar a cada um o seu direito –, adequando-a à ideia aristotélica de hábito. Ele não pretende destruir a noção firmada pelos jurisperitos, mas aprofundar na sua compreensão – e, ao fazê-lo, desenvolveu uma fórmula que muito se comunica, ao menos analogamente, com noções contemporâneas das fontes do direito internacional. Vejamos, pois: *a priori* a justiça é uma virtude e, portanto, um hábito, ou seja, um princípio de bons atos. Nesse caso específico, o ato seria o de dar a outra pessoa o seu direito. Nenhum ato pode ser considerado virtuoso, se não for voluntário, estável e firme. A firmeza define-se pela constância e pela perpetuidade – e isso é necessário para a formação do hábito. Daí que a justiça se define como o hábito, pelo qual, com vontade constante e perpétua, damos a cada um o que lhe é devido. Há uma comunicação entre essa ideia de justiça e o desenvolver do direito costumeiro internacional, que se forma pela repetição de ações (*State practice*) e pela noção de juridicidade (*opinio iuris*). Aqui, porém, cabe uma elucidação acerca do caráter voluntário da justiça: não como as correntes voluntaristas-positivistas do direito internacional contemporâneo, a ideia de justiça de São Tomás pauta-se na vontade reta. A virtude retifica os atos: somos chamados justos, porque agimos com retidão. O princípio próximo de um ato é a faculdade apetitiva, que apresenta duas potências: a vontade – que se encontra na razão – e o apetite sensível, que segue a percepção dos sentidos, dividindo-se em irascível e concupiscível. Dar a cada um o que lhe pertence não é resultado do apetite sensível, porque é necessário que se considere a relação de uma coisa com a outra: isso só a razão pode fazer. E, justamente por depender da razão – que avalia o que é melhor e mais equitativo –, que a justiça tem como sede a vontade. E, para ser reta, é necessário que esteja voltada para o apetite racional, que se chama “verdade”.²¹⁸

Retidão – o que torna reto – é sempre segundo uma certa medida – e esse é o parâmetro de virtude de Aristóteles. Disso, podemos nos perguntar qual é a medida da justiça e se ela é real – determinada pela realidade – ou não – determinada pela razão. Nas demais virtudes, o meio-termo reside no próprio sujeito moral em si mesmo: é uma medida puramente racional. Na justiça, porém, depende da exterioridade: a proporção buscada é entre uma coisa e a outra ou devida com outra pessoa. Assim sendo, a medida reta da justiça será a igualdade – que São Tomás, muito aristotelicamente, define como o meio-termo, não em um sentido cartesiano ou

²¹⁸ S.T., II-II, q. 58, a. 1.

geométrico, entre o mais e o menos – de proporção da realidade exterior com a pessoa exterior.²¹⁹

A concretude do ato de justiça – i.e., o que iguala as relações reais –, por sua vez, consistirá em dar a cada um o que é seu. Isto porque, cada pessoa tem como seu, aquilo que lhe é devido por uma igualdade proporcional. O socorro dos miseráveis e a beneficência, de início, não parecem atos de justiça, segundo essa definição – todavia, estamos tratando não de uma sociedade individualista ou egoística, mas da relação entre pessoas. São Tomás, um homem medieval que nunca fora sequer tocado pela sombra do individualismo, não tem grandes problemas, assim, ao dizer que a justiça, como uma virtude cardeal, apresenta-se com algumas outras anexas secundárias: a misericórdia, a liberalidade etc.²²⁰

Com a noção de justiça clara, voltemo-nos ao direito. Até agora, estivemos usando “direito não-escrito” como um termo guarda-chuva, que englobava a ideia de lei e direito, natural e divino. Embora alguma diferenciação tenha sido feita pelo estoicismo e pela patrística, São Tomás muito cuidadosamente, com toda fleugma de sua personalidade, diferenciou ponto por ponto. O que nos interessa aqui, para darmos continuidade ao nosso estudo, é a diferença entre o direito natural, o positivo e o gentílico. Os romanos, como havíamos visto, já os diferenciavam: as Institutas de Gaio e as Pandectas já os definiam como coisas distintas e, aliás, diferentes da ideia de lei (*lex* ou *νόμος*). Assim sendo, a primeira distinção que nos importa aqui é entre o direito natural e o positivo.

O direito define-se por ser uma harmonização ajustada a outrem, segundo certo modo de igualdade. Isso, diz São Tomás, realiza-se de duas maneiras: ou em virtude da própria natureza da coisa ou por convenção. O autor explica: se eu recebo a quantia equivalente por um bem determinado, estou recebendo segundo a natureza da coisa e, portanto, trata-se de uma relação de *direito natural*. Se, porém, eu me dou por satisfeito por receber tanto e assino um contrato, trata-se de uma relação jurídica por *convenção* ou *comum acordo*. Este segundo tipo de relação dá-se de duas maneiras: particular ou publicamente. A convenção particular é um pacto firmado entre pessoas particulares. A pública – essa definição é muito similar ao que Gaio chama de lei, mas pode ser aplicada, também, aos tratados internacionais, de certo modo – advém do consentimento do povo todo, para que algo seja tido como adequado ou

²¹⁹ S.T., II-II, q. 58, a. 10.

²²⁰ S.T., II-II, q. 58, a. 11.

proporcionado a outrem. Ao naturalmente justo que excede a natureza humana e ao direito prescrito por Deus, São Tomás chama de direito divino, aplicando a mesma distinção.²²¹

Como vimos anteriormente há um certo aspecto trágico no direito natural: aplica-se sempre e em todo lugar, suas sanções são absolutamente consequentes. No entanto, essa imutabilidade parece demasiadamente rígida, para ser real. Locke defenderá – e veremos adiante – que a moral varia de cultura para cultura e que, portanto, não há uma ética inata, apenas os deleites inocentes do estado de natureza. Kant dirá que o que é justo e bom é o que sempre e em todos os casos será justo e bom – o imperativo categórico. Ora, a prática nos mostra que, em alguns casos, uma conduta pode gerar mais bem; no entanto, o mesmo *course of action* pode resultar em menos bem ou mais mal. Daí que podemos concluir que o direito natural não existe ou, quando muito, que é incognoscível. No entanto, essa noção parece a falácia do espantalho. São Tomás ataca essa questão, dizendo que o naturalmente imutável é necessariamente natural a um ser de natureza imutável. O ser humano é mutável – e, portanto, histórico, cultural e contextual – e, assim sendo, o que é justo deve ser avaliado conforme essa natureza. Em regra, por exigência de igualdade natural, um depósito deve ser restituído a quem o confiou. No entanto, a não ser que a natureza humana fosse sempre reta, a justeza da restituição dependerá de muitas variantes. Se por exemplo, o depósito não for restituído, para evitar que alguém venha a utilizá-lo para fazer mal a outrem – por exemplo, se um raivoso homicida reclamasse as facas que depositara –, a justiça foi realizada, por uma conduta oposta ao que “*a priori*” seria a regra.²²²

Outro problema surge na presente distinção consoante à prévia definição de direito. Se o direito é a realização da justiça, o positivo está comprometido. Tanto Agostinho como Martin Luther King concordariam que uma lei iníqua não é lei. A mesmíssima definição que inaugura o Digesto coloca o bem e a equidade como parte “essencial”, por assim dizer, do direito. A definição que São Tomás trouxe, porém, de direito positivo é de justiça conforme o acordo de vontades – se isso for interpretado como uma expressão de contratualismo, veremos que os jusnaturalistas farão forte oposição a esta ideia. Ou, por outro lado, cairíamos no problema anterior: a retidão humana deveria ser inabalável, o que não é. São Tomás resolve esse problema, dizendo que a vontade humana, por uma convenção comum, pode tornar justa uma coisa entre aquelas que não se opõem à justiça natural. Este é o lugar do direito positivo: o que antes não se importava em ser de outro modo, passa a importar, quando estabelecido. O que,

²²¹ S.T., II-II, q. 57, a. 2.

²²² S.T., II-II, q. 57, a. 2.

porém, de si mesmo, se opõe ao direito natural não pode ser tomado como justo, por disposição da vontade humana. Do contrário, as leis que condenaram os opositores de Hitler deveriam ser consideradas perfeitamente válidas, embora injustíssimas.²²³

Por fim, outra distinção é necessária: em que o direito das gentes se distingue do direito positivo? À época de São Tomás, como ele mesmo levanta, nas objeções, o direito das gentes jamais havia sido acordado entre as nações. A OMC e outras organizações internacionais parecem ter positivado o direito internacional privado – descendente contemporâneo do *ius gentium* romano. Do mesmo modo, o *ius inter gentes* e os direitos da pessoa – que surgirão doutrinariamente com Francisco de Vitoria, como veremos adiante – foram escritos nas declarações e convenções das Nações Unidas etc. Parece, portanto, que, para nós, o problema da distinção do direito das gentes e do direito natural é bem claro. Todavia, a ideia de *ius cogens* e de universalismo de confluência criam uma certa incerteza nesse ponto. Porque o direito peremptório é aquele do qual nenhum Estado pode derogar e, para isso, alguns teóricos chegaram à ideia de confluência. Os seres humanos, porém, com suas muitas culturas, só conseguem concordar sobre aquilo que lhes é natural; logo, de início, o direito das gentes e o natural são a mesma coisa.²²⁴

A resposta de São Tomás é que o direito ou o justo natural é o que naturalmente se ajusta ou se proporciona a outrem, segundo (i) a consideração absoluta da coisa em si mesma ou (ii) conforme as suas consequências. A primeira forma aplica-se, também, aos animais irracionais; a segunda, por ser própria da razão, não. Voltado ao direito romano, o Doutor Angélico diz que o que diferencia o direito das gentes do natural é que este é comum a todos os animais e aquele apenas aos seres humanos. Considerar alguma coisa e suas consequências é próprio da razão: sendo isso natural ao ser humano, o proceder a ser concluído será depreendido da *naturalis ratio*, segundo a definição de Gaio, para ser seguido por toda a gente em todas as nações.²²⁵

Os sofistas haviam cavado uma trincheira entre a lei da pólis e a da natureza. Platão mitigara esta ideia, com sua noção de justiça arquetípica, de modo que as leis civis devam buscar, pela leitura das ideias hiperurânias, aperfeiçoar-se ao máximo. No entanto, as ordens de Nero e Ivan vieram em conformidade com a lógica do direito político. Do mesmo modo, as leis civis da Alemanha jamais foram abolidas pelos nazistas, que se fiavam fortemente em argumentos positivistas. Daí que as leis escritas parecem frágeis e, assim sendo, não devemos

²²³ S.T., II-II, q. 57, a. 2.

²²⁴ S.T., II-II, q. 57, a. 3.

²²⁵ S.T., II-II, q. 57, a. 3.

usá-las como parâmetro. Além disso, o imperativo hipotético das leis escritas não consegue abranger a totalidade da realidade – o que será um grande problema para a escola de exegese francesa. Pelo contrário, o Doutor Angélico relembra que Agostinho defendera que o papel do juiz seria julgar conforme a lei. Do mesmo modo, podemos lembrar de uma célebre frase de “*A man for all seasons*”: *This country is planted thick with laws from coast to coast—man’s laws, not God’s—and if you cut them down—and you’re just the man to do it—do you really think you could stand upright in the winds that would blow then?*, Este país está apinhado de leis de costa a costa – leis do homem, não de Deus – e se as derrubasse – e você é o homem certo para fazê-lo – acha mesmo que conseguiria manter-se de pé, em meio aos ventos que, então, soprariam?²²⁶

Diz, São Tomás, que as leis se escrevem para declarar o direito natural e o convencional. Ao primeiro, não podem – não no sentido de proibição, mas no de impossibilidade – instituir, mas apenas conter. Quanto ao direito positivo, a lei o contém e o institui, dando-lhe força e autoridade. Assim sendo, perder o parâmetro da lei escrita seria correr o risco de desviar de ambos. Isto não diminui a força da natureza, que não se modifica conforme a vontade humana: se a lei escrita contém algo contra o direito natural, é injusta e, portanto, não será *lex* mas *corruptio legis*. Se uma lei escrita justa, porém, tiver possibilidade de aplicação que resulte em injustiça, entra o critério da equidade: daí surgem as *Equity courts* anglo-saxãs e o *ex aequo et bono* no direito internacional. São Tomás não nega a possibilidade de uma lei ou convenção injusta – que, nesse caso, não seria sequer direito –, mas não pode admitir que não se julgue conforme as normas jurídicas vigentes. O direito convencional se justifica conforme o justo natural: se o homem é o animal político, deve viver conforme as leis da pólis.²²⁷

2. 3. 3. Questões acerca da Relação Interpessoal

Já exploramos os temas da personalidade, da justiça e do direito na “Suma”. Agora, nos resta explorar o seu fio conector: a relação interpessoal. Não será senão esta característica que definirá o dividir de águas das “*relectiones*” de Francisco de Vitoria, marcando a história com a fundação do direito internacional. Do mesmo modo, trata-se de um tema central na disputa

²²⁶ A MAN FOR ALL SEASONS, 1966.

²²⁷ S.T., II-II, q. 60, a. 5.

entre organicistas e contratualistas. São Tomás o trata, ao falar de uma característica inseparável da justiça: a extra-individualidade.

A grande pergunta aqui é se a justiça é sempre relativa a outrem. Nesse ponto, seu princípio vem de Cícero, que atribuía a este conceito a regra que mantém o a humanidade em sociedade. Como São Tomás considera que a justiça implica igualdade, seu mesmo conceito comporta a relação com outrem. Isto porque, nada se pode igualar a si mesmo. Exigindo diversidade de pessoas, a justiça só pode ser de uma em relação a outra.²²⁸

O maior exemplo – que será a pedra angular da filosofia de Francisco de Vitoria, a afirmar a relacionalidade natural do ser humano – é a ideia de amizade. Já fizemos referência ao tema, no capítulo anterior, quando tratamos do consórcio universal do ser humano em Cícero – citando, inclusive, o “*de Amicitia*”. Na “*Suma*”, São Tomás a considera como uma parte da justiça. Ambas têm em comum a relação com outrem. O ser humano é, por natureza, um animal social e, portanto, deve manifestar honestamente a verdade e o prazer aos outros – do contrário, a sociedade humana não poderia durar. Eis que surge uma dívida dos seres humanos, de uns para com os outros, de tornar agradáveis as relações interpessoais.²²⁹

Se observarmos atentamente os demais temas da “*Secunda Secundae*”, veremos uma série extensiva de virtudes morais sociais, fundamentadas na ideia de justiça como relação interpessoal. Algumas delas, porém, parecem evidenciar e elucidar melhor os problemas discutidos nos *travaux préparatoires* da Declaração Universal. O grande problema que Malik tentará resolver, com a ajuda de Chang e dos representantes latinos, residia na oposição entre o coletivismo soviético e o individualismo anglo-saxão, na tentativa de superar o particularismo nazista. Da “*Suma*” podemos tirar três pontos que encerram essa questão acerca da pessoa: o tema da discriminação ou da acepção; da propriedade; e da obediência à autoridade e da liberdade de consciência.

Começemos pela questão da *acepção ou discriminação* de pessoas (*acceptio*). Nesse ponto, o que São Tomás pergunta é se é ou não pecado. O livro do deuteronomio é muito claro, na proibição da discriminação: como Deus só proíbe os pecados, devemos considerar a acepção de pessoas como tal e, portanto, também, um ilícito moral. O porquê, São Tomás explica, dizendo que se trata de uma oposição à justiça distributiva. Isto porque, esta consiste em dar às diferentes pessoas atribuições diversas proporcionalmente. Não se trata aqui de dar conforme

²²⁸ S.T., II-II, q. 58, a. 2.

²²⁹ S.T., II-II, q. 114, a. 2.

uma dignidade essencial, mas causada, porque julgar consiste em distinguir causas, não pessoas. Quando se confere a alguém um título ou uma honraria – e.g., quando o Rei da Inglaterra dá um título de *sir* ou quando um diplomata, no Brasil, é elevado ao cargo de ministro –, não se lhe dá em razão da pessoa, mas em virtude de uma causa proporcionada. O bem, porém, é atribuível não por uma causa de dignidade, mas visando-se tão somente a pessoa. Nesse sentido, se uma prelazia ou um magistério for concedido a alguém por plutocracia ou nepotismo, haveria discriminação de pessoa. E, voltando para cima, podemos verificar que, para São Tomás, dar liberalmente aos pobres seria um ato de justiça. Vejamos, no entanto, o exemplo que ele mesmo dá. Se uma pessoa é instituída herdeira de patrimônio, está em uma condição pessoal que lhe permite receber este bem. Isto não se aplicaria a uma cátedra episcopal. O mesmo ato – receber em herança –, no reger das coisas domésticas é conforme a justiça distributiva, mas no contexto do governo das coisas da Igreja, seria um pecado de acepção. São Tomás dá este exemplo, para deixar claro que a discriminação das pessoas leva a agir fora da devida proporção das coisas. Na justiça distributiva – que dá e tira, conforme a causa, podendo conferir a uns títulos e cargos públicos –, o que se considera, portanto, são as condições pessoais que constituem causa de uma dignidade especial ou de um débito. A discriminação ou acepção de pessoas, pelo contrário, considera as condições que não têm relação com esta causa. As qualidades individuais que dão razão para a obtenção de uma dignidade pessoal, portanto, não se confundem com a pessoa em si mesma.²³⁰

A ideia de *propriedade*, por sua vez, no medievo e para São Tomás, não é o que se conhecerá na modernidade e em Locke. A sociedade estava fortemente vinculada à ideia de comunidade. No entanto, não se pensava na socialização dos meios de produção, como pregará Marx. Na “Suma”, defendeu-se que, em relação aos bens exteriores, compete ao homem uma dupla atribuição: o poder de gerir e o de dispor. Isto é lícito e até mesmo necessário, por três razões. Primeira: cada um é mais solícito na gestão do que lhe pertence como próprio, do que no cuidado do que é comum a todos ou a muitos. Segunda: as coisas humanas são tratadas com mais ordem, quando o cuidado de cada uma é confiado a uma pessoa determinada. E o terceiro motivo: a paz entre os seres humanos está mais bem garantida, quando cada um está contente com o que é seu. Outra atribuição que lhes compete, em relação aos bens exteriores é o uso que deles fazem. Sob esse aspecto, o ser humano não deve ter as coisas exteriores como próprias, mas como comuns. Neste sentido, de bom grado, cada um as deve partilhar com os necessitados.

²³⁰ S.T., II-II, q. 63, a. 1.

Daí concluímos que a propriedade dos bens exteriores é um direito secundário, com sentido teleológico.²³¹

O último ponto a ser tratado é a tensão entre *obediência e consciência*. Quem obedece, com efeito, move-se segundo uma ordem de quem comanda, por certa necessidade de justiça, assim como uma coisa natural se move por força do seu princípio motor. Quando, neste segundo caso, não ocorre movimento, deve ser por causa de um impedimento advindo de uma potência superior em relação ao motor ou por um defeito na relação entre este e o móvel. Similarmente, a obediência aos comandos superiores – como, por exemplo, as sentenças, os acórdãos, as leis etc. – não é um imperativo categórico e absoluto. Se, por exemplo, houver uma ordem de uma autoridade maior, ninguém está obrigado a cumprir a de uma inferior que lhe oponha. O procônsul não pode obrigar a ninguém a fazer algo oposto ao que ordena o imperador. Do mesmo modo, ninguém é obrigado, diz sua tradição, a obedecer a este, se Deus comandou de outra forma. Assim, os martírios de More, Fisher e Jägerstätter fazem sentido. A partir disso, Vitoria edificará os direitos pessoais de reserva de consciência *in bello*. A interioridade da alma humana, outrossim, não é súdita dos reis, nem escrava dos senhores. Voltando a Sêneca, São Tomás diz que a melhor parte do ser humano escapa à servidão e que, ainda que o corpo seja escravo, a alma permanece livre. O que concerne, portanto, ao movimento interior da vontade, não é obrigado a obedecer senão a Deus. Os laços sociais de subordinação dizem respeito aos atos exteriores e voluntários do corpo, tão somente quanto à organização das atividades e dos negócios humanos. O soldado obedece a seu comandante, na guerra; o filho, ao pai, na vida em família. Conforme a natureza, porém, isso se pode limitar até o zero, porque, segundo ela mesma, todos são iguais no tocante à alimentação e à reprodução. Assim sendo, os servos não estão obrigados a obedecer a seus senhores, nem os filhos aos pais, para, por exemplo, contrair núpcias.²³²

²³¹ S.T., II-II, q. 66, a. 2.

²³² S.T., II-II, q. 104, a. 5.

Cap. 3º. O Raiar do Direito Internacional: O Humanismo de Francisco de Vitoria

Embora as ideias até agora analisadas tenham seu valor para o direito internacional moderno – e mais precisamente para os direitos humanos –, ainda precisam de uma relação mais imediata e perfeita. Foi somente da Escolástica Tardia, encarnada na Escola Ibérica da Paz, como a chamou Suárez, ou Escola Peninsular do Direito Natural, que nasceu o que contemporaneamente chamamos direito internacional. Toda a tradição jurídica, filosófica e teológica construída até então foi o terreno fértil do qual os mestres salamanticenses e conimbricenses fizeram germinar um novo e original *ius gentium*, que depois marcaria as obras dos internacionalistas, desde Grócio até Cançado Trindade.

As longas raízes da neoescolástica chegam até o lençol freático da filosofia prática de Cícero e dos estoicos e alimentam-se do solo enriquecido da tradição teológica ocidental de Tomás de Aquino. Suas folhas, por sua vez, alcançam a reconstrução da sociedade internacional no pós-guerra. Não seria exagero ou imprudência considerar que *este é o capítulo central do nosso estudo*. E, no coração desta escola está o mestre de Salamanca, Francisco de Vitoria, cujas “*Relectiones de Indis*” constituem a certidão de nascimento do direito internacional. Agora, antes de adentrarmos a um estudo minucioso do pensamento de Vitoria, precisamos compreender quem era e em que contexto vivia e escrevia.

Podemos começar olhando para o renascimento. O *Cinquecento* significou o retorno aos clássicos pagãos numa sociedade fundamentalmente cristã. Na *Stanza della Segnatura*, em Roma, Rafael pintou os santos da Igreja ao lado dos poetas e dos filósofos da Antiguidade. Na Capela Sistina, Michelangelo retratou os profetas e as sibilas. A *Pietà* apresenta as técnicas dos escultores antigos, para expressar a busca do contato com o divino, centrado, no entanto, na figura humana e na busca da sua perfeição. A isso, chamamos *humanismo*, isto é, a tendência de humanizar e de manifestar a grandeza original da realidade criada, fazendo-o participar de tudo o que o pode enriquecer.²³³

No renascimento, esse pensamento foi marcado pelo universalismo e individualismo – ao contrário da sociedade muito mais corporativa que era a Europa Medieval –, pelo naturalismo e por aquilo que Maritain chamou a tragédia do humanismo, o antropocentrismo.

²³³ DE CICCO, 2017, p. 149; GALLICO, 1999, p. 69; LEICHT, 1967, p. 396; GAMBA, 2005, p. 102; GOMBRICH, 1995, p. 308; STRICKLAND, 2002, p. 13; MARITAIN, 2018, p. 14; DANIEL-ROPS, 1996, p. 245; LEICHT, 1967, p. 397; ABRIL, 2011, p. 46.

Todo esse movimento se resume na tentativa de resgatar a cultura da antiguidade pagã: era um mundo de erudição e fantasia, em que a arte propunha um certo sincretismo, avizinhando Deus-Pai com Júpiter, Vênus com a Virgem Santíssima e os heróis com os santos.²³⁴

O retorno ao cosmopolitismo (estoico) veio com a conturbada vida nas repúblicas italianas – mais concretamente na solidão do exílio de Dante Alighieri. A oposição de guelfos e gibelinos – e a posterior divisão daqueles entre os negros e brancos –, que, no fundo, se resumia na antiga disputa acerca da ingerência temporal nos negócios da Igreja, entre o Imperador e o Papa, resultou em uma série de situações políticas indigestas na Península Itálica. Os exílios, porém, diz Carpeaux *libertam o indivíduo da estreiteza das cidades medievais, ensinam o cosmopolitismo. Nasce o uomo universale*, muito mais próximo de Sêneca e Marco Aurélio que de Aristóteles e Tomás. Outro personagem histórico dessa categoria, embora posterior a Dante, era Erasmo de Roterdã, que também viveu uma vida peregrina, sendo uma figura suspeita tanto para os católicos como para os protestantes.²³⁵

Quanto ao naturalismo, pode-se dizer que é mais uma volta à antiguidade. O renascentista, com efeito, era, nas palavras de Cláudio de Cicco, *muito diferente dos medievais, que tudo sobrenaturalizavam*. Estavam preocupados com os mínimos detalhes do mundo físico, tanto para a arte como para a ciência.²³⁶ E, no tocante ao antropocentrismo, não se trata de uma ruptura imediata com o Cristianismo – que, de fato, ocorrerá com linhas humanistas mais paganizadas –, mas de uma hipertrofia da dignidade humana, da *imago Dei*. A grande imagem simbólica, porém, que representava a perfeição humana era o triunfo de Perseu, segurando a cabeça cortada de Medusa. Essa visão otimista de ser humano, nem anjo, nem animal, evidencia-se pela “*Oratio de Dignitate Hominis*” de Pico della Mirandola, que tentou conciliar Tomás de Aquino, Avicena, Averróis e Duns Escoto. Essa centralidade humana ressuscitaria, depois, o apotegma de Protágoras – *o homem é a medida de todas as coisas* – e culminaria na doutrina do bom selvagem de Rousseau.²³⁷

Se por um lado, os humanistas renascentistas exaltavam as qualidades mais louváveis do ser humano – a natureza boa da criação –, viriam aqueles que escancarariam tudo o que há de negativo – a corrupção do pecado original. O humanismo aplainou o caminho para a reforma protestante, que agigantou – segundo Maritain – o *ego* no mundo espiritual, como fez o

²³⁴ MARITAIN, 2018, p. 36; TURC, 1958, p. 124.

²³⁵ TURC, 1958, p. 123; CARPEUAUX, 2012, p. 23.

²³⁶ DE CICCIO, 2017, p. 149.

²³⁷ MARITAIN, 2018, p. 37; TURC, 1958, p. 123; *Oratio de dignitate hominis*, V, 18.

renascimento na natureza. Veio, a reforma, afirmar, em oposição, que o ser humano é pecador, corrompido pela desobediência de Adão e marcado pela concupiscência invencível, incapaz de se justificar, pois está condenado à impotência pelo inimigo que traz dentro de si – é de se notar que doutrina similar foi adotada também por Cornélio Jansênio e seus seguidores. Daí a doutrina luterana da justificação só pela graça e pela fé, *sola gratia* e *sola fide*. Mais tarde, Hobbes, na tradição pessimista, resgatará a máxima de Plauto: *homo homini lúpus*, o homem é lobo de si mesmo.²³⁸

Erasmus, que buscava o ideal renascentista de conciliar a tradição sapiencial do passado pagão e os ensinamentos evangélicos em seu humanismo, como uma *philosophia Christi*, tentou interpretar o espírito da antiguidade com a devoção cristã. Quando publicou sua defesa do “Livre Arbítrio”, Lutero escreveu o “Servo Arbítrio”. A ideia do humanismo erasmiano era a reformulação da noção clássica de natureza humana contrastante: ao mesmo tempo sensual-instintiva e espiritual-racional. O reformador, porém, opõe-se a esta distinção: para ele, o homem exterior (*caro*, a carne) é a totalidade humana e o pecado se compreende existencialmente, não como ato isolado. Ou seja, o ser humano é naturalmente corrompido: o bem lhe desagrada e o mal conduz suas disposições. Enquanto as figuras heroicas de Adônis, Odisseu e Héracles eram o ideal renascentista, portanto, a corrupção de Adão e Caim resumia o antropocentrismo reformado. Não seria, portanto, necessário dizer que, para os protestantes, que reagiram contra o humanismo, a antiguidade não era senão algo profano e embriagante, que inebriava seus contemporâneos. Atesta-se, pois, o aforisma da Aristóteles: o homem só é um monstro ou um deus. Nas palavras de Maritain, *[c]om a Renascença, é o grito da sua grandeza e da sua beleza que ela lança para o céu; com a Reforma, o grito da sua aflição e da sua miséria*.²³⁹

A antiga ordem, a Cristandade Medieval enfraquecia-se cada vez mais; não só no campo espiritual e filosófico, com a afirmação do antropocentrismo – seja pessimista ou otimista –, mas também na política. A descentralização do Medievo, as corporações, os feudos etc., cada vez mais, começavam a dar lugar às monarquias nacionais. Foi Maquiavel quem melancolicamente, com seu instrumentalismo, transformou a base teórica dos novos reis em seus novos Estados. Desconfia da inteligência humana, ainda que a considerasse necessária para os príncipes. Ele sabia que Platão, Aristóteles, Cícero, Agostinho e Tomás de Aquino estavam

²³⁸ DE CICCO, 2017, p. 158; DANIEL-ROPS, 1996, p. 277; MARITAIN, 1929, pp. 9 e 14; MARITAIN, 2018, p. 29.

²³⁹ MARITAIN, 2018, p. 37; TURC, 1958, p. 138; BERINGER, 1967, pp. 129-140.

longe da ingenuidade, quanto às realidades políticas. Mas ele entendia que procurar a virtude, a dimensão mais sublime do ser humano, seria politicamente desastroso. Os critérios morais de seus antecessores eram muito altos: Maquiavel teve que diminuir o nível de exigência e aceitar o ser humano ingrato e egoísta, reduzindo sua filosofia política a diretrizes segundo a cosmovisão de Trasímaco. *Quod principi placuit, legis habet vigorem*, o que apraz ao príncipe tem força de lei: o monarca moderno legisla, *os nobres, o clero, a burguesia* – diz Cláudio de Cicco – *não têm outra coisa a fazer senão se inclinar diante da vontade do rei*. Os que não se curvassem dificilmente encontrariam sorte melhor que a de Thomas More, humanista, que preferiu manter tranquilidade de consciência – que não lhe permitia aprovar o casamento de Henrique VIII e Ana Bolena –, em detrimento da obediência à Britânica Majestade – aconselhada por sua filha Margareth e por Thomas Cranmer –, e encarou, portanto, o machado na Torre de Londres.²⁴⁰

Para proteger a Cristandade, Roma moveu a Contrarreforma. Inácio de Loyola fundou a Companhia de Jesus, foi realizado o Concílio de Trento para afirmar as verdades da fé etc. A arte barroca, cujo maior exponencial até hoje é a Basílica de São Pedro, foi uma contestação rebuscada frente ao protestantismo, marcado pelas paredes raspadas e cinzas da *Cathédrale de Saint Pierre*, em Genebra. Sua origem, porém, enquanto movimento estético foi eminentemente ibérica. Para os adversários de Lutero e Calvino, as esperanças da Cristandade residiam no extremo ocidente europeu, que viria a se chamar *Christianitas minor*.²⁴¹

Na Ibéria, construída pela Reconquista – que se consumou com a tomada de Alhambra – e pela união das Coroas de Aragão e Castela, *[a]queles Reis que foram dilatando a Fé, o Império, e as terras viciosas* ambicionavam a exploração *plus ultra*, mais além dos pilares de Hércules, e o domínio do Atlântico. Foi esse, o caminho para uma monarquia universal com sede na Espanha, que se consuma com a ascensão de Carlos V – admirador de Erasmo –, já Imperador no Ocidente, ao Trono. Nascia, pois, uma nova superpotência mundial. Isso se ilustra com uma frase poética da corte: *Seguidme, que español soy y en todo lugar estoy*, segue-me, que espanhol sou e em todo lugar estou. Foi a época da colonização das Américas ou Índias

²⁴⁰ GLENDON, 2011, pp. 72-77; CARPEUAUX, 2012, p. 82; DE CICCIO, 2017, p. 157; MORE, 2002, pp. 36-37 e 52-53.

²⁴¹ DE CICCIO, 2017, pp. 161-162; STRICH, 1967, p. 163.

Ocidentais e da edição da Bula “*Inter Coetera*” (1493) e o consequente Tratado de Tordesilhas (1494), que dividiram o mundo entre Portugal e Espanha.²⁴²

A colonização passou por três etapas, i.e., o descobrimento, com Colombo; conquista – de armas e espírito –; e a pacificação, quando foram estabelecidos organismos de governo etc. A Conquista ou anexação, foi uma fase que conturbadamente apresentou três matizes: o sentido de missão dos espanhóis – de levar o Evangelho aos “novos bárbaros”, um sentimento herdado de Isabel, defensora da conversão e liberdade dos índios –, a questão econômica e os ideais de cavalaria da Idade Média – honra, fama e glória. De um lado, a conquista com armas, em expedições lideradas por Cortez e Pizarro; de outro, a evangelização, com os franciscanos, dominicanos e outros religiosos, a construção das *reducciones* e das universidades.²⁴³

3. 1. A Escola de Salamanca e Sua Ideia de Direito

A Contrarreforma precisava ressignificar o ser humano de seu tempo. Os passos de Roma não deveriam ser meramente políticos, como os de Catarina de Medici e de Richelieu. Assim sendo, com o novo concílio, a resposta à pergunta acerca da natureza humana deveria ser respondida. A ideia renascentista de um microcosmo fechado em si mesmo e bem-aventurado, reflexo do universo, não era suficiente. Afinal, comparado à infinitude de Deus, o ser humano não é senão *[u]ma névoa, um sôpro, uma onda passageira, um som perdido (sic)*. O retorno ao tomismo foi considerado necessário e o grande bastião da volta a essa corrente foi a Universidade de Salamanca. Dos doutores salamanticenses, porém, não podemos dizer que foram tomistas ortodoxos. Não se restringiram a reverberar os escritos de Tomás de Aquino. Muitos desses neoescolásticos, inclusive – diz Gonzague Turc –, foram incapazes de trazer o tomismo integralmente ao seu tempo e perdiam-se em minúcias, o que gerou uma moral muito mais manualística que teleológica.²⁴⁴

Nos pensadores que adotaram o sentido finalístico e a ordem integral que aprenderam da “Suma”, ademais, não podemos encontrar um tomismo tal e qual, mas – de modo similar à filosofia de Cícero – um ecletismo contextualizado. Era o tempo do nascimento do barroco. Se

²⁴² RUIZ, 2002, pp. 21 e seg.; DE CICCIO, 2017, p. 157; DANIEL-ROPS, 1996, pp. 226 e seg.; CARPEUAUX, 2012, p. 213.

²⁴³ RUIZ, 2002, pp. 33 e seg.

²⁴⁴ TURC, 1958, p. 139; STRICH, 1967, pp. 165-166.

compararmos as esculturas desse estilo e as helenísticas, veremos uma similaridade impressionante. Analogamente, na filosofia, assim como a universalista escola dos pórticos nasceu em mundo cosmopolitizado por Alexandre, o barroco encontrou-se numa espécie de estoicismo cristão.²⁴⁵

Em Salamanca, o reavivamento da antiguidade – plasmado nos escritos do dominicano Francisco de Vitoria (148?-1546) e do inaciano Francisco Suárez (1548-1617), foi, ao mesmo tempo, uma volta ao tomismo e uma nova doutrina jurídica. De fato, Vitoria, como filho espiritual de São Domingos, carrega muito de Tomás de Aquino. No entanto, como aponta Villey, o Doutor Angélico seguia Aristóteles. Já *[o]s escolásticos espanhóis instauraram, no que toca ao essencial, uma nova doutrina*. Isto se prova, pois, no combate ao absolutismo e em defesa dos índios, os salamanticenses defendiam uma ideia de direito natural supraestatal, que não é propriamente a noção aristotélica de direito na polis. *[H]á aí uma fusão entre o direito natural e o direito das gentes* – diz Cláudio de Cicco – *e certa influência dos estoicos, “cidadãos do mundo”, como Marco Aurélio e Cícero*. Não era mais, pois, a Escolástica do Medievo, mas uma Nova Escolástica, profundamente ciceroniana. Vitoria e Suárez remontam seu universalismo a um passado distante – da reconceituação do *ius gentium* das Institutas de Justiniano e dos ensinamentos de Marco Túlio, no “*de Officiis*”, baseados na *recta ratio*.²⁴⁶

Nos tempos de colonização, discutiam-na os intelectuais das universidades espanholas, mormente Salamanca, onde lecionava o dominicano. *[P]erante os abusos dos colonizadores* – diz Rafael Ruiz – *e, quando era o caso, perante os abusos das leis reais, a voz de Vitoria sempre se fez ouvir livre e desimpedida a ponto de o próprio Imperador assistir às suas aulas*. Ele, que estudara em Paris, onde conhecera Erasmo – com quem viria a trocar correspondência –, restaurou a doutrina do direito natural, aplicando-a em suas “*relectiones*” em defesa dos índios.²⁴⁷

Historicamente, o direito das gentes decorre da prática judicial do *praetor peregrinus*. Vitoria recorreu ao direito natural para enriquecer a antiga noção de *ius gentium*, dando-lhe conteúdo novo: os princípios jurídicos naturais já não mais eram tão somente fundamentos para a relação inter-humana ou entre o cidadão e o Estado, mas também entre as nações. Criou, ele, o direito internacional com um pequeno câmbio de palavras: trocou o *inter omnes homines*,

²⁴⁵ STRICH, 1967, pp. 175-177.

²⁴⁶ DE CICCO, 2017, p. 163; VILLEY, 2003, p. 111; BODEHNEIMER, 1981, p. 29; TRINDADE, 2016, pp. 22 e 28.

²⁴⁷ DE CICCO, 2017, pp. 162-163; RUIZ, 2002, pp. 24-25.

entre todos os homens, da definição de direito das gentes do Digesto, por *inter gentes*, entre as nações ou os povos. O *ius gentium* veio, então, a ser o regulador de uma Cosmópolis composta por seres humanos socialmente organizados em comunidades políticas. Assim, Vitoria tornou-se o pai-fundador do direito internacional. Conforme consta nos comentários aos escritos de Francisco de Vitoria, *[e]l derecho internacional nasce, pues, de la pluma de Vitoria como la ley que rige las relaciones jurídicas de la comunidad de pueblos o naciones del mundo entero*, o direito internacional nasce, pois, da pena de Vitoria, como a lei que rege as relações jurídicas da comunidade dos povos e nações do mundo todo. No mesmo sentido, Suárez, mais tarde, definirá direito das gentes, como aquele que vários povos e nações devem observar nas suas relações uns para com os outros.²⁴⁸

Foi desse modo (...) que emergiu a concepção de um *jus gentium*, inteiramente emancipado de sua origem de direito privado (no Direito Romano), imbuído de uma visão humanista, respeitosa das liberdades das nações e dos indivíduos, e de âmbito universal. O *jus gentium* universal de Vitoria regulava, com base nos princípios do direito natural e da *recta ratio*, as relações entre todos os povos, com o devido respeito a seus direitos, aos territórios em que viviam, a seus contatos e liberdade de movimento (*jus communicationis*). (TRINDADE, 2015, p. 10).

O fundamento da resignificação do *ius gentium* com base na *recta ratio* foi uma expressão da doutrina sincrética estoico-tomista do jusnaturalismo, mormente em resposta aos conquistadores. Estes viam algo de penoso no direito natural, pois queriam justificar seu domínio sobre os povos originários, mas, como será exposto, a doutrina salamanticense expôs a ilegitimidade de seus motivos. E puderam fazer essa crítica, sem cair em isolacionismos ou doutrinas de autossuficiência, porque seu pensamento não era categórico.²⁴⁹

A noção que se tem do direito natural, em um mundo – como o do direito internacional público – fortemente positivista ou – como o dos direitos humanos – tremendamente pulverizado, é de que não seria possível uma ordem jurídica perene valer para todos os povos e em todas as eras. Com efeito, a humanidade está em perpétuo movimento, ao passo que a lei é rígida. A Escola Racionalista, desde a Revolução Francesa, entendia o direito natural como princípios imutáveis deduzidos de uma noção abstrata da natureza humana. E Hans Kelsen acrescenta: *se se nega o que é bom e justo em todas as circunstâncias, e o que segundo esta*

²⁴⁸ VITORIA, 1960, pp. 567-568; SUÁREZ, 1944, p. 347; DE CICCIO, 2017, p. 163; GRAY, 2012, p. 740; TRINDADE, 2016, pp. 23-29; CARPEAUX, 2012, p. 213; Separate Opinion of Judge Cançado Trindade in Frontier Dispute (Burkina Faso/Niger), Judgment, I.C.J. Reports 2013, p. 44.

²⁴⁹ HERNANDEZ, 1945, p. 52.

ordem moral é mau é mau em todas as circunstâncias. Jacques Maritain aponta que esta falsa ideia de direito natural foi o grande espantelho, o foco de ataques dos positivistas jurídicos.²⁵⁰

De fato, podemos definir, com Hugo Grócio, que o naturalmente justo é o que a reta razão dita. E isso seria verdade para ambas as escolas do jusnaturalismo, iluminista e clássica, mas a diferença reside não na questão da perenidade, mas na mutabilidade. A tradição que os salamanticenses seguem divide o direito natural em *uma parte imutável ou permanente e uma contingente ou variável*.²⁵¹

São Tomás, na “*Secunda Secundae*”, como vimos no capítulo anterior, também condiciona a concretização da justiça, segundo as conjunturas dos atos concretos. O exemplo clássico que diferencia a razoabilidade com sentido de teleologia do jusnaturalismo clássico e o imperativo categórico kantiano, na moral, seria a ideia da mentira: não seria justo falar a verdade, se for para ajudar a cometer um crime, por exemplo, se para indicar a um assassino onde estão seus potenciais vítimas. As circunstâncias, por exemplo, de uma família que estivesse escondendo judeus, na Alemanha Nazista, certamente permitir-lhe-ia mentir, de limpa consciência, para as autoridades públicas. Esta é a linha de Francisco de Vitoria – e de Suárez.²⁵² Veremos que isto se evidencia, quando o mestre de Salamanca trata da justiça nas relações internacionais – e.g., quando defende que, dadas certas circunstâncias, uma guerra justa se pode tornar injusta.

Para os salamanticenses, em suma, o direito natural – plenamente cognoscível pela razão humana –, é o que convém por si próprio, a parte da Lei Natural que realiza a justiça: o naturalmente justo em qualquer lugar ou momento histórico, independentemente da vontade humana. Não se opõem, enquanto princípio permanente nas situações variáveis, ao positivo, mas formam uma, nas palavras de Rafael Ruiz, *unidade harmônica e um todo integrador e integrado*. Nessa relação, o direito positivo *só recebe sua força obrigatória e só pode vir a ser na medida em que adapte perfeitamente a realidade histórica ao Direito Natural*. Esta foi a linha posteriormente adotada pelos teóricos jusnaturalistas do direito internacional, como o Barão Descamps e o Juiz Cançado Trindade.²⁵³

²⁵⁰ MARITAIN, 2011, p. 103; GALVÃO DE SOUSA, 1977, pp. 3-7 e 71; VILLEY, 2005, p. 34; KELSEN, 2014, p. 72; RUIZ, 2002, p. 69.

²⁵¹ GROTIUS, 1901, p. 21; RUIZ, 2002, p. 69; GALVÃO DE SOUSA, 1977, pp. 3-7.

²⁵² SUÁREZ, 1944, pp. 257 e seg.

²⁵³ RUIZ, 2002, pp. 67-71.

3. 2. Da Pluma de Vitoria: As *Relectiones* de um Novo Direito das Gentes

Com os princípios fundamentais de Francisco de Vitoria, o mestre de Salamanca, podemos adentrar às “*relectiones de indis*”, que constituíram o primeiro ensaio do direito internacional contemporâneo e, também, os elementos dos princípios dos direitos humanos. No entanto, um pouco mais de contexto será necessário.

O século XVI viu três reformadores contemporâneos entre si. Os três buscavam tirar a ciência dos tronos oxidados do medievo. O primeiro foi Lutero, que prescindiu dos Pontífices e dos Doutores da Igreja. O segundo, Erasmo, seu opositor e editor da patrística, rechaça a força da obra teológica da Idade Média. E Francisco de Vitoria, conservando as Escrituras como suas primeiras fontes, muito mais moderadamente, colhe da tradição dos antigos, da patrística e da escolástica, dando-lhes uma inspiração nova de autêntica reforma.²⁵⁴

Não sabemos ao certo o ano do seu nascimento, embora fosse contemporâneo de More, Henrique VIII e outros. Provavelmente descendente de judeus, estudou a escolástica na Universidade de Paris: uma grande diferença entre ele e seus contemporâneos é que jamais se entregou à manualística, levando consigo sempre uma cópia da “Suma Teológica”. Teólogo e polímata, um pensador profundo, criativo e original, estudou latim, grego, filosofia e artes. Apesar de muito moderado, não deixava passar incorreções: criticou erros de traduções utilizadas pela Igreja do Novo Testamento. Sendo frade, era amigo dos clássicos: leitor de Xenofonte, Cícero e Virgílio; em teologia, seguia São Tomás: combinava erudição e ortodoxia. Era acadêmico: ocupou a Cátedra de Prima de Teologia em Salamanca, cujo respeito e autoridade lhe permitiam proferir duras verdades, com serenidade, autenticidade e completude. Dado ao socorro dos pobres, seu maior interesse era a justiça – a prudência e o equilíbrio –, com base na paz e nas boas relações humanas.²⁵⁵

Vitoria foi um humanista, renovador da teologia. Sua proposta – muito menos readical que a de Erasmo – era purificar a escolástica, adequando-a às Escrituras e aos Pontífices, dando-lhe, também, sentido social. O mestre de Salamanca quis conservar e enriquecer a tradição do medievo.²⁵⁶ À época, não era costume a redação de artigos, como hoje, para atacar um tema específico da matéria lecionada. As constituições de Salamanca exigiam que os professores

²⁵⁴ HERNANDEZ, 1945, pp. 17 e seg.

²⁵⁵ HERNANDEZ, 1945, pp. 67 e seg.

²⁵⁶ HERNANDEZ, 1945, pp. 99 e seg.

proferissem, nesse caso, uma *relectio*, que se pode traduzir imperfeitamente como “releitura” ou “reabordagem de uma lição”. Eram aulas extraordinárias, que o catedrático deveria expor anualmente, diante de todo o corpo universitário. Os temas giravam em torno das atualidades mais relevantes, que despertaram maior interesse do professor. Esse tipo de conferência remetia às questões deliberadas do séc. XIII. Temos registro de quinze *relectiones* proferidas por Vitoria, que nos indicam que tinha preferência por temas de índole moral e jurídica, dentro da teologia. Seis se ocupam diretamente dos princípios fundamentais das relações inter-humanas: a “*de potestate civili*”, “*de potestate Ecclesiae prior*”, “*de potestate Ecclesiae posterior*”, “*de potestate Papae et concilii*” e as duas que nos interessam: “*de indis prior*” e “*de indis posterior sive de iure belli*”. Essas *relectiones* formam um todo doutrinal sobre o direito nacional, internacional e eclesiástico. A Inquisição Romana pôs mãos pesadas sobre esses escritos. De tal modo abalaram as autoridades que os liam, que Sisto V, Suma Pontífice, os teria posto no *index librorum prohibitorum*, a lista dos livros proibidos. Após sua morte, porém, os inquisidores não deram atenção às acusações feitas contra o mestre de Salamanca.²⁵⁷

As questões sobre o poder civil, tratadas por Vitoria, também chegaram a inquietar o Imperador. Vitoria fazia críticas respeitadas, que, porém, não perdiam força. O mestre de Salamanca não era um adulator: opunha-se à guerra contra a França e defendia a paz para a Cristandade. Carlos V tinha sentimentos provavelmente contraditórios: o Imperador orgulhava-se daquela academia de letras e ciências, pedia a Salamanca que resolvesse suas dúvidas e honrava os professores, assistindo, quando podia, suas aulas, na condição de aluno. A Corte Imperial, por influência da doutrina de Vitoria, chegou a condenar a batalha de Atahualpa, como uma verdadeira injustiça, pois Tabalipa e seus comandados jamais cometeram injustiça nenhuma contra os cristãos e, portanto, não deram causa justa para o uso da força. O Imperador, portanto, incomodou-se com a “*relectio prior de indis*” e chegou a reclamar com o prior do Convento de Santo Estêvão de Salamanca, onde vivia o grande mestre. Francisco de Vitoria, com uma tremenda liberdade interior, respeitando a figura do monarca, elegantemente não cedeu em nenhum dos seus pontos. Há aqui um certo paralelo com Edward Coke, que correrá risco de morte, ao defender diante de James I que o Rei está abaixo de Deus e do direito.²⁵⁸

Vamos, portanto, agora, estudar o conteúdo dessas duas “*relectiones*”, as primeiras constituições do direito internacional. A *prior* trata propriamente da relação dos espanhóis e dos americanos autóctones e a *posterior*, sobre direito de guerra. Sua organização traçou as

²⁵⁷ HERNANDEZ, 1945, pp. 113 e seg.

²⁵⁸ HERNANDEZ, 1945, pp. 113 e seg.; GLENDON, 2011, p. 82.

duas grandes subdivisões do direito internacional até os dias de hoje, a paz e a guerra²⁵⁹ – e.g., os direitos humanos e o direito humanitário –, que posteriormente Hugo Grócio, Westlake, Oppenheim *et al.* utilizarão nos seus tratados. Ademais, Vitoria conseguiu estruturar soluções para problemas internacionais com princípios jurídicos e analogias com o direito doméstico.

3. 2. 1. O Direito Internacional

Embora a “*relectio prior de indis*” seja a primeira constituição do direito internacional, não foi um tratado jurídico. Vitoria, com efeito, põe a ciência dos *legistas y canonistas*, os jurisconsultos de direito doméstico e canônico, ao lado da dos teólogos e moralistas. Com o espírito crítico típico do renascimento, usava a “Suma” como base, dando-lhe nova elaboração e diligência, em conexão com seus alunos, atacando os temas muito rapidamente. E nesse ponto, não foi diferente: ele esteve diante de questões tremendas: os missionários relatavam a impiedade dos *encomenderos* contra os povos originários. Com uma doutrina muito precisa, ele vai limitando os poderes dos príncipes cristãos sobre os indígenas, condenando abusos e forçando a consciência dos magistrados, para que revisassem e humanizassem suas leis. Os colonizadores e partidários do cesarismo absoluto se alarmaram com as três questões que ele pretendeu responder: quais sejam, (i) sobre o direito pelo qual os nativos vieram ao poder dos reis espanhóis, (ii) que poder civil e temporal têm os reis da Espanha sobre eles e (iii) o que podem os reis e a Igreja sobre eles no espiritual.²⁶⁰

Suas respostas, como será demonstrado, contêm fundamentos para princípios de direito internacional e, mais ainda, de direitos humanos. Na defesa dos indígenas, lança as bases das doutrinas modernas sobre a igualdade e autodeterminação dos povos, a dignidade humana, os direitos sobre o orbe, os direitos à comunicação, à peregrinação, ao comércio e ao proselitismo, e a solução pacífica de conflitos. Se uma frase pudesse resumir as conclusões de Vitoria, seria: Os povos indígenas têm sua autonomia, porque são formados por seres humanos adultos e sãos; e como tais, tem direito e verdadeiro domínio de suas coisas públicas e privadas; portanto o Rei da Espanha não os pode dominar; mas pode fazer comércio com eles e, embora não tenham o

²⁵⁹ VITORIA, 1960, p. 728.

²⁶⁰ HERNANDEZ, 1945, pp. 51-119.

direito de negar a comunicação, se negarem, antes de fazer guerra contra eles, deve haver tentativa de solução pacífica.

À época, defendia-se o domínio do Imperador sobre as nações originárias das Américas, com vários argumentos: Vitoria apresentou motivos que justificavam a autodeterminação dos povos originários. Em resposta a Sepúlveda, que se posicionava pela escravização dos indígenas, o Mestre de Salamanca defendeu que os autóctones tinham verdadeiro domínio de seus bens, pública e privadamente: eram proprietários de suas coisas e tinham seus príncipes e governantes. Simplesmente, apontou que os servos (ou escravos), conforme Aristóteles, são aqueles a quem é melhor servir que mandar, não podendo, portanto, ser senhores. Os autóctones, porém, estavam em posse pacífica de suas coisas – de suas repúblicas e bens privados – e, portanto, de acordo com o direito natural, deveriam ser considerados como verdadeiros senhores pública e privadamente de seus bens. De modo similar, adiante, Grócio faria um paralelo, relacionando a propriedade familiar e os direitos de um povo, que só se extinguem com a sua erradicação, quando o que há de mais essencial for desfeito.²⁶¹

Uma questão religiosa mais sensível, ademais, exigiria de Vitoria maiores delicadeza e precisão no tratar – principalmente, devido ao contexto histórico de uma Espanha forjada no calor das batalhas de Reconquista. Argumentava-se que, como o domínio, o poder decorre da autoridade de Deus e que, portanto, por pecado de infidelidade, os índios não teriam direito aos seus bens públicos e privados. O Rei Davi, de fato, diz no salmo que *Domini est terra, et plenitudo eius*, a terra e tudo o que há nela são do Senhor; e Jesus diz a Pilatos: *Non haberes potestatem adversum me ullam, nisi tibi esset datum desuper*, não haveríeis poder sobre mim se não te tivesse sido dado de cima. Com efeito, ademais, São Tomás ensina que *a priori* Deus tem o primeiro e principal domínio sobre as coisas, mas que, como ser racional, o ser humano possui um domínio natural sobre os bens externos de um segundo modo. Vitoria, como o dominicano que era, não negaria que Deus é o senhor de todas as coisas. Todavia, aponta que não é a fidelidade que condiciona o domínio natural do homem, mas a própria condição humana, de imagem e semelhança de Deus, remetendo aos escritos de Tomás e Moisés. Diz que, se, por pecado mortal ou infidelidade, fosse extinto o domínio dos bens públicos e privados, Salomão teria deixado de ser rei e José do Egito não poderia ter servido ao Faraó. Por consequência, também, a heresia – isto é, a negação de um dogma, uma verdade da fé – não poderia extinguir o domínio. Daí, entendemos o porquê de More que, mesmo ao pé da Torre de

²⁶¹ VITORIA, 1960, pp. 650-651; RUIZ, 2002, pp. 79 e seg.; GROTIUS, 1901, pp. 117 e seg.

Londres para ser decapitado, jamais duvidou da legitimidade secular de Henrique VIII como rei da Inglaterra.²⁶²

Além da infidelidade, defendia-se o domínio espanhol, em razão da condição dos povos incivilizados, alegadamente mais próximos à de uma criança, de um louco ou de um demente. Todos – por sua condição de seres humanos –, argumenta Vitoria, têm direitos. O mestre de Salamanca – como Las Casas –, em resposta a Sepúlveda, defende que os assim chamados bárbaros não eram senão *seres humanos sãos*, pois tinham seus magistrados, sua arte etc. Essa questão mantém-se atual no direito internacional contemporâneo: *vide* a crítica de Cançado Trindade à menção às “nações civilizadas” no artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça: em palestra à Corte Constitucional de Letônia, disse ele que não há propriamente nação civilizada, mas aquelas que agem civilizadamente quando convém.²⁶³

Outra justificativa apresentada para o domínio das províncias dos índios era o direito de descobrimento, *ius inventionis* – que existe, no direito internacional até hoje. De fato – concorda o autor –, pelo direito das gentes, dá-se aos descobridores direito de domínio sobre as *terrae nullius*, as terras de ninguém; mas não às habitadas, que era o caso das Américas. Qualquer tipo de atividade realizada no local poderia impedir um domínio *iuris inventionis*: isso será reconhecido pela Corte Permanente de Justiça Internacional, no caso da Groelândia Oriental: os dinamarqueses não realizavam uma atividade intensa na região, todavia a Haia recusou-se a considerar que a região fosse *terra nullius*.²⁶⁴

Vitoria concluiu que não havia título, conforme o direito divino, o direito natural e o direito humano positivo para despojar os povos nativos das Américas de seus bens públicos e privados. Essa conclusão é uma afirmação da igualdade e da autodeterminação dos povos, reconhecidas pela Carta das Nações Unidas e muito consideradas pela Corte Internacional de Justiça, ao lidar com casos que envolvem, por exemplo, ocupação territorial ilícita ou declarações unilaterais de independência. A própria noção romana de *ius gentium* já assumia uma espécie de autodeterminação de cada povo – vede, por exemplo, que, apesar da presença do Procônsul, os judeus tinham o Sinédrio e os Tetrarcas. Assim sendo, a ideia principal da

²⁶² VITORIA, 1960, pp. 653-660; S.T., II-II, q. 66, a. 2; S.T., I, q. 93, a. 4.; Gen. 1, 26-30; Ps. 24(23), I.; Jo., XIX, 11.

²⁶³ LATVIJAS REPUBLIKAS SATVERSMES TIESA, 2019; RUIZ, 2002, pp. 79 e seg.

²⁶⁴ VITORIA, 1960, pp. 684-685; Cour Permanente de Justice Internationale, Série A/B, Arrêts, Ordonnances et Avis Consultatifs, Fascicule n° 53, Statut Juridique du Groëland Oriental, Arrêt du 5 avril 1933, XXVI^{me} Session.

defesa que Vitoria faz nesse ponto, concretamente, seria a de manter, reestabelecer ou erigir governos autóctones, conforme a cultura local.²⁶⁵

Seria, portanto, uma violência, aos olhos do mestre de Salamanca, privar qualquer povo do domínio público e privado de suas terras. Isto porque, a potencialidade de edificação cultural e cívica está escrita na própria humanidade, conforme a lei natural sobre a qual Cícero escrevera. A presença da violência atesta-se quando seres humanos são influenciados de tal modo que suas efetivas realizações somáticas e psíquicas ficam aquém das suas potências. Além do artigo 1º (2) da Carta das Nações Unidas, a Declaração Africana dos direitos humanos e dos povos, artigos 19 e 20, reconhece a autodeterminação dos povos, um princípio que ultrapassa o da soberania, conforme Cançado Trindade, protegendo também grupos tribais, étnicos e religiosos. Como todos os direitos humanos, não estará apenas no sistema internacional contemporâneo, mas encontrará o amparo de numerosas constituições, no direito doméstico, e.g., a belga (art. 115), a grega (art. 105) e, especialmente, no caso dos povos originários, a angolana (art. 223), a boliviana (arts. 179, 190 e seg.) etc. Tudo isso remete à defesa que Vitoria fez do direito dos povos indígenas de domínio público e privado de suas terras e se projeta até os problemas relacionados à aculturação – que encontrarão proeminência, durante a redação da Declaração Universal, por exemplo, nas críticas de Pavlov, delegado soviético, à África do Sul, por suas tentativas de civilizar – leia-se: ocidentalizar – as comunidades autóctones.²⁶⁶

Os argumentos, até agora, apresentados por Vitoria sobre a ilegitimidade do domínio espanhol serviriam perfeitamente para inaugurar um ensaio sobre a dignidade humana. O mestre de Salamanca, como afirmou Cançado Trindade, tece ponderações que revelam seu pensamento sobre o valor universal do gênero humano. Percebe-se, pois, o início de um estudo do que chamaremos contemporaneamente de “direitos humanos” e estabelecendo o princípio de humanidade, que germinava desde Cícero, que tratara da fraternidade universal.²⁶⁷

The principle of humanity, in line with the long-standing thinking of natural law, is an emanation of human conscience, projecting itself into conventional as well as customary international law. The treatment dispensed to human beings, in any

²⁶⁵ HERNANDEZ, 1945, pp. 118-119; Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, p. 16; Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif; C. 1. J. Recueil 2004, p. 136; Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2010, p. 403.

²⁶⁶ GALTUNG, 1969, pp. 167-191; CANÇADO TRINDADE, 2017, pp. 161 e 159; A/C.3/SR.147.

²⁶⁷ TRINDADE *et al.*, 2016, pp. 69-112; Voto Razonado del Juez A.A. Cançado Trindade, pp. 21 e seg. in Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay Sentencia de 29 de marzo de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas).

circumstances, ought to abide by the principle of humanity, which permeates the whole corpus juris of the international protection of the rights of the human person (encompassing international humanitarian law, the international law of human rights, and international refugee law), conventional as well as customary, at global (UN) and regional levels. The principle of humanity, usually invoked in the domain of international humanitarian law, thus extends itself also to that of international human rights law. (Dissenting Opinion of Judge Cançado Trindade. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia), Judgment, I.C.J. Reports 2015, p. 3).²⁶⁸

O autor trabalha a questão do domínio, não meramente um poder, mas um direito. *Potestas*, poder pura e simplesmente, é comum a todos os animais e todas as situações: os predadores têm poder sobre as presas e os ladrões sobre o que roubaram. Domínio, no entanto, é um direito – que, por óbvio, não pode ser ilícito e do qual não gozam os animais brutos, pois sendo criaturas irracionais, asserta Vitoria, não podem ter direito. A centralidade da retidão – que exclui a ilicitude – e da razão – que é particular da substancialidade das pessoas – apresentadas conjuntamente – portanto, como *recta ratio*, ou *ὁρθὸς λόγος* – é o que dá sentido jurídico para a conduta ou situação de fato. Um animal bruto não pode ser punido por matar um outro: ambos funcionam em seu ecossistema conforme os instintos naturais. Grócio, também, reconhecerá, com base nos estoicos, que a justiça é um critério avaliativo para atos humanos e que não cabe aos seres irracionais.²⁶⁹

O domínio – bem como todo direito – é próprio do ser humano, do animal racional e este o é *ontologicamente*, mesmo sem poder fazer uso da razão. Isto porque, como disse São Tomás, muito aristotelicamente, *intellectus, qui est intellectualis operationis principium, sit humani corporis forma*, a inteligência, que é o princípio intelectual, é a forma do corpo humano. Uma criança, por exemplo, pode ser herdeira, pode sofrer ofensas etc.; portanto, simplesmente por ser humana, tem direitos a serem defendidos e deles pode gozar. *Nec est idem de creatura irrationalis* – diz o mestre de Salamanca – *quia puer non est propter alium sed propter se, sicut est brutum*, não como os animais, as crianças não são para a utilidade de outro, mas um ser de personalidade própria inalienável. Do mesmo modo, os loucos e amentes, por serem humanos,

²⁶⁸ O princípio de humanidade, alinhado com o pensamento jusnaturalista de longa-data, é uma emanção da consciência humana, projetando-se no direito internacional convencional e costumeiro. O tratamento dado para seres humanos, sob qualquer circunstância, deve respeitar o princípio de humanidade, que permeia todo o corpo jurídico da proteção internacional aos direitos da pessoa humana (incluindo o direito humanitário, os direitos humanos e o direito dos refugiados), convencional e costumeira, a nível global (ONU) e regional. O princípio de humanidade, geralmente invocado no contexto do direito humanitário internacional, portanto, estende-se também para os direitos humanos. – Tradução livre.

²⁶⁹ VITORIA, 1960, pp. 53 e 661-663; GROTIUS, 1901, p. 23.

têm direitos. Rafael Ruiz resume: *[t]anto as crianças, quanto os dementes e os índios são homens; e, no caso dos índios, têm uso da razão.*²⁷⁰

A defesa dos indígenas se tornou ainda mais forte com o argumento pela dignidade humana. Se mesmo as crianças pequenas e os insanos, que não fazem uso da razão, têm direitos por sua condição de ser humano, os autóctones, que são adultos e são, também os têm. Resgatando a tradição cosmopolita estoica – enriquecendo-a e desenvolvendo-a –, o mestre de Salamanca, em sua defesa dos ameríndios, reconhece a universalidade dos direitos humanos pautada na própria condição da dignidade humana enquanto animal racional: o que se lê hoje na Declaração Universal dos Direitos Humanos:

Artigo 1º. Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

Artigo 2º. 1. Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nessa Declaração (...)

Se a ideia de domínio público e privado servia para afirmar a humanidade dos autóctones, tratando-se de um direito, a sua privação não poderia ser senão uma violência. Como diz Hannah Arendt, *power and violence are opposites (...) Violence appears where power is in jeopardy (...) Violence can destroy power; it is utterly incapable of creating it*, poder – ou domínio, nesse caso – e violência são opostos, esta aparece quando aquele está em perigo, pode destruí-lo e é absolutamente incapaz de o criar.²⁷¹ Adiante, então, veremos como Francisco de Vitoria, com fundamento na ideia de dignidade humana, estabeleceu a diferença entre a justiça e a iniquidade, o domínio e a violência, na relação entre os espanhóis e os povos originários.

À época de Vitoria, o Imperador se arrogava o título de senhor do mundo todo: *Carolus semper augustus orbis dominus etc.*, Carlos sempre o Augusto, Senhor do Mundo etc. Segundo Rafael Ruiz, esse título provinha do Medievo e, quando os pensadores da época se referiam a *totius orbis*, todo o orbe, na realidade, ignorando as Américas, referiam-se tão somente à Europa e ao Oriente próximo. Ainda assim, era utilizado pelos conquistadores para justificar o subjugamento das nações autóctones. Esse ponto pode não parecer relevante *a priori* para o estudioso do direito internacional contemporâneo, mas basta olharmos para o Conselho de Segurança para vermos potências mundiais na condição de *domini totius orbis*, senhores do mundo todo. *Ora,*

²⁷⁰ VITORIA, 1960, pp. 661-664; RUIZ, 2002, p. 81; S.T., I, q. 76, a. 1.

²⁷¹ ARENDT, 1970, p. 56.

hoje, nas Nações Unidas, a obediência de tôdas [sic] aos primazes do veto é sujeição a poder acima do que podem. Essa realidade confirma-se nas culturas desses países: vede, por exemplo, a doutrina do Destino Manifesto nos Estados Unidos, as (não incomuns) esperanças dos russos de que a Terceira Roma – Moscou – salvará o mundo, ou o próprio nome da China em mandarim, que significa o Estado central.²⁷²

Imperator – diz Vitoria, todavia – *non est dominus totius orbis*, o Imperador não é o senhor do mundo, nem por direito divino, nem por direito natural, nem por direito humano positivo. Se houve senhores do mundo inteiro, foram Adão e Noé – e este o teria dividido entre seus descendentes.²⁷³

Vejamos as considerações do mestre de Salamanca sobre o domínio do mundo por direito divino. Os reis de Israel foram instituídos pelo próprio Deus e a lei proibia que fossem estrangeiros: quando o povo eleito foi subjugado, mesmo que providencialmente, por Nabucodonosor, por Alexandre e pelos romanos, deu-se a conquista por direito humano, por guerra justa, como assim chamavam. Ainda que Otávio fosse – como se argumentava – *vices Christi*, vigário temporal de Cristo – e, portanto, senhor do orbe –, é inegável que o Império Romano foi dividido entre os descendentes de Teodósio, que a Igreja entregou o ocidente aos germânicos e que, no oriente, houve imperadores bizantinos. Desse modo, não havia sinal de que o Rei da Espanha era senhor do orbe por direito divino. Houvesse um milagre claro e inegável – como a abertura do Mar Vermelho no Êxodo –, restaria comprovada uma doação especial de Deus. A única autoridade que – *ex commissione Christi*, diretamente constituída por Cristo – tem jurisdição universal é o Papa. Mas seu poder é espiritual – como se manifestara o autor no “*De potestate ecclesiastica*” – e temporal *in ordine ad spiritalia*, conforme o necessário para governar as coisas espirituais.²⁷⁴

O domínio do mundo, outrossim, não pode proceder do direito natural. Vitoria, fazendo remissão às questões 92 e 96 da primeira parte da Suma Teológica e à 10 da “*Secunda Secundae*”, afirma que os seres humanos são naturalmente livres, *excepto dominio paterno et marital*, a não ser do domínio parental ou marital. Ainda que seja animal social ou político, os governos introduzem-se por direito humano – sendo no máximo naturais de um modo secundário, não como a família que é imediatamente natural. Não defendia, diga-se, que a sociedade fosse algo totalmente artificial – Vitoria estava longe de ser um contratualista –, ou

²⁷² VITORIA, 1960, pp. 665-668; RUIZ, 2002, p. 58; DE SAMPAIO DÓRIA, 2012, p. 827.

²⁷³ VITORIA, 1960, pp. 669 e seg.

²⁷⁴ VITORIA, 1960, pp. 196 e seg., 410 e seg., 669 e seg., e 715-716.

que o comando fosse desnecessário. Pelo contrário, no “*de Potestate civile*”, explica que a congregação humana é natural e que a autoridade é necessária: sem esta, uma república não pode subsistir.²⁷⁵

Conforme o direito humano positivo, o domínio do mundo também não seria possível, pois se daria por lei e *lex pressupponit iurisdictionis*, a lei pressupõe jurisdição, não obriga os não-súditos. Seria necessário, portanto – diz Vitoria –, para que o direito positivo reconhecesse o Imperador como senhor do mundo, que ele já o fosse. Seria, contudo, teoricamente possível, que os Reis da Espanha fossem feitos príncipes dos indígenas, se a maioria deles os escolhessem, dado que cada república pode constituir seu próprio senhor, como os francos substituíram Quílderico III por Pepino o Breve. Todavia, sem causa razoável, tendo seus príncipes, os autóctones não poderiam – muito menos por ameaça ou ignorância – escolher estrangeiros como seus soberanos. Tampouco podem os príncipes entregar seus reinos sem consultar o povo – como fez Montezuma, que se declarou súdito do Rei da Espanha.²⁷⁶

²⁷⁵ VITORIA, 1960, pp. 157-159 e 669 e seg. – Este ponto merece alguns esclarecimentos, especialmente porque precisaremos abordar a questão do contratualismo no próximo capítulo. (i) Como professor de teologia, Vitoria jamais negou a origem da autoridade como uma participação da perfeição suma e eterna – este é um ponto. (ii) Dentro disso – lembrando da distinção que São Tomás faz entre direito divino e natural, como vimos no capítulo anterior –, Vitoria também entende o poder dentro da comunidade política, atribuindo sua origem à natureza humana: seguindo, nesse caso, Aristóteles, o Mestre de Salamanca entende que as coisas têm finalidade e a autoridade não escapa a isso. A ordem na comunidade política existe para que o homem possa ser livre para se aperfeiçoar enquanto tal, material e espiritualmente – coisa que a soledade não realiza, dada a natureza relacional da pessoa humana. Esse era, aliás, o sentido da filosofia escolástica, segundo Edith Stein, o conhecimento da verdade para alcançar a maior felicidade possível. (iii) A *civitas* ou *res publica* não é meramente criação humana, como afirmarão os contratualistas, tampouco mera causalidade de circunstâncias históricas opostas ao direito natural. Para Vitoria, a origem da cidade está na própria natureza humana criada – isto é, constituída pessoalmente com tal substancialidade e condição, que, sem sociedade não poderia viver. A forma como o ser humano regerá a sociedade, porém, conforme a natureza, estará nos limites da sua capacidade racional. Daí que voltamos à definição de “república” de Cícero, que vimos no capítulo primeiro da presente dissertação: não vivendo só, como atesta Aristóteles, os seres humanos se reúnem não em bandos ou populações – não é mera gregriedade –, mas em povo, isto é, uma assembleia de pessoas, reunidas pela justiça para o bem-comum. (iv) Nessa comunidade, o exercício da autoridade e do poder, como faculdade jurídica – porque não se trata do poder-força (*potestas*), mas do poder-moral (*auctoritas*) – de governar o Estado civil, reside no povo e em sua cultura, seja ela monárquica, aristocrática ou republicana. (v) Assim sendo, o ser humano, sendo animal político, conforme sua natureza, viverá necessariamente em sociedade e a organizará racionalmente. Isto não se confunde com as doutrinas do direito divino dos reis e do contratualismo. Vitoria é um jusnaturalista, que encara a sociedade civil como parte da natureza humana. (vi) O contratualismo poderia propor, por um lado, que a pólis se formou pela renúncia dos direitos pessoais em benefício de um poder-raiz, que os pode, portanto, violar. Vitoria, porém, como estamos vendo, entende que há direitos humanos naturais e irrenunciáveis: logo, o pacto de renúncia seria sempre inválido, conforme a moral e a metafísica. Por outro lado, se escolhêssemos o contratualismo de Rousseau, o poder central só se limitaria a proclamar o desejo de todos; mas, sendo muitos os que governam, são muitos tiranos, exigindo obediência. Assim sendo, um desacerto do Estado implicaria responsabilidade para a comunidade política como um todo. (vii) Se resumirmos, então, a doutrina de Vitoria sobre o Estado, diríamos que é naturalmente necessário, formado por seres inteligentes que podem ordená-lo, com sentido de teleologia, conforme a natureza e a dignidade pessoal do ser humano. (HERNANDEZ, 1945, pp. 157 e seg.; STEIN, 2019, pp. 55 e seg.).

²⁷⁶ VITORIA, 1960, pp. 669 e seg. – De modo similar, Hugo Grócio dirá que um direito civil é um direito derivado da autoridade e soberania do Estado (GROTIUS, 1901, p. 25).

Depois de esgotar os títulos ilegítimos pelos quais os reis da Espanha justificavam o domínio das Américas, Vitoria, em contrapartida, elenca os títulos justos, legítimos pelos quais os espanhóis poderiam vir às Índias Ocidentais. Ao tratar desses títulos, afirmará seu cosmopolitismo, dando uma argumentação filosófica e teológica para direitos que, hoje, foram consagrados por numerosos instrumentos internacionais e domésticos – por exemplo, o direito de ir e vir, de deixar seu país e procurar um novo, de comercializar *etc.*

Com a premissa de que o homem não vive só – que também defendera no “*de Potestate civile*” –, o mestre de Salamanca defende o *ius communicationis*, direito universal de todo ser humano à comunicação. *Nunquam enim fuit intentio gentium per illam divisionem tollere hominum invicem communicationem*, nunca foi a intenção dos povos evitar a mútua comunicação dos seres humanos por separação. Será desumana e sem razão, portanto, qualquer lei que, sem causa alguma, proíba a comunicação entre os seres humanos, pois – conforme ensina, Vitoria – *[n]on enim homini homo lupus est, ut ait Ovidius, sed homo*, o homem não é um lobo para o homem, mas, segundo Ovídio, um homem propriamente. Nesse sentido, poderíamos nos perguntar, com os utopianos, personagens de More, se pactos de aliança são realmente necessários, dado que a natureza já unira a humanidade.²⁷⁷

O direito de comunicação manifesta-se, em Vitoria, de quatro modos: a peregrinação, a comercialização, a naturalização e a evangelização.

A *peregrinação* – isto é, ir ou viajar a terras distantes – e o estabelecimento de residência em outro país, portanto, é de direito natural e, assim sendo, sem bons motivos – como uma grave ofensa à comunidade política –, os príncipes não a podem proibir. Isto porque, a humanidade e a cortesia exigem que se trate bem o estrangeiro de boa vontade. Negar hospedagem é desumano e impedir aos seres humanos a companhia e o consórcio é contranatural. Outrossim, o exílio é uma pena capital e negar entrada ao estrangeiro, um costume de guerra, inapropriado em tempos de paz.²⁷⁸ E esse *ius peregrinandi*, o direito de peregrinar, hoje encontra reconhecimento na Declaração Universal:

Artigo 13: 1. Todo ser humano tem direito à liberdade de locomoção e residência dentro das fronteiras de cada Estado.

²⁷⁷ VITORIA, 1960, pp. 154-157, 706 e seg.; TRINDADE, 2016, p. 24; TRINDADE, 2011, p. 93; MORE, 1967, p. 80.

²⁷⁸ VITORIA, 1960, pp. 705 e seg.

2. Todo ser humano tem o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio, e a este regressar.

Por consequência, se peregrinar é um direito, o *comércio* também será: *ius peregrinandi atque commerciandi*, direito de deslocar-se e, além disso, comercializar. De acordo com Vitoria – e esse pensamento será desenvolvido por certos economistas, os que olham o comércio internacional como uma força pela paz e como uma comunhão entre os povos –, é lícito comercializar, importando o que falta e exportando o que abunda. Primeiramente, porque é de direito das gentes que os transeuntes possam comerciar e de direito natural, a afeição pelo estrangeiro. Ademais, o comércio é mutuamente vantajoso – inclusive para os príncipes que, protegendo os comerciantes, deles podem cobrar tributos. A prática de atividade econômica, todavia, não se resume a isso: pelo direito das gentes da época, há coisas que se consideravam *nullius in bonis*, bens de ninguém, como os peixes do mar etc., e que, portanto, por consenso da maioria das nações e para o bem comum internacional, serão de quem primeiro os explorar. Então não se trata apenas de comércio, mas de trabalho, no geral: como, inclusive, defender-se-á como um direito dos refugiados.²⁷⁹

Vitoria continua o raciocínio: se é lícito peregrinar e praticar atividade econômica, deve haver, também, um direito de *naturalização*. Se um espanhol, contrair núpcias e tiver filhos em uma comunidade política estrangeira, desejando ser cidadão, contanto que não faça mal à *res publica*, à coisa comum de todos, não há motivos para que os príncipes o impeçam de viver lá e gozar dos mesmos direitos dos restantes. Isto porque, o ser humano é um animal civil e, não estando em condições de cidadão – o que hoje chamamos apatria ou apatridia –, não poderia exercer certos direitos. Por dever de hospitalidade – que é de direito natural, dada a sociedade universal das pessoas humanas –, os príncipes estão obrigados a recebê-los. Encontraremos esse racional, de novo, no contemporâneo direito dos refugiados. Toda a proteção internacional ao refugiado tem como centro nervoso o princípio de *non-refoulement*, não-devolução, isto é, a exigência de que uma pessoa em situação de refúgio não será sujeita a medidas de restrição nas fronteiras nem expulsa ou obrigada a retornar para o país de origem.²⁸⁰

Sendo lícito peregrinar, instalar-se e trabalhar em país novo, é de se concluir, como Vitoria, que o *proselitismo* – ou seja, de acordo com o dominicano, trazer a verdade aos homens,

²⁷⁹ VITORIA, 1960, pp. 708 e seg.; GILPIN, 2002, pp. 193 e seg.

²⁸⁰ VITORIA, 1960, pp. 710 e seg.; PIOVESAN, 2016, p. 266.

corrigi-los fraternalmente e de render-lhes os meios de salvação – é também um direito.²⁸¹ Tudo isso, diga-se, dentro de um contexto de plena liberdade interior e exterior. A religião é algo que toca a dimensão transcendente do ser humano, desde as estrelas que quer alcançar até o recanto mais profundo de sua alma. Qualquer tentativa de punição ou imposição, Thomas More chegou a pôr na boca dos utopianos, seria ilícita. De tal modo o reconhecemos hoje, que na Declaração Universal, figura como condição *sine qua non* para a existência da liberdade religiosa. Malik, nos *travaux préparatoires*, sugerira a inserção do direito de mudar de religião, o que, num primeiro momento descontentou os líderes islâmicos. Estes, porém, mudaram de posição, ao passo de Muhammad Zafrulla Khan, ministro de relações exteriores do Paquistão, que, com lastro nos seus textos sagrados, defendeu o direito de mudar de religião. Se o Islã se propõe como uma religião universal, os muçulmanos não poderiam seguir os ensinamentos do Corão plenamente, sem a liberdade de proselitismo.²⁸²

As quatro manifestações consequentes do direito de comunicação, são defendidas por Vitoria, ao modo de Cícero, combinando o universalismo estoico com a doutrina aristotélica sobre a natureza social humana, como bem resume John Finnis:

The thrust of the argument is that even though the native peoples and their rulers have governmental jurisdiction and genuine ownership of their territories and of any privately or publicly owned lands within them, they nonetheless are bound by natural justice and the quasi-positive law common to all peoples (the *ius gentium*) to allow well-intentioned travellers into their territories as tourists, missionaries, and traders, and as miners, pearl-fishers, and collectors of other kinds of *communia* or *res nullius*. (FINNIS, 2011, p. 181).²⁸³

Toda a relação de recepção do estrangeiro implica que a boa-fé não pode ser punida ou prejudicada. Assim como Marco Túlio, ademais, Vitoria, nas relações internacionais – e inter-humanas no geral – admitirá reações contra as injustiças. Como será demonstrado, para o autor,

²⁸¹ Entendemos que, na sociedade contemporânea, especialmente na Europa, o termo carregue um sentido pejorativo, com certos tons de “coerção”. Todavia, analisemos sua origem, para que entendamos a dimensão do direito, levando em conta a liberdade de ambas as partes. A palavra vem da junção do prefixo grego “προσ-” (na direção de), e “ἔρχομαι” (eu venho), resultando em “προσῆλυτος”, isto é, recém-chegado. As traduções gregas das escrituras sagradas, geralmente, utilizam essa palavra para indicar os gentios que consideravam converter-se ao judaísmo. O termo evoluiu até denotar qualquer tentativa de conversão para qualquer religião. Poderíamos usar o termo “prosélito” como sinônimo talvez imperfeito de “catecúmeno”; e “proselitismo” como de “apostolado”.

²⁸² VITORIA, 1960, pp. 715 e seg.; MORE, 1967, p. 87; GLENDON, 2002, pp. 69-70 e 168.

²⁸³ O cerne do argumento é que, apesar de os nativos e seus líderes possuírem jurisdição governamental e genuíno domínio de seus territórios e terem, privada e publicamente, como suas as terras dentro destes, eles ainda estão obrigados pela justiça natural e pelo direito quase-positivo comum a todos os povos (o *ius gentium*) a permitir viajantes bem intencionados em seus territórios como turistas, missionários e comerciantes, bem como mineiros, pescadores de pérolas e coletores de outras coisas comuns ou *res nullius* – tradução livre.

a guerra só é lícita, se houver grave ofensa que a justifique. Se, porém, permitidos os direitos de comunicação – de peregrinar, de praticar atividade econômica, de naturalizar-se e de pregar a religião –, não há motivo para guerrear. Ainda assim, *vim vi repellere licet*, é lícito rechaçar a força com a força – ensina o mestre de Salamanca. Esse argumento, porém, dá-nos com muitas condições. Manifestou-se no sentido de que era aconselhável que os espanhóis, ao se depararem com injustiças por parte dos indígenas – o que se aplicaria a todos os povos –, não se escandalizassem, mas buscassem soluções pacíficas e diplomáticas. A história prática nos apresenta uma certa ironia trágica, que atestaremos no fim da *belle époque*: considera-se a guerra totalmente detestável e animalesca, mas não há animal no mundo mais diligente na sua prática que o ser humano. Mas, se nossa espécie é tão engajada nessa prática, parece contraditório que a violência soe como algo tão desumano. E este é o ponto principal: ursos, leões, javalis, lobos e outras bestas podem lutar com força bruta: apenas o ser humano, com esperteza e razão. Daí voltamos para a prudência aconselhada por Vitoria, que parece ser um rascunho dos princípios de solução pacífica de controvérsias internacionais e abstenção do uso-da-força, presentes na Carta das Nações Unidas, artigo 2º (3) e (4).²⁸⁴

Sempre foi, porém, até então, de direito das gentes que um país pudesse guerrear em legítima defesa, do mesmo modo como o direito penal nos permite repelir a injusta agressão. Grócio escreveu sobre a autodefesa legítima no seu “*de Iure Belli ac Pacis*”. Hoje, na ordem jurídica contemporânea, o artigo 51 da Carta das Nações Unidas refere-se ao direito costumeiro internacional pré-existente e a apresenta como um direito inerente (*inherent right*) ou natural (*droit naturel*). Era aconselhável – segundo Vitoria –, porém, que os espanhóis de sua época, ainda que padeçam de injúria e tenham de reagir com “guerra justa”, guardassem a moderação – ainda mais se o mal praticado fosse por ignorância invencível –, pois exceder na resposta não nunca é lícito. No Brasil, os portugueses, aliás, chegaram a declarar guerra justa, com um título justificável, conforme o direito da época, contra os caetés, pela morte do Bispo Sardinha, mas se excederam na resposta, notadamente desproporcional. O mestre de Salamanca vê a guerra realmente como *ultima ratio*: só é lícita, se não restam garantidas a paz e a segurança por meios outros. Quando justa, todos os direitos decorrentes dela – como espólio, por exemplo – são, em tese, devidos. Nem sempre, contudo, serão convenientes: o lícito se pode converter em maldade, pois o bem resulta *ex integra causa*, da integralidade das causas; e o mal se pode fazer por qualquer circunstância.²⁸⁵

²⁸⁴ VITORIA, 1960, pp. 712 e seg.; MORE, 1967, pp. 81-83.

²⁸⁵ VITORIA, 1960, pp. 712 e seg.; GROTIUS, 1901, pp. 77 e seg.; BROWNLIE, 2008, p. 732.

Pode, também, haver legítima defesa de outrem, como um direito de guerrear *causa amicitia et societas humana*, por causa da amizade e sociedade humanas. Diz Vitoria que se príncipes tiranos obrigarem os conversos a praticar ritos contrários à sua religião, ou participar em costumes nefários – como, o sacrifício humano, a antropofagia etc. –, seria lícita a guerra em defesa dos inocentes. Aqui, o mestre de Salamanca elenca duas questões interessantes para o direito contemporâneo: uma é a intervenção armada em resposta a violações graves de direito humanitário; outra, os crimes contra a humanidade. Ambas as questões serão tratadas adiante, mas o que nos resta neste capítulo é provar a atualidade do pensamento de Vitoria. O autor firma um combate ao que conhecemos desde os julgamentos de Nuremberg e Tóquio como crimes contra a humanidade – hoje tipificados no Estatuto de Roma, que instituiu o Tribunal Penal Internacional. *Vitoria é o primeiro a formular essa nova pessoa jurídica – a Humanidade – e esse novo crime – a injúria contra a Humanidade.*²⁸⁶ Outrossim, se uma nação aliada for ameaçada ou injuriada em guerra injusta, um Estado pode *causa sociorum et amicorum*, por causa de sociedade e amizade, pegar em armas contra o agressor, como os espanhóis ajudaram os tlaxcaltecas contra os mexitas. Thomas More se manifesta no mesmo sentido, na voz dos utopianos: diz que eles não vão à guerra por mero impulso, mas apenas para salvaguardar seus ditos ou para libertar povos que sofrem miseravelmente por tirania e escravidão. Isto – continua, e entendemos que Vitoria concordaria – é feito pela humanidade.²⁸⁷

3. 2. 2. O Direito de Guerra

Encerrando a primeira “*relectio*” com o direito de guerrear (*ius ad bellum*), o autor começa uma análise, na segunda, do *ius in bello*, o direito que se impõe pela razão no decorrer de conflitos armados. Podemos associar Francisco de Vitoria a uma ideia de guerra justa; no entanto, como veremos neste ponto, sua régua moral é rigorosíssima e, como a de Cícero, aponta para um sentido de finalidade: a paz.

O direito de guerra será na contemporaneidade, nas palavras de Rezek, um *imperativo humanitário*. O tratamento que lhe dará, o direito internacional contemporâneo, será bem severo, pautado na proibição do uso-da-força e na solução pacífica de controvérsias: em suma

²⁸⁶ RUIZ, 2002, p. 88.

²⁸⁷ VITORIA, 1960, pp. 719 e seg.; RUIZ, 2002, p. 88; MORE, 1967, p. 81.

a guerra seria, hoje, proscribida pela Carta da ONU. Um dos elementos fundamentais do Pacto Kellogg-Briand – o precursor do regime jurídico das Nações Unidas, nas palavras de Ian Brownlie – será justamente o direito à legítima defesa. Outrossim, o capítulo VII da Carta da ONU disporá sobre a ação relativa a ameaças à paz, sua ruptura e atos de agressão; e as Convenções de Genebra sobre Direito Humanitário, sobre soldados, prisioneiros, civis e outros, em tempos de guerra.²⁸⁸

O grande racional foi concatenado por Vitoria, na sua “*relectio posterior de indis*”, não uma defesa da guerra, mas da paz e da harmonia, uma moderação para as potências beligerantes da humanidade. Com fundamento na doutrina dos doutores que o antecederam, o mestre de Salamanca aponta quais são as condições de uma guerra lícita – leia-se: discorre sobre os limites do que se pode ou não fazer em situação de conflito armado, exigindo rigor e temperando-os com prudência e humanidade. Com efeito, diz o autor, é justo voltar-se contra um malfeitor, defensiva ou ofensivamente, para reagir a uma injúria – i.e., uma agressão injusta, uma injustiça, uma ofensa –, reclamar algo ou tomar satisfação. Do mesmo modo, Hugo Grócio – embora, dando a entender maior tentativa de justificação – manifestar-se-á pela legitimidade somente de guerras de defesa, recuperação de propriedade injustamente tolhida e punição de ofensa perpetrada. Christine de Pizan – a Mãe do Direito Internacional –, por sua vez, listara, no Medievo, três causas justas, que se comunicam com a doutrina de Vitoria: a restauração do direito e da justiça, a supressão de malfeitores e opressores do povo e a recuperação de terras usurpadas. Para Pizan, defender a Igreja, proteger vassallos e ajudar aliados e amigos em empreitadas justas – o que inclui livrar órfãos e viúvas da opressão – constituem defesa do direito e da justiça.²⁸⁹

Vitoria, com sentido teleológico muito mais próximo de Pizan que de Grócio, não se limita à questão de afastar o inimigo, mas recomenda atingir o fim último da guerra: a paz. Se esse fim não for alcançado, resta inacabada ou até injusta a guerra. O sentido de teleologia proposto pelo Mestre de Salamanca não indica um castigo para o mal do inimigo vencido, mas uma solução, ainda que dura, para o bem-comum, conforme a doutrina tomista acerca da *vindicatio*. Isto porque não basta repelir os tiranos que oprimem os inocentes, mas é necessário garantir que não mais voltem a cometer seus crimes, como – diga-se – os aliados fizeram, punindo os criminosos de guerra em Nuremberg e Tóquio. Para o autor espanhol, a guerra só está acabada, se não pode continuar e, portanto, seria uma imprudência pará-la antes da paz ser

²⁸⁸ BROWNLIE, 2008, p. 731; REZEK, 2018, pp. 442-444.

²⁸⁹ VITORIA, 1960, pp. 815 e seg.; GROTIUS, 1901, pp. 31 e seg. e 73 e seg.; PIZAN, 1994, pp. 292 e seg.

alcançada. Entretanto, afirma que todas as decisões – declarar guerra, levá-la adiante, punir os tiranos etc. – devem ser tomadas sob conselho de doutíssimos e piedosíssimos conselheiros, com a maior das cautelas.²⁹⁰

Quaelibet respublica habet auctoritatem incendi et inferendi bellum, qualquer república tem autoridade de declarar e fazer guerra, como tem seu príncipe. Uma ser humano, individualmente, pode defender-se, mas vingar-se não de injúria. A república, porém – e isso também Aristóteles diz no terceiro livro da “Política” –, não pode conservar o bem-comum, sem poder vingar as ofensas e infundir respeito nos corações dos malfeitores. Logo, do mesmo modo, nas relações internacionais.²⁹¹ O sentido de república, para Vitoria, não é o mesmo que utilizamos coloquialmente: *res publica proprie vocatur perfecta communitas*, a república é propriamente chamada comunidade perfeita, i.e., uma comunidade política que é um todo, que basta em si mesma – não integrando outra –, possuindo suas leis, seu conselho, seus magistrados, como os reinos de Aragão e Castela ou República de Veneza. Por sua vez, uma república imperfeita depende de outra e, conseqüentemente, não se basta por si – o autor dá o Ducado de Alba como exemplo. Poderíamos chamar de repúblicas perfeitas, nesse sentido, o Brasil e o Japão; e imperfeitas, o Estado de São Paulo ou Hokkaido.²⁹² Assim, portanto, quando o Mestre de Salamanca diz “qualquer república”, ele está relacionando o direito de legítima defesa com o que conhecemos hoje por autodeterminação dos povos. E nisso está uma grande diferença entre ele e Grócio, muito mais pautado na solenidade e na soberania, que o critica, dizendo que é criticável a posição de que os habitantes de uma cidade podem fazer guerra, se não forem protegidos por nenhum príncipe.²⁹³

²⁹⁰ VITORIA, 1960, pp. 815 e seg.

²⁹¹ VITORIA, 1960, pp. 819 e seg.

²⁹² No direito internacional contemporâneo, vemos que esses conceitos de Vitoria encontram analogias. Há Estados dependentes, com certas capacidades e personalidade jurídica, e.g., membros de uma confederação. Sua autonomia é de *reserved domain*, própria do direito doméstico. A *statehood*, a condição de Estado, depende, conforme o direito internacional contemporâneo, de população permanente, território definido, governo e capacidade de se relacionar com outros estados. Esses critérios não são absolutos, porém: a Albânia e Israel foram reconhecidos como Estados, mesmo sem terem fronteiras definidas, dadas as questões internacionais disputadas. Outrossim, a Polônia, o Brundi e a Ruanda já eram reconhecidos como Estados, antes de terem um governo efetivo: daí que – de certo modo, retornando ao que pensava, Vitoria – o argumento do exercício da prática governamental pode ser contraposto pelo princípio da autodeterminação dos povos. Isso, também, se deu nos problemas da continuidade das pretensões coloniais, no séc. XX. No direito hodierno, porém, o critério mais decisivo da independência – que define o que o mestre de Salamanca chamava de “república perfeita” – é a capacidade de se relacionar com outros Estados soberanos, sem submissão ao ordenamento jurídico estrangeiro, de modo que todas as intervenções ocorram, não conforme o direito doméstico, mas *on a title of international law*, a título do direito internacional. (BROWNLIE, 2008, pp. 58 e 70 e seg.).

²⁹³ GROTIUS, 1901, pp. 55 e seg.

Os motivos injustos para a guerra em Vitoria resguardam similitude com os elencados posteriormente por Grócio, que, não fazendo muita diferença entre a legítima defesa do direito penal e a do internacional, listará uma série de situações hipotéticas, para que ocorra. O mestre de Salamanca, porém, trabalha mais com princípios que com casuística. Rechaça a ideia de discrepância de credos como motivo suficiente para guerrear. Também considera injusto o desejo de aumentar o território – que absurdamente exigiria, caso não o fosse, que não se matasse ninguém na campanha de anexação, pois todos os que vivem na região desejada seriam súditos do príncipe conquistador. Muito menos a glória ou o proveito particular do príncipe são motivos justos para a guerra: conforme as tradições filosóficas que seguia, todas as decisões políticas servem ao bem comum. Os súditos, outrossim, não são escravos do príncipe, não podendo este os obrigar a lutar em uma guerra de glória vã ou vanglória. Nem mesmo – como diz o autor, na “*relectio prior*” – os crimes cometidos contra a natureza – seja *lato sensu*, como o furto ou o homicídio, seja em sentido estrito, como a bestialidade – são motivo suficiente para fazer-lhes guerra e dominá-los.²⁹⁴

Unica est et sola causa iusta inferendi bellum – diz Vitoria – *iniuria accepta*, a única causa da guerra justa é a injúria recebida, porque conforme o direito natural, não é lícito matar o inocente. Os príncipes não podem punir seus súditos sem motivo, logo menos ainda os estrangeiros. Mesmo na justa guerra ofensiva, injúria prévia é uma condição *sine qua non*. Não basta, ainda assim, qualquer injúria: a ofensa deve ser grave. Isto porque, na linguagem teológica do dominicano, tudo que se faz na guerra é matéria grave – significa que não há venialidade – e a dureza da pena deve ser proporcional à gravidade do crime: *iuxta mensura delicti debet esse plagarum modus Deut. 25,2*.²⁹⁵

Assim sendo, para Vitoria, um príncipe deve examinar as causas da guerra, aconselhar-se com os mais sábios e examinar as razões do inimigo. É um dever moral para os estadistas – e.g., senadores ou ministros – examiná-las, pois podem impedir morticínios. Em contrapartida, o cidadão comum, embora livre para que o faça, está desobrigado e pode seguir seu príncipe pelo bem da república. Tendo visto a injustiça da guerra, um cidadão não deve ser obrigado a lutar – como, no infame terceiro *Reich*, o camponês Franz Jägerstätter foi preso e morto por se recusar a prestar juramento de fidelidade a Hitler e a lutar pelo exército nazista. Vemos aqui, novamente, o imperativo da consciência, aplicado à situação da guerra, que podemos resumir

²⁹⁴ VITORIA, 1960, pp. 699-701 e 823 e seg.; GROTIUS, 1901, pp. 267 e seg.

²⁹⁵ VITORIA, 1960, pp. 825 e seg.

com a seguinte frase de José Maria Ramos: *Quem permanece na ignorância pode ser responsabilizado, mas é possível errar de boa vontade, se a ignorância não é culpa.*²⁹⁶

Se resta qualquer dúvida quanto ao direito defendido em guerra, não é lícito pegar em armas. Por exemplo, se uma república ocupa um território e não há certeza de que lhe pertence, deve examinar a questão e chegar a uma solução em seu favor ou de outro. Um contraexemplo seria a ocupação Tailandesa do Templo de Preah Vihear, no Reino do Camboja: justamente as partes procuraram a Corte Internacional de Justiça para resolver a disputa, mas não abandonaram o confronto armado.

Ainda que uma das partes do conflito tenha causa injusta, se, por ignorância invencível, porém, a outra guerreou de boa-fé, Vitoria diz que ao menos os súditos lutaram justamente. Do mesmo modo, um príncipe que, com causa lícita, promove devastação de cidades, matanças etc. torna iníqua a sua guerra. Por exemplo, era justa a causa dos americanos na Segunda Guerra Mundial – a legítima defesa –, mas a utilização das armas nucleares nas cidades civis Hiroshima e Nagasaki foi desumana e imoderada. Uma guerra justa se pode fazer injusta por atrocidades, logo tudo o que se faz ao inimigo deve ser moderado, segundo o mestre de Salamanca: *Sed hoc, ut diximus, debet fieri cum moderamine*. Isto porque, a guerra, como todas as condutas, tem um sentido finalístico, que é restaurar a paz: do mesmo modo, More diz que se espera apenas uma coisa do uso-da-força, que se atinja aquilo que o poderia ter prevenido. Grócio, porém, listará tudo o que se pode fazer contra os inimigos – conforme o direito gentílico da época –, e.g., matar prisioneiros, rejeitar súplicas de rendição, gastar e saquear a propriedade do inimigo – mesmo as coisas sagradas –, subtrair território, tomar para si os direitos dos povos conquistados etc. Todavia, considera-se atos desumanos como algo contra a razão e a natureza – cujo direito, segundo Pizan, é superior ao da guerra. Vitoria, assim, propõe a moderação teleológica desses atos, totalmente irrigada de prudência e modéstia.²⁹⁷

Tudo o que é lícito ao particular fazer para defender seus bens o é, também, ao príncipe, para proteger a república. Como, em um processo judicial, é lícito ao particular restituir as coisas perdidas – que hoje chamamos de condenação em custas processuais e honorários advocatícios, na primeira instância, e ônus sucumbenciais, na segunda –, também seria na guerra exigir indenizações e compensações do inimigo vencido. Nesse sentido, cobrar tributos dos inimigos vencidos, conforme o costume da guerra da época, seria, em tese, possível e justo.

²⁹⁶ VITORIA, 1960, pp. 830 e seg.; VATICANO, 2007; RAMOS, 2016, pp. 63-64.

²⁹⁷ VITORIA, 1960, pp. 838-855; MORE, 1967, p. 83; GROTIUS, 1901, pp. 323 e seg.; PIZAN, 1994, pp. 292 e seg.

Outrossim, para assegurar a paz e a tranquilidade, se necessário, medidas como destruição ou construção de fortalezas, tomada de armas, naves etc. ou limitação de forças militares seriam lícitas. Veremos isso ser realizado na Alemanha, por exemplo, após a Segunda Grande Guerra. Do mesmo modo, o castigo dos inimigos: como as repúblicas podem punir os criminosos, os triunfantes podem punir os malfeitores e tiranos que moveram guerras injustas. E, voltando ao séc. XX, veremos as punições movidas pelos tribunais de Nuremberg e Tóquio.²⁹⁸

Quanto às mortes de inocentes, Vitoria diz: *Numquam licet per se et ex intentione interficere innocentem*, por si nunca é lícito matar inocentes com intenção direta, porque a guerra fundamenta-se na injúria que, por óbvio, não foi provocada por um inocente. Numa república, não se castiga senão quem cometeu o ato ilícito, logo, também em conflito armado internacional, não se pode castigar o inocente que vive entre os inimigos, do contrário, uma reação em legítima defesa da parte deles seria lícita. Evidentemente, ocasionais perdas a inocentes ocorrerão em qualquer guerra – mas quem a move deve garantir que os malefícios causados por ela não superem os que com ela se pretenda evitar. Christine de Pizan, similarmente, considerara que os camponeses e clérigos, por seu estamento, tinham o direito de se verem livres de assuntos e perdas de guerra; em contrapartida, os “homens de armas” deveriam tomar todas as precauções para que não se destruísse, tiranizasse e maltratasse o povo comum. Hoje, no mesmo sentido, o direito humanitário internacional prescreve os *princípios de distinção* entre combatentes e civis e *de proporcionalidade* – que estará em grave risco, devido à invenção e difusão das armas nucleares.²⁹⁹

Ao tratar da morte de reféns culpáveis, rendidos ou prisioneiros, Vitoria diz que é lícita – guardada a equidade caso seja necessário para a manutenção da paz. Não seria, porém, se inocentes. Contudo, matar todos os culpáveis não seria sempre lícito ou necessário, pois se deve dar castigo segundo a humanidade e a justiça – como não foram todos os réus culpados de

²⁹⁸ VITORIA, 1960, pp. 826-856.

²⁹⁹ VITORIA, 1960, pp. 840-844; PIZAN, 1994, pp 292 e seg. – Vede que, atualmente, que, hoje em dia, no direito humanitário internacional, o costume exige que as partes de um conflito bélico, a todo momento, façam bem a distinção entre civis e militares, que os ataques devem ser direcionados tão somente aos combatentes e jamais contra os cidadãos. No *written statement* do Egito, entregue à Corte Internacional de Justiça, no *Nuclear Weapons case*, lê-se que a distinção entre os combatentes e os não-combatentes foi uma das mais importantes vitórias do direito internacional e que, portanto, qualquer autorização do uso de armas nucleares o colapsaria. O Japão, na mesma ocasião, também se manifestou nesse sentido. Ademais, corre risco, o princípio de proporcionalidade, do direito humanitário internacional costumeiro, em razão do risco de perdas colaterais ao ataque, restando o princípio de distinção ineficaz, sem a devida atenção à proporcionalidade. Assim, no parecer consultivo, a CIJ fez menção aos possíveis danos ambientais decorrentes do uso de armas nucleares. (HENCKAERTZ *et al.*, 2009a, pp. 3 e seg.; HENCKAERTZ *et al.*, 2009b, pp. 3 e seg. e 297 e seg.; *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1996, p. 226).

Nuremberg e Tóquio condenados à morte. Vemos aqui que a moderação e a proporcionalidade, conforme o mais razoável e pacífico, são medidas necessárias, para superar revanchismos. Com isso, poderíamos voltar a Platão, que, em “Crítion” e em “Górgias”, deixa claro que não se deve fazer mal jamais e tampouco devolver o mal por vingança: uma lição que encontra, também, suas raízes no Evangelho.³⁰⁰

Seria lícito, conforme costumes imemoriais que remontam a Abraão, reter os bens capturados para compensar pelos gastos de guerra, como restituição ou satisfação, ainda que excedam a compensação. Nesse sentido, é justo ocupar e reter, *por segurança*, cidades, fortalezas, campos, bosques e partes do território inimigo, embora não seja lícito promover atos cruéis e desumanos, como estupros, tormentos etc. – e os comandantes estão obrigados a proibir qualquer tipo de barbaridade. Afinal, com efeito, vitórias sangrentas causam vergonha.³⁰¹

Em pouquíssimos casos, é lícito destituir os príncipes inimigos de seus tronos e instituir outros. Se não for imprescindível para a manutenção da paz e da segurança – tanto da república, quanto dos inimigos – não se pode depor príncipes vencidos, pois seria excessivamente cruel e desumano. Vede, por exemplo, a diferença entre o Japão e a Áustria-Hungria: enquanto os Habsburgo foram destronados e seu império, fragmentado – deixando os países que o compunham, posteriormente, vulneráveis a invasões estrangeiras e em situações sociais que abordaremos adiante –, Hiroito foi mantido no Trono do Crisântemo e o Japão, preservado.³⁰²

Encerra, o mestre de Salamanca, sua “*relectio posterior*”, com três cânones ou regras da guerra. Uma para antes – seria o princípio do *ius ad bellum* –, outra para seu decorrer – o do *ius in bello* – e mais uma para o momento imediatamente posterior – uma expressão de *summum ius, summa iniuria*. Os três podem ser resumidos em uma palavra que define a personalidade de Francisco de Vitoria: moderação. *Primeiro*, dado por suposto que o príncipe tenha autoridade para fazer guerra, antes de tudo, deve buscar ocasião e pretextos, tendo em mente a possibilidade de guardar a paz. Similarmente, na correspondência diplomática de Webster e Ashburton, será afirmada a absoluta necessidade de condições reais, iminentes e de nenhum outro modo resistível, para que surja o direito da legítima defesa internacional. Do mesmo modo, o direito internacional contemporâneo exigirá a solução pacífica de conflitos. *Segundo*, declarada a causa justa da guerra – o que será lido, posteriormente, como motivo de legítima defesa internacional por uso-da-força, conforme o direito –, o inimigo não deve ser levado à

³⁰⁰ VITORIA, 1960, pp. 847-845 e 850-851; Crítion, 94A-D; Górgias, 227B-D.

³⁰¹ VITORIA, 1960, pp. 851-855; MORE, 1967, p. 82.

³⁰² VITORIA, 1960, pp. 855 e seg.

ruína ou à perdição. O sentido teleológico da guerra, em Vitoria, volta-se para a realização do direito de defesa da pátria e da república, com o fim ulterior de conseguir a paz e a segurança. Esta finalidade estará no rol dos objetivos das Nações Unidas, conforme a Carta, artigo 1º. *Terceiro*, obtida a vitória e terminada a guerra, convêm usar do triunfo com moderação e modéstia cristãs. Isto significa que o vencedor se considere como juiz entre as duas repúblicas, uma que se ofendeu e outra que perpetró a ofensa, para que, em sua sentença, satisfaça a nação ofendida. Assim, deverá agir conforme o direito e, portanto, os três preceitos do direito, que, segundo Ulpiano, são *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*, viver honestamente, não ferir a ninguém e dar a cada um o seu.³⁰³

³⁰³ VITORIA, 1960, pp. 857-858; BROWNLIE, 2008, pp. 730 e seg.; ASHBURTON; WEBSTER; MILLER; Dig. I. 1. 10. 1.

Cap. 4º. À Sombra da Velha Sarum: As Disputas acerca do Estado

A história dos direitos humanos geralmente, quando chega ao iluminismo, passa pela França. No entanto, optamos por ir, nesse ponto, pelo Reino Unido. A predileção pelo pensamento inglês pode ser explicada pela discrepância nas formulações das declarações de direitos, nas tradições do pensamento e do sistema jurídico.

Comparando os preâmbulos da “*Bill of Rights*” de 1688 com a “*Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen*” de 1789, perceberemos uma diferença gritante. A declaração inglesa se propõe como uma resposta do direito a um problema histórico específico, realizado pelas estruturas políticas tradicionais:

Whereas the late King James the Second by the Assistance of diverse evill Councillors Judges and Ministers imployed by him did endeavour to subvert and extirpate the Protestant Religion and the Lawes and Liberties of this Kingdome (...) the Lords Spirituall and Temporall and Comons assembled at Westminster lawfully (...) did (...) present unto their Majesties (...) a certaine Declaration in Writeing made by the said Lords and Comons (sic)³⁰⁴

Já os franceses apresentam um problema teórico ou, se real, de forma abstrata: (...) *considérant que l’ignorance, l’oubli ou le mépris des droits de l’homme sont les seules causes des malheurs publics et de la corruption des gouvernements (...)*.³⁰⁵ E não fundamentam sua legitimidade na forma do Estado, mas arrogam-se o título de representantes do povo.

Não negamos que houve, de fato, uma situação histórica, que fez nascer a Declaração francesa, mas afirmamos que as formulações preambulares apresentam uma característica discrepante: uma contextualiza e se apresenta como uma resposta a uma situação concreta, a outra propõe um problema hipotético.

Os *représentants du peuple français* pretenderam trazer, com sua razão, uma solução universal. Mas, sem levar em conta o todo – porque, a ideia de homem não era integral, como será demonstrado –, acreditaram que o direito francês era humano: daí que Napoleão tentou

³⁰⁴ Considerando que o finado Rei Jaime II, pela assistência de vários conselheiros malvados, juízes e ministros, por ele nomeados, tentou realmente subverter e exterminar a religião protestante e as leis e liberdades deste Reino – tradução livre. (...) Os Senhores, espirituais e temporais, e os Comuns aqui reunidos em Westminster, legitimamente (...) de fato (...) apresentaram diante de suas Majestades (...) a presente declaração por escrito, feita pelos referidos Senhores e Comuns – tradução livre.

³⁰⁵ Considerando que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo pelos direitos humanos são as únicas causas da desgraça pública e da corrupção governamental – tradução livre.

impor seu *Code Civil* para povos de cultura alemã. Podemos ver, portanto, que não se tratava de direitos do ser humano, mas *du citoyen français*. Não foi um universalismo, como o de Cícero e o de Vitoria, mas um racionalismo reducionista e, na prática, um nacionalismo imperialista.

Os ingleses, é claro, também cometeram violências nas suas expedições ultramarítimas, mas o grande problema, ora tratado, está no pensamento. Suas conquistas imperiais – ainda que repletas de crimes – eram levadas com um senso prático similar ao dos romanos, no sentido de respeitar – ainda que por uma postura mais utilitarista que humanista – as tradições jurídicas locais. Hannah Arendt atribui a preservação das tradições jurídicas pelo Império Britânico a uma mistura de arrogância e respeito. Por um lado, nenhuma nação poderia impor sua cultura jurídica; por outro, os ingleses chegaram a olhar para os estrangeiros dominados como *backward populations*, povos atrasados, primitivos. O imperialismo inglês, portanto, não como as aventuras imperiais de Napoleão, pretendia a expansão do poder político sem o *body politic*, corpo político, fundacional.³⁰⁶

Quanto às tradições do pensamento, há uma grande discrepância entre a insular e a continental, no Iluminismo. Descartes marcou o início da filosofia moderna com seu “*cogito ergo sum*”. Ele que destronou as doutrinas do medievo e elegeu um novo homem, que é totalmente razão. A razão, então, tornou-se a nova deusa da nova era – até um ponto em que Robespierre converterá a Catedral de Nossa Senhora de Paris no seu templo. Rousseau, ademais, professando a religião da Madame de Werns, dos sentimentos naturais, fez brotar uma ideia de que o homem deve ser livre para ser tão bom quanto ele mesmo pode ser. Dessas duas doutrinas, surgiram os direitos do homem da Declaração Francesa. Jacques Maritain, porém, os criticará duramente. A René Descartes, chamará “Anjo Encarnado”, porque sua gnoseologia ignora totalmente os sentidos: é um homem que busca ser como se não tivesse um corpo físico, como um espírito puro, um anjo. A Rousseau, chamará “Santo da Natureza”, porque este criou um mito do homem naturalmente bom – otimismo antropocêntrico. O centro dessa crítica é que ambos os autores desconsideram a integridade da natureza humana – respectivamente, a dimensão além da razão, a realidade das coisas, tudo o que faz com que sejamos além do *cogito* e a concupiscência, o *fomes peccati*. E, portanto, o ser humano de ambas as doutrinas é irreal.³⁰⁷

³⁰⁶ ARENDT, 1976, pp. 130 e seg.

³⁰⁷ MARITAIN, 2019, pp. 55 e seg., e 91 e seg.

O hilemorfismo foi rompido: *l'homme*, carecendo totalmente de conteúdo, tornou-se uma forma fantasmagórica. Inexistindo, deseja viver em uma sociedade inexistente: então ele cria um direito hipotético, o contrato social, as constituições e os códigos. E lá ele vive, habitando uma cidade de premissas maiores.³⁰⁸ Joseph de Maistre dirá que todos podem melhorar árvores com enxertos e, até, escolherem onde elas nascerão e de que forma, mas que ninguém jamais pensou que poderia criar uma do nada, no entanto, os revolucionários franceses acreditavam poder destruir e reedificar a sociedade com seu direito abstrato e hipotético.³⁰⁹

Um problema da tradição continental é que esta é um subproduto de uma estruturação abstrata, ao passo que o pensamento inglês é mais realista e pragmático. Uma é a deusa da razão; a outra, o *common sense*, o senso comum. Sobre isto, precisamos fazer duas considerações: a primeira, quanto às consequências para o direito – “que vantagem a tradição jurídica insular traz para o pensamento dos direitos humanos?” – e a segunda – muito mais uma ressalva, que uma consideração – é o problema da continuidade do pensamento ciceroniano, escolástico e neoescolástico.

A família jurídica anglo-saxã ou tradição insular é resultado desse realismo inglês. Trata-se de um direito difícil de se compreender, em um sistema de tradição continental. A ideia de precedente difere muitíssimo da noção de aplicabilidade da norma jurídica hipotética. O direito costumeiro dos anglos e saxões, combinado com as tradições normandas, em um desenvolvimento pretoriano, criou o *Common Law*, direito comum. Essa família jurídica, não como as ordenações continentais, manteve uma integralidade do sistema jurídico – não o encarando tão somente como uma mera ordem da Coroa ou do Estado, o *Statute Law*, o direito dos códigos – e, portanto, permitiu-lhe encarar a realidade, partindo de premissas reais, os precedentes. Quando esses são insuficientes, até hoje, nos países de tradição insular, resolve-se a questão por *equity*.³¹⁰

Durante idade média, na Europa Ocidental, o direito costumeiro – profundamente germânico – vigorava, com as regras das guildas e do comércio – *Lex Mercatoria* –, os decretos e leis dos reis, dos senhores, o direito canônico etc. A função do jurista era, com seus conhecimentos do direito romano, analisar como essa multiplicidade de ordens jurídicas se

³⁰⁸ Essa “polis” hipotética não se confunde com a “República” de Platão ou com a “Cidade de Deus” de Agostinho. Não se trata de nenhuma doutrina arquetípica. A noção de ideia aqui é de um subproduto da mente humana. Assim sendo, não há uma forma, no sentido platônico, mas uma irreabilidade, uma abstração, uma ideia no sentido cartesiano, de sociedade.

³⁰⁹ DE MAISTRE, 2010, p. 171.

³¹⁰ DE CICCIO, 2017, pp. 115 e seg.

aplicam ao caso concreto. Tudo isso foi brutalmente suprimido por um processo de voluntarização do direito: com os regimes absolutistas, volta-se à máxima *quod principi placuit legis habet vigorem*, o que agrada ao príncipe tem força de lei. O direito torna-se a vontade do Rei e, posteriormente, do legislador membro do parlamento. O jurista, então, passa a aplicar as ordenações e códigos. Essa foi a purificação prática, que Kelsen fez depois na teoria. Assim, o direito foi reduzido a um mero silogismo. Bem cartesianamente, tentou-se entender o universo como um relógio, ou alguma espécie de mecanismo, mas, como diz o personagem de Dostoiévski, *os homens continuam a ser homens, e não teclas de piano*.³¹¹

As ilhas britânicas, porém, tiveram outra sorte. A ideia de voluntarismo jamais chegou a vigorar, porque, como dissemos, a história – e, com ela todos os fatos, a realidade cultural, as tradições, os costumes etc. – está no centro da cultura britânica. A sentença judicial não é um silogismo hipotético, mas a concretização da justiça – ao menos, deveria ser –, pautada no *legal reasoning*, o raciocínio jurídico.

No tocante à filosofia, é difícil, de modo geral, encontrar laços de continuidade entre as linhas de pensamento desenvolvidas por Cícero, os escolásticos e os neoescolásticos e as do Iluminismo. Isto porque, a ideia de ruptura é muito forte, nesse período da História do Pensamento. Descartes, Leibnitz, Spinoza e Newton não desprezam a metafísica, muito importante para os filósofos estudados até então. Voltaire, porém, a considera um devaneio; bem como Bacon, a quem admirava, como o responsável pela desvalorização da dimensão metafísica do homem. Por sua vez, Locke, que será um dos grandes protagonistas deste capítulo, pode ser listado dentre seus discípulos, embora, por sua própria situação, seja fortemente biblista.³¹²

Por um lado, o que torna o pensamento inglês mais interessante é que, não como o francês, não se desliga totalmente da realidade. Descartes duvida de tudo que se conhece pelos sentidos, baseia-se na razão e sai da realidade do eu para a do mundo. Deduzindo o ser do pensar, Descartes foi um matemático e seu conceito de ideia é – não como em Platão, que é o ser verdadeiro – um subproduto da mente, um conteúdo do intelecto humano. Este conceito de ideia, também, está presente no empirismo, todavia os adeptos dessa escola do pensamento não

³¹¹ DOSTOIÉVSKI, 2010, p. 41; DE CICCO, 2017, pp. 97 e seg., e 155 e seg.

³¹² TURC, 1958, pp. 211-212; VILLEY, 2005, pp. 174 e seg.; JAFFRE, 1886, pp. 374-375; REALE; ANTISERI, 2003b, pp. 91-92.

partem daí, mas da realidade concreta. Eis que Francis Bacon fia-se no experimento científico. A experiência é, com efeito, o limite intransponível de todo o conhecimento.³¹³

O problema surge, quando Bacon, tentando superar Aristóteles e fundar a nova era da filosofia, desconsidera tudo o que se construiu em metafísica. Afasta as causas finais – virgens consagradas, como as chama – e as reputa desprovidas de eficácia prática. Assim, o “como” supera a importância do “porquê”. Seu pensamento, diz Gonzague Turc, carece de uma dimensão transcendente e, por isso, não pode ser propriamente considerado filosofia.³¹⁴

Nesse sentido, parece não haver realmente continuidade com o pensamento salamanticense, que, com seu maior expoente em Vitoria, chamamos neoescolástica, combinou a doutrina dos doutores do medievo – mor e sumamente São Tomás – e o estoicismo ecleticamente aristotelizado e latinizado de Cícero. Assim, como vimos, ele criou o direito internacional, a partir de uma ideia aristotélico-tomista de sociabilidade natural e estoico-ciceroniana de universalismo. Falamos aqui de uma neoescolástica no contexto do humanismo renascentista, com uma localização geográfica: a Universidade de Salamanca, na Espanha. Mudando, todavia, para a Escola Catedralícia de Chartres, na França, durante a Idade Média, encontraremos o clérigo anglo-saxão John de Salisbury, antigo assistente do Arcebispo de Canterbury, Thomas Becket. Ele era um autor medieval do mesmo nível cultural e social de um More ou de um Mirandola. Bispo, escritor, filósofo e diplomata, o teólogo da Velha Sarum viveu no período da escolástica e foi um homem de letras conhecedor dos clássicos. Detestando Epicuro e vendo algum valor em Epiteto, tinha clara predileção por Cícero. Muito anglicamente, opunha-se contra o nominalismo e pautava seu pensamento político no *common sense*. Em suma, como Francisco de Vitoria, suas ideias nasceram de uma escolástica embebida de erudição clássica profundamente ciceroniana.³¹⁵

Com seu tratado de política, o “*Policraticus*”, John de Salisbury construiu uma grande cidadela sobre o promontório dos antigos e do medievo. Lá ele escreveu seu *mirror for princes*, espelho para soberanos: a relação entre os reis e os súditos e suas responsabilidades sociais são os temas, que apresenta em estilo fluido e recheado de exemplos históricos da Roma e da Grécia antigas. Assim como a Inglaterra se construiu à sombra da Velha Sarum, o pensamento político inglês – e, portanto, também as doutrinas acerca dos direitos humanos – desenvolveu-se à

³¹³ TURC, 1958, pp. 154 e seg.; REALE; ANTISERI, 2003b, pp. 91 e seg.

³¹⁴ TURC, 1958, pp. 150-151 e 211-212; JAFFRE, 1886, pp. 374-375.

³¹⁵ DE CICCIO, 2017, p. 117.

sombra do “*Policraticus*”. A grande crítica dos “Tratados sobre o governo civil” ao “*Patriarcha*”, que logo veremos, foi uma batalha ao pé das ruínas do velho promontório.

Assim sendo, o grande laço de continuidade entre os autores estudados até então está em Salisbury. Por isso, no presente capítulo, as ideias opostas de Locke e Filmer serão apresentadas dialeticamente; e reservaremos o *respondeo* para o Teólogo da Velha Sarum.

4. 1. Homens e Lobos: Absolutismo e Revolução

Antes de entrarmos nas questões disputadas, precisamos dar-lhes contexto. Como dissemos anteriormente, a *Bill of Rights* inglesa expressa claramente o problema histórico, que pretendia resolver. Muito menos preocupado com a constituição dos homens ideais, o Parlamento redigiu um documento para proteger os interesses da Revolução Gloriosa. Tudo isso foi o produto de um longo e sangrento período da história inglesa, que se inicia no contexto da Reforma e das Guerras de Religião. Foi um período de incertezas que fez germinar o pensamento pessimista de Thomas Hobbes.

A Europa via-se em guerra: protestantes e católicos, cada um com seu humanismo, atacavam-se uns aos outros. Pouca era a preocupação com a doutrina e a religião; e muita, a com o poder e a política. Na Inglaterra, o ramo corrente do calvinismo era a seita puritana. Seu representante principal no Parlamento era Oliver Cromwell e seu braço armado, o exército dos cabeças-redondas. *O respeito para com o chefe era absoluto* – diz Cláudio de Cicco – *e sua palavra era lei*. Cromwell desejava abolir a realeza e, com ela, todas as práticas que considerava pecaminosas – e.g., o teatro e as festas de Natal –, instituindo uma *Commonwealth*, uma república, totalmente voltada para fazer valerem as regras do puritanismo.³¹⁶

O sistema político Britânico vinha sendo formado desde a Idade Média. Os reis bárbaros governavam com o auxílio dos seus irmãos de armas, os conselhos dos seus pais espirituais e a apresentação dos problemas dos artífices, comerciantes e camponeses. Assim, na Inglaterra, formou-se o Parlamento: nas palavras de Dicey, o conjunto do Rei, dos senhores – nobres e prelados – e dos comuns. Até hoje, a ideia de soberania, no Reino Unido, é o Princípio da Supremacia do Parlamento.³¹⁷ Isto era um grande problema para Cromwell, pois via a Câmara

³¹⁶ DE CICCO, 2017, pp. 174-175.

³¹⁷ DICEY, 1915, pp. 73 e seg.

Senhorial e a Coroa como inimigos políticos. Outro era o conceito de traição: segundo o direito britânico trata-se de um crime de lesa-majestade, isto é, contra a pessoa do Rei. Estando em plena guerra contra o Trono, Cromwell precisava de um subterfúgio, para dar legitimidade à sua causa. A solução foi um substituir o Parlamento pelos Comuns, criando a ideia de *Supremacy of the Commons*. Dado que a maioria dos MPs não era, todavia, do seu partido, sua última cartada foi expurgar a Câmara de tudo o que não era digno do puritanismo. A Câmara Senhorial foi dissolvida, o Rei foi acusado de traição – uma contradição lógica, no sistema político inglês – e parlamentares foram forçados a renunciar. Com a morte de Carlos I, Cromwell tornou-se o ditador perpétuo – um cargo similar ao de César, cujos inimigos o acusavam de aspirar a realeza –, sob o título de *Lord Protector of the Commonwealth*. Com o poder em mãos, suprimiu violentamente a contrarrevolução dos *royalists* da Irlanda e da Escócia, instituiu leis teocráticas e, como uma grande demonstração de poder, dissolveu o que sobrara do Parlamento, para governar sozinho.³¹⁸

Richard, filho de Oliver Cromwell, não conseguiu manter-se e a Dinastia Stuart foi restaurada. Carlos II, que então ascendeu ao trono, havia passado muito tempo na França, onde seu primo de quatorze anos, Luís XIV, já era rei. A Corte francesa era como o Olimpo: toda a ordem do cosmo girava em torno do Rei-Sol. A dramática música de Lully fazia da apresentação do rei uma teofania: quem assiste a “*Entrée d’Apollon*” percebe que, assim como se acreditava que os antigos Faraós traziam o raio do dia, o Rei da França, com suas leis, comandava o centro do universo. O culto idolátrico do voluntarismo monárquico que havia em Versalhes não serviria para o gosto dos ingleses, que outrora impuseram a Magna Carta, limitando o poder de João Sem-Terra. Carlos II teve muitos problemas com o Parlamento, mormente envolvendo a oposição entre católicos e protestantes. As guerras Anglo-Holandesas, as simpatias pela França e seus parentes católicos – como sua esposa, a Rainha Catarina de Bragança, e seu irmão, o Duque Carlos de Iorque – causavam inquietação na sociedade britânica. A Rainha foi, inclusive, acusada de participar de um “Complô Papista” para assassinar o Rei. Tudo estava a ponto de ebulição.

Quando o Duque de Iorque ascendeu ao trono, como Jaime II, seus conflitos com o Arcebispo de Canterbury, William Sancroft, e sua predileção pela religião católica levaram a nobreza protestante a procurar uma alternativa. Pessoas influentes, como Anthony Ashley Cooper, 3º Conde de Shaftesbury, e seu médico pessoal, John Locke (1632 - 1704), passaram

³¹⁸ DE CICCIO, 2017, pp. 174-175.

a apoiar a causa da coroação da sobrinha do rei, Maria, e seu marido Guilherme, Príncipe de Orange e Conde de Nassau. Tendo recusado a ajuda de Luís XIV, Jaime II foi destronado e comonarcas protestantes – Maria II e Guilherme III –, coroados. Essa foi a Revolução Gloriosa – sem banhos de sangue –, que se encerrou honrosamente com a aprovação da *Bill of Rights*.³¹⁹

A instabilidade finalmente estava acabada e uma série de direitos foi reconhecida pela Coroa como autoevidentes e invioláveis, segundo a base teórica dada por John Locke, que via o Trono como uma força capaz de garantir os direitos naturais. Essa ideia é o contrário da tradição continental, que encara os direitos civis como claras concessões do Estado. Junto da posterior Independência Americana, esta ficou para a história como modelo de Revolução Liberal – ao passo que a francesa, uma verdadeira *Animal Farm* ao melhor estilo de Orwell, foi maculada pelo grande autoritarismo de Robespierre. A Inglaterra, pois, transitou do absolutismo-Leviatã para o liberalismo, conforme suas riquíssimas estruturas político-sociais (ainda que caoticamente) de forma orgânica.³²⁰

Na contenda acerca do absolutismo, duas grandes formas de direito estavam disputando espaço: o direito instituído pela autoridade, *Statute Law*, e o comum, *Common Law*. No continente, vimos as Ordenações e, posteriormente, os Códigos, desde Vestfália até Napoleão – no Brasil, a Constituição de 1824 –, suprimirem a justiça das guildas e corporações, eliminarem as sociedades intermediárias e as ordens jurídicas fragmentárias do medievo e jogarem os costumes e princípios para o campo das fontes subsidiárias. Os monarcas absolutistas – muito na contramão do que se entendia por direito na Idade Média – apoiavam-se sobre o *Statute Law*, como uma afirmação da vontade; ao passo que os juristas, como Edward Coke, apoiavam-se sobre o *Common Law* e sobre a *Equity*, como expressão de senso comum (*common sense*), justiça (*fairness*) e razoabilidade (*reasonableness*).

O argumento dos defensores do *Statute Law* era uma expressão de medo e uma extrema confiança na certeza do texto escrito. As ideias de Hobbes, inebriadas de um pessimismo, defenderiam o direito imposto e codificado. Sendo, em tese, jusnaturalista, o autor dá preferência para a aplicação da lei, ainda que injusta, pois mais segura.³²¹ Filmer (1588 - 1653), cujas ideias patriarcalistas estudaremos adiante, critica o *Common Law*, dizendo que nada mais é que costume (*usage or custom*) e que, sendo legitimado pelo tempo, não pode reger o governo.

³¹⁹ DE CICCIO, 2017, pp. 184 e seg.

³²⁰ DE CICCIO, 2017, pp. 184 e seg.

³²¹ HOBBS, 2014, pp. 110 e seg. e 138 e seg.

Ademais, sendo não-escrito, é um direito dúbio e difícil e as regras necessariamente não podem ser incertas.³²²

Suas críticas não são de todo desacertadas e não lhes carece sinceridade. Mas, como diz Michel Villey, o positivismo jurídico do *Statute Law*, isto é, a redução do direito unicamente às leis ditadas pelo príncipe, estava ameaçando os direitos dos particulares. Assim, os juristas – e a isso Cançado Trindade remete, ao tratar das cortes internacionais de direitos humanos, Americana, Europeia e Africana – sentiram-se no dever de lembrar da existência de direitos oponíveis ao Estado. Não seriam propriamente, porém, direitos humanos, mas direitos de origem jurisprudencial ou costumeira, que foram afirmados e reafirmados nas *Bills of Rights* inglesas.³²³ Assim, portanto, que Edward Coke afirmou – apontando um princípio de coerência, que Bobbio, por exemplo, chegará a negar – que as próprias leis do Parlamento devem estar de acordo com o todo harmonioso do direito comum:

And it appeareth in our Books, that in many Cases, the Common Law doth controll Acts of Parliament, and somtimes shall adjudge them to be void: for when an Act of Parliament is against Common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the Common Law will controll it, and adjudge such Act to be void. (Sic) (COKE, 2003, p. 275).³²⁴

A aprovação da *Bill of Rights* de 1688, portanto, foi a afirmação da superioridade do *Common Law* sobre o *Statute Law*, do direito e da razão sobre a vontade do Rei – ou quer quem seja que detenha o poder.

Restando clara a disputa política e jurídica, podemos partir para a disputa filosófica: a batalha entre Locke e Filmer, à sombra da Velha Sarum, de John de Salisbury.

4. 2. Locke e Filmer: Uma Batalha pelo Trono de Santo Eduardo

Seria impossível contar a história dos direitos humanos, dentro da nossa proposta de passar pelo pensamento insular, sem mencionar o nome de John Locke. Mas um outro nome

³²² FILMER, 1949, p. 297.

³²³ UNIVERSIDADE DE COIMBRA, 2014; VILLEY, 2007, 150 e seg.

³²⁴ E consta em nossos livros que, em muitos casos, o “*common law*” controla as leis do Parlamento e, às vezes, as julga nulas: pois quando uma lei parlamentar é contra o direito e a razão comuns, ou repugnante, ou impossível de ser executada, o “*common law*” a controla e considera nula.

sempre virá, quando estudarmos sua filosofia política: Sir Robert Filmer. Não foi tão somente um século que separou as vidas desses autores, mas a reputação – um é muito conhecido e outro quase sofreu uma *damnatio memoriae* tácita – e suas ideias. Não se lê os “Tratados sobre o governo civil”, sem se notar as numerosas críticas ao “*Patriarcha*”, o livro de Filmer sobre o poder natural dos reis. Muito invocando a teologia do “judicioso” Richard Hooker (1554-1600), Locke repudiava as teses do direito divino de Filmer e *procurava estabelecer, com base na lei da natureza dos escolásticos, uma nova doutrina de Estado, adequadamente alterada para se ajustar às condições modernas*.³²⁵ Ao fazer isso, deu início a uma disputa sobre o direito natural, que se apresenta como dois problemas: (i) a liberdade natural do ser humano e (ii) a origem da comunidade política.

Ambos nasceram em períodos históricos diferentes e suas experiências moldaram suas cosmovisões.

Quarenta e dois anos após a morte de Francisco de Vitoria, o odor insalubre da pólvora dos canhões Tudor e Habsburgo marcou as águas britânicas. Foi naquele ano que nasceram os contemporâneos ingleses de Suárez e Grócio: Robert Filmer e Thomas Hobbes. Portanto, o que este escreveu sobre seu próprio nascimento poderia ser dito sobre as vidas de ambos: *my mother (...) bore twins, me and together with me fear*, minha mãe pariu gêmeos, a mim e ao medo. Não foi, porém, a inimizade entre a Ibéria católica e a Inglaterra protestante que pôs a marca de Fobos e Deimos em suas vidas – ao menos não principalmente –, mas a Guerra Civil. De família aristocrática, Filmer tornou-se *barrister*, advogado, após formado na *Trinity College*, Cambridge, e admitido pela *Lincoln's Inn*. Depois de ter sua mansão senhorial saqueada pelos cabeças-redondas e passado um período como prisioneiro no Castelo de Leeds, produziu uma obra filosófica em defesa da realeza.³²⁶

Locke, por sua vez, veio de um contexto diferente: seus pais eram puritanos e parlamentaristas. Era médico, formado na *Christ Church*, Oxford; trabalhou para o *whig* Anthony Ashley Cooper, Conde de Shaftesbury, com quem foi para o exílio, e com quem voltou para compor um gabinete em nome do Rei Guilherme III e da Rainha Maria II. Sua principal missão enquanto pensador político foi refutar o patriarcalismo de Filmer e dar uma base teórica para a Revolução Gloriosa.³²⁷

³²⁵ RUSSELL, 2016, p. 352.

³²⁶ FILMER, 1949, pp. 1 e seg.; MARTINICH, 1999.

³²⁷ GLENDON, 2011, pp. 99 e seg. REALE; ANTISERI, 2003b, pp. 91 e seg.

Um, machucado pelos cabeças-redondas; o outro, tomado por ideais liberais: nenhum teve a pretensão de oferecer ao mundo um sistema completo de filosofia política. Ambos estavam atendendo à situação imediata de uma Inglaterra em transformação. Isso se evidencia, por exemplo, pela incompletude da obra de Locke, que, com um senso prático fortíssimo, desconsiderava as incoerências filosóficas com que se deparava, não se preocupando, de modo nenhum, em saná-las.³²⁸ Desse modo, Nietzsche dirá, anos mais tarde, que o que falta à Inglaterra é *autêntica profundidade de olhar espiritual, ou, numa palavra, filosofia*.³²⁹ Filmer, por sua vez, com muito mais rigor metodológico e coerência interna, parece ter trabalhado em uma catarse apologética, totalmente embebida de ressentimento e medo.

A resposta de Locke a Filmer foi uma filosofia política incompleta e fragmentária³³⁰ – e, talvez, não desse para ser de outra forma. No entanto, como se pudéssemos fazer Hesíodo e Homero debaterem, analisando as questões disputadas dos filósofos ingleses, poderemos chegar às origens do pensamento moderno sobre ser humano tanto em seu estado de natureza como em seu estado cívico, se é que os podemos separar. Interessa-nos isso, porque os limites da sociedade política implicam o que se pode fazer ou não em conflitos internacionais e como a sociedade das gentes agirá diante das crises humanitárias.

4. 2. 1. Natureza e Liberdade

A ideia contemporânea de universalidade dos direitos humanos, pressupõe que a sua validade independe das leis do Estado. Vede, por exemplo, que nesse sentido, a Declaração de Viena de 1993, I, 5, diz:

All human rights are universal (...) The international community must treat human rights globally in a fair and equal manner, on the same footing, and with the same emphasis. While the significance of national and regional particularities and various historical, cultural and religious backgrounds must be borne in mind, it is the duty of States, regardless of their political, economic and cultural systems, to promote and protect all human rights and fundamental freedoms.³³¹

³²⁸ REALE; ANTISERI, 2003b, pp. 91 e seg.

³²⁹ NIETZSCHE, 2010, pp. 144-145.

³³⁰ RUSSELL, 2016, pp. 349 e seg.

³³¹ Todos os direitos humanos são universais (...) A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente de maneira justa e igualitária, em pé de igualdade e com a mesma ênfase. Embora se deva ter em

Esse modo de pensar encontrou novo vigor no pós-guerra, para acentuar a dignidade humana além do Estado, com raízes no universalismo estoico. Os humanistas do séc. XX, assim como Zenão de Cício, procurarão a dignidade não do cidadão, mas do ser humano. E é isso que os críticos do absolutismo buscaram, em seus estudos para defender a liberdade. Não, porém, como Cícero e Vitória – que foram fiéis a Aristóteles, no tocante à natureza política da humanidade –, pensadores como Suárez abraçaram a ideia de contrato social: *pactum associationis* e *pactum subiectionis*.³³²

Embebido do pessimismo da reforma, Thomas Hobbes elaborou a teoria de que o estado inter-humano natural é o de guerra generalizada: *bellum omnium contra omnes*. Se voltarmos à máxima de Aristóteles – o homem sozinho é ou uma besta ou um deus –, veremos que o ser humano hobbesiano é um monstro: o exercício dos seus direitos o coloca em estado de inimizade com todos. Surpreendentemente, é desse “mito” do estado de natureza, que John Locke se apropriou, para forjar sua teoria política. No entanto, sob uma influência mais otimista da teologia anglicana de Richard Hooker, nas palavras de Michel Villey, *[e]spremeu ao máximo a idéia (sic) hobbesiana de direito do homem até fazê-la render conclusões opostas às de Hobbes*. O Médico de Oxford fazia diferença entre os estados de natureza e guerra. Este é o de inimizade, malícia, violência e destruição mútua – não muito diferente do estado pré-político em Hobbes. Aquele, todavia, é o *State of Perfect Freedom*, o estado de perfeita liberdade, regido por leis naturais.³³³

Este último conceito de estado de natureza não é propriamente como o de Rousseau. O autor genebrino imaginou o humano primitivo de vida solitária e indolente, existindo em um ato puro de ser, sem usar a razão. Não é propriamente o de Locke. Segundo sua descrição, o estado de natureza é marcado pela paz, pela boa-vontade, assistência mútua e preservação. Sem a solidão ontológica do ser humano de Rousseau, o de Locke é mais um deus que uma besta: é virtuoso por natureza. E daí vem a origem do direito natural e dos direitos humanos: toda a gente tem o direito e o dever da autopreservação, relativa a si mesmo e à humanidade.

mente a importância das particularidades nacionais e regionais e dos vários contextos históricos, culturais e religiosos, é dever dos Estados, independentemente de seus sistemas político, econômico e cultural, promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais – tradução livre.

³³² SUÁREZ, 2015, pp. 415 e seg.

³³³ HOBBS, 1909, p. 96; LOCKE, 2003, pp. 278 e seg.; MARITAIN, 2018, pp. 28 e seg.; DE CICCIO, 2017, pp. 175 e seg.; JAFFRE, 1886, pp. 382-383; VILLEY, 2003, pp. 146 e seg.; Ari., Pol., I, 1253a.27.

Observando conscienciosamente o direito natural, o ser humano não admitirá ofensas contra a vida, a liberdade, a saúde, a integridade e a propriedade.³³⁴

Filmer não vê essa ideia de humanidade com bons olhos. É claro que, em sua época, nem os textos de Locke, nem os de Rousseau chegaram a existir, mas suas respostas a Hobbes expõem bem seu pensamento, como a antítese do contratualismo. Para ele, a origem da sociedade está no núcleo familiar. Em um sentido radicalmente aristotélico, Filmer defende que o ser humano não vem a existir senão por associação *or as mushrooms (...) they all on a sudden were sprung out of the earth without any obligation one to another?*, ou, por acaso, como cogumelos (*sic*) todos brotaram da terra, sem nenhum dever uns para com os outros? Nesse sentido, se há qualquer forma de poder parental – com o qual nenhuma criança pequena consegue concordar expressamente –, se há qualquer forma de ordem social, ainda que bruta, não pode haver o estado de natureza do ser humano só, seja ele deus ou besta. Se, portanto, está em sociedade, sua natureza é social e, assim sendo, política.³³⁵

Locke, porém, apresenta um contraponto, mostrando-se incapaz de olhar para os povos nativos americanos e dizer que tinham governos civis. Citando, inclusive, o Brasil, diz que há lugares em que claramente não se desenvolveu uma sociedade política, povos sem autoridade e sem propriedade. Para ele, a existência de uma primazia familiar não invalida seu ponto. A grande problemática da linha de Locke, é a incompatibilidade com o argumento de Vitoria em defesa dos povos indígenas: os autóctones eram senhores de seus domínios pública e privadamente. O liberal aproxima-se muito mais de uma ideia etnista, como a de que à língua tupi faltava os sons de “f”, “l” e “r” e, logo, fé, lei e rei. Nesse sentido, o argumento de Filmer seria surpreendentemente muito mais útil à defesa dos direitos autóctones. Afinal, as sociedades reputadas primitivas tinham uma organização política: assim como as dietas e parlamentos tiveram suas origens nas clareiras de selvagem Germânia, os tupis do Piratininga tinham suas assembleias, em que os anciãos eram tidos em alta conta: uma gerontocracia. Do mesmo modo, como os antigos bárbaros tinham seus reis, os indígenas tiveram seus senhores (*tubixaba* ou *morubixaba*), como Tibiriçá.³³⁶

É perceptível que a disputa entre Locke e Filmer, antes de ser uma oposição entre contratualismo e organicismo, trata-se uma questão sobre a natureza humana que gera, para nós, um grande impasse filosófico. Por um lado, os direitos humanos são cosmopolitas e não

³³⁴ LOCKE, 2003, pp. 269 e seg.; GLENDON, 2011, p. 119.

³³⁵ FILMER, 1949, pp. 241 e seg.

³³⁶ LOCKE, 2003, pp. 330 e seg.; PREZIA, 2008, pp. 66 e seg.; GALVÃO DE SOUZA, 1976, pp. 82 e seg.

podem depender das leis civis para se justificarem – nesse sentido, a ideia de uma natureza pré-política de Locke é interessante. Por outro, essa mesmíssima noção não se adequa à natureza relacional da pessoa, que Vitoria, como vimos no capítulo anterior, usara para justificar a criação de um direito internacional, com base na dignidade humana. Para um, o ser humano não é livre, por ser relacional; para o outro, é um indivíduo. Mas, não sendo relacional, não é pessoal e, portanto, não sabemos onde reside sua dignidade. Vejamos, então, como a discussão entre ambos os autores se resolve em três pontos críticos: a liberdade, os direitos e a propriedade.

Durante a redação da Declaração Universal, o delegado da Iugoslávia defendia que a *liberdade* era a perfeita harmonia entre o indivíduo e a comunidade, devendo o interesse desta sempre prevalecer. A psicologia do individualismo, continuou, sempre fora usada para favorecer as classes dominantes. Charles Malik, porém, respondeu: *The deepest danger of the age is posed by a collectivism which demands the extinction of the human person as such in his own individuality and ultimate inviolability*, o mais profundo perigo dessa era nos é apresentado pelo coletivismo, que exige a extinção da pessoa humana enquanto tal, na sua própria individualidade e total inviolabilidade. Essa discussão resume o problema da liberdade em Filmer e Locke.³³⁷

Autores como Hobbes e Grócio defendiam uma ideia de liberdade originária. No estado de natureza, para o bem e para o mal, o ser humano era livre. Filmer discorda dessa opinião, reputando a liberdade natural originária como uma escandalosa mentira dos poetas pagãos. Nos seus estudos das escrituras, ele não encontrou fundamento para dizer que o ser humano se deve governar a si mesmo. Atentou, porém, seus olhos para o mandamento da piedade filial do Decálogo, que algumas tradições identificam como o quarto e outras, como o quinto. Como o ser humano nasce em um contexto familiar – e assim foi desde Adão –, ninguém, por natureza seria livre: *Every man that is born, is so far from being free-born, that by his very birth he becomes a subject to him that begets him*, cada homem que nasceu está tão longe de ser um liberto nato, que, desde o seu nascimento, já se torna súdito daquele que o gerou. Quando os antigos falavam em liberdade, diz Filmer, não se referiam a uma condição natural, mas à comunidade política. Para o autor, a liberdade de que gozavam os antigos não decorria de princípios naturais, mas dos seus livros, que relatavam a prática das suas *commonwealths*

³³⁷ GLENDON, 2011, p. 205.

populares. Os atenienses aprenderam, por prática política e não por natureza, a amar sua democracia dos homens livres; os romanos, por sua vez, a odiar os reis.³³⁸

O ataque de Sir Filmer à liberdade foi uma defesa do absolutismo, contra o qual Locke se insurgiu. Nos Gênesis, Deus disse a Adão: *dominamini piscibus maris et volatilibus caeli et universis animantibus, quae moventur super terram*, dominarás os peixes dos mares e as aves do céu, e todos os animais que se movem sobre a terra.³³⁹ Interpretando essa passagem, o Médico de Oxford diz que o poder dado sobre as criaturas da terra não significa domínio sobre os seres humanos. O poder da inteligência sobre os animais brutos não é uma constituição política. Outrossim, não se tratou de um domínio privado – e, portanto, exclusivo – de Adão sobre todas as coisas, mas um direito comum da humanidade. Na leitura que Locke fez da Bíblia, não encontrou nenhuma palavra que concedesse domínio de um sobre o outro. Se o direito a um poder absoluto – como o do *Pater Familias* romano – fosse baseado na referida doação de Deus, diz Locke, *Princes might eat their Subjects too*, os príncipes poderiam devorar seus súditos e os pais poderiam vender ou castrar seus filhos, como bem intendessem.³⁴⁰

Reale e Antiseri bem observam que a liberdade, para John Locke, não residia no querer, mas no poder agir ou abster-se. Daí que o Médico de Oxford admite que as crianças não nascem em estado de total igualdade e liberdade, porque não são capazes de usar a razão: os pais têm poder de autoridade para preservar, cuidar e educar – mais uma vez, uma posição diferente da de Rousseau. O comentarista da edição de Cambridge diz que Locke é evasivo ou cauteloso, ao comentar o mandamento da piedade filial, para não abrir margem ao patriarcalismo de Filmer. Argumenta, como Pufendorf (*De jure naturae*, VII, iii), que a honra e o respeito que a piedade filial exige, não dão aos pais o poder de governo. De fato, os direitos dos pais sobre os filhos estendem-se até que estes atinjam a idade da razão. A partir de então, todos os seres humanos adultos são e devem se governar a si mesmos pelo direito da razão (*Law of Reason*). Portanto, um jamais seria sujeito à vontade de outro.³⁴¹

Toda essa discussão, se bem repararmos, orbita a questão da liberdade humana na sociedade, seja familiar, política ou internacional. Em outras palavras, a grande questão é a perseguição às bacantes, isto é, oposição do agir do ser humano individual e a estrutura da comunidade. Filmer e Locke falam em tempos de guerra civil e revolução, à sombra da ruína

³³⁸ FILMER, 1949, pp. 185 e seg. e 232 e seg.; VILLEY, 2003, pp. 146 e seg.

³³⁹ Gen., I, 28.

³⁴⁰ LOCKE, 2003, pp. 141 e seg.

³⁴¹ LOCKE, 2003, pp. 303 e seg.; REALE; ANTISERI, 2003b, pp. 107 e seg.

no promontório da Velha Sarum. Salisbury, porém, em seu tempo, parecia dar um *respondeo* bem razoável. Cada pessoa na sociedade dedicar-se-á ao bem-comum, que construirá com seu trabalho, sem tomar indevidamente dos outros. O *welfare*, bem-estar público é, portanto, o que assegura a vida tanto universalmente como para cada pessoa particular. Em sua filosofia, o autor medieval, defendia que a virtude pessoal condicionava o bem-estar social. O ser humano é superior, porque pode usar sua inteligência, seu entendimento, seu discernimento, para conhecer o bem e evitar a *ὑβρις*, arrogância.³⁴²

Vede, pois, que há uma diferença entre os disputantes e a tradição de seu conterrâneo medieval. Para Filmer e Locke – bem como para Hobbes –, cada um ao seu modo, a liberdade é individual e opõe-se à vida na comunidade política. Ainda que, para Locke, esta exista para garantir que não a violem, o médico de Oxford insurgia-se contra a ingerência excessiva, que reputava despótica. O conceito de liberdade de Salisbury, porém, é muito mais próximo da ideia de Agostinho sobre o livre arbítrio, porque é o uso razoável da inteligência para fazer o bem.³⁴³ O Teólogo da Velha Sarum, ademais, admite essa liberdade no contexto e conforme as finalidades da vida comunitária, como visto supra. Em resumo: para Filmer e Locke, a liberdade – natural ou não – é individual; para Salisbury – assim, como para Vitoria –, pessoal.

Analisemos um exemplo concreto para entendermos a diferença entre liberdade individual e pessoal. Filmer – e Locke aponta isso em sua crítica³⁴⁴ – entendia que, como a monarquia derivava da paternidade de Adão, a autoridade espiritual residia junto da autoridade política na pessoa do Rei. Vejamos o exemplo de Roma, utilizado pelo autor. A *civitas* era composta pelas tribos, que, por sua vez, se constituíam pelas gentes, formadas pela união de famílias.³⁴⁵ Assim como Júpiter era o grande *Pater Famílias* do universo, os reis são os pais de seus reinos. Como, na antiguidade, o pai era o sacerdote do culto doméstico, o poder religioso deveria, na opinião de Filmer, pertencer ao rei, patriarca da pátria, para que cuidasse o bem-estar espiritual de seus súditos. As grandes leis religiosas e a ereção do colégio de pontífices não foram senão realizações dos reis romanos, antecessores de Tarquínio. Então, voltando seus olhos às repúblicas de sua época, dizia: *The Atheist of Venice may shake hands with the Sectary of Amsterdam*, o ateu de Veneza pode apertar a mão do sectário de Amsterdã. Segundo sua

³⁴² SALISBURY, 2007, pp. 10 e seg., 65 e seg. e 145 e seg.

³⁴³ Aug., de Libero Arbitrio, I, 1-6.

³⁴⁴ LOCKE, 2003, pp. 303 e seg.

³⁴⁵ FILMER, 1949, pp. 195 e seg., 208 e 275 e seg.; DE CICCIO, 2017, pp. 60 e seg.; GALVÃO DE SOUZA, 1976, pp. 10 e seg.; GUERRA, 1980a., pp. 61 e seg.

cosmovisão, os reis – por autoridade legada do próprio Adão e, portanto, com mais autoridade que o Papa – deveriam cuidar da espiritualidade de seus súditos.

Locke diz que considerar que os príncipes e somente eles têm o poder religioso ensejaria grandes problemas, como muitas vezes na história da Grã-Bretanha. Podemos recordar do martírio de Becket; também do de More e Fisher, nas mãos de Henrique VIII, da morte do reformador Cranmer etc. Ademais, se olharmos as grandes tapeçarias da História de Abraão, em Hampton Court, veremos que o modelo utilizado para ser o patriarca dos judeus é o próprio Rei. O Médico de Oxford acreditava que a fé não poderia ser imposta e que deveria haver liberdade religiosa individual. Aí, ele está introduzindo a ideia de tolerância.³⁴⁶

Recordando o capítulo anterior, veremos que, na redação da declaração universal, os delegados islâmicos pareciam tender muito mais para a posição de Filmer, posicionando-se contrários à liberdade de se trocar de religião. O individualismo anglo-saxão não teve sucesso para os convencer. Talvez pudessem fazer a Locke a mesma crítica de Jian Qing, que diz que ignora a sacralidade, a transcendência e a história da constituição da sociedade e do Estado.³⁴⁷ Como vimos, porém, o argumento que os convenceu, seguia a linha de Francisco de Vitória do direito ao proselitismo. Vede, portanto, que a dimensão relacional-pessoal tem muitos mais contornos de universalidade que o argumento individualista.

Como a religião é parte da vida humana, e como as pessoas se definem por sua capacidade relacional, ambas as posições de ambos os autores parecem carecer de ortodoxia ou, ao menos, de completude. Embora a posição de Locke pareça preferível – e, das duas, de fato, é –, como muito platonicamente diz Salisbury, a comunidade política é como o corpo humano e a religião é sua alma.³⁴⁸ A interferência do poder político nos assuntos espirituais, de fato, foi um problema que a história nos mostra. A Questão Religiosa no Império, por exemplo, deu-se porque a Constituição de 1824 facultava à Coroa os direitos de padroado e beneplácito. No entanto, a total separação não é possível. Na Itália, por exemplo, há um ramo do direito público, o *diritto ecclesiastico*, que regula as relações entre a Igreja e o Estado. No direito internacional, a mera presença da Santa Sé e das suas concordatas já constitui um ponto de intersecção. Outrossim, direitos humanos – como o matrimônio, educação dos filhos, associação e migração – relacionam-se intimamente com o tema da religião. Tudo isso se

³⁴⁶ LOCKE, 2003, pp. 303 e seg.; REALE; ANTISERI, 2003b, pp. 107 e seg.

³⁴⁷ JIAN QING, 2013, p. 87.

³⁴⁸ SALISBURY, 2007, pp. 65 e seg.

beneficia da ideia de tolerância, mas a individualidade só não dá conta de contemplar todo o aparato jurídico da realidade.

Esta noção de tolerância está em perfeita consonância com a noção que o médico de Oxford tinha sobre os direitos. Segundo a doutrina de Locke, em seu estado de liberdade natural, o ser humano gozava de *innocent delights*, prazeres inocentes. Esses, na *história segundo o autor*, seriam a vida, a liberdade e a propriedade. Como Bertrand Russell aponta, Locke partia do pressuposto de que *qualquer homem razoável sabia o que era justo. Aqui, mais uma vez, a doutrina da lei natural paira no fundo da cena, pois só baseado em algum princípio intrínseco desse tipo é que se pode avaliar a justeza de uma ação*. Em outras palavras, Locke identifica um princípio de *autoevidência*, que consta, inclusive, no preâmbulo declaração de Independência dos Estados Unidos: *We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness*, nós carregamos estas verdades e as consideramos autoevidentes, que todos os homens foram criados iguais, que foram dotados pela providência do Criador com certos direitos inalienáveis, que dentre eles estão a vida, a liberdade e a busca da felicidade.³⁴⁹

A ideia de autoevidência dos direitos humanos – embora se comunique com o conceito de conhecimento conatural, presente na filosofia neotomista de Maritain, que estudaremos no próximo capítulo – não é o maior esplendor de coerência, no pensamento de John Locke. Sua gnoseologia nega a existência de ideias inatas e compreende a aceção de conhecimento tão somente pelos sentidos. Sua doutrina sobre direitos pré-políticos, porém, é racionalista. Como disse Michel Villey, *Locke não brilhava pela coerência*. Mas justamente essa ideia fez com que ele chegasse à conclusão de que há um quarto direito: a defesa dos prazeres inocentes, o direito de preservar seus direitos.³⁵⁰

Filmer trabalhou, porém, muito mais, com a ideia de comando e obediência hierárquica. Ganhamos justiça, quando somos tutelados e cuidados, como na relação entre os pais e as crianças. Fazemos jus ao que a lei de Deus nos garante, pelas escrituras santas. Isso não significa que o Médico de Oxford fazia uma aceção ateística dos direitos: estando, os prazeres inocentes, no estado de natureza, Locke revela, em sua doutrina, acreditar em Deus, sob a perspectiva protestante, mas, também, como a natureza divina estoica. Sua teoria, ademais,

³⁴⁹ GLENDON, 2011, pp. 99 e seg.; RUSSELL, 2016, p. 351.

³⁵⁰ LOCKE, 1998, pp. 37 e seg.; REALE; ANTISERI, 2003b, pp. 93 e seg.; RUSSELL, 2016, pp. 349 e seg.; VILLEY, 2007, 150 e seg.

estava totalmente impregnada do escolasticismo que recebera por tradição dos reformadores ingleses. Já poderíamos encontrar as raízes da sua doutrina dos direitos humanos naturais em Richard Hooker, com uma aproximação impressionante: *It is an axiom of Nature that natural desire cannot utterly be frustrate*, é um axioma da natureza que o desejo natural dos seres humanos não pode ser totalmente frustrado. Nessa simples sentença, o judicioso reformador justificara toda a teoria que Locke escreveu anos mais tarde.³⁵¹

Ainda que não seja a mais clara e completa teoria dos direitos – e mesmo que seja uma doutrina ligada ao contratualismo –, não surtiu os efeitos negativos do racionalismo continental. Sua ideia de prazeres inocentes estava mais próxima da noção de direitos universais que a dos direitos cívicos, políticos e, portanto, nacionais. Revolução Gloriosa substituiu uma dinastia escocesa por uma neerlandesa – ambas aparentadas – no trono inglês; a Revolução Francesa trocou uma dinastia germânica – Capetíngia – por uma república nacionalista. Toda a latinização, diz Hannah Arendt, foi uma tentativa da burguesia de afirmar uma identidade nacional contra uma nobreza eminentemente supranacional. Daí que a preocupação maior não foi com os direitos humanos, mas do cidadão. Isso se prova pela tentativa desastrosa de imposição do Código Civil de Napoleão contra as tradições jurídicas locais dos estados germanófonos. Essa desconsideração pelas culturas locais foi a marca de um constitucionalismo racionalista, que se julga capaz de criar toda a sociedade do seu olimpo doutrinário. John Locke, todavia, por sua doutrina dos direitos pré-políticos, não poderia olhar para a comunidade cívica senão como protetora desses direitos.³⁵²

É importante registrar esse aspecto, porque a base lógica dos sistemas internacionais contemporâneos de proteção aos direitos humanos – o interamericano, o europeu e o africano – é a ideia de universalidade em oposição à particular comunidade política. Como ensina Cançado Trindade, os direitos humanos são oponíveis, por exemplo, dentro do sistema do Pacto de São José da Costa Rica, em relação ao Estado. Essa oponibilidade significa que são, de fato, na ordem axiológica da formação da comunidade política, superiores aos interesses e conveniências do Estado. Talvez um bom exemplo seja o caso Maria da Penha. Uma mulher, não amparada pelo direito pátrio, recorreu a um tribunal internacional e obteve uma sentença. Seu direito humano, conseqüentemente, passou a ser amparado pela lei doméstica. Isso não seria possível, se a ideia de direitos humanos fosse algo meramente constitucional. Não são as leis que ditam o que é ou não um *innocent delight*, mas os valores que ganham traços de

³⁵¹ FILMER, 1949, pp. 185 e seg.; HOOKER, 1888, p. 257; VILLEY, 2005, p. 572.

³⁵² LOCKE, 2003, pp. 380 e seg.; ARENDT, 1976, pp. 161 e seg.; DE CICCIO, 2017, pp. 232 e 236.

fundamentalidade. Isso se encontrará no direito constitucional contemporâneo; vede, por exemplo, que José Afonso da Silva diz que qualquer bem jurídico inerente à pessoa humana que se encontre ameaçado sempre adquirirá *contornos de um direito fundamental, a requerer reconhecimento constitucional*.³⁵³

Tendo as ideias de liberdade e do conjunto dos direitos esclarecidas, atenção merece o problema da *propriedade* em Locke e Filmer e nas tradições filosóficas das quais beberam. Pode não parecer uma grande questão, dado que o artigo 17 (1) da Declaração Universal reconhece esse direito: *Todo ser humano tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros*. No entanto, os *travaux préparatoires* nos revelam grande comoção em torno deste dispositivo. Os Estados Unidos apoiavam fortemente o direito e sua salvaguarda. Os trabalhistas britânicos e os soviéticos não acreditavam que havia, de fato, um direito à propriedade privada – estes, em razão da multiplicidade de sistemas econômicos da época, e aqueles, por causa das existentes regulamentações de então em muitos países. Muitos latino-americanos, aparentemente mais moderados, defendiam a ideia do direito à propriedade, comunicando-a com a de mínimo vital necessário. Todos, no fim, concordaram com uma expressão mais ampla e aberta às diversas interpretações: simplesmente “propriedade” sem adjetivos.³⁵⁴

Em Locke, o conteúdo desse direito decorre da autopreservação do ser humano no estado de natureza. Como vimos, este princípio é tanto para o indivíduo, quanto para a humanidade. Assim, defendeu um direito à propriedade privada com base em dois argumentos: o valor do trabalho e o dever dos pais para com os filhos. Segundo o autor, a razão natural diz que o ser humano tem direito à autopreservação e, portanto, a tudo o que lhe dará subsistência. Do mesmo modo, as escrituras dizem que Deus deu o domínio sobre a terra à humanidade (*mankind*). Locke, então, depara-se com um problema: *a priori*, prece que um título de doação de Deus, que é universal e comum, não pode coexistir com a propriedade privada e individual. O médico de Oxford, portanto, defende que há um meio de apropriação dos bens originariamente comuns, necessário para a efetiva autopreservação. Enquanto para Pufendorf e para Grócio, seria um acordo, para Locke é o labor: o produto do trabalho de um ser humano não é senão dele mesmo. Ele pega os elementos da natureza e, com a sua capacidade inventiva, faz algo de suas próprias mãos que pode chamar de seu. E, assim, todos os processos humanos – como o plantio, a colheita, a caça, a pesca, a fabricação etc. – fazem com que os elementos

³⁵³ DA SILVA, 2014, p. 439; UNIVERSIDADE DE COIMBRA, 2014; TRINDADE, 2020, pp. 295-304.

³⁵⁴ GLENDON, 2002, pp. 182-183.

naturais comuns se tornem bens privados. Até mesmo o ato de colocar água de um rio em um balde gera o direito de *ownership*, de ter algo como próprio. O fundamento, portanto, do título de propriedade resume-se na intervenção humana nos processos naturais.³⁵⁵

O segundo argumento de Locke, para fundamentar o direito de sucessão da propriedade, baseia-se nos deveres dos pais para com os filhos. Não como Rousseau, que reputa a autoridade com algo contranatural, John Locke entende o poder familiar como *dever parental*. Os pais devem cuidar da existência dos filhos: estes têm direito ao resultado do trabalho daqueles, como garantia de subsistência na orfandade. Assim, o direito da criança de ser mantida e cuidada por seus pais será salvaguardado.³⁵⁶

Filmer, por sua vez, não nega o direito à propriedade, mas encara-o de outro modo. Para ele, recebemos de Deus o que temos, por sucessão desde Adão. O autor identifica a propriedade e o poder político e, portanto, não as trata separadamente, tendo ambas as mesmas origens divinas nos Gênesis. Aqui precisamos entender que a visão de mundo do autor tem muito a ver com o mundo que via. Sir Robert viveu em uma *manor*, uma propriedade senhorial de direito inglês medieval, semelhante a uma quinta. Um solar, com funções familiares e administrativas, e uma população de trabalhadores rurícolas habitantes das terras circundantes era, pois, o mundo que conhecera. Em outras palavras, a ideia de propriedade de Filmer é feudal, enquanto a de Locke – filho de puritanos – é burguesa. Os sentidos que ambos os autores atribuem para termos como *propriedade*, *senhorio* e *comunidade* diferem radicalmente e tiveram implicações históricas práticas muito palpáveis.³⁵⁷

Com as revoluções liberais, as ideias burguesas de propriedade – tal como a do Código Civil de Bevilacqua – prevaleceram sobre as antigas noções feudais que formaram a cosmovisão de Filmer. Em que pese, porém, o avanço que significaram, o individualismo e a ideia de propriedade de Locke geraram problemas na Inglaterra, nos anos posteriores. As Leis de Cercamento (*Inclosure Acts*) transformaram as terras comuns dos antigos feudos em propriedades privadas. Isso gerou um movimento de êxodo rural e a consequente precariedade da condição urbana londrina, que inspirou as doutrinas de Marx e Engels. Nas palavras de Stučka, o que o jusnaturalismo de Locke fez foi, simplesmente, justificar uma situação de inequidade social, que o autor soviético chama de capitalismo.³⁵⁸ Daí, a ideia de propriedade

³⁵⁵ LOCKE, 2003, pp. 285 e seg.

³⁵⁶ LOCKE, 2003, pp. 202 e seg.

³⁵⁷ FILMER, 1949, pp. 185 e seg.

³⁵⁸ STUCKA, 1974, p. 193.

não parece cumprir a função que pretendia, a preservação da humanidade, individual e universal.

Sem as pretensões de justificar ou atacar o poder dos reis Stuart, os autores medievais, de cuja tradição (legada por Hooker) Locke bebeu, compreendiam a separação dos bens de modo diferente. Salisbury diz – e parece que algo disso se relaciona à doutrina de John Locke – que, em uma sociedade, cada um construirá, com o seu próprio trabalho, o bem-comum, sem tomar indevidamente dos outros. Percebe-se que, para o teólogo da Velha Sarum, o sentido teleológico dos bens fica evidente, conforme a vida comunitária. Do mesmo modo, na “*Summa Theologiae*”, Tomás de Aquino asserta que todas as coisas, por natureza, são comuns – até então, o médico de Oxford concorda – e que tê-las como próprias é uma necessidade conveniente. Nem Salisbury, nem o Doutor Angélico, nesse ponto, chegaram a considerar a propriedade como um direito natural ou pré-político, mas como uma forma de organização das coisas, tendo-se em vista o bem-comum. Toda finalidade, se realmente adequada, é ditada pela razão natural ou pelo dever; e a propriedade não foge à esta regra. Há ainda traços desse pensamento em John Locke: vede, por exemplo, que, para ele, *[n]othing was made by God for Man to spoil and destroy*, nada foi feito por Deus para que o homem pudesse estragar e destruir.³⁵⁹

Locke não ignora o bem-comum e a caridade, prezados por São Tomás. A diferença entre ambos está na natureza do direito à propriedade. O Doutor Angélico a considera como uma conveniência, que facilita e se ordena para o bem-comum. O médico de Oxford, porém, o trata um direito natural de primeira categoria e motivo pelo qual o ser humano passa a viver em sociedade. Portanto, a partir daí, a ideia de direitos humanos passa o tema da gênese do Estado, que pertence à filosofia política. Outra questão que divide Filmer e Locke – respectivamente um aristotélico e um contratualista.

4. 2. 2. A Origem do Estado

O tema da origem do Estado pode não parecer tão relevante, em se tratando de fundamentos filosóficos dos direitos humanos. Todavia, a oposição entre contratualismo e organicismo afeta a cosmovisão dos direitos humanos tremendamente. Isso, porque, a questão

³⁵⁹ SALISBURY, 2007, pp. 10-11.; LOCKE, 2003, pp. 285 e seg.; S.T., II-II, q. 66, a. 2.

da gênese do Estado afeta o *modus operandi* das autoridades com relação aos direitos humanos e, na guerra, ao direito humanitário.

Há duas principais correntes acerca da origem da comunidade política: o contratualismo e o organicismo. Cada um dos autores disputantes representa um posicionamento, ainda que com qualidades acessórias muitas. Nesse ponto, precisaremos analisar as posições peculiares de Locke e Filmer; os argumentos antropológicos e históricos da questão; e, por fim, qual seria a resposta para a disputa.

John Locke foi um contratualista, assim como Suárez, Hobbes e Rousseau. Seria absurdo, porém, dizer que os quatro tiveram opiniões totalmente concordantes. Para Suárez, o *pactum associationis* e o *pactum subjectionis*, como mencionamos, seriam modos racionais, pelos quais o homem viverá mais plenamente conforme sua natureza. Hobbes, por sua vez, acreditando que o ser humano é naturalmente associal e anárquico, enxerga a organização da sociedade como um ato de autopreservação egoística, que assume uma dimensão violenta. Rousseau, o Santo da Natureza, disse que o ser humano nasce livre, mas, por todo lado, está acorrentado. Portanto, para o primeiro, a autoridade é boa e humanizante; para o segundo, um monstro, feito para impedir o autoextermínio do homem; e, para o terceiro, um mal, que reprime os bons sentimentos naturais. Nenhum deles reflete exatamente o contratualismo de Locke, mas todos concordam em uma coisa: a sociedade organiza-se racionalmente, i.e., não conforme a razão natural (*recta ratio* ou *ratio naturalis*), mas planejadamente, conforme a vontade.

A ordenação racional das relações humanas, que cria a sociedade, em John Locke, surge para proteger os *innocent delights*. No estado de natureza, o ser humano goza, como exposto, de liberdade e direitos autoevidentes. Um desses direitos é a defesa de si e de outrem contra qualquer violação. Para otimizar sua capacidade de proteção, o ser humano rende esse *direito de defender seus direitos* a uma autoridade constituída. Para Hobbes, na natureza, o ser humano estava em estado de guerra; para Locke, estava gozando de seus direitos e os defendendo individualmente. Sendo, por natureza, livres e iguais, ninguém os pode tirar deste estado, a não ser por consentimento. Só a vontade expressa pode tirar um homem da liberdade natural e colocá-lo nos limites da sociedade civil. A somatória dos atos voluntários individuais cria a comunidade, o corpo político, que atuará segundo a determinação da maioria. Esse consentimento gera deveres do indivíduo para com a sociedade, que outrora não existiam e que se resumem em obedecer a vontade da maioria. O autor reconhece que o consentimento da maior parte dos membros do corpo político não cria uma lei para o todo, mas – reputando

impraticável que cada um dê sua anuência para todas as normas, sempre –, simplesmente, relembra que o homem renuncia a certos poderes, no ato de inserção da sociedade.³⁶⁰

Robert Filmer, por outro lado, adota a postura organicista, como Aristóteles. O autor fundamenta-se muitíssimo nas Escrituras Sagradas e na ascendência comum, que toda a humanidade tem em Adão e Eva.³⁶¹ No entanto, também aborda a questão da perspectiva gentia, ainda que mais timidamente. Vejamos a Roma Antiga, por exemplo: a *civitas*, comunidade política autônoma, compunha-se pelas tribos, gentes e famílias. Em suma, os autores organicistas adotam a doutrina de que o ser humano, por uma dimensão relacional da sua natureza, desenvolve a comunidade política a partir do agregamento de sociedades intermediárias até certa autossuficiência. Partindo do núcleo familiar, o ser humano chega à pólis – e o faz naturalmente.

Contratualistas, como Hobbes e Locke, olham para as sociedades indígenas de sua época, para justificar que, sim, há um estado de natureza pré-político. Diz Locke que, nas Américas, há, claramente, lugares onde não há governo, povos que não têm rei, nem propriedade.³⁶² Retrocedendo para Francisco de Vitoria, veríamos quão problemática é essa afirmação: segundo o mestre de Salamanca, embora as sociedades dos indígenas tivessem formas diversas das europeias, não seria correto afirmar que não têm nenhum tipo de organização política. O autor espanhol referia-se aos astecas, incas e outros. Mas, mesmo os tupis, como vimos, sem grandes pirâmides e cidades, tinham uma organização política, até mesmo similar à dos anglos e saxões, ancestrais dos ingleses.

Locke justifica-se, dizendo que, se há autoridade, é meramente a primazia familiar.³⁶³ Filmer, porém, discorda, por dois argumentos. Primeiramente, o mero governo da família já pode destruir o *ius naturae*. Basta haver autoridade parental, para que deixe de existir o estado de individualidade e solidão naturais. Com base nisso, procede, a dizer que, portanto, esse estado jamais poderia ter existido na humanidade; afinal, o homem só vem a existir por associação. Do contrário, a reprodução humana, no passado, teria sido por brotamento.³⁶⁴

O segundo argumento seria o fato de que há uma incongruência lógica em afirmar que todo poder social provém do consentimento e que há, no núcleo familiar, autoridade parental.

³⁶⁰ LOCKE, 2003, pp. 330 e seg.

³⁶¹ FILMER, 1949, pp. 185 e seg.

³⁶² LOCKE, 2003, pp. 330 e seg.

³⁶³ LOCKE, 2003, pp. 330 e seg.

³⁶⁴ FILMER, 1949, pp. 241 e seg.

Ambas as afirmações se contradizem. Isso, porque as crianças já nascem sob a proteção dos pais, mas não são e nunca foram capazes de consentir. De modo similar, nascemos na sociedade civil, sem darmos consentimento. A resposta contratualista seria a ideia do consentimento tácito, que Pufendorf, também, parece defender (*De Jure Naturae*, 1672, VII, i). Locke diz que podemos nos separar de nossas famílias e, do mesmo modo, da sociedade: todo homem, portanto, que tem posse ou gozo dentro dos domínios de um governo dá seu consentimento, ainda que não expresso, para o pacto social.³⁶⁵

A resposta do médico de Oxford a este argumento poderia ser interpretada como uma petição de princípio. Isto porque, para provar que o homem sai do estado imaculado de natureza e entra só por consentimento, expresso ou tácito, na comunidade humana organizada, ele assume como possível o rompimento dos laços sociais ou familiares: liberdade – aqui, não como um direito, mas como uma faculdade – de desassociação. Como a Rainha da Noite diz em sua *Ária*: *Então, você, minha filha nunca mais será; deserdada para sempre, abandonada, você será (...) Todos os vínculos da natureza renegados, abandonados, destruídos*. Estivemos, até então, expondo o pensamento de autores que combinam elementos estoicos e aristotélicos – Cícero e Vitoria, mormente – e que, portanto, combinam o universalismo e a sociabilidade humana, para criar a *communitas gentium*. Atentemo-nos ao caráter relacional, que dá relevo e vida ao cosmopolitismo: se o ser humano, por sua natureza, é gregário, não pode – não em um sentido deôntico, mas trágico – romper laços, excluir-se da convivência com os seus. Vede que o próprio John Locke diz:

God having made Man such a Creature, that (...) it was not good for him to be alone, put him under strong Obligation of Necessity, Convenience, and Inclination to drive him into Society (...) (LOCKE, 2003, pp. 318 e seg.).³⁶⁶

Uma das objeções consideradas por John Locke é justamente o fato de não existir registro histórico de um pacto social. Sua resposta é uma distinção entre a atitude de desconhecer e de descrer. As sociedades não conhecem seu nascimento, como os historiadores ignoram a infância dos soldados de Xerxes. No entanto, não assumimos que sempre foram adultos desde o início; logo, não devemos assumir que não houve um período de infância, um estado natural de inocência, pré-político. Por dois motivos, sua posição carece de conteúdo probatório: sua gnoseologia não admite a pressuposição de um prévio estado de natureza, sem

³⁶⁵ LOCKE, 2003, pp. 330 e seg.

³⁶⁶ Deus, tendo criado o homem como tal criatura, que (...) não seria bom que vivesse sozinho, colocou-o sob forte obrigação de necessidade, conveniência e inclinação para dirigir-se à sociedade (...) – tradução livre.

provas concretas e o argumento não é consistente com o que o autor escrevera anteriormente, na própria obra.³⁶⁷

Ainda que de modo particular, Locke segue, na gnoseologia, a *tradição empirista inglesa*. Em seus escritos sobre o conhecimento humano, o Médico de Oxford, seguindo Bacon, defende que não há ideias inatas e, portanto, que tudo saber vem da experiência. Nas palavras de Bertrand Russel, *[o] primeiro passo deste novo programa [gnosiológico de Locke] foi basear o conhecimento estritamente na experiência, o que significava que era preciso rejeitar as ideias inatas de Descartes e Leibniz*. Se excluímos o conhecimento improvável – ou seja, o que não se prova pela experiência –, não é razoável assumir que um evento histórico tenha ocorrido, sem registro ou evidência. Em suma, isso seria basear toda a teoria política em *wishful thinking* – o que muitos autores, de modo geral, criticam no contratualismo. Também Platão usou mitos para fundamentar suas ideias; mas a diferença entre o grego antigo e o iluminista é que este não admite crer em mitos, ainda que ambos os tenham. Nesse ponto, Salisbury foi muito mais razoável, ao não se fiar em uma presunçosa segurança, nas palavras de Giovanni Reale, mas no conhecimento provável, adotando um ceticismo ciceroniano.³⁶⁸

Outro ponto de inconsistência do argumento histórico de Locke, está no conjunto da obra, isto é, na integralidade dos “Tratados sobre o Governo Civil”. Assim como Filmer, o autor admite que a primeira sociedade é conjugal ou familiar. Essa associação humana consiste em uma comunhão de interesses, cuidados e afetos, para o bem da prole, não se tratando apenas de procriação, mas do cuidado aos mais novos. Um paralelo com Aristóteles é evidente: deve haver a união daqueles que não podem existir um sem o outro. Com base nisso, não como Locke, podemos construir um argumento organicista. Todo o dever sagrado de piedade filial, por exemplo, dos antigos romanos – evidenciados, especialmente, na festa da Parentália – e dos chineses – amplamente defendido nos “Analectos” de Confúcio –, como base da sociedade tem um fundamento histórico. A *civitas* romana nada mais era que um conjunto de famílias organizadas, bem como a polis grega. Ou seja, por um pressuposto de que a família é a primeira sociedade (que o próprio Locke chega a reconhecer), o argumento histórico não fundamenta o contratualismo.³⁶⁹

O direito internacional dos direitos humanos, no mundo contemporâneo, ademais, parece reconhecer a organicidade da formação histórica das sociedades políticas. Vede que a

³⁶⁷ LOCKE, 2003, pp. 330 e seg.

³⁶⁸ LOCKE, 1998, pp. 37 e seg.; RUSSEL, 2016, p. 347; REALE; ANTISERI, 2003b, pp. 93 e seg.

³⁶⁹ LOCKE, 2003, pp. 318 e seg.; Ari., Pol., I, 1252a.

Declaração Universal, artigo 16 (3), assim reza: *A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado*. Também, a Constituição Federal, art. 226, chama a família de *base da sociedade*. Essa ideia se repete, por exemplo, no preâmbulo da Declaração Islâmica Universal dos Direitos do Homem de 1981. Isso porque a sociabilidade humana é um princípio antropológico fundamental para o direito e as primeiras relações que conhecemos são familiares. Esse ponto é fundamentalmente oposto ao contratualismo, mas inadmite as ideias de poder familiar absoluto do patriarcalismo.

A defesa do organicismo por Filmer e a do contratualismo por Locke constitui uma *quaestio disputata* que carece de uma resposta concreta. De fato, por sua natureza, o ser humano é racional e social. O autor patriarcalista, focando na nossa condição de animal político, faz uma defesa da organicidade da sociedade política, que se formara conforme a realidade da família. Locke, fundando-se na força da vontade humana e na sua capacidade racional de organização, defende que o Estado se formou não naturalmente, mas por um pacto de associação, no qual renunciamos aos poderes executivo e judiciário autônomos e criamos uma *Polity*, dando-lhe, também, capacidade legislativa.

Ambos esses aspectos devem ser levados em conta para compreendermos a formação da comunidade política autônoma. E, se o ser humano for, de fato, levado em conta em sua integralidade, veremos que ambas as teorias têm sua centelha de verdade, embora uma muito mais que outra. Por um lado, a história mostra que o contrato social – sejam os pactos de Suárez, seja a associação de inimigos de Hobbes, a cooperação mútua de Locke ou a agregação, que, para Rousseau, seria contranatural – carece de fundamento na realidade. Daí que entendemos que a postura organicista é mais acertada. No entanto, por outro lado, o médico de Oxford não está totalmente errado, ao dizer que o Estado se constitui por razão.³⁷⁰

Se voltarmos à crítica proferida, poética e ironicamente, por Joseph de Maistre ao governo francês, veremos que ele diz que é possível cultivar a natureza, mas não a criar *ex nihilo*. Esta é a diferença entre cultura e natureza. Javier Hervada, quando se depara com o problema do direito como um fenômeno cultural, querendo tratar do jusnaturalismo, diz que a cultura é a natureza tratada pelo ser humano: a natureza e a cultura não têm sentido excludente.³⁷¹ Voltemos, então, à crítica do contrarrevolucionário francês: os constituintes entendem que podem reedificar todo o tecido social do nada. Essa falta do que os ingleses

³⁷⁰ REALE; ANTISERI, 2003b, pp. 107 e seg.

³⁷¹ DE MAISTRE, 2010, p. 171; HERVADA, 2013, p. 158.

chamam de *common sense* foi, como expusemos, o que nos levou a estudar os direitos humanos por via histórica insular e não continental. Como demonstrado, a *Bill of Rights* afirmou um desenvolver costumeiro e pretoriano do direito – formados bem ao modo da teoria de Ihering. Por mais que Locke fosse contratualista, esteve à sombra jurídica de Coke e teológica de Hooker, quando escreveu da declaração de 1688. Ele sabia, portanto, na prática, que a organização social não poderia ser puramente racional e impositiva, mas orgânica e fundada em todo um arcabouço histórico. A afirmação dos direitos, na Inglaterra, portanto, foi uma confirmação da cultura jurídica e, portanto, da natureza cultivada.

Pode-se afirmar, assim, que o *respondeo* dessa questão é a doutrina de Cícero e de Vitoria. Voltemos ao capítulo I, para ver a frase que o orador romano põe na boca de Cipião Africano: *res publica res populi*, a república é coisa do povo; *populus autem...*, o povo, aliás, não é o agregamento de homens, que se ajuntaram de qualquer modo, mas uma assembleia humana, organizada pela razão jurídica e com sentido teleológico, isto é, o bem-comum. Essa afirmação do “*de Republica*” foi desenvolvida por Vitoria na “*relectio de potestate civili*”. O Mestre de Salamanca previu – diz um de seus biógrafos – que, eventualmente, a comunidade política seria considerada mera invenção humana. Assim como fundamentou seu *ius communicationis* na ideia aristotélica da sociabilidade humana – como exposto no capítulo anterior –, também, tratando da sociedade política, explicou sua existência conforme a natureza relacional do ser humano. Baseando-se na natureza, não poderia deixar de considerar a inteligência e a vontade, presentes no espírito humano. Logo, o mestre de Salamanca disse – e, nisso superou o absolutismo de Filmer (que analisaremos adiante) – que há aspectos da ordem política que podem ser racionalmente organizados e que podem mudar: é então que a mesma natureza humana se apresenta de formas diferentes geográfica e historicamente, nas diversas culturas jurídicas e políticas. Enquanto Veneza era uma república aristocrática, a Espanha era uma monarquia. Ambas, porém, eram comunidades políticas necessárias, conforme a natureza gregária do ser humano.³⁷²

³⁷² VITORIA, 1960, pp. 154 e seg.; HERNANDEZ, 1945, pp. 157 e seg.

4. 2. 3. A Autoridade e os Limites do Estado

Hobbes fundamenta o poder do seu Leviatã em um instinto de autopreservação e, assim, dá uma justificativa para o poder irrestrito do Estado. Filmer, porém, com sua doutrina – o *patriarcalismo* – dirá que a autoridade dos reis se fundamenta na de Deus e é uma herança de Adão. Talvez, pelo mesmo medo que moveu Hobbes, Sir Filmer defende a monarquia, bem como o poder régio absoluto – isto é, ilimitado – e arbitrário.³⁷³ Locke discorda e defende que o poder é subproduto do contrato social, instaurado com sentido de teleologia. Vejamos, pois, agora, a tese de Filmer, a antítese de Locke e a resposta para a presente disputa.

Voltemos, por um instante, os olhos para o texto do autor sobre a “Anarquia”, precursor do “Patriarcha”. *We do but flatter ourselves, if we hope to be governed without arbitrary power* – diz o autor –, não nos fazemos nada além de gracejos, se esperamos ser governados por um poder que não seja arbitrário. Aqui ele estabelece um fundamento muito claro do voluntarismo: todo poder é arbitrário, seja exercido por um ou por muitos. Isto porque, continua, o poder de fazer leis – *laws* ou *statutes* – é, por condição, sujeito ao arbítrio subjetivo, *for to make a law according to law, is a contradictio in adjecto*, pois fazer uma lei de acordo com a lei ou com o direito é uma contradição em termos. Assim sendo, não havendo uma monarquia – isto é, um princípio único – só pode haver anarquia, porque todos exerceriam autoridade arbitrariamente. Logo, Filmer defende que, sendo essa necessariamente sua natureza, para haver ordem, o poder precisa ser monárquico e absoluto. Tudo fora disso, diz ele, é caótico anárquico. Aí vemos uma marca da modernidade. Na idade média, muitas ordens jurídicas incidiam concomitante e heterarquicamente – o direito das guildas, as leis do rei, o direito da Igreja, os costumes etc. –, sendo o trabalho do jurista, com o parâmetro comum do direito – romano, no continente, e comum, na Inglaterra –, compreender como proceder em cada situação. Na idade moderna, o poder e o direito são centralizados.³⁷⁴

Diz ele, adiante, que uma doutrina da limitação do poder régio crucifica a monarquia entre dois bandidos, *the Pope and the people*, o Papa e o povo. Se o soberano é limitado pela lei, ele não é soberano (*culmen potestatis*). Daí, sua doutrina de que o rei é o responsável pelo bem-estar espiritual do povo – e de que, portanto, esse não é dever do Romano Pontífice. Para haver real soberania, o direito – tanto o canônico como o *common law* – não pode ser parâmetro

³⁷³ FILMER, 1949, pp. 275 e seg.

³⁷⁴ FILMER, 1949, pp. 275 e seg.

para o julgamento das leis régias: o rei é absoluto e *can do no wrong*, não pode cometer incorreções. O verdadeiro monarca é o que governa conforme sua própria vontade e não conforme o direito: sua autoridade não pode ser cercada pelas leis. Ele não responde senão perante a lei divina. Nem mesmo se vincula pelas leis de seus predecessores. E, ainda que o juramento de coroação exija manter o direito, o rei teria autoridade para derogar de todas as leis.³⁷⁵

Locke discorda. O poder não pode, primeiramente, ser absoluto, porque os homens individualmente estão limitados pelo direito natural – esse argumento está baseado no neotomismo reformado de Richard Hooker. O Médico de Oxford diz que as leis humanas são medidas que dizem respeito ao homem, direcionando suas ações. Segundo sua opinião, devem conformar-se com duas grandes leis: a de Deus e a da natureza. *[S]o that Laws Humane must be made acording to the general Laws of Nature, and without contradiction to any positive Law of Scripture, otherwise they are ill made*, que as leis humanas devem ser feitas conforme o direito natural geral e sem contrariar o direito positivo da Bíblia, do contrário estão malfeitas. *To constrain Men to any thing inconvenient doth seem unreasonable*, constranger os homens a qualquer coisa inconveniente parece deveras desarrazoado. Por imperativo de justiça, outrossim, continua Locke, não poderia, também, ser arbitrário, porque tem um sentido teleológico: com efeito, o legislador, por um dever vinculante, deve (*is bound to*) fazer e entregar a justiça.³⁷⁶

Locke então põe limites à autoridade, excluindo, por direito, o absolutismo e, por finalidade, a arbitrariedade. Os limites, segundo o médico de Oxford, são a sociedade – aqui ele afirma o *common law* –, o direito natural e a lei divina – que, na sua concepção é bíblica. Este é o alcance do poder de qualquer comunidade política e os padrões básicos que dão forma a qualquer governo. O comentário de Peter Laslett (Trinity College, Cambridge) diz que as leis, nesses limites, devem ser promulgadas e estabelecidas, desenhadas para o bem-comum e consentidas, especialmente em caso de tributação.³⁷⁷

Um poder ilimitado, por outro lado, segundo Locke, só se constituiria pelo confisco (*forfeiture*). A esse poder – sim, absoluto e arbitrário – o autor chama *despotismo* e descreve como a capacidade de alguém de, quando assim o quiser, tirar a vida de outro, um estado de guerra entre soberano e súdito, contra quem aquele pratica violência e escraviza. O grande

³⁷⁵ FILMER, 1949, pp. 251 e seg., 275 e seg. e 315 e seg.

³⁷⁶ LOCKE, 2003, pp. 335 e seg.; HOOKER, 1888, p. 198 e seg.

³⁷⁷ LOCKE, 2003, pp. 335 e seg.

problema do patriarcalismo de Filmer é a total apoteose da figura régia: o rei torna-se uma espécie de Zeus, isto é, nas palavras de Josefo, um pai de nome, mas um tirano de fato.³⁷⁸

Com efeito, a *Magna Carta* já era uma limitação do poder dos reis e afirmação dos direitos costumeiros dos Barões. Todavia, precisamos entender como a constituição inglesa se molda. É fácil para nós, lembrando de D. João VI e de D. Pedro I, pensarmos em uma diferença entre coroa e cortes, que na nossa história opunham-se, inclusive, geograficamente, estas em Lisboa e aquela no Rio de Janeiro. No entanto, o conjunto total do aparato de Estado inglês é a união do Rei, dos Senhores (espirituais e temporais) e dos Comuns. Uma lei do Parlamento (*Act of Parliament*) é a declaração vinculante do direito que se concretiza com o acordo entre a Coroa, a Câmara Senhorial e a Câmara dos Comuns. Isto, na Idade Média, era uma representação de todos os segmentos da sociedade e de todas as ordens jurídicas vigentes.

Nos termos de Ihering, o Parlamento produz o direito abstrato, os tribunais o direito real e ambos se alimentam um do outro.³⁷⁹ No sistema britânico, o abstrato pode prover para o real, mas este lhe dá forma e conteúdo, de tal modo que o *common law* e a *equity* superam o *statute law* e os *acts of parliament*. Em outras palavras, a realidade jurídica dá condições de validade para as abstrações legais. Vede, por exemplo, o que Edward Coke diz:

And it appeareth in our Books, that in many Cases, the Common Law doth controll Acts of Parliament, and somtimes shall adjudge them to be void: for when an Act of Parliament is against Common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the Common Law will controll it, and adjudge such Act to be void. (sic) (COKE, 2003, p. 275).

A redução do direito unicamente às leis ditadas pelo príncipe – que Villey reconhece como uma expressão prática do positivismo jurídico – ameaçava os direitos dos particulares. Foi dever dos juristas, portanto, lembrar que a tradição costumeira e jurisprudencial havia estabelecido direitos oponíveis ao próprio Estado. Sir Edward Coke fez frente às justificativas do poder absoluto. O jurista é, até hoje, celebrenemente lembrado por suas palavras dirigidas ao Rei Jaime I, que pretendia resolver uma disputa jurisdicional entre o próprio Coke – Presidente da *Court of Common Pleas* – e o Arcebispo de Canterbury. Disse ele que o Rei não pode tirar um caso dos tribunais e proferir uma sentença por si mesmo. [*Quod Rex non debet esse sub*

³⁷⁸ LOCKE, 2003, pp. 380 e seg.; JOSEFO, 1974, p. 119.

³⁷⁹ IHERING, 2011, p. 45.

homine sed sub Deo et lege, pois o Rei não deve estar abaixo de homem nenhum, mas, sim, sob Deus e a Lei.³⁸⁰

De modo similar, outro jurista, durante a dinastia Tudor, opusera-se a um pretensão direito absoluto dos reis ingleses. No discurso que proferira, após ser considerado culpado de traição, Thomas More disse:

Since I am condemned and God knows how, I wish to speak freely of your statute, for the discharge of my conscience. For the seven years that I have studied the matter, I have not read in any approved doctor of the Church that a temporal lord could or ought to be head of the spirituality. (...) What I say is necessary for discharge of my conscience and satisfaction of my soul, and to this I call God to witness, the sole Searcher of human hearts. I say further, that your statute is ill made, because you have sworn never to do anything Against the Church, which, through all Christendom, is one and undivided, and you have no authority, without the common consent of all Christians, to make a law or Act of Parliament or Council against the union of Christendom. I know well that the reason why you have condemned me is because I have never beenwilling to consent to the king's second marriage; but I hope, in the Divine goodness and mercy, that, as St. Paul and St. Stephen, whom he persecuted, are now friends in Paradise, so we, though differing in this world, shall be united in perfect charity in the other. I pray God to protect the king, and give him good counsel. (...) Roper also says that when Sir Thomas, after the verdict of the jury, was asked what he could allege against the sentence, he replied not only that supremacy in the Church could not belong to a layman, but that it "rightfully belonged to the See of Rome, as granted personally by Our Lord when on Earth to St. Peter and his successors," (...) Magna Charta of England was that "the English Church should be free and enjoy all its right entire," and so the king had sworn at his coronation. (BRIDGETT, 1892, pp. 415 e seg.).³⁸¹

³⁸⁰ VILLEY, 2007, pp. 150 e seg.; GLENDON, 2011, pp. 81 e seg.

³⁸¹ Uma vez que estou condenado, sabe lá Deus como, desejo falar livremente sobre seu estatuto, para o descargo de minha consciência. Durante os sete anos em que estudei o assunto, não li em nenhum doutor aprovado da Igreja que um príncipe temporal pudesse ou devesse ser chefe da espiritualidade. (...) O que digo é necessário para o descargo de minha consciência e a satisfação de minha alma, e para isso chamo Deus para testemunhar, o Único que examina os corações humanos. Digo ainda que seu estatuto está malfeito, porque os senhores juraram nunca fazer nada contra a Igreja, que, em toda a cristandade, é una e indivisa, e os senhores não têm autoridade, sem o consentimento comum de todos os cristãos, para fazer uma peça legislativa ou Lei do Parlamento ou Conselho contra a união da cristandade. Sei muito bem que a razão pela qual os senhores me condenaram é porque nunca estive disposto a consentir com o segundo casamento do rei; mas espero, na bondade e misericórdia divinas, que, assim como São Paulo e Santo Estêvão, a quem perseguiu, mas são agora amigos no Paraíso, nós, embora diferentes neste mundo, estaremos unidos em perfeita caridade no outro. Peço a Deus que proteja o rei e lhe dê bons conselhos. Roper também diz que, quando perguntaram a Sir Thomas, após o veredicto do júri, o que ele poderia alegar contra a sentença, ele respondeu não apenas que a supremacia na Igreja não poderia pertencer a um leigo, mas que ela "pertence legitimamente à Sé de Roma, conforme concedida pessoalmente por Nosso Senhor

Se voltarmos à expressão de Filmer, os bandidos que cercam a crucifixão do poder régio se personificam nas figuras de More – o direito da Igreja – e Coke – o *common law*. O autor, embora tenha acertado no seu organicismo, faz como os demais absolutistas e afirma um voluntarismo violento – e, nesse ponto, não há diferença prática entre a doutrina política de Filmer e o contratualismo de Hobbes. Locke, porém, defende que o poder do Estado se limita pelos termos de um contrato social inexistente. Não acharemos, pois, resposta na disputa, mas na tradição dos dois ladrões mencionados, isto é, em John de Salisbury.

O Teólogo da Velha Sarum diz que uma finalidade inadequada é a não ditada nem pela razão natural, nem pelo dever. Aquele que recebe poder para governar serve às leis e é um escravo da justiça e do direito. Suprimir a justiça e submeter as leis à vontade é, diz Salisbury, usurpar a autoridade legítima. A diferença entre o tirano e o príncipe reside no fato de este obedecer ao direito e de aquele governar o povo conforme a vontade. A autoridade de um príncipe está na do direito, no verdadeiro cumprimento das leis: o governante não se pode permitir nada de inconsistente com a equidade e a justiça. Seu poder deve amar a justiça, valorizar a equidade, procurar a unidade da comunidade política e preferir deixar a maior parte dos assuntos de fora das suas leis e estatutos. Seu grande contraexemplo é Dionísio, o tirano da Sicília, que conheceu e perseguiu Platão.³⁸²

Salisbury reconhece a ideia de direito divino, mas afirma que este consiste em que o príncipe seja súdito da justiça. Assim como Confúcio, o Teólogo da Velha Sarum acredita que os governantes devem seguir uma rigorosíssima conduta moral. O conteúdo dessa conformidade com a equidade seria a moderação, a misericórdia, a generosidade, a benevolência e mais uma série de virtudes morais que constituam uma vontade sólida e submissa à razão. No entanto, há duas que Salisbury exige veementemente: justiça e piedade – análogas às ordens jurídicas atacadas por Filmer. Cada uma é um assunto particular, mas ambas são tão necessárias, diz o teólogo, que, sem elas, ninguém pode exigir nenhuma autoridade, sem se ridicularizar.³⁸³

quando na Terra a São Pedro e seus sucessores” (...) e que a Magna Carta da Inglaterra dispõe que “a Igreja Inglesa deveria ser livre e desfrutar de todos os seus direitos”, e assim o rei havia jurado em sua coroação – tradução livre.

³⁸² SALISBURY, 2007, pp. 10, 25 e 28 e seg.; Isto o autor diz, conforme o “Codex Justinianus”: CJ, I, 14, 4: “*Imperatores Theodosius, Valentinianus: Digna vox maiestate regnantis legibus alligatum se principem profiteri: adeo de auctoritate iuris nostra pendet auctoritas. et re vera maius imperio est submittere legibus principatum. et oraculo praesentis edicti quod nobis licere non patimur indicamus.*”: Imperadores Teodósio e Valentiniano: É uma declaração digna da majestade de um príncipe reinante que ele professe estar sujeito às leis; pois nossa autoridade depende da autoridade da lei. E, de fato, é o maior atributo do poder imperial o fato de o soberano estar sujeito às leis. Com o presente decreto, proibimos que outros façam o que não permitimos a nós mesmos.

³⁸³ SALISBURY, 2007, pp. 28 e seg.

Locke afirma que um governante absoluto é um homem que não saiu do estado de natureza. Desconsiderando essa impossibilidade histórico-antropológica, o déspota irrestrito é alguém que não governa conforme o direito, mas conforme a sua vontade. Governar conforme o direito não é cumprir cláusulas contratuais, na cosmovisão de Salisbury, mas seguir a *recta ratio*. Do contrário, o governante será um tirano.

O ponto anterior nos leva a uma questão importante: se o tiranicídio e a insurreição são atos legítimos e justos ou não.

Locke diz que o exercício do poder para além do direito – e o comentário da edição de Cambridge entende que esse ponto é uma descrição do reinado de Carlos II – é tirania. O que excede o direito contradiz o exercício da autoridade voltado para o bem dos súditos e se volta para a vantagem pessoal. Um bom governante, na sua opinião, jura observar as leis fundamentais e proteger o povo. Sempre que termina o direito, diz, começa a tirania. Nesse sentido, Salisbury dissera que, assim como o príncipe governa segundo as leis, o tirano oprime o povo, por um domínio violento.³⁸⁴ Cançado Trindade, no seu voto vencido no caso do Genocídio, nesse sentido, apontará o sentido de teleologia que vincula os Estados:

States, created by human beings gathered in their social milieu, are bound to protect, and not at all to oppress, all those who are under their respective jurisdictions. This corresponds to the ethical minimum, universally reckoned by the international community of our times. At the time of the adoption of the Universal Declaration on 10 December 1948 (on the day following the adoption of the Convention against Genocide), one could hardly anticipate that a historical process of generalization of the international protection of human rights was being launched, on a truly universal scale. States are bound to safeguard the integrity of the human person from repression and systematic violence, from discriminatory and arbitrary treatment. (Dissenting Opinion of Judge Cançado Trindade. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia), Judgment, I.C.J. Reports 2015, p. 3).³⁸⁵

³⁸⁴ SALISBURY, 2007, pp. 181 e seg.; LOCKE, 2003, p. 398 e seg.

³⁸⁵ Os Estados, criados por seres humanos reunidos no seu meio social, são obrigados a proteger e de modo nenhum oprimir aqueles que estão sob as suas respectivas jurisdições. Isto corresponde ao mínimo ético universalmente reconhecido pela comunidade internacional do nosso tempo. No momento da adoção da Declaração Universal, em 10 de dezembro de 1948 (no dia seguinte à adoção da Convenção contra o Genocídio), dificilmente se poderia prever que se estava iniciando um processo histórico de generalização da proteção internacional dos direitos humanos, numa escala verdadeiramente universal. Os Estados são obrigados a salvaguardar a integridade da pessoa humana da repressão e da violência sistemática, do tratamento discriminatório e arbitrário. – Tradução livre.

Para Filmer, porém, a tirania não é uma possibilidade e, portanto, não é um problema. Se esta é a forma despótica da monarquia, como a relação do senhor do lar antigo e seus escravos – diz ele, referindo-se a Aristóteles –, essa forma pode ser benéfica (*profitable*) tanto para o servo, quanto para o mestre. Isto porque, não pode haver domínio (*mastership*), sem servidão. Portanto, como os reis não reinam sem súditos, o tirano beneficiar-se-á de uma mínima preservação dos governados. Logo, governando para seu bem particular, o tirano, também, regerá a sociedade, para o bem geral. Na prática, de modo mais pessimista, Hobbes, talvez, concordaria com essa ideia: melhor um despotismo que uma anarquia.³⁸⁶

John Locke considera isso uma violência, porque reputa o ser humano como naturalmente livre. Logo há um direito de insurreição, que Reale e Antiseri entendem parecer com a defesa do tiranicídio feita por São Tomás. Essa liberdade, reconhecida pelo Doutor Angélico foi, inclusive, considerada por Francisco de Vitoria como causa justa para guerra. Salisbury, do mesmo modo, diz que o tirano é a imagem da depravação e, na maioria das vezes, é justo matá-lo. O teólogo da Velha Sarum utilizava uma linguagem poética muito forte: a origem da tirania é a iniquidade, que nasce da raiz venenosa e perniciosa do mal; e sua árvore deve ser cortada, onde quer que cresça. Tomando os exemplos de extravagância e crueldade de Nero e Calígula, recorda-se dos martírios de Pedro e Paulo. Podemos, também, lembrar das mortes de Agripina e Sêneca.³⁸⁷

O problema do tiranicídio não é propriamente teórico, mas prático. O direito existe, mas sob que circunstâncias? Exemplos como o de Calígula realmente facilitam para que enxerguemos que esse direito é aplicável. Talvez, Qin Shihuang, Dionísio II e Mussolini também possam entrar para a lista. Mas, quando chegamos a César, tudo se complica: Brutus foi um tiranicida ou um parricida? Charlotte Corday, que assassinou Marat, também entra no limbo da história, como uma figura questionavelmente heroica. E quanto aos revolucionários franceses e russos, que mataram respectivamente Luís XVI e Nicolai II, ora retratados como heróis, ora, como vilões? Se realmente estavam no seu direito de tiranicídio – e isso não discutimos cá –, certamente o extrapolaram, ao causar a morte de Luís XVII e do Tsesarevich Alexei. Não há discriminante: pode-se dizer a todos os assassinos de crianças o que os fantasmas dos Príncipes da Torre, na peça de Shakespeare, disseram a Ricardo III: *Let us be lead within thy bosom, Richard, and weigh thee down to ruin, shame, and death. Thy nephews' souls bid thee despair and die*, deixa-nos conduzir para o teu peito, Ricardo, e pôr-te peso para

³⁸⁶ FILMER, 1949, pp. 185 e seg.

³⁸⁷ LOCKE, 2003, p. 380 e seg.; SALISBURY, 2007, pp. 181 e seg.; REALE; ANTISERI, 2003b, pp. 107 e seg.

te levar à ruína, à vergonha e à morte; as almas dos teus sobrinhos te ordenam: desespera-te e morre.³⁸⁸ Nesse caso, conforme a definição de Locke, tanto os jacobinos como os bolcheviques seriam tiranos como o rei retratado por Shakespeare. Há devesas grande margem para a discussão, na teoria, na história e na política, sobre o tiranicídio.

De qualquer modo, a tirania institui a violência por ato de vontade não reta. A grande disputa entre contratualismo e absolutismo, no fundo, era uma luta entre voluntarismos, que, surpreendentemente, em uma sociedade que muito bebera de uma tradição racionalista – não no sentido cartesiano, mas no sentido de ser um direito medido pela *recta ratio*. De um lado, o absolutismo monárquico, a afirmação da ideia de soberania, a supressão do direito das corporações e sociedades intermediárias medievais. De outro, a absoluta racionalização da vida social, a transformação da constituição em hipótese, do direito em código e do ser humano em abstração. A coincidência está no fato de ambos substituírem a razão universal pela vontade desmedida, seja do príncipe, seja dos representantes.

Embora ambos Filmer e Locke defendam uma ideia de direito natural – um, pautando as relações humanas na formação do núcleo familiar e o outro com sua noção de *innocent delights* –, ambos trazem consigo doutrinas que, na realidade, estatizam o direito – ou seja, chegam, ao positivismo voluntarista – e comprometem os três temas que exploramos, no estudo do estoicismo. O absolutismo – apesar Filmer fundamentar-se na formação natural da sociedade – é irrestrito e arbitrário: a crítica de Locke permanece: sem uma medida de direito e equidade, não há nada que os príncipes não possam fazer a seus súditos, sendo-lhes lícita até mesmo, por absurdo, a antropofagia.³⁸⁹ O contratualismo, por sua vez – apesar dos critérios teleológicos dos muitos mitos do Estado de natureza –, dá a ideia de que toda a formação da sociedade é voluntária e, portanto, as cláusulas do pacto social determinarão a natureza humana: a crítica de Joseph de Maistre a esse tipo de arbitrariedade é ainda válida.

As consequências práticas do voluntarismo estatista chegaram à visão de direito internacional e de direitos humanos, de tal modo, que o universalismo estoico foi devesas prejudicado. É verdade que Kant propôs a Paz Universal, mas as discrepâncias entre o mundo ideal do iluminismo e a realidade mostraram-se de tal modo trágicas, que Adorno chegou a proferir a certidão de óbito da poesia. Não haveria uma Cosmópolis, mas uma sociedade interestatal, cuja dinamicidade se daria apenas por atos de vontade.

³⁸⁸ Richard III, ato 5, cena 3.

³⁸⁹ LOCKE, 2003, p. 170.

O direito, conseqüentemente, não se pautaria mais na *recta ratio*, mas em um ato volitivo. O *ius inter gentes* de Francisco de Vitoria foi estreitado. Isto é, as relações internacionais na antiga ordem de Vestfália deixaram de ser regidas por uma ideia de *ius gentium* e passaram a professar um direito interestatal. Isto porque, a própria noção de direito foi reduzida à expressão da vontade do príncipe. Posteriormente, houve um câmbio não de mentalidade, mas de detentor do poder: não eram mais os monarcas, mas os parlamentos. Assim sendo, não há que se falar de uma *ratio universalis*, mas apenas de acordos de vontades soberanas, sejam quantas forem.

Nesse cenário, é muito fácil interpretar o direito internacional conforme o contratualismo. Se a sociedade doméstica se compõe por um contrato, seja expresso ou tácito, também a *communitas gentium*. Podemos reavaliar as fontes, por exemplo, listadas no rol do artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, segundo essa doutrina. Os tratados internacionais são a confirmação expressa de um acordo de vontades – um contrato entre soberanos. Do mesmo modo, o costume internacional é o consentimento tácito. E os princípios, segundo a proposta de Elihu Root, nos *travaux préparatoires*, seriam uma redução à base comum entre os ordenamentos internos, conforme um critério de confluência.³⁹⁰

Assim, o direito nada mais é que vontade. O *ius gentium*, portanto, reduziu-se a um direito interestatal – direito internacional público – ou transfronteiriço – direito internacional privado. A ideia de direitos humanos – supostamente universal – tornou-se um *reserved domain* do direito constitucional. E este nada mais é que o resultado de um contrato.

É de se reparar que, isso, na tradição continental, chegou a um ponto, do qual os juristas britânicos tentavam se afastar. A tradição do *common law* contemporâneo parte de uma oposição de Coke contra Hobbes. O totalitarismo hobbesiano encontrou pouca valia dentre os estudiosos do direito de sua época, apegados aos costumes e à equidade. A posição dos defensores da prevalência do *statute law* defenderiam o direito como uma ideia de comando – muito mais enraizada no continente, com as “ordenações”. No Reino Unido isso se resolve pelas próprias estruturas jurídicas e políticas tradicionais da Monarquia e do Parlamento: a *Bill of Rights* foi uma vitória dos comuns, dos senhores temporais e espirituais e de um direito heterárquico contra o absolutismo.³⁹¹

³⁹⁰ BROWNIE, 2008, pp. 16-17.

³⁹¹ GLENDON, 2011, p. 90.

No continente, porém, a “emancipação do homem” foi uma afirmação de que o ser humano, não Deus, nem os costumes, deve ser a principal fonte do direito – *droits de l’homme*. Na sociedade secularizada, não se gozaria mais da igualdade diante de Deus, a condição dos cristãos. E, por sua vez, no mundo emancipado, o ser humano não teria mais a proteção das guildas, da família, da ordem etc. Assim sendo, não mais as forças estruturais – sociais e espirituais –, no continente, assegurariam os direitos das pessoas, mas o Estado, o governo e a constituição.³⁹²

³⁹² ARENDT, 1976, pp. 290 e seg.

Cap. 5º. Em busca de um Paradigma: A Reafirmação e a Crise da Universalidade

O grande drama da contemporaneidade é o trágico resultado do ocaso do projeto iluminista, que tenta sobreviver, enquanto a natureza humana se perde. O ser humano está desintegrado. Foram muitas feridas. O caos oceânico da crise moderna ou pós-moderna do humanismo partiu de um grande golpe contra a integralidade da natureza humana. No capítulo anterior, mencionamos superficialmente que Locke poderia ser listado como um discípulo de Francis Bacon. Admirado por Voltaire, o grande nome do empirismo fora inimigo da metafísica. A guerra intelectual pelo triunfo da imanência foi uma violência contra a humanidade, que Nietzsche resume em sua famosa sentença: *Deus está morto! Deus continua morto! E nós o matamos! Como podemos nos consolar, os mais assassinos de todos os assassinos? Quem limpará o sangue de nós?*³⁹³

O divino tornou-se uma ideia em um mundo imanente e Nietzsche viu-se com a ingrata missão de dar-lhe atestado de óbito. A frase do autor alemão significa a perda da dimensão metafísica da vida humana. Ou seja, o ser humano renunciou a seu sentido de transcendência. Thomas More diria que rejeitar a natureza sublime da alma faz do homem não mais que uma besta. Com efeito, há duas equações, segundo Joaquim Nabuco, igual a Deus e igual a zero. Porquanto, os que equacionam segundo o primeiro modo, como Platão, tendem ao infinito, os demais permanecem no *nada*. Sem a dimensão metafísica, o ser humano perdeu de vista o direito natural como elo de união universal entre os seres humanos e os povos. Um desespero de fundo: ao contrário dos pensadores estoicos, deixou-se de se acreditar que o mundo tivesse um sentido ou valor intrínseco – e as consequências foram nefastas. No Séc. XIX, a ideia clássica da natureza humana foi substituída pelo que Hannah Arendt chama de *race-thinking*, um modo de encarar a humanidade como um conjunto de várias raças, em constante luta por sobrevivência. Fora da influência da dogmática teológica, o último referencial humanístico – *l’homme* – foi mortalmente abalado.³⁹⁴

Como demonstrado, pelo absolutismo e pelo contratualismo, a riqueza jurídica da sociedade se perdera: a história, outrora viva pelo direito consuetudinário e pela multiplicidade de ordens concomitantes, perdeu-se nos anais do passado. A natureza, por sua vez, foi rejeitada,

³⁹³ NIETZSCHE, 2007, p. 120 (Tradução livre).

³⁹⁴ MARITAIN, 2018, pp. 40 e seg.; MORE, 1967, p. 88.; NABUCO, 1949b, p. 81; TRINDADE *et al.*, 2016, pp. 69-112; ARENDT, 1976, pp. 174 e seg. e 290 e seg.

mutilada e separada, de modo a perder o essencial do ser humano e deixar apenas o accidental. E, por fim, diz Hannah Arendt, ambos os termos (história e natureza) se tornaram alienígenas.³⁹⁵

Essa ebulição de imanência existencial e abstração jurídica foi como a curiosidade de Pandora. Aquela para quem se deu todos os dons, abriu uma caixa contendo todas as misérias da humanidade e, no fundo, a esperança. O Séc. XX foi como esta abertura. O ser humano, com toda a sua fabulosa ciência, rompeu o lacre que selava sua grande selvageria. E, hoje, tenta lidar com isso, com esperança de continuar, apesar das incessantes frustrações. A mais disruptiva e reveladora, talvez, tenha sido o grande espanto do fim da *Belle époque* – e, depois, o Entreguerras e o Holocausto. A filosofia e a poesia ficaram boquiabertas, enquanto a comunidade internacional tentou dar respostas racionais e institucionalizadas. Estas respostas desembocaram em outro problema: a fenomenalidade dessas soluções especificou-as, no espaço, no conteúdo e na cultura. Isso levou a uma consequente relativização, dada a ausência de um referencial universal. Neste último capítulo, estudaremos esse fenômeno – o diagnóstico – e tentaremos, olhando para trás, dar uma solução, isto é, a reintegração.

5. 1. O Triste Fim da “*Belle Époque*”: Das trincheiras à divisão do átomo

Na sociedade oitocentista, acreditava-se que o conhecimento causal das coisas explicaria todo o universo, livrando a humanidade dos mistérios e trazendo-lhe a felicidade terrena. Havia tanta fé no futuro angélico da humanidade, quanto no seu passado simiesco. *[O] homem se esqueceu de que foi expulso do jardim do Éden e iludiu-se que estivesse à sua frente, situado num futuro mais ou menos próximo.* A reação da plateia foi um grande choque de realidade, pois o civilizado homem neoclássico mostrou-se tão selvagem quanto as personagens da “Sagração da Primavera” de Igor Stravinsky – ou até mais.³⁹⁶

Esse episódio nos revelou que a tentativa de apoteose do ser humano pretendida por Bacon, Voltaire e seus seguidores – o assassinio do divino – transformou-o em besta, no lobo de si mesmo. Nos anos subsequentes, a humanidade viu o resultado do último estágio da evolução gnosiológica de Comte. A ciência, que nos traria paz e alegria, nada mais fez que nos

³⁹⁵ ARENDT, 1976, pp. 174 e seg.

³⁹⁶ MARITAIN, 2018, pp. 40 e seg.; TURC, 1958, pp. 263 e seg.; ARENDT, 1976, pp. 174 e seg.; REALE, 2014, p. 87.

possibilitar os maiores crimes. *Já notaram que os sanguinários mais refinados quase sempre têm sido os cavalheiros mais civilizados, aos pés dos quais não chegam todos os Átilas (...)?* – pergunta um personagem de Dostoiévski. A humanidade, então, imolou-se em um bailar caótico de 1914 a 1945. Nas palavras de Camus, nossa civilização técnica atingiu seu maior nível de selvageria. O rio do projeto iluminista de humanidade desembocou no infernal mar de lamas das trincheiras. O homem neoclássico e moderno, que pretendia viver em um palácio de cristal, construiu as mais pestilentas fossas, onde habitaria, para matar e morrer. Sua confiança na deusa da razão, porém, nada mais era que um absoluto desespero: criou um mal-estar tão grande, que culminou na Guerra. Acreditava-se na reforma do mundo, na possibilidade de elevar a humanidade a um estado totalmente irmanado. Esse era o otimismo naturalista desenvolvido no Séc. XIX. O progresso da ciência – que não propõe modelos de interpretação da realidade, mas que revela a verdade em si – traria a paz universal. A noção do duplo progresso contrastante e da ambivalência do bem e do mal não estavam presentes na filosofia da história do *philosophe* iluminista, nem na do cavalheiro da *Belle Époque*.³⁹⁷

O ser humano deixara de agir conforme a natureza, para tentar, por seus cálculos, dominar o mundo, como que em um imperialismo demiúrgico; portanto, acabou por curvar-se diante da matéria.³⁹⁸ Houve, então, uma grande quebra de expectativas. A deusa da razão, entronada por Descartes, medida da humanidade, estava morta. A física que possibilitara Santos Dumont dar leveza à humanidade, fazendo-a voar, à vista da Torre Eiffel, foi a mesma ciência que fabricou as aeronaves de guerra. Diante dessa triste realidade, o inventor abriu seu coração, em um telefonema:

Meu Deus! Meu Deus! Não haverá meio de evitar derramamento de sangue de irmãos? Por que fiz eu esta invenção que, em vez de concorrer para o amor entre os homens, se transforma numa arma maldita de guerra? Horrorizam-me estes aeroplanos que estão constantemente pairando sobre Santos (DE BARROS, 2003, p. 335).

Era a época da Revolução Constitucionalista. O referido conflito consolidou-se com um ataque aéreo ao Campo de Marte, em São Paulo. Especula-se que a visão dos aviões, que sobrevoavam o litoral paulista deixou-o profundamente angustiado. Assim, o inventor tirou a própria vida. O fato isolado do suicídio de Santos Dumont é uma alegoria perfeita para o grande choque de realidade do Séc. XX. Como demonstrado, acreditava-se na santidade da ciência;

³⁹⁷ BETTEX, 1967, p. 401; TURC, 1958, pp. 253-254; DOSTOIÉVSKI, 2010, p. 33; CAMUS, 1991, p. 110.

³⁹⁸ MARITAIN, 2018, pp. 40 e seg.

mas as coisas são como são. A *Belle Époque* foi, não mentimos, um período de estabilidade e prosperidade – que na realidade poderia ser chamada “paz armada”. As tensões políticas internacionais, as rivalidades entre os povos europeus e a corrida imperialista geraram um clima de desconfiança entre as nações.

A ideia de fraternidade universal mostrou-se claramente enfraquecida. Enquanto a velha nobreza mantinha seus laços familiares internacionais, a baixa classe média começou a se identificar por critérios raciais. As guerras de religião romperam a unidade dos cristãos e as napoleônicas despertaram sentimentos de pertença racial: começaram os *pan-moviments*, nacionalismos tribais, os movimentos unificadores do todo racial, o pangermanismo e o pan-eslavismo, precursores do nazismo e do bolchevismo. Esse tipo de sentimento do populacho criou uma série de desconfortos sociais, que chegariam a fazer as bases do Estado tremerem. A nobreza sentia – assim como os judeus, diz Hannah Arendt – uma oposição instintiva contra os novos valores das classes médias. A fidelidade dos nobres era supranacional, transfronteiriça e precipuamente à família, transcendendo a importância do indivíduo. O Império Habsburgo, por exemplo, era multinacional: vários governados pela Áustria e pela Hungria. Assim, portanto, formaram-se tensões internas, entre os radicais germânicos e os eslavos.³⁹⁹

Nesse cenário, em 28 de junho de 1914, com o disparar de um projétil contra o Arquiduque Francisco Ferdinando, herdeiro Habsburgo, começou a Grande Guerra. A Coroa austro-húngara culpou a Sérvia. Em agosto do mesmo ano, começou, pois, o conflito armado das duas Tríplices, a Entente – Rússia, Reino Unido e França – e a Aliada – Áustria-Hungria, Alemanha, Império Otomano e Bulgária. Outros países entraram para dar suporte a seus respectivos aliados. Instalou-se o inferno na terra. A guerra de trincheiras foi não só sangrenta e brutal, mas lenta e suja. Era tão vagarosa, que os suprimentos acabavam, deixando os soldados reféns da fome e da imundice. As perdas humanas e a destruição material foram numerosas e as economias dos países envolvidos foram severamente afetadas. O mundo viu, nas trincheiras europeias, um conflito que abalou e desmantelou as monarquias centrais e orientais. Durante a guerra, os Romanov foram brutalmente assassinados por agentes revolucionários e os Habsburgo totalmente extirpados de seus direitos dinásticos por forças estrangeiras.⁴⁰⁰

Em 1918, com a fuga do Kaiser, a Alemanha assinou um armistício com a Tríplice Entente e a Primeira Grande Guerra acabou. As negociações de paz, que resultaram no Tratado

³⁹⁹ ARENDT, 1976, pp. 29 e seg. e 223 e seg.; DAWNSON, 2018, p. 131.

⁴⁰⁰ ARENDT, 1976, pp. 267 e seg.; DAWNSON, 2018, pp. 131-132.

de Versalhes, deram início a um período de turbulência e instabilidade política. Os alemães viram sua humilhação refletida nos espelhos da *Galerie des Glaces*. Os triunfantes, na sua missão pacificadora, viram-se obrigados a reconstituir a vida internacional. *Não se restringiram à reorganização da Europa – diz Dawson – tentaram criar uma ordem internacional baseada em princípios gerais que englobavam todo o mundo.* Esta era a Liga das Nações, um produto por um lado, do idealismo liberal da democracia anglo-saxã (...) e por outro lado, pelo realismo nacionalista dos vitoriosos. Essa inconsistência não sobreviveu à realidade das relações internacionais: crises políticas, econômicas etc. levaram os europeus, mais uma vez, à guerra.⁴⁰¹

A razão que salvaria a humanidade, a ciência que traria a felicidade terrena e o ser humano que faria a paz universal constituíram a trindade profana que causou a Grande Guerra. O *cogito* de Descartes destronara o Logos e o materialismo de Bacon assassinara a metafísica. O que nos sobrava era a razão, que, segundo Kant acreditava, edificaria uma sociedade pacífica e feliz, para as nações. Nas trincheiras, porém, perdemos tudo o que tínhamos. E o que nos sobrou foi nada – *nihil est*, não há nada. Esse evento não foi senão a eclosão de um processo longo. Mas fato é que não sobrou valor universal nenhum após 1918. Começa então uma grande depressão existencial, que se inebria com elocubrações etnistas, para tentar amenizar a dor de ser e saber-se nada. Não fosse por esse mal-estar, os nacionalismos não floresceriam, pois, como diz Hannah Arendt, o niilismo os caracteriza.⁴⁰²

Precisamos entender o que, então, define o niilismo – esta cosmovisão que nutre os nacionalismos, especialmente o nazismo e o bolchevismo. Trata-se, segundo Giovanni Reale, da desvalorização – bem à contramão de Platão e de Aristóteles – dos seguintes pontos: o princípio primeiro, o fim último, o ser, o bem e a verdade. Se voltarmos à sentença de Nietzsche – *Deus está morto* –, veremos que o autor quer dizer que o ser humano perdeu sua dimensão supracossensível ou metafísica. A *morte de Deus*, portanto, significa o desaparecimento da transcendência e a anulação dos valores e ideais ligados a ela. Tudo existe, mas não há fim: o ser perdeu consistência e a teleologia, a importância. Sem a razão natural, os valores são meros pontos de vista, que se impõem para a preservação e o progresso da vida. Esta e o devir são *vontade de potência*. Apenas na potência, há liberdade de espírito; e o niilismo é a sua forma suprema. Isto porque, os antigos valores deslocaram-se da esfera da transcendência, para a da

⁴⁰¹ ARENDT, 1976, pp. 267 e seg.; DAWNSON, 2018. pp. 131-132.

⁴⁰² ARENDT, 1976, p. 112.

vontade, isto é, da autoimposição, de uma ordem para o aumento de si mesma. Em outras palavras, os valores, sendo nada, podem ser invertidos – a isso, chamamos *transvaloração*.⁴⁰³

Podemos ver a constatação da perda da ideia de razão natural, voltando às discussões acerca das fontes do direito internacional. Com a paz – melhor dizendo, com a intranquila ausência de guerra – de Versalhes e o surgimento da Liga das Nações, começou a primeira fase da Corte de Haia ou Corte Mundial: criou-se a Corte Permanente de Justiça Internacional. Na elaboração do seu Estatuto, uma discussão especial sobre os princípios revelou que não havia mais – e por muitos anos – uma referência racional para o *ius inter gentes*. No Comitê de Juristas que preparou o Estatuto, não havia consenso quanto à ideia de princípio jurídico. Descamps, representante da Bélgica, tinha em mente um conceito de direito natural e, na sua proposta de redação do artigo que listava as fontes, definiu os princípios como normas jurídicas reconhecidas pela consciência dos povos civilizados. Root, dos Estados Unidos, com uma cosmovisão mais positivista, demonstrou desconfiança e questionou a objetividade da ideia de justiça. A disputa entre ambos foi resolvida pelo britânico Phillimore, que os definiu como as principais normas aceitas pelo direito doméstico dos Estados civilizados. Essa definição compromissória dá linhas de voluntarismo e estatismo à ideia de princípio. *A expressão – diz Cançado Trindade – incorpora (...) a tensão da polaridade entre o jusnaturalismo (os princípios universais de justiça objetiva) e o positivismo (a busca dos princípios de direito cristalizados nos ordenamentos jurídicos nacionais).*⁴⁰⁴

O direito internacional da época estava inserto na conturbada vida política do Entreguerras, que se caracteriza por um elemento central: o ódio, eclodido na Primeira Grande Guerra. Hannah Arendt nos atenta ao fato de que esse ódio já vinha desde antes. No mundo germanófono, historicamente, a idealização da ideia de unidade do *Reich* e as tendências imperialistas foram engatilhadas pelas guerras napoleônicas. O que importava não era mais o indivíduo humano, mas o cidadão nacional. Com o fim forçado da Áustria-Hungria, não havia mais na Europa central, um poder supranacional para desviar o ódio mútuo dos nacionalistas. O *belt of mixed populations*, o cinturão dos muitos povos, convivendo como que misturados, tornou-se palco de uma tragédia hobbesiana, de um estado de animosidade de todos contra todos e perseguições étnicas. Sem o Império multinacional dos Habsburgo, as constituições pátrias,

⁴⁰³ REALE, 2014, pp. 20 e seg.

⁴⁰⁴ BROWNLIE, 2008, pp. 16-17 e p. 707; REZEK, 2018, pp. 12-15.; TRINDADE, 1981, pp. 114 e seg.

no seu direito doméstico reservado, não se mostraram protetivas dos direitos humanos, mas dos civis.⁴⁰⁵

Emergiram muitas minorias étnicas sem Estado: um elemento completamente novo de desintegração apareceu, portanto, em uma Europa devastada pela Guerra. A apatridia tornou-se uma arma de políticas totalitárias. E a inabilidade constitucional dos Estados nacionais de garantir direitos aos não-nacionais possibilitou políticas governamentais de perseguição e imposição de valores arbitrários padronizados contra oponentes políticos. Nasceram aí os totalitarismos práticos, que nada mais eram que o próprio Leviatã. Os *inimigos do povo* – ou seja, os judeus, na Alemanha, os trotskistas, na Rússia etc. – eram sinalizados como o mal e recebidos como escória em qualquer lugar. Quem a perseguição reputou como indesejável tornou-se massa malquista em qualquer lugar da Europa. Tudo parte do niilismo, a crença no nada; e foi justamente isso que a Liga das Nações fez em prol das minorias sem Estado.⁴⁰⁶

É verdade que a condição de não vinculação ao Estado (*statelessness*) não era absoluta. *De iure* essas minorias étnicas pertenciam a um corpo político, ainda que com necessidade de salvaguardas adicionais e tratados especiais. Todavia, com muito efeito, várias pessoas estiveram em estado de apatridia. Isso foi um grande problema, no Entreguerras. As minorias étnicas não gozavam, nessa condição, de seus direitos, porque não havia governo, Estado ou grupo político interessado em as defender. Os alemães e húngaros recorriam à pátria-mãe para terem seus direitos garantidos. Os judeus, porém, precisavam se fiar a um tipo de dependência recíproca ultraterritorial, muito presente na sua cultura desde os tempos bíblicos.⁴⁰⁷

Diante dessa realidade, os direitos humanos eram tratados como elucubrações de grupos idealistas de pouca expressão ou de juristas publicistas e internacionalistas. No Séc. XIX, os direitos civis eram compreendidos como a materialização jurídica dos eternos “direitos do homem”, que por sua vez, sempre fariam parte de uma comunidade política. Em outras palavras, ainda que reconhecesse os *innocent delights*, o direito constitucional era ainda voluntarista e contratualista: por sua vez, os direitos não eram propriamente humanos, porque não havia universalismo. Com o niilismo, a expressão da vontade foi exacerbada e o nacionalismo pôde fervilhar. E, portanto, *the loss of home and political status became identical with expulsion from humanity altogether*, a perda do lar e do estado político torna-se a expulsão da humanidade.⁴⁰⁸

⁴⁰⁵ ARENDT, 1976, pp. 267 e seg.; KOHLSCHMIDT, 1967, pp. 371-375.

⁴⁰⁶ ARENDT, 1976, pp. 267 e seg.

⁴⁰⁷ ARENDT, 1976, pp. 267 e seg. e 290 e seg.

⁴⁰⁸ ARENDT, 1976, pp. 267 e seg. e 290 e seg.

Assim sendo, desses nacionalismos, emergiram, no Entreguerras, os regimes totalitários. Estes fiaram-se fortemente em um limbo positivista. Nessa zona cinzenta desprovida de teleologia e universalidade – *i.e.*, de humanidade –, prosseguiu-se com as violações a direitos humanos, mantendo, espantosamente, o *statute law* exclusivamente dos nacionais, como uma máscara para a total ausência de um paradigma ou uma medida de direito (*ars aequi et boni*):

Even more disturbing was the handling of the constitutional question by the totalitarian regimes. *In the early years of their power the Nazis let loose an avalanche of laws and decrees, but they never bothered to abolish officially the Weimar constitution; they even left the civil services more or less intact (...)* [I]t turned out that the Nazis themselves showed no concern whatsoever about their own legislation. (...) Theoretically, it corresponded to Hitler's dictum that "*the total state must not know any difference between law and ethics*"; *because if it assumed that the valid law is identical with the ethics common to all and springing from their consciences, then there is indeed no further necessity for public decrees* (ARENDT, 1976, pp. 393-395 – g.n.).⁴⁰⁹

Antes, pensava-se – e podemos confirmar nos três primeiros capítulos – que o que hoje chamamos de “direitos humanos” seriam características gerais da natureza humana, que nenhum tirano poderia tolher. No Entreguerras, porém, não ter pátria era não ser humano, animal político, e, portanto, não gozar de direito nenhum. Assim, pois, perdeu-se a ideia de universalidade, que se construía desde os estoicos até os neoescolásticos. A perda da Cosmópolis, aliás, também foi o fim do paradigma de ser humano, isto é, a pessoa tornou-se, então, algo obsoleto e mister seria superá-la.⁴¹⁰

⁴⁰⁹ Até mais perturbador foi o manejo da questão constitucional pelos regimes totalitários. *Nos primeiros anos de exercício do poder, o nazistas deixaram fluir uma avalanche de leis e decretos, mas nunca se incomodaram em mudar a constituição de Weimar oficialmente*; eles até deixaram os serviços civis-administrativos mais ou menos intactos (...) [E] por fim, os próprios nazistas não demonstravam consideração nem mesmo por suas próprias leis (...) Teoricamente, isso correspondia à frase de Hitler: “*o Estado total deve desconhecer qualquer diferença entre a lei e a ética*”; *porque, se se assume que uma lei válida é idêntica à ética comum a todos, que emana de suas consciências, então não haverá necessidade de decretos públicos* – tradução livre.

⁴¹⁰ ARENDT, 1976, pp. 290 e seg.

5. 1. 1. A Superação da Humanidade e o Totalitarismo

Quando Hannah Arendt aponta que os regimes autoritários do Séc. XX, de modo geral, não foram totalitarismos, embora muitas tenham ascendido por movimentos totalitários. Mussolini estava contente com uma ditadura, na condição de primeiro-ministro. Os nazistas e os bolcheviques, porém, sim, edificaram os dois estados totalitários.⁴¹¹

Cada um tinha seu próprio ideal de super-humano – o ariano dos nazistas e o novo homem soviético –, que, no fundo, era um grande grito de desespero, diante do nada das suas existências. Em seus fragmentos póstumos, Nietzsche escreve que ser humano perdeu a fé em seu valor. O autor deu um diagnóstico, cujo resultado fora previsto por Thomas More: quem rejeita a natureza sublime de sua alma não é nada além de uma besta, um monstro.⁴¹²

Esse vazio levou à *pretensão de “mudar o homem”*. Aqui, não pretendemos estudar a fundo os totalitarismos, mas compreender, olhando para a Alemanha de forma especial, as consequências de uma filosofia, de uma política e de um direito sem referência. Não voltaremos demais aos bolcheviques, porque o ideal do socialismo, mesmo sendo fruto de desespero existencial, é uma forma intermediária de niilismo, segundo Giovanni Reale, que ainda retém elementos de padrão moral.⁴¹³

Para entendermos a desesperança nazista, devemos voltar a Friedrich Nietzsche. Não podemos afirmar que o autor tenha sido partidário das ideias ultranacionalistas e antissemitas, que o nacional-socialismo abraçaria, como, da mesma forma, não podemos afirmar que Marx aprovaria todas as políticas de Stalin. A triste figura de Nietzsche tornou-se, na realidade, por uma *grande necessidade* o deus de Hitler.⁴¹⁴ Discutivelmente acusa-se Elisabeth Förster-Nietzsche de subverter os escritos do irmão, para adequá-los ao nazismo.

Sua cosmovisão não poderia ser senão uma grande frustração diante da realidade das coisas. Gonzague Turc diz que sua vida *talhada para desiludir todos os entusiasmos, todas as esperanças que lhe inspirava uma natureza generosa e por demais ardente*. O autor, com efeito, não suportou que a *amizade e o amor ficassem aquém do absoluto em que os imaginaria*.

⁴¹¹ ARENDT, 1976, pp. 290 e seg. e 360 e seg.

⁴¹² MORE, 1967, p. 88.

⁴¹³ TURC, 1958, pp. 283 e seg.; REALE, 2014, pp. 23 e seg. Vede, também, que Jacques Maritain (2018, pp. 47 e seg.) reconhece que os soviéticos, apesar de não valorizarem a metafísica e a religiosidade, tinham uma ética socioeconômica e uma fé revolucionária, nas quais acreditavam com sinceridade.

⁴¹⁴ TURC, 1958, pp. 239 e seg.

Nascera em uma família de pastores protestantes, perdeu a fé – voltando-se violentamente contra ela – e apegou-se ao passado pagão e à história grega. Amou e odiou a Schopenhauer; e viu a arte como uma mentira para derrotar a realidade. Pessoalmente, sofreu as consequências de seu niilismo, encarnando-o emblematicamente, com sua loucura final, que encerrou sua existência terrena. A irmã, diante do grande colapso psiquiátrico do autor, decidiu tomar a dianteira na publicação de seus trabalhos, amplamente discutidos pela Europa. Quando ela morreu, Hitler esteve presente em seu funeral. Subindo ao poder, o tirano financiou o Arquivo Nietzsche.⁴¹⁵

Se as ideias e intenções do autor ou de sua irmã concordavam com a ideologia nazista, não é nosso papel discutir. Talvez, em defesa de sua dignidade, se possa dizer que os nazistas tomaram contentemente como conclusão o que ele escrevera tragicamente como diagnóstico. Este, porém, é um tema para os historiadores da filosofia. O que devemos olhar é o fato de que o totalitarismo se baseou na ideia de superar a humanidade – e Hitler encontrou um referencial teórico no “Vontade de Poder” e na ideia da morte de Deus –; partindo disso, atomizou o ser humano, eliminando sua consciência moral; e, portanto, criou o grande Leviatã, que aterrorizou a terra.

O homem é algo que deve ser superado – propunha-se. A ideia da superação da natureza humana ou da humanidade vem de uma repugnância ao *homo religiosus* cristão e à sua “moral de escravos”. Para atingir a superação de si mesmo, no mundo imanente, a nobreza de espírito não eleva o ser humano. No “Vontade de Poder”, Nietzsche diz que há somente aristocracia de nascimento. O espírito não enobrece a ninguém, mas se enriquece pelo sangue. O que é necessário? – diz o autor – Sangue. A superação da humanidade seria a superação de si mesmo. Para isso, era necessária uma disciplina terrível: compaixão era servilismo: uma nova moral de senhores era necessária. O serviço não era desejoso, mas o gozo pleno de todos os direitos do vencedor – que Vitoria, como vimos, chegou a desaconselhar. Esse ideal pressupõe uma ascese rigorosa: domínio dos apetites e a repressão do lado animal, pela submissão da pessoa a provas duríssimas. Não devemos confundir isso com o ideal de sábio estoico. O estoicismo propõe, sim, o domínio de si pela mortificação. No entanto, a felicidade seria a conformidade com a natureza, não a sua superação. Em Nietzsche, o super-homem inverte os valores em função da

⁴¹⁵ REALE, 2014, pp. 23 e seg.; TURC, 1958, pp. 239 e seg.

vontade de potência e age de acordo com as estruturas e articulações dessa capacidade volitiva fortificada.⁴¹⁶

A vontade de poder fortalece, na concepção de Nietzsche. O mais forte torna-se mestre do mais fraco, que não pode afirmar sua independência: e não há lugar para a misericórdia, para a paciência e nem mesmo para o respeito pela justiça das leis. O culto da vida forte, da grandeza ilimitada, da vitalidade, foi uma grande iconoclastia, na Alemanha, a originar apologéticas da violência destruidora e do ódio, alimentada com traços de niilismo. O pensamento nazista se define pelo entusiasmo pelo homem forte e pela ânsia do seu destino.⁴¹⁷

Os membros do partido não aprendiam que o povo alemão era superior, mas que a Alemanha – como todas as nações, conforme sua ideologia – deveria ser governada por uma raça-mestra. Acreditava-se que essa raça estava sendo construída e que existiria no futuro. Com efeito, a elite do partido – composta pelos super-homens – distinguia-se do membro ordinário. Eles não eram obrigados a acreditar nos clichés ideológicos fabricados para o grande público, mas eram educados para abolir a capacidade de distinguir entre o verdadeiro e o falso e dissolver todas as afirmações factuais em declarações de propósito. Por exemplo, dizer que os judeus eram inferiores – uma mentira, voltada para as massas – seria interpretado como a expressão da necessidade de eliminá-los.⁴¹⁸

A pessoa humana, despida de tudo o que tem de mais sublime, torna-se só um deus egóico e um monstro: *É a atomização total dos indivíduos* – diz Giovanni Reale – e, conseqüentemente, a inevitável solidão, que representa o efeito mais nefasto do egoísmo niilista. O super-homem nasce da eliminação da experiência moral humana, para comandar uma massa amorfa. Tanto a ideia de raça-mestra quanto as massas surgem de um vazio interior, que elimina qualquer noção de humanidade. Para o homem niilista e desesperado, todo direito, como diz Nietzsche, é uma conquista, isto é, um espólio de guerra. Esse é um princípio de pensamento conforme a raça, segundo Hannah Arendt. A moral, por sua vez, seria seu inverso, de acordo com o que se lê no “Vontade de Poder”, ou seja, dá ao medíocre mais que às exceções.⁴¹⁹

A miséria da falta de referência ética e o desalento individual, na prática, tornaram difícil a resistência contra um crescente furor avassalador e ilimitado que, sem nenhuma espécie de

⁴¹⁶ NIETZSCHE, 1968, pp. 495-496; TURC, 1958, pp. 239 e seg.; REALE, 2014, pp. 23 e seg.

⁴¹⁷ NIETZSCHE, 1968, p. 336; BETTEX, 1967, pp. 404-407.

⁴¹⁸ ARENDT, 1976, pp. 384-385 e 412-413.

⁴¹⁹ REALE, 2014, p. 181; NIETZSCHE, 1968, p. 74 e pp. 152 e 154.

Pomério, veio matar a dignidade humana. Os nazistas, nas palavras de Edith Stein, zombavam de qualquer senso de justiça e humanidade. Ela mesma ver-se-ia arrancada de seu hábito e martirizada em Auschwitz.⁴²⁰

Conceitos como “bem” e “mal” ou “verdade” e “mentira”, portanto, eram perigosos. Logo, as iniciativas intelectuais, artísticas e espirituais significavam mais que mera oposição política. Não se trata apenas de um ressentimento contra o que não se compreende, mas uma exclusão de tudo o que não se pode prever. É como se, nos regimes totalitários, houvesse uma necessidade de que o mundo fosse um relógio cartesiano: tudo deve funcionar mecanicamente e sob controle. Se nem mesmo os simpatizantes do regime, se apresentassem talentos de primeira linha, eram confiáveis, figuras espiritualmente livres, como Franz Jägerstätter, camponês bem-aventurado que mencionamos em anteriormente, ou Sophia Scholl, enfermeira alemã antinazista, representavam um enorme perigo para o regime. Isto porque, a riqueza transcendente da interioridade humana é muito mais que uma parte dos mecanismos sociais.⁴²¹

A ascensão de homens como Hitler e Stalin não se explica senão pelo encanto que exerciam sobre as massas. O fanatismo, não como outros idealismos, mataria qualquer remanescente de convicção pessoal que sobrevivesse em seus quadros. Não se trata de um esforço de convencimentos individuais, como na Revolução Gloriosa, mas do fortalecimento do comando sobre os números. As massas, com efeito, não se associam conscientemente ou por um interesse comum, é a multidão indiferente, isto é, consiste propriamente naquilo que a definição ciceroniana rejeita ser o povo. A massa não estava reunida conforme a justiça para o bem comum; pelo contrário, permanece sem régua moral. Havia um certo fascínio mórbido pela violência. Os líderes totalitários, portanto, apresentavam seus crimes passados e propunham os futuros. Como a vítima é o inimigo, não haveria punição. Tampouco, com o tempo, os nazistas e bolcheviques foram punidos, em seus regimes, quando se voltaram contra seus próprios companheiros. Essa autofagia nos lembra do terror de Robespierre, mas sem a pretensão de virtude.⁴²²

O grande problema foi que a natureza humana continuava. A grande tragédia de Sófocles repetiu-se. Naturalmente, a pessoa humana tem uma espontaneidade que, por si, não se esvai totalmente. A solução foi a assombrosa tentativa de matar o espírito. Os campos de concentração deveriam eliminar a expressão do comportamento humano e transformar a

⁴²⁰ STEIN, 1933; ARENDT, 1976, pp. 306 e seg.

⁴²¹ ARENDT, 1976, pp. 306 e seg.; BETTEX, 1967, pp. 454-460; RAMOS, 2016, pp. 19 e seg.

⁴²² ARENDT, 1976, pp. 306 e seg.

personalidade em alguma coisa que nem os animais são. Hannah Arendt faz uma comparação: os escravos, historicamente, podem ter sido brutalizados, mas os prisioneiros de campos de concentração não poderiam ser vendidos, porque não tinham preço; e não tinham preço, porque não tinham valor, poderiam substituídos. A ideia dos gulags e dos campos de concentração era tirar todo o sentido de propósito: os prisioneiros viviam em um Hades: os campos soviéticos eram um Purgatório; os nazistas, um Inferno.⁴²³

As massas eram a matéria da política totalitária. Isto vai bem mais além do absolutismo. Machiavelli apresentara um Estado pretermoral nos moldes das monocracias, as ditaduras romanas. Este, sim, era um teórico do absolutismo. O literato italiano apresentava uma visão crua e desesperançosa de mundo, mas não um niilismo total. Hobbes, porém, apresentou um verdadeiro pessimismo. Ainda que tivesse um jusnaturalismo residual em sua teoria, seu “Leviatã” foi o primeiro ensaio do totalitarismo moderno, diz Cláudio de Cicco, em uma sociedade massificada, liderada por *alguém que tem todo o poder, com o consentimento geral*.⁴²⁴

Um Estado totalitário não poderia admitir qualquer espécie de sociedade intermediária. Os absolutismos tentariam controlá-las, os totalitarismos as absorvem e as dissolvem. Isso porque, qualquer autoridade ou hierarquia prejudicariam a verdadeira sede do poder – a vontade do Führer, que é a encarnação da vontade geral.⁴²⁵ Houvesse pretor, questor ou barão, a autoridade do líder estaria comprometida. Por isso, internamente, o aparato estatal da Alemanha nazista comportava uma confusão de autoridades, diluída em uma multiplicidade enorme de cargos. Assim sendo, na lógica interna do partido, seria estruturalmente impossível que um oficial tomasse o poder. O Minotauro, que bem conhecia o labirinto, detém o poder supremo: o monopólio de conhecimento permitia que o líder controlasse as relações sociais de poder.⁴²⁶

⁴²³ ARENDT, 1976, pp. 438 e seg.

⁴²⁴ DE CICCO, 2017, p. 177.

⁴²⁵ Aqui, voltamos a Rousseau. O totalitarismo não tira apenas do niilismo sua força – é fato que todo regime totalitário é niilista, como vimos –; mas o otimismo antropocêntrico, também, contribuiu para a formação da ideia de que o ser humano, naturalmente bom, precisa ver-se livre do que lhe impede de ser ótimo como pode. À *volonté générale*, todos os inimigos da liberdade se voltaram, tornando-a norma soberana, santa, inviolável e absoluta. Quem a desobedece pode ser forçado pela totalidade, que simplesmente o obrigará a ser livre. Daí parte o caminho para a guilhotina, para os tiros na nuca e para as câmaras de gás. Para achar a vontade geral e evitar as vontades particulares, é necessária a ausência de comunicação entre os cidadãos, dado que bom é o ser humano sozinho. Se a maioria do povo não pode determinar sua verdadeira vontade, esta, conseqüentemente, encarnar-se-ia no “Chefe” ou “Líder”, como que em uma hipóstase profana. A frase “*ein Volk, ein Reich, ein Führer*”, um povo, uma nação alemã e um líder, não foi, portanto, meramente prosaica, mas uma afirmação de que não há diferença entre as três coisas. A necessidade de homogeneização dos indivíduos, para alcançar a vontade geral, justifica, nesse sentido, o terror. (HUYN, 1991, pp. 27-28; RAMOS, 2016, pp. 149 e seg.).

⁴²⁶ ARENDT, 1976, pp. 405 e seg.

Mary Ann Glendon observa que, nesse ponto, o governo hobbesiano não seria nada menos que a submissão a um soberano todo-poderoso. Enquanto, na sociedade nacional, isso significou uma confusão kafkiana meticulosamente calculada; nas relações internacionais, o total voluntarismo. Aqui o Estado seria a regra absoluta, caçoa da verdade e torna-se o deus insensato de um mundo eminentemente físico. Não como o culto idolátrico dos gregos pela pólis, os regimes novecentistas não se pautavam em valores transcendentais, mas em sistemas ideológicos imanentistas. A Grécia jamais conhecera o totalitarismo, mas, sim, um espírito, por assim dizer, hieropolítico. Platão punha as leis da pólis à prova, segundo a justiça arquetípica. Mas, não tendo medida moral, um Estado totalitário não pode, com efeito, ter medida nenhuma. A ideia de um direito das gentes pautado na *ratio*, como lemos nas Pandectas e nas “*Relectiones de indis*”, tiraria o elemento central do regime: como diz Hannah Arendt, o totalitarismo perderia sua qualidade total, se se submetesse a qualquer tipo de *ius gentium*.⁴²⁷

Não lidamos, nos totalitarismos novecentistas, com uma mera ausência de direito, porém. Os regimes políticos clássicos poderiam se corromper pela ausência de conformidade com o direito. Aqui, não há uma suspensão de leis, mas um limbo: de um lado os nazistas jamais ab-rogaram a Constituição de Weimar, por outro não tinham uma bússola moral bem definida. Isso porque, as leis escritas seriam interpretadas conforme uma noção perversa de dialética natural ou histórica. Os soviéticos acreditavam na lei da luta de classes; os nazistas, com fundamento em doutrinas darwinistas e spencerianas, na da *struggle for life*. O movimento contínuo que as ciências oitocentistas identificaram, para eles, justificaria a continuação do terror doméstico e internacional. Não há, portanto, uma razão universal, impondo sua lei nos corações de toda a gente; há apenas o direito da moção, do movimento, da luta. Não há criminosos e inocente, mas o inimigo objetivo da raça ou da classe. Edith Stein diz que os nazistas preencheram o governo e forças armadas com seus seguidores, dentre os quais havia provados elementos criminosos. Os líderes totalitários, segundo alegavam, nada mais faziam, que executar a sentença dada pela lei da moção. Isto que fabricaria o super-homem. Daí que a estabilidade seria um problema: para criá-lo a contínua seleção artificial de Hitler não deveria parar.⁴²⁸

⁴²⁷ GLENDON, 2011, p. 87; ARENDT, 1976, pp. 389 e seg.; MARITAIN, 1964, pp. 48-49.

⁴²⁸ ARENDT, 1976, pp. 389 e seg. e pp. 461 e seg.; STEIN, 1933.

5. 1. 2. Espanto da Humanidade e a Declaração Universal

Elem Klimov conseguiu ilustrar nos cinemas soviéticos como a Segunda Grande Guerra foi absolutamente aterrorizante, explorando as ideias de loucura e destruição da inocência pela violência.⁴²⁹ A humanidade saiu desse período com um mal-estar. Auschwitz, Nanquim, Dresden, Hiroshima, Nagasaki etc. são todos lugares que ainda despertam um senso de terror, com a mera menção de seus nomes. As cruzes feitas com destroços de avião na *Saint Paul Cathedral* em Londres, as fotos das duas nuvens fungiformes no céu do Japão e as chaminés de Auschwitz, onde Edith Stein foi martirizada, despertam uma sensação de assombro no interior de qualquer um. Adorno deu o atestado de óbito da poesia. No entanto, o grande espanto foi justamente o que levou a comunidade das nações a pensar no ser humano enquanto tal e na universalidade do valor da sua dignidade.

Se retrocedermos às raízes das atrocidades cometidas, veremos que estas dependem do nada que está no espírito de quem avalia, como diz Giovanni Reale. O julgamento de Eichmann, além do demonstrado até então, nos mostra que havia uma enorme dormência moral. A cultura ocidental perdera o sentido daqueles grandes valores que, na antiguidade e no medievo, constituíam pontos de referência irrenunciáveis, no pensamento e na vida. Foi então, que a sociedade internacional escreveu, por necessidade, a Declaração Universal.⁴³⁰

Em fevereiro de 1945, os *big three* – Roosevelt, Churchill e Stalin – reuniram-se em Yalta, para desenhar o destino do mundo no pós-guerra. Esse encontro foi o primeiro ensaio das Nações Unidas. As reuniões de Dumbarton Oaks, depois, serviram para realizar os trabalhos preparatórios da Carta da ONU e do Estatuto da Corte Internacional de Justiça. Após este evento e a Conferência de São Francisco, a nova Organização estava pronta. Tudo conspirava para a reafirmação do universalismo. Como a Segunda Guerra Mundial significou o rompimento com os direitos humanos, a sociedade internacional deveria identificar o período subsequente com a sua reconstrução. Os delegados latino-americanos reuniram-se prontamente para propor uma nova declaração transnacional. As Nações Unidas organizaram um comitê para elaborar uma “carta internacional de direitos”.⁴³¹

⁴²⁹ IDI I SMOTRI, 1985.

⁴³⁰ REALE, 2014, pp. 17 e 227.

⁴³¹ GLENDON, 2001, pp. 7-8 e 200 e seg.; GLENDON, 2011, pp. 200 e seg.; REALE, 2014, pp. 17 e 227; PIOVESAN, 2015, p. 196.

A Organização moveu-se nesse sentido, agindo conforme seu instrumento constitutivo, porque tem como finalidade a manutenção da paz e da segurança entre as nações. Charles Malik, professor de filosofia e delegado do Líbano, apontou um problema: isso seria impossível, sem abordar as causas das guerras. Eleanor Roosevelt, viúva do presidente e delegada americana, considerou que a falta de referência (*standard*) para os direitos humanos seria uma das maiores causas de conflito internacional. Era sua opinião, portanto, que reconhecer uma bússola moral seria a pedra angular da construção da paz.⁴³²

Pouca atenção o filósofo libanês teria chamado, se Roosevelt não se houvesse interessado por suas ideias. Além dela, o delegado chinês, Peng-chun Chang, identificou-se com os dois. Cada um tinha um perfil particularíssimo. Malik era um cristão ortodoxo, por criação, e um professor de filosofia, por profissão, estudioso de Heidegger, mas com grande admiração por São Tomás. Roosevelt, protestante, era uma senhora da sociedade norte-americana: ex-primeira-dama, era muito familiarizada com os meios políticos e com os grandes discursos sobre a liberdade. Chang, um literato e um diplomata chinês, apreciador das artes – um homem do renascimento, como More ou Dante, de algum modo perdido no séc. XX –, profundo conhecedor dos “Analectos” de Confúcio, por tradição, e, por carreira, do “Corão” e da “Suma Teológica”. Esse era o *Triunvirato*, como chama Mary Ann Glendon, que deveria lidar com o problema da universalidade, nas Nações Unidas. Dos sessenta Estados-membros originais, seis estavam no bloco soviético, onze eram islâmicos, quatro, budistas e trinta e sete, marcados por tradições cristãs e constituições iluministas.⁴³³

Nas discussões entre os três, as considerações humanísticas e filosóficas eram muitíssimas. Aos olhos de Roosevelt, as conversas entre Malik e Chang eram como um diálogo entre São Tomás e Confúcio, de tal modo que, se fosse possível que as assistíssemos, talvez não a compreenderíamos. Chang apreciava o ecletismo dos encontros e acreditava que a declaração perderia universalidade, se fundamentada tão somente em valores ocidentais. A UNESCO, então, para ajudar o comitê, investigou a possibilidade de haver um terreno comum entre todas essas nações, sobre o qual a nova declaração poderia ser construída. O membro mais ativo dessa empreitada foi Jacques Maritain (1882 - 1973), que, à época, era o embaixador francês junto à Santa Sé. Mandou-se para estadistas e intelectuais do mundo todo, um longo questionário, que recebeu respostas com reflexões sobre os direitos humanos.⁴³⁴

⁴³² GLENDON, 2011, pp. 200 e seg.

⁴³³ GLENDON, 2011, pp. 200 e seg.

⁴³⁴ GLENDON, 2011, pp. 200 e seg.

Surpreenderam-se com o resultado: as listagens de valores básicos eram muito similares. Maritain, porém, sabia que, se perguntássemos o porquê da concórdia transcultural, o consenso acabaria. Sim, todos concordaram quanto aos mesmos pontos – falou –, mas sob a condição de que ninguém discutisse o motivo. Era sua opinião, todavia, que a superficialidade das respostas seria suficiente para elaborar a declaração. No entanto, na prática – e isso se provou nos trabalhos preparatórios –, os delegados não chegavam a concordar com a interpretação dos direitos, em razão das múltiplas e discrepantes opiniões sobre o ser humano e a sociedade.⁴³⁵

O comitê estava dividido e muito discutia – cultura, ideologia, geopolítica: tudo era fratura, tudo era divisão. Malik estava preocupado com a grande questão da antropologia filosófica. Ele defendeu, com o apoio de Roosevelt, que a pessoa humana era mais importante que qualquer identidade nacional ou cultural, que a mente e a consciência são seus bens mais preciosos, que qualquer coerção por corpo político ou qualquer grupo é inaceitável e, podendo haver erro em qualquer sociedade, que a liberdade de consciência deve ser suprema. Com esses quatro princípios, Pavlov, o delegado soviético, discordou, alegando que os direitos individuais deveriam ser vistos em relação com as obrigações para com a comunidade. Eleanor Roosevelt decidiu apoiar o filósofo e defender os direitos individuais. Malik, todavia, apesar de grato, deixou claro que sua noção de “pessoa” tinha nuances além da mera ideia de “indivíduo”. Para ele, as ideias marxistas e as tradições anglo-americanas não eram suficientes. A pessoa humana constrói-se significativamente por suas relações – com a família, a comunidade, a nação e com Deus. Sua antropologia, diz Mary Ann Glendon, desafiava o estatismo do bloco soviético e o individualismo ocidental. Os grandes apoiadores dessas ideias foram Chang, os latino-americanos e outros, que acreditavam que a declaração deveria ser *universal*.⁴³⁶

Hansa Mehta, da Índia, muito pragmaticamente, disse que a discussão não tinha sentido e que a comunidade internacional poderia simplesmente listar os direitos. Essa frase anunciou uma grande ruptura no comitê – maior que a entre os ocidentais e os soviéticos – entre os delegados pragmáticos e os com maior sensibilidade filosófica, mística e poética.⁴³⁷

⁴³⁵ GLENDON, 2011, pp. 200 e seg.

⁴³⁶ GLENDON, 2011, pp. 200 e seg.

⁴³⁷ Como o próprio Malik se manifestou: *We require, I submit, the sensitive insight of the poet, the prophet, the philosopher; and I hope we shall call in these types of minds to aid us in our important enterprise. If only jurists and politicians and diplomats work out this Bill, I am afraid it will come out a distorted thing: it will lack vision and unity; it will lack sweeping simplicity. Vision and sensitiveness belong pre-eminently to the prophet, unity to the philosopher, simplicity to the poet*: Precisamos, penso eu, da visão sensível do poeta, do profeta, do filósofo; e espero que recorramos a este tipo de mentes para nos ajudarem neste importante empreendimento. Se apenas juristas, políticos e diplomatas elaborarem este projeto de lei, receio que o resultado será uma coisa distorcida:

Assim, foi redigida a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Os advogados Jonh Humphrey, do Canadá, e Cassin, da França, deram-lhe estilo de lei, com preâmbulo e artigos, parte geral e especial.⁴³⁸

5. 2. O Drama após a Declaração

A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi redigida. Os tratados, as constituições domésticas, as organizações internacionais: tudo remete a ela. As numerosas áreas jurídicas domésticas – civil, administrativo, penal e até o empresarial – encontram amparo nos direitos humanos. Por comunicação sistêmica, com as migrações forçadas de populações perseguidas, estes ganham a forma do direito dos refugiados; com os conflitos bélicos, do direito humanitário internacional. As Nações Unidas, a Cruz Vermelha, a Organização Internacional do Trabalho, a Corte Internacional de Justiça etc. encontram, na Declaração, sua referência humanística fundamental. Há, porém, um grande problema filosófico, no tocante ao tema “direitos humanos”. No começo do capítulo vimos as consequências da perda da referência humanística, na primeira metade do séc. XX. Depois, vimos que o espanto da humanidade levou a comunidade das nações de volta ao universalismo. E, por fim, vimos que a grande concórdia foi quanto às conclusões, mas não à dimensão profunda da filosofia. Nesta segunda metade do presente capítulo, analisaremos as questões problemáticas dos direitos humanos, pós-Declaração Universal. Ou seja, precisaremos abordar dois temas: a fenomenalidade dos direitos humanos, isto é, sua positivação, sua aplicação e suas consequências; e a questão gnosiológica.

5. 2. 1. A Fenomenalidade dos Direitos Humanos

Entraremos aqui o que optamos por chamar de *fenomenalidade dos direitos humanos*, isto é, considerando-os, enquanto fenômeno jurídico. E aqui não precisamos sair do sentido mais simples do termo *φαινόμενον*, um acontecimento que se observa. No nosso tema, há duas

faltar-lhe-á visão e unidade; faltar-lhe-á uma simplicidade arrebatadora. A visão e a sensibilidade pertencem em primeiro lugar ao profeta, a unidade ao filósofo, a simplicidade ao poeta – tradução livre (E/CN.4/AC.1/7).

⁴³⁸ GLENDON, 2011, pp. 200 e seg.

categorias de fenomenalização: (i) positivação – por qualquer fonte do direito internacional que seja – e (ii) a aplicação casuística das normas positivadas. Ambas se relacionam e interagem entre si dinamicamente. Nesse ponto, estamos avaliando o aspecto prático da aplicação e da aplicabilidade, não no sentido sistêmico, mas fático. Em outras palavras, estamos tratando do fenômeno jurídico como fruto objetivo e real da história e o desenvolver desses direitos frente às violações.

Observamos, pois, como os direitos humanos se desenvolveram, após a introdução da Declaração Universal, do ponto de vista da positivação e da aplicação. Isto implica um princípio de conflito – oposição de contrários – ao modo de Rudolf von Ihering. Considera-se que a “Luta pelo Direito” seja uma espécie de referência à *struggle for life* de Darwin. Mas a história da filosofia nos mostra que princípio de concorrência vital darwiniano carece de originalidade, pois Heráclito de Éfeso já havia desenvolvido a ideia de discórdia como oposição a resultar em harmonia. Da divergência de contrários, diz o pré-socrático, a mais bela harmonia. Do mesmo modo, o autor de Hanover inaugura seu discurso: *A paz é o fim que o direito tem em vista; a luta é o meio de que se serve para o conseguir*. A dinamicidade dessa luta, no desenvolver dos direitos humanos, é o nosso objeto aqui.⁴³⁹

Ihering considera o direito não como uma pura teoria, mas como uma “força viva”. De um lado, sim, os princípios jurídicos aplicados pelos Estados – no fundo, as fontes, como os tratados e os costumes internacionais – constituem uma dimensão objetiva do direito. Por outro, a aplicação desses princípios ao caso concreto lhe confere uma outra, que é subjetiva. Esta segunda dimensão só é possível pelo conflito: e.g., o direito internacional dos direitos humanos, como princípio abstrato, precisou de uma aplicação prática, nos Estados Unidos, que foi avivada pelo *Civil Rights Movement*. A proibição de matrimônio inter-racial, imposta pelas leis americanas, impedia um direito humano básico, que é a formação de uma família, para muitas pessoas.⁴⁴⁰

A defesa dos direitos, para Ihering, não se trata do seu valor material, mas do ideal do direito como um todo. Isto porque, *[o] direito concreto não recebe somente a vida e a força do direito abstrato, mas devolve-lhas por sua vez*. Daí que o autor identifica a defesa de um direito particular com a de todo o complexo jurídico. Foi assim que os direitos humanos se desenvolveram, portanto, no séc. XX: a positivação e a casuística tiveram como resultado um

⁴³⁹ IHERING, 2011, pp. 1 e seg.; ANAXIMANDRO; PARMÊNIDES; HERÁCLITO, 2017, p. 73; JAFFRE, 1886, p. 325; DINIZ, 2009, p. 184; GRAY, 2012, pp. 448-449; VILLEY, 2003, p. 60.

⁴⁴⁰ IHERING, 2011, pp. 1 e seg.

sistema complexo de proteção, cujo desenvolver específico causou uma divisão geográfica, material e – mais importante – identitária, resultando em novas questões.⁴⁴¹

Os direitos humanos condensaram-se em uma ampla área, que cobre muitas condutas humanas: da tortura ao devido processo legal, da miséria à saúde, tudo é objeto de estudo dos juristas, internacionalistas e publicistas. Muitos referem-se a este segmento da dogmática, inclusive, como “direito internacional dos direitos humanos”. Quando pensamos nesse termo, todavia, corremos o risco de empobrecer o significado do conteúdo pela forma, como se fosse um corpo de normas separado. Segundo a classificação de Oppenheim, o direito internacional divide-se em particular – que consiste na relação entre dois ou poucos Estados –, geral – entre muitos – e universal – isto é, entre todas as comunidades políticas soberanas civilizadas. Embora os problemas de direitos humanos encontrem-se no contexto das relações internacionais, não estão restritos a estas. *There is thus the law of a particular State, or the principles of the European Convention on Human Rights, or relevant principles of general international law*, há, pois, o direito particular do Estado, os princípios da Convenção Europeia de Direitos Humanos – bem como da Interamericana ou da Africana – ou os que sejam relevantes do direito internacional geral. No mundo real da prática e do processo, há um complexo multinível de normas aplicáveis: nas palavras de Piovesan, um direito cosmopolita.⁴⁴²

A Sociedade das Nações e a Organização Internacional do Trabalho já puseram em prática esforços para a garantia de certos direitos, mas apenas a Carta das Nações Unidas pôde dispor uma base para a proteção dos direitos humanos, utilizado, pela primeira vez, o termo. Brownlie faz uma análise dos trechos da Carta que se referem aos direitos humanos: o preâmbulo reafirma a fé das Nações Unidas nesses direitos e o artigo 1º os entroniza como um critério teleológico da cooperação internacional. Finalidade esta, para a qual os artigos 55 e 56 dão diretrizes. O documento não define quais são estes direitos, mas a adoção da Declaração Universal já munia a ONU com um *core of reasonable certainty*, um núcleo de certeza razoável. Com o passar dos anos, portanto, as Nações Unidas foram expressando sua preocupação com os direitos humanos. Mesmo sem poder de coerção, a Assembleia Geral demonstrou interesse em questões como o Tratado de Paz entre a Bulgária, a Hungria e a Romênia (1948), a situação da Rodésia (1962), as colônias portuguesas (1965), o tratamento das populações de áreas ocupadas da Palestina (1968) ou a questão dos refugiados curdos no Iraque (1991). Com capacidade hipotética de coerção, até o fim da Guerra Fria, o Conselho de Segurança, também,

⁴⁴¹ IHERING, 2011, pp. 42-48.

⁴⁴² BROWNLIE, 2008, pp. 553 e seg.; OPPENHEIM, 1920, pp. 1-2; PIOVESAN, 2015, p. 95.

não pôde ser muito efetivo, apesar de, por exemplo ter usado do seu poder de investigação na África do Sul (1960). Em 1992, todavia, foi realizada intervenção humanitária na Somália e, no ano seguinte, na Bósnia. E, na Ruanda, em 1994, alguns Estados-membros foram autorizados, para que construíssem campos de proteção para refugiados, deslocados e civis em risco. Estes são exemplos do *framework* da ONU, em relação aos direitos humanos.⁴⁴³

A Declaração Universal, apesar de ser um instrumento de *soft law*,⁴⁴⁴ foi muitas vezes invocada por tribunais domésticos e internacionais, como referência. A Corte Internacional de Justiça, por exemplo, a usou se parâmetro para julgar o caso dos reféns em Teerã. Este instrumento ganhou significância internacional, não por si, que não tem valor vinculante, mas por *actions of authoritative decision-makers*, atos dos tomadores de decisão com autoridade. Assim, hoje em dia, a maioria dos publicistas seria da opinião de que estes direitos já adentraram ao mundo dos costumes internacionais, ganhando assim, força vinculante. Considera-se violação ao direito internacional contemporâneo, por costume, qualquer prática que encoraje ou desculpe o genocídio, a escravidão, o tráfico de seres humanos, homicídio, desaparecimento, tortura, tratamento ou punição cruel, desumano ou degradante, detenção arbitrária prolongada, discriminação racial sistêmica e quaisquer outras violações graves. Do mesmo modo, a Corte Internacional de Justiça, reconheceu os princípios de direito humanitário internacional, que estão presentes nas Convenções de Genebra, têm caráter costumeiro, implicando vinculação *erga omnes*.⁴⁴⁵

O direito dos tratados, no entanto, não foi um estranho para os direitos humanos. *There can be no doubt that the main corpus of human rights standards consists of an accumulated code of multilateral standard-setting conventions*, não pode haver dúvida quanto ao fato de que o corpo principal dos critérios de direitos humanos consiste em um código acumulado de convenções multilaterais que determinam parâmetros. Estes tratados dividem-se em quatro categorias. A primeira compõe-se pelos dois Pactos Internacionais, um sobre direitos

⁴⁴³ BROWNIE, 2008, pp. 553 e seg.

⁴⁴⁴ Há instrumentos não-vinculantes – embora reconheçam e declarem princípios jurídicos –, que chamamos de *soft law* ou *droit mou*. As resoluções da Assembleia Geral da ONU, como a n° 217 (III) de 10 de dezembro de 1948, que instituiu a Declaração Universal, enquadram-se nessa categoria. Também, os acordos de cavalheiros – pactos entre estadistas, fundados na honra e condicionados, no tempo, à permanência dos pactuantes no poder – são exemplos de *soft law* (REZEK, 2018, p. 44).

⁴⁴⁵ BROWNIE, 2008, pp. 553 e seg.; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 14, § 218; *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, Judgment, 1. C. J. Reports 1980, p. 3; Para aplicação dos princípios de direitos humanos, por costume, ver, também: *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, arrêt, C.I.J. Recueil 1970, p. 3; *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif; C. 1. J. Recueil 2004, p. 136.

econômicos, sociais e culturais (PIDESC) e outros sobre direitos civis e políticos (PIDCP). A segunda, pelas convenções regionais de direitos humanos: a Europeia de 1950, a Interamericana de 1969 e a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos de 1981. A estas duas primeiras categorias, Brownlie chama *comprehensive*, isto é, tratados de direitos humanos universais no geral. A terceira categoria diz respeito a violações específicas, e.g., genocídio, tortura, discriminação racial etc. E a última, as que se voltam à proteção de categorias específicas de pessoas: crianças, mulheres, refugiados, trabalhadores migrantes etc.⁴⁴⁶

Esta matéria ficou tão enraizada na teleologia, na casuística, nos costumes e nos tratados da comunidade internacional, que acabou por se tornar *ius cogens*, i.e., os direitos humanos tornaram-se *normas imperativas do direito internacional geral*. A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, artigo 53, as define como normas aceitas e reconhecidas pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como aquelas das quais não se permite derrogação e que só se modificam por norma ulterior de direito internacional geral da mesma natureza. Os elementos essenciais do *ius cogens* são generalidade, reconhecimento da totalidade da comunidade internacional e inderrogabilidade.⁴⁴⁷

Pela positivação e pela aplicação, portanto, os direitos humanos se desenvolveram, em processos retroalimentativos – no tocante à dinamicidade da relação entre o direito abstrato e o concreto –, tal como Ihering descreveria o fenômeno jurídico. E percebemos, com isso, algumas formas de especificação – especialmente, quando classificamos os quatro tipos de tratados internacionais. (i) Na primeira categoria – do PIDESC e do PIDCP –, vemos que há uma divisão *material geral* dos direitos universais. (ii) Na segunda – a das convenções regionais –, uma *geográfica* – ou até *territorial-cultural*, à qual podemos somar a Declaração Islâmica dos Direitos do Homem de 1981 ou a incorporação dos direitos humanos ao direito constitucional doméstico, como na Constituição de 1988. Estes instrumentos – domésticos, regionais e internacionais gerais, de *soft law* ou de *hard law* – classificam-se como *comprehensive*, ou seja, abordam, ainda que com matizes particulares, a universalidade dos direitos humanos. (iii) Outra

⁴⁴⁶ BROWNLIE, 2008, pp. 553 e seg.

⁴⁴⁷ As normas imperativas não podem ser meramente regionais ou particulares, não são para satisfazer as necessidades de um ou dois Estados, mas para o maior interesse da comunidade internacional. Daí que o asilo diplomático não é reconhecido como um direito humano fora dos países de cultura latino-americana. O reconhecimento dado pela comunidade internacional, por sua vez, se prova por documentos internacionais, pela prática dos Estados e pelo reconhecimento que cada um dá aos princípios. E, quanto à inderrogabilidade, verifica-se por sua classificação. São inderrogáveis (i) os princípios fundamentais das relações internacionais, (ii) como a boa-fé, aqueles que são elemento transcendental da estabilidade, como o *pacta sunt servanda*, (iii) os de direito humanitário, como a proibição à tortura, (iv) os propósitos das Nações Unidas (v) e as normas que vinculam sem consentimento expresso, como a liberdade de navegação no alto mar. (NIETO-NAVIA, 2003).

forma de divisão surge, com a questão das violações específicas, que chamaremos, para diferenciar da geral, de *material hipotética*. (iv) E a última seria a *divisão identitária*: mulheres, crianças, idosos, povos originários etc. Esta se trata de uma resposta dos direitos humanos a situações de opressão contra uma vulnerabilidade específica.

As quatro classificações dos instrumentos de direitos humanos são resultado de um fenômeno que Norberto Bobbio chama *especificação*, i.e., a *passagem gradual, porém cada vez mais acentuada, para uma ulterior determinação dos sujeitos titulares de direitos*. Na passagem do ser humanos abstrato para o concreto, através de um processo de gradativa diferenciação dos carecimentos e interesses, os direitos humanos foram sendo especificados, por reconhecimento e tentativa de proteção. Começa como uma divisão conceitual: da liberdade geral, parte-se para a de consciência, de opinião, de imprensa etc. O ser humano encontrou sua primeira especificação no cidadão; depois nas discrepâncias das realidades do gênero masculino e feminino; então, nas diferentes fases da vida; estados normais e excepcionais etc. A ideia seria proteger direitos, desenvolvendo o conteúdo da Declaração Universal, aperfeiçoando-o, de modo a não permitir um enrijecimento solene, porém vazio. Assim, partindo desse ponto, as Nações Unidas chegaram a introduzir, por exemplo, a Declaração dos Direitos da Criança de 1959. No seu preâmbulo, como Bobbio observa, seus redatores fizeram referência ao instrumento matriz, mas apresentaram esse novo segmento dos direitos humanos como uma especificação da solução dada ao problema original. Há aqui uma condição de vulnerabilidade específica – a imaturidade físico-intelectual –, que exige uma proteção especial, a criar um *ius singulare* com relação a um *ius commune*, uma tentativa de *suum cuique tribuere*, dar a cada um o seu. Este é um dos muitos exemplos trazidos pelo autor italiano.⁴⁴⁸

Por um lado, a especificação é de fato um indicador de progresso, mas a colheita de consciência variada, sem profundidade pode ser desastrosa. Não negamos – de modo nenhum e em nenhuma hipótese – que seja positiva e socialmente benéfica a especificação dos direitos humanos. Mas, se retrocedermos um pouco até a conclusão de Declaração Universal, veremos que não houve concórdia sobre a sua dimensão filosófica. Sem uma coesão mínima, o contraponto se torna uma dissonância, uma atonalidade, que, no direito, chamamos de antinomia. Aqui, não entraremos no modo prático de solucionar conflitos entre direitos, nem segundo Bobbio, nem segundo Alexy. Respeitamos, é claro, suas soluções, mas aqui estamos abordando questões que não são propriamente pragmáticas.

⁴⁴⁸ BOBBIO, 2004, pp. 8-9, 21-22 e 31-32.

Tomemos, portanto, como exemplo, um conflito de direitos especificados que ocorre na contemporaneidade: o problema da clitorectomia – i.e., mutilação genital feminina – tradicional. Por um lado, os povos originários têm um especial direito de autodeterminação, o que inclui a preservação de sua cultura.⁴⁴⁹ Por outro, a prática segundo relatório da OMS, profundamente enraizada em tradições culturais, gera consequências físicas e psicossociais. Nas Américas, a mutilação genital feminina ocorre, no contexto do povo Emberá, uma etnia indígena localizada principalmente na Colômbia. A questão parece simples: trata-se de uma violação aos direitos de meninas e mulheres. Mas nos deparamos com um grande problema: a oposição contra esta prática foi acusada de dominação colonial pela cultura. A questão é bem formulada por Flávia Piovesan: *O debate entre os universalistas e os relativistas culturais retoma o velho dilema sobre o alcance das normas de direitos humanos: podem elas ter um sentido universal ou são culturalmente relativas?*⁴⁵⁰

Este exemplo – o choque entre direitos humanos especificados, ou seja, os direitos culturais dos povos autóctones e os direitos da mulher – mostra a delicadeza da questão do conflito de especificações. Nessa disputa, nenhum dos lados carece de argumentos: ambos podem redigir sua defesa a partir dos direitos humanos. Não é o nosso dever decidir entre um e outro: apontamos esta questão como um sintoma. A especificação – insistimos – não é um problema: o que causa o mal-estar é a falta de medida referencial real. A pluralidade dos direitos humanos específicos é um avanço, mas a perda de perspectiva é um retrocesso. Heráclito – o filósofo que formulara o princípio de oposição – assim diz: *Lei, também a vontade de seguir uma só coisa*. Em contrapartida como diz Giovanni Reale, *[d]e fato, o homem de hoje tende a dividir tudo: a divisão do átomo que pulverizou sua unidade poderia ser tomada como imagem metafórica e emblemática*. O conflito acima apresentado, a título de exemplo, não é só jurídico-político, mas também ético. A perda de um referencial comum produziu uma cisão, uma desintegração. A solução, portanto, seria a reintegrar os direitos humanos.⁴⁵¹

Então a terapia para esse mal que deixa tudo à mercê do múltiplo e da consequente desordem só pode derivar do ato de levar a unidade-na-multiplicidade, e assim de criar

⁴⁴⁹ Ver, por exemplo, a Declaração dos direitos dos povos indígenas (A/RES/61/295), a Convenção da OIT de 1989 sobre Povos Indígenas e Tribais (C169), a Resolução do Conselho Econômico e Social que erigiu o Fórum Permanente das Nações Unidas sobre Questões Indígenas (E/2000/22) ou o Projeto de Declaração Interamericana sobre os direitos dos povos indígenas.

⁴⁵⁰ PIOVESAN, 2015, pp. 227 e seg.; CAPPÀ *et al.*, 2019, p. 6; SILVERMAN, 2004, p. 434; WORLD HEALTH ORGANIZATION, 1998, pp. 5 e seg.

⁴⁵¹ REALE, 2014, pp. 262-263; ANAXIMANDRO; PARMÊNIDES; HERÁCLITO, 2017, p. 79.

ordem e produzir harmonia naquelas coisas que dependem do homem. (REALE, 2014, pp. 262-263).

5. 2. 2. Paradigmas Gnosiológicos dos Direitos Humanos

Se, por um lado, observando a fenomenalidade dos direitos humanos, percebemos um problema atual, talvez, tentando compreender como os conhecemos, possamos propor uma solução.

Dissemos, no ponto anterior, que a desintegração – *não* a pluralidade – dos direitos humanos especificados gera o problema dos conflitos, do choque e das antinomias. Podemos procurar por esta referência no direito internacional dos direitos humanos: jamais tivemos tamanho arsenal de tecnologias jurídicas, na história, para os proteger. Ainda assim – e basta olharmos para a Armênia, para a Síria, para a Palestina e para a Ucrânia, por exemplo –, presenciamos horrores inenarráveis, nos jornais. Então, nesses últimos parágrafos do presente trabalho, precisaremos abordar duas questões: “*por que o paradigma do direito positivo tem sido insuficiente?*” e “*como o ser humano pode vir a conhecer seus direitos e os dos demais?*”

O lastro na solenidade, os romanos já repararam – como vimos no capítulo primeiro –, pode significar um entrave, no bom andar da aplicação transnacional de princípios jurídicos. Isto levou ao surgimento do *ius gentium*, no Império Romano. Quando Vitoria utilizou esse conceito para teorizar um direito internacional, ainda não havia a sistematização que temos hoje; por isso, o complexo do direito positivo não era um problema. De fato, tratados internacionais já existem desde que o Rei Hatusil III e o Faraó Ramsés II concordaram quanto ao fim da guerra. Mas um direito comum da civilização com autonomia para regular as relações entre os Estados soberanos, nações e órgãos internacionais é um fenômeno recente, quanto mais em se tratando de direitos humanos. E daí, ressurgem o problema de excessiva solenidade ou formalidade.⁴⁵²

Voltemos nossa atenção a dois casos que mencionamos, quando estudávamos o *summum ius, summa iniuria* de Cícero. Ambos foram mencionados por Cançado Trindade, na sua palestra na Universidade de Coimbra sobre Francisco de Vitoria e os pais fundadores do

⁴⁵² WESTLAKE, 1910, p. 1; RESEK, 2018, pp. 27 e 37; FERRINI, 1908, pp. 5 e seg.; MARITAIN, 2001, p. 47.

direito internacional. O primeiro que gostaríamos de abordar é aquele sobre a prisão do Sr. Ahmadou Sadio Diallo. A República da Guiné moveu um processo na Corte Internacional de Justiça contra o Congo, no exercício do seu direito de proteção diplomática, acusando o *respondent* de prender arbitrariamente um cidadão nacional seu e do cerceamento indevido de seus bens. O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos foram trazidas como referência para o julgamento, conforme o processo da Corte. Das acusações, os juízes reconheceram que houve violação à propriedade do Sr. Diallo e que o Congo deveria pagar uma compensação. Cançado Trindade considerou que, razoavelmente, o titular da reparação seria o próprio ofendido, mas o pagamento deveria ser efetuado para a República da Guiné, conforme o Acórdão. Seus colegas da Corte, com efeito, foram diligentíssimos na aplicação da técnica jurídica: afinal, se a jurisdição *ratione personae* do Tribunal de Haia é estritamente interestatal. Parece, porém, um contrassenso, levando em conta que, segundo sua jurisprudência, direitos particulares podem ser defendidos, havendo um vínculo real e significativo entre o Estado e a pessoa.⁴⁵³

No caso da guerra de secessão da Abecásia e da Ossétia do Sul, a Geórgia acusou a Rússia de ajudar os separatistas, violando a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial. De fato, um conflito entre capitais indolentes. As imagens de casas reduzidas a pó e de velhas mães se lamentando diante das lápides de seus filhos são assombrosas. Não há – no latim, no grego e no eslavônico – palavra que expresse a dor que essas pessoas transmitem pelo olhar. Como diria Joaquim Nabuco, o proselitismo da paz interesse somente aos diretamente afetados pela guerra. A Rússia alegou que tentativas bilaterais de resolução do conflito deveriam, conforme uma interpretação possível da Convenção, anteceder o processo na Haia. A Corte, aceitando a *preliminar objection*, objeção preliminar alegada, extinguiu o processo sem resolução de mérito. Cançado Trindade, no seu voto vencido, considerou que o excesso de formalismo levou a Corte a desconsiderar o sofrimento das pessoas.⁴⁵⁴

Ambos os casos nos mostram o que Hugo Grócio já havia dito: que o direito das gentes permite muitas coisas, que não são permitidas pelo direito natural. Se, portanto, o direito

⁴⁵³ UNIVERSIDADE DE COIMBRA, 2014; Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 2010, p. 639; Affaire Nottebohm (deuxième phase), Arrêt du 6 avril 1955 : C. I. J. Recueil 1955, p. 4.

⁴⁵⁴ NABUCO, 1949b, p. 449; Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2011, p. 70.; I.C.J. Reports 2011, Dissenting opinion of Judge Cançado Trindade, p. 234.

positivo for sua própria e única referência, situações como as descritas acima serão inevitáveis. É verdade que a ideia de conformidade com o direito (*das Rechtmässige*) é um fato protetivo importante e, inclusive, um conceito esquecido pelos jusnaturalistas modernos e contemporâneos. *I will tell you that a society without any objective legal scale is a terrible one indeed*, disse Solzhenitsyn, dir-vos-ei que uma sociedade sem nenhum parâmetro jurídico é verdadeiramente terrível. E continua: *But a society with no other scale but the legal one is not quite worthy of man either*, mas uma sociedade sem nenhuma medida que não a jurídica, também, não é propriamente digna do homem. Basear-se na letra da lei, demasiadamente fria e formal, obsta o alcance de maiores níveis das possibilidades humanas, continua o autor: Sempre que a trama da vida é tecida de relações legalistas, há uma atmosfera de mediocridade moral, paralisando os impulsos mais nobres do homem.⁴⁵⁵

De fato, sem uma referência extrínseca e real, as solenidades e formalidades carecem de sentido. Confúcio uma vez disse que, sem humanidade – sem a virtude, o bem que há na pessoa – os ritos e a música – regras de convivência social da China antiga, símbolos de civilidade e progresso – não servem para nada.⁴⁵⁶

Nas relações internacionais, podemos sintetizar este problema com as palavras de Thomas More:

People often behave as if they were born into opposing armies simply because they are separated by geography; they may be pacified only by treaties. Even when treaties are entered upon, the people are not united in true friendship, but prey upon one another by finding loopholes in the treaty. It is the opinion of the Utopians that one who has not injured you cannot be your enemy. They believe that the fellowship of nature is prior to any treaty and that men are more securely bound by love than by agreements. Peace is a matter of the heart rather than of words (MORE, 1967, p. 81).⁴⁵⁷

Na realidade das relações internacionais, ademais, observamos as consequências, aqui resumidas: *[j]á não se sustentam o monopólio estatal da titularidade de direitos nem os*

⁴⁵⁵ GROTIUS, 1901, p. 331; KELSEN, 2014, p. 75; HERVADA, 1992, pp. 119-120; SOLZHENITSYN, 1978, p. 22.

⁴⁵⁶ CONFÚCIO, 2012, pp. 68-69.

⁴⁵⁷ Muitas vezes, as pessoas comportam-se como se tivessem nascido em exércitos opostos, simplesmente porque estão separadas pela geografia; podem ser pacificadas apenas por tratados. Mesmo quando os tratados são celebrados, as pessoas não estão unidas numa verdadeira amizade, mas atacam-se umas às outras, encontrando lacunas no texto. Na opinião dos utopianos, aquele que não te feriu não pode ser teu inimigo. Acreditam que a comunhão da natureza é anterior a qualquer tratado e que os homens estão mais firmemente ligados pelo amor do que por acordos. A paz é mais uma questão de coração do que de palavras – tradução livre.

*excessos de um positivismo jurídico degenerado, que excluíram do ordenamento (...) o destinatário final: o ser humano.*⁴⁵⁸

Excluída a possibilidade de referenciar o direito internacional dos direitos humanos em si mesmo, precisamos procurar onde o paradigma real reside. Observemos onde Cançado Trindade indica:

O positivismo voluntarista mostrou-se incapaz de explicar o processo de formação das normas do direito internacional geral, e se tornou evidente que só se poderia encontrar uma resposta ao problema dos fundamentos e da validade deste último na consciência jurídica universal, a partir da asserção da ideia de uma justiça objetiva. (TRINDADE, 2015, p. 127).

A “consciência jurídica universal” nos remete de volta ao Barão Descamps, na redação do Estatuto da Corte de Haia.⁴⁵⁹ Não se trata de uma novidade no direito internacional contemporâneo, mas algo que sempre esteve lá. Assim sendo, precisamos entender exatamente no que consiste a consciência universal e como, por ela, conhecemos os direitos humanos.

Como já estudamos a questão da consciência no capítulo segundo, não precisamos de longas considerações. Quanto à pessoa humana, podemos dizer com Matteo Ricci que o intelecto pode distinguir o certo do errado, o verdadeiro do falso etc., sendo difícil confundi-lo por algo que carece de racionalidade. Com efeito, consciência (*cum scientia*) é saber o que se faz: e se pode definir como a aplicação de princípios descobertos como fruto da reflexão, em situações concretas, que exigem uma decisão ética. Reconhece um bem, que nos atrai, e um mal, que nos causa repugnância: conseguir formar a consciência para este fim é ser o prisioneiro que se libertou da caverna, no mito de Platão. Este reconhecimento fica a critério da razão.⁴⁶⁰

A razão universal, com efeito, é simplesmente o que já conhecemos como a *recta ratio* dos estoicos. E, neste ponto, no sentido contrário ao do que recomendou Hitler, o direito se deve identificar com ela. Porque, voltando a Cícero, veremos que o verdadeiro direito é a reta razão em conformidade com a natureza. Esta ideia foi introduzida à ciência do direito internacional por seus pais fundadores, como Francisco de Vitoria e Christine de Pizan.⁴⁶¹

Uma objeção poderia ser levantada: a discórdia quanto aos princípios fundamentais dos direitos humanos – como, por exemplo, nos *travaux préparatoires* – traz consigo a ideia de

⁴⁵⁸ TRINDADE, 2015, p. 127.

⁴⁵⁹ BROWNIE, 2008, pp. 16-17.

⁴⁶⁰ RICCI, 2016, p. 45; RAMOS, 2016, pp. 60 e seg.

⁴⁶¹ TRINDADE, 2015, p. 6; Cic., de Rep., III, 22.

multiplicidade de opiniões e culturas, a obscurecer a visão do que seria équo e bom. A obscuridade, então, seria prova de incognoscibilidade. Isto nos revela um aparente perigo: *Se o absolutamente Bom, juntamente com a justiça que nele se contém ou que dele flui, permanece um segredo inexprimível*, o Estado ideal não pode suprimir o real.⁴⁶²

A objeção, porém, ignora o critério da *prise de conscience*. Lembremos dos princípios de filosofia da história que estamos utilizando, no presente trabalho. Os diferentes posicionamentos, das muitas escolas filosóficas, ideologias e tradições culturais, não mostram senão que a diferença está na expressão, no aprofundamento e no foco que cada um dá a um bem específico. Os representantes do bloco soviético, na redação da declaração, davam enorme preferência aos direitos sociais, ao bem-estar econômico do trabalhador e à comunidade. Os americanos e ingleses, por sua vez, ao ser humano com individualidade e às suas liberdades. No entanto, Eleanor Roosevelt chegou a declarar: *Men in need were not free men*, pessoas em necessidade não foram livres. Seria um contrassenso afirmar que ela, que fora Primeira-Dama dos Estados Unidos, estivesse abraçando o humanismo soviético. A discrepância de abordagem e de compreensão não significa que há uma consciência quanto a um bem de fundo. Tudo o que isto mostra é que há uma desintegração – as tradições humanísticas estavam, como vimos, divididas desde o Renascimento, como ensinam Jacques Maritain e Edith Stein –, mas não que a justiça e a equidade sejam incognoscíveis. Todos as buscavam, mas o que variou foi a interpretação. Do contrário, jamais teriam concordado nos mesmos pontos.⁴⁶³

A oposição que os positivistas abordam em sentido absoluto, na realidade, pode ser considerada na ideia de oposição de cultura e natureza. Voltemos, portanto, àquela ideia de Javier Hervada: devemos frisar que os termos “cultural” e “natural”, aplicados ao direito, não têm sentido excludente. No fundo, as tradições são inerentemente culturais e particulares, mas substancialmente humanas. Daí que Chang, um dos redatores mais célebres da Declaração, não tinha problemas, com sua educação profundamente confucionista, em ler o Corão e São Tomás. Do mesmo modo, Matteo Ricci e Qu Rukui – que traduziram, pela primeira vez, “Os Elementos” de Euclides para a língua vernacular chinesa – compreenderam que a comunicação entre os povos consiste em um espelhamento de *ego* e *alter ego*.⁴⁶⁴

⁴⁶² KELSEN, 2008, pp. 244 e seg. e 504.

⁴⁶³ MARITAIN, 1957, p. 69; GLENDON, 2001, p. 115; STEIN, 2019, pp. 37 e seg.

⁴⁶⁴ HERVADA, 2013, p. 158; HSIA, 2010, pp. 156 e 181.

5. 2. 3. O Conhecimento por Conaturalidade

Chegamos, por fim, à conclusão da gnosiologia dos direitos humanos. Aqui, poderemos explorar como a humanidade chega a reconhecer, pela *recta ratio*, a base comum, que dá fundamento aos direitos humanos.

Vimos acima que um grande esforço para coletar informações de diversas autoridades de múltiplas culturas pelo mundo fora realizado pela UNESCO. O protagonista desta operação foi Jacques Maritain. Neto de Jules Favre, fora criado protestante, estudou filosofia e ciências naturais em Sorbonne e frequentou as aulas de Henri Bergson no *Collège de France*. Durante seu período como estudante universitário, conheceu a poetiza judia Raïssa Oumançoff, com quem veio a se casar. O cientificismo que conheceram em Sorbonne despertou um forte sentimento de vazio existencial ou falta de sentido, seguido de um período de depressão – o que os poderia ter levado ao suicídio. Todavia, entraram em contato com as ideias de transcendência de Léon Bloy, casaram-se em 1904 e, dois anos após, converteram-se ao catolicismo. O autor, posteriormente, abraçou a filosofia de Tomás de Aquino. Como professor e pesquisador, Maritain decidiu explorar, no início de sua carreira, o pensamento tomista. Nos anos de 1920, começou a explorar assuntos de interesse social, desenvolvendo princípios de um “humanismo cristão”.

Maritain aborda os direitos humanos, falando do *conhecimento por conaturalidade* ou *congenialidade*. Diz ele que se trata de um tipo de conhecimento que se produz no intelecto, mas que não advém de conexões conceituais nem da demonstração. Não é um conhecimento da moral enquanto ciência – com suas definições e concepções –, mas pela inclinação. Uma pessoa virtuosa pode ser totalmente ignorante da filosofia moral, mas conhece as virtudes. Este tipo de conhecimento funciona, no ser humano, em conjunto com as inclinações afetivas e disposições da vontade. Não é propriamente um conhecimento lógico-discursivo, mas genuinamente obscuro e, em muitos casos, incapaz de prestar contas de si mesmo ou de ser traduzido em palavras. Como Edith Stein – em um diálogo, ao modo de Platão – põe na boca de São Tomás: *nunca em absoluto, poderei admitir que esse [a razão natural, a filosofia] é o único caminho de conhecimento, nem que a verdade nada mais é que uma ideia que – jamais plena – deve efetivar-se num processo ilimitado.*⁴⁶⁵

⁴⁶⁵ MARITAIN, 2001, pp. 13 e seg.; STEIN, 2019, pp. 55 e seg.

No *homo religiosus*, diz, recordando do Doutor Angélico, há uma diferença entre o conhecimento da realidade divina adquirido pela teologia e o que se aprende pela mística. Esta segunda forma é própria da pessoa que, independentemente de conhecer as coisas transcendentais acadêmica, científica ou filosoficamente, sofre seus efeitos. Deus é conhecido pelo amor, como algo que infinitamente transcende o conhecimento humano, isto é, como Ele mesmo. Joana d’Arc, Teresa de Ávila e Richeldis de Faverches são, por exemplo, tidas como místicas. Uma outra forma de experiência mística, que o autor encontrou em Plotino e nos Indianos, seria a natural, isto é, a da própria experiência do *ser* em sua realidade metafísica.⁴⁶⁶

Uma outra instância do pensamento é o poético. Este não é científico nem filosófico, mas impõe, por si mesmo, um tipo de reflexão. Há – e os artistas, como, por exemplo, Sófocles, Rafael Sanzio e Bach, são os protagonistas desta relação – uma experiência e uma intuição que são poéticas. Esta experiência emana da criatividade do espírito, orienta-se para a expressão e termina em uma palavra que o artista quis proferir. É diferente da mística, que vem das profundezas do espírito, fluindo pelo silêncio da interioridade. O processo poético, por sua vez, está ocupado com a criação (*ποίησις*) do mundo e com as relações enigmáticas de um para com o outro. É um tipo de conhecimento conatural, porque não é conceitual, mas nasce da vida pré-consciente no intelecto, misturando a subjetividade do poeta em contraste com as realidades. É intuitivo, envolve as emoções e volta-se ultimamente para a criação.⁴⁶⁷

Por último, temos a experiência moral. A inclinação por conaturalidade se demonstra no conhecimento experiencial, não no filosófico. A ética foi descoberta antes de qualquer filosofia moral – e aí está a grandeza da sabedoria de Ptaotepe e Eclesiastes. As disposições mais profundas – desejos, medos, esperanças etc. – que resultam nesse tipo de conhecimento quase não podem ser expressas em palavras e conceitos. Quando alguém toma uma decisão, leva em conta não apenas a ética ou as informações factuais, mas recorre a certos elementos internos que dependem de quem ele é. Daí que vem a noção de direito natural: o que expressa a normalidade da natureza humana.⁴⁶⁸

Maritain frisa que, apesar de estarmos tratando de um conhecimento não conceitual, estando estas inclinações presentes no ser humanos, são permeadas pela razão. Esta, com efeito, segundo Westlake, é a precípua fonte do direito. Do mesmo modo, dada nossa natureza

⁴⁶⁶ MARITAIN, 2001, pp. 13 e seg.

⁴⁶⁷ MARITAIN, 2001, pp. 13 e seg.

⁴⁶⁸ MARITAIN, 2001, pp. 13 e seg.

histórica, uma vez que o abordamos racionalmente, o conhecimento conatural – e aqui estamos falando do direito natural – desenvolve-se com os anos.⁴⁶⁹

A partir disso, podemos tirar algumas conclusões. Como o direito positivo é resultado de um esforço racional, ele não se confunde com o direito natural, que traz princípios imediatamente conhecidos da natureza humana. Ademais, se estes princípios são *a priori* inexplicáveis, é sinal não de sua irracionalidade ou invalidade, mas de sua naturalidade. Podemos estudá-los e entendê-los, é verdade, mas nossa ordenação racional não os leva a existir: a Razão Incrriada ou a do Princípio da Natureza é o que os estabelece. Quando a filosofia moral traz suas reflexões, está apresentando um pós-conhecimento de princípios previamente estabelecidos.⁴⁷⁰

Jacques Maritain elabora dois elementos centrais do estudo do direito natural: um é ontológico e outro, gnosiológico.

Dada sua natureza ou sua *estrutura ontológica*, o *locus* de necessidades inteligíveis, o ser humano possui fins que necessariamente correspondem à sua constituição essencial e que, portanto, são comuns a todos. Sendo dotado de inteligência, pode pôr-se em tom com estas necessidades. Ou seja, em virtude da natureza humana, há uma ordem ou disposição, que pode ser descoberta pela inteligência e, com cujo tom, a vontade se pode afinar, a fim de completar livremente o sentido teleológico da existência humana. A isto chamamos direito não-escrito ou direito natural. De certo modo, todos os seres têm um direito natural, mas apenas o ser humano, dada sua liberdade (enquanto faculdade), tem uma moral ou ética. Aqui, o elemento central é a normalidade do funcionamento. Maritain dá um exemplo de conduta que viola o aspecto ontológico do direito natural: o genocídio. Matar uma raça ou comunidade humana identificada enquanto tal, é um golpe contra a essência humana, incompatível com suas finalidades gerais e sua estrutura dinâmica mais íntima.⁴⁷¹

Agora abordemos a questão do direito natural enquanto conhecido, isto é, sua *gnosiologia*. Um anjo, conhecendo a essência humana com suas capacidades cognitivas, saberia tudo o que se pode saber absolutamente sobre o direito natural. Os seres humanos, porém, têm diferentes níveis de compreensão e dificuldade e correm o risco do erro. A única coisa que se pode saber – isto é, que é autoevidente –, no campo da conduta prática, com certeza, é que se

⁴⁶⁹ MARITAIN, 2001, pp. 13 e seg.; WESTLAKE, 1910, p. 14.

⁴⁷⁰ MARITAIN, 2001, pp. 13 e seg.

⁴⁷¹ MARITAIN, 2001, pp. 13 e seg.

deve praticar o bem e evitar o mal. De resto, não seria possível oferecer provas aritméticas. O conhecimento do ser humano sobre o direito natural foi-se desenvolvendo, passando por muitas formas diversas, refinando-se imperfeitamente. Não tratamos aqui de teoremas geométricos ou de formulações manualísticas, mas de algo muito mais profundo: conhecemos o direito natural por inclinação da natureza humana. É um conhecimento inicialmente obscuro, não-sistematizado e vital, da pessoa que escuta a melodia produzida pela vibração das suas inclinações profundamente enraizadas. Após, a capacidade intelectual humana entra, ordena e esclarece, em conformidade com estas tendências naturais. Daí, reconhecemos outro aspecto do direito natural: aquele que é conhecido naturalmente, isto é, cujo conhecimento está incorporado à herança mais antiga e geral da humanidade.⁴⁷²

Encerrando ambos os pontos, o autor afirma que dizer que o direito natural é não-escrito é afirmar que seu conhecimento não é resultado de uma avaliação livre, mas de uma conceituação vinculada às inclinações essenciais do ser, da natureza viva e da razão, que operam no ser humano. Isto resulta em vários graus de experiência moral e social e em autorreflexão, manifestadas de diferentes formas na história.⁴⁷³

Podemos, agora, abordar a relação direta entre o direito natural e os direitos humanos, segundo a doutrina de Jacques Maritain, para estabelecermos uma relação. Uma vez que isso for possível, poderemos entender o referencial universal dos direitos humanos, a ser usado como paradigma. Podemos dizer, com Javier Hervada, que *de esos derechos se dice que se declaran; y de ellos se dice también que se reconocen –no que se otorgan o conceden– por las leyes positivas*, se diz desses direitos que são declarados e reconhecidos, não outorgados ou concedidos pelas leis positivas.⁴⁷⁴ Veremos, pois, como os reconhecemos.

Jacques Maritain volta à ideia tomista de *lex aeterna*, que está na Razão Subsistente, para inaugurar um discurso sobre o direito natural. As criaturas racionais participam disto e, justamente por causa desta participação, têm uma inclinação para os atos e fins próprios apropriados, segundo sua natureza. Embora todos os seres participem da lei eterna, as criaturas racionais têm uma concepção específica, que, para estas, é o direito natural. Este, por sua vez, para o ser humano, consiste na sua participação na *lex aeterna*. Assim sendo, a propriedade por excelência da razão humana é de ser a régua – ainda que imperfeita – que dá medida para a vontade, conforme o bem e o mal. – Se formos resumir sua visão, enraizada na teologia de São

⁴⁷² MARITAIN, 2001, pp. 13 e seg.

⁴⁷³ MARITAIN, 2001, pp. 13 e seg.

⁴⁷⁴ HERVADA, 2013, p. 152.

Tomás, poderemos afirmar que o direito natural é uma participação da lei eterna. É então que o autor afirma que, na humanidade, não se trata de um trabalho conceitual-racional, mas o conjunto das inclinações que o julgamento do intelecto prático conforma com o que é bom e contra o que é mau. Através destas inclinações, o Logos Divino estampa-se sobre a razão humana.⁴⁷⁵

Se o direito natural, participação da *lex aeterna*, é conhecido pelo ser humano por inclinação, o *ius gentium* se diferencia por este critério cognoscitivo. O conhecimento do direito das gentes ou – como Maritain o chama – direito comum da civilização revela-se por um exercício conceitual da razão – isto é, não em um sentido individualista, mas conforme o que é comum à humanidade civilizada – e, portanto, é parte do direito positivo. Todavia, não podemos afirmar isto em sentido estrito: no caso do *ius gentium*, o intelecto humano não intervém, na qualidade de autora da existência do direito – como faz com os códigos (*statute law*) –, mas do conhecimento acerca deste direito. Há uma ordem formal – o que não há na justiça natural –, mas sem necessidade de codificação. Trata-se de uma gnosiologia por esforço lógico-intelectual, partindo de um pressuposto mais profundo e primário, que são os princípios do direito natural. Quando estabelecemos condutas justas, como, por exemplo, a minimização das perdas civis – presente tanto em Vitoria como nas Convenções de Genebra –, as concluímos como resultado de uma operação lógica, que parte de um princípio conhecido por inclinação. O direito comum da civilização está vinculado à máxima – *faze o bem e evita o mal* – e se forma pela razão humana.⁴⁷⁶

Chegamos, por fim, ao direito positivo. Estávamos, se conhecemos bem as fontes do direito internacional, no parágrafo anterior, na discussão acerca da natureza dos princípios. Agora, passamos para os costumes e tratados. Em qualquer grupo e de qualquer forma, o direito positivo é antropogênico. Neste caso, estritamente, a razão humana tem uma capacidade criativa. O bem dessas condutas – partindo do pressuposto de que não contrariam o direito natural – derivará da própria natureza política do homem. Sabe-se, por inclinação, que não se deve cometer injustiças contra seus semelhantes; contudo, o direito natural não prescreverá como não devemos fazer mal a ninguém. Portanto, o que não se determina naturalmente deve ser prescrito pela razão humana conforme o necessário (*ius gentium*) e o contingente (*ius*

⁴⁷⁵ MARITAIN, 2001, pp. 39 e seg.

⁴⁷⁶ MARITAIN, 2001, pp. 39 e seg.

positivum). Assim sendo, o direito positivo retira sua autoridade – não meramente poder – do natural: daí que se pode afirmar que uma lei iníqua não é lei.⁴⁷⁷

Quando falamos de direitos humanos, Maritain afirma que sua história está unida à do direito natural e que este é seu fundamento. Isto porque, estando todos na mesma ordem universal, nas leis e regulações do cosmo e na imensa família das naturezas criadas e compartilhado a mesma dimensão espiritual, temos direitos e deveres em relação aos outros seres humanos. Não significa que o direito positivo dos direitos humanos consista apenas em uma transcrição do direito natural: há história e contexto. O direito natural lida, porém, com os direitos e deveres necessariamente conectados ao primeiro princípio, que prescreve buscar o bem e evitar o mal. O *ius gentium* – e aqui, tratamos de algo que está muito além de um mero direito interestatal, mas como o direito comum da civilização –, também, os reconhece partindo da mesma origem, mas conhecendo-os racionalmente. E o direito positivo *stricto sensu*, seja em sua forma costumeira ou codificada, conecta-se com o primeiro princípio contingentemente, prevendo direitos e deveres particularmente, conjugando a razão e a vontade.⁴⁷⁸

Ambos, o direito positivo e o gentílico, são, portanto, prolongamentos ou extensões do direito natural, que contextualizam as inclinações da natureza humana. O próprio direito natural, portanto, exige que se determine o que ele mesmo não determinou. Dar ciência acerca de um direito ou dever que existe para todos os homens por razão conceitual cabe ao direito das gentes; ou, se existe para um certo grupo determinado, regulado por uma série de normas contingentes, caberá ao direito positivo dá-los a conhecer.⁴⁷⁹

Tomemos alguns exemplos, para entendermos melhor onde os direitos humanos se encaixam. Ao direito natural, diz Maritain, pertencem os direitos à existência humana, à liberdade pessoal e à busca da perfeição moral. O direito à propriedade de bens materiais, também, na medida em que a humanidade os pode utilizar para o bem-comum. A liberdade dos povos para viverem sem escassez e sem medo pertencem ao direito das gentes. O direito ao sufrágio é dado pelo direito positivo, para cumprir a necessidade de uma comunidade política que é a autodeterminação.⁴⁸⁰

Devemos, no estrito fim, analisar a questão principal dos direitos da natureza humana pessoal, no contexto do mal-estar filosófico e prático acima mencionado. Ou seja, vamos

⁴⁷⁷ MARITAIN, 2001, pp. 39 e seg.

⁴⁷⁸ MARITAIN, 2001, pp. 39 e seg. e 62 e seg.

⁴⁷⁹ MARITAIN, 2001, pp. 62 e seg.

⁴⁸⁰ MARITAIN, 2001, pp. 62 e seg.

abordar alguns pontos acerca da substancialidade dos direitos humanos. E, mais interessante aqui, para encerrar este capítulo, como se ordenam.

Uma das principais características dos direitos humanos é sua inalienabilidade, bem como a irrenunciabilidade. Maritain defenderia este ponto, dizendo que são enraizados na própria natureza humana e, portanto, não podem simplesmente ser rejeitados. Sua relação com o bem-comum – e aí entramos no problema de Pavlov, Roosevelt e Malik – são intimíssimas: por exemplo, a violação do direito à existência poderia pôr em risco toda a comunidade política. Direitos, porém, como a liberdade de associação, embora devam ser garantidos, podem gerar problemas para o bom funcionamento do corpo político, como, por exemplo, a Conspiração de Catilina. Assim, o autor conclui: os direitos são *substancialmente* inalienáveis e irrenunciáveis.⁴⁸¹

Se conseguimos diferenciar a “posse” e o “exercício” de um direito, conseguimos compreender o que compõe o seu *núcleo duro*, sua *substancialidade*. Todos temos direito à liberdade, mas se cometemos crimes de guerra, é para o bem da comunidade que sejamos presos. Esta distinção, também, nos ajuda a compreender o que é adequado em cada momento histórico. Temos uma tendência à absolutização dos direitos que conhecemos, de modo que os novos comumente travam guerras contra os velhos, considerando-os maus e ultrapassados. Os revolucionários franceses, em nome da liberdade individual, restringiram o direito de associação das corporações, por exemplo. Mas este olhar absolutizado ignora a substancialidade dos direitos humanos. É claro que os direitos se manifestam dentro do contexto das relações humanas reais – o cidadão, o trabalhador etc. Aí que o princípio da *prise de conscience* mostra sua importância.⁴⁸²

Maritain se diz convencido de que o antagonismo entre os direitos novos e velhos não é, de nenhum, modo insuperável. As categorias de direitos parecem irreconciliáveis, porque estão no meio do embate entre ideologias e sistemas políticos conflitantes – e.g., os jacobinos e girondinos contra os Bourbon. O grande drama do início das Nações Unidas era a oposição entre os ocidentais (liberais) e os soviéticos (marxistas). Mas a Declaração Universal abraçou tanto os direitos individuais como os sociais. Se se tratasse de direitos absolutos e incondicionais, de fato, o conflito seria irreconciliável. Todavia, estes direitos, como todas as coisas humanas, estão sujeitos a condições e limitações. Ademais, nos conflitos de que

⁴⁸¹ MARITAIN, 2001, pp. 62 e seg.

⁴⁸² MARITAIN, 2001, pp. 62 e seg.

tratamos, não estamos lidando com o reconhecimento de diversas categorias de direitos, mas com a tonalidade conforme às diferentes músicas que se toca, consoante ou dissonante em relação à dignidade humana. Em Estados específicos, sejam marxistas, liberais ou personalistas, os mesmos direitos podem ser reconhecidos, mas não serão compreendidos da mesma forma.⁴⁸³

Uma sociedade liberal interpretará a dignidade humana de uma perspectiva individualista: o poder do ser humano de se apropriar dos bens da natureza para fazer livremente o que quiser. Outra, que seja comunista, verá a marca dessa dignidade na capacidade de submeter estes bens à coletividade, criando condições para se trabalhar livremente e tomar o controle da história. Cada grupo acusará o outro de ignorar direitos fundamentais. Maritain não opta por nenhuma dessas visões, dizendo que preferiria um enquadramento personalista: valoriza a conquista intrinsecamente humana, moral e espiritual da liberdade e da autonomia.⁴⁸⁴

As verdades universais da ciência, da sabedoria e da poesia, às quais a inteligência humana tende, pertencem à natureza, em um plano muito mais elevado que as estruturas da comunidade política. Um Estado pode pedir a um filósofo ou a um matemático que ensinem, mas não podem forçá-los a seguir uma doutrina ou escola do pensamento. As autoridades podem prender alguém que comete um crime, ainda que tenha agido conforme sua consciência, mas não podem forçá-lo a reformar seu julgamento pessoal. Com efeito, os direitos fundamentais – mormente os que resumem a busca da felicidade, terrena e eterna – estão enraizados na vocação da pessoa para alcançar os valores infinitos e um destino superior ao próprio tempo. Daí que Maritain traça o primeiro dos direitos, no seu entender: o direito de buscar a vida eterna, pelo caminho que sua consciência poder reconhecer como aquele indicado por Deus. De certa forma, podemos interpretar como a liberdade de explorar, na interioridade da alma humana, sua capacidade relacional, na forma de amor incondicional (*ἀγάπη*): a comunicação com o divino. A isto, o autor chama de um direito da *pessoa humana enquanto tal*.⁴⁸⁵

Outra manifestação desta capacidade reside na formação e manutenção de uma família. Este é um direito da pessoa não enquanto indivíduo, mas enquanto relação inter-humana. Estritamente falando, os direitos pessoais da família, da mãe, do pai, dos filhos etc. pertencem ao direito natural. Estes direitos também se aplicam, diz o autor, nos mesmíssimos termos, às

⁴⁸³ MARITAIN, 2001, pp. 62 e seg.

⁴⁸⁴ MARITAIN, 2001, pp. 62 e seg.

⁴⁸⁵ MARITAIN, 2001, pp. 75 e seg.

famílias espirituais – e.g., ordens religiosas, prelazias territoriais e pessoais e outros tipos de comunidades. Disso, decorre, também, os direitos da Igreja, enquanto instituição.⁴⁸⁶

Depois dos direitos da pessoa humana enquanto tal, o autor entra na ideia de direitos da *pessoa cívica*, isto é, os direitos na pólis. Estes direitos correspondem a uma aspiração presente na natureza humana. No entanto, entram em um dinamismo particular: o direito positivo que regula a comunidade política tende a expressar exigências que, mais profundamente, são próprias do direito natural. A natureza política do homem exige sua participação, seja de que modo for, da vida da comunidade. Estes direitos tomarão várias formas – como Mary Ann Glendon aponta, a ideia de liberdade política variava muitíssimo entre os *Big Three*, que se encontraram em Yalta. Tanto em monarquias como em repúblicas, em qualquer momento da história, direitos civis e políticos se resumem em *direcionar os seres humanos livremente ao bem-comum*.⁴⁸⁷

Os direitos da pessoa cívica desdobram-se nos direitos do povo. Hoje se fala na autodeterminação dos povos e na igualdade soberana dos Estados. Todos os povos têm seu direito às suas constituições – por tradição ou por instituição jurídica. Aí vemos direitos que se manifestam na comunidade internacional. Do mesmo modo como os suíços têm direito a seu sistema político de muitos plebiscitos, os ingleses têm direito à sua monarquia e ao seu Parlamento. Sobre isto, Francisco de Vitoria já havia falado mais profundamente.⁴⁸⁸

A terceira categoria que Maritain elenca é a dos direitos da *pessoa trabalhadora*, ou “sociais, econômicos e culturais”. Em uma sociedade de consumidores e produtores, a consciência do valor de si mesmo chegou aos proletários e camponeses, frente a muitas injustiças que sofriam. Diante da ofensa ao homem ofendido e humilhado, este naturalmente procurará ascender até alcançar a liberdade e a personalidade. No entanto, isto não se dará pela retirada da classe trabalhadora da sociedade e a instituição de uma ditadura classista, mas através da educação acerca do lugar e da responsabilidade da pessoa para com a comunidade. Todos estes direitos resumem-se na ideia de dignidade das ocupações ou do trabalho – talvez uma coisa que os medievais já conhecessem, nas suas guildas e da qual nós, na contemporaneidade, nos esquecemos.⁴⁸⁹

⁴⁸⁶ MARITAIN, 2001, pp. 75 e seg.

⁴⁸⁷ MARITAIN, 2001, pp. 75 e seg.; GLENDON, 2001, pp. 7-8.

⁴⁸⁸ MARITAIN, 2001, pp. 75 e seg.

⁴⁸⁹ MARITAIN, 2001, pp. 75 e seg.

Conclusão

Se voltarmos à introdução, retornaremos às perguntas iniciais acerca da substancialidade dos direitos humanos. “Como se deve tratar o ser humano enquanto tal, na comunidade universal do seu gênero?” No fundo, esta é uma manifestação de uma pergunta de formulação mais simples, mas de conteúdo mais misterioso, que está no centro da antropologia filosófica: “o que é o ser humano?” Por um lado, a tentativa de respondê-la será o maior exercício de autoconhecimento de todos. Por outro, trata-se da questão sobre o que os direitos humanos têm de substancial, i.e., a pessoa humana na Cosmópolis. Buscamos, nas diferentes eras da história da filosofia e do direito, autores que tratassem desses temas. As respostas de cada “protagonista” do seu respectivo capítulo, nas épocas diferentes e segundo escolas diversas, contribuíram para que pudéssemos entender os elementos filosóficos daquilo que se propõe como a base jurídica universal da humanidade. A comunicação de Cícero e São Tomás em Francisco de Vitória, a oposição de Locke a Filmer com raízes em Salisbury e a tentativa de vincular estas tradições do pensamento à Declaração Universal por Maritain foram esforços significativos para dar alguma luz a grandes dramas políticos – domésticos e internacionais – e existenciais.

Percebemos, em todos esses autores, alguns pontos comuns e intersecções nas suas tradições específicas do pensamento. No “*de Republica*” de Cícero e na Epístola de São Paulo aos Romanos, a ideia estoica de direito natural – *una est lex*, uma só é a lei, tanto para a Grécia como para Roma – está evidentemente presente. Esta se comunica imediatamente com o que Maritain fala sobre o conhecimento conatural. E podemos traçar alguns paralelos com os direitos naturais, em Locke, que chamamos autoevidentes. Todos, à sua maneira, estão dizendo que há um acesso imediato a um conhecimento escrito *in visceribus*: que um ser humano deve agir para com o outro de tal modo que reconheça a humanidade, que ambos têm em comum.

O conteúdo espiritual da interioridade humana – que se conhece conaturalmente – é muito mais facilmente expresso por artistas – como Rafael –, sábios – como Confúcio – e místicos – como Teresa de Ávila. Isto porque, os recantos mais profundos do grande castelo da interioridade da alma humana são mistérios, cujo desenvolvimento muito custa para o rigor metodológico da filosofia. Nesse sentido, Raissa Maritain os acessou de forma muito mais imediata que Jacques. No entanto, a disciplina que começa com Tales pôde organizar logicamente a sabedoria dos apotegmas, versos, hinos e pincéis, dando conteúdo claro para

preencher de humanidade as secas folhas em que escrevem, os legisladores. Estes contribuíram com a forma.

Em que pese a importância das fontes do direito, seu sentido de finalidade, dado pelo conteúdo, está embebido de elementos filosóficos. Daí que concluímos que o bem da pessoa humana – sua *εὐδαιμονία*, felicidade – é a finalidade para a qual, o direito tenta dar soluções – algumas melhores que outras. A Magna Carta, a Declaração de Virgínia, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado etc. são exemplos de tentativas da técnica jurídica para dar ao ser humano a liberdade de procurar sua realização.

No mundo contemporâneo, a tecnologia jurídica que pretende estabelecer as bases para que se tenha a liberdade de buscar a felicidade consiste em um sistema multinível, a envolver o direito internacional e o constitucional. Em todos os casos, tratar-se-ia idealmente da concretização da justiça, para promoção do bem-comum, como em Cícero e Vitoria, para que o ser humano possa encontrar sua completude. O “bem principal” de todas as fontes do direito internacional e doméstico é, portanto, a pessoa humana. Porque esta não vive só e é racional, tem natureza política; ou seja, costumes, tratados, princípios, constituições e leis afetam seu desenvolvimento relacional e interior. Sem vistas ao seu aspecto finalístico, portanto, a ciência jurídica perde a razão de ser e normas deixam de ter qualquer valor senão o formal, passando para a condição de meras peças no infame jogo de xadrez das grandes potências. Daí, entendemos que os estudiosos do direito não podem se arrogar um isolamento científico, como se não dependessem do conhecimento filosófico. As fontes do direito são formas, mas o conteúdo é a natureza humana – e quem a estuda é a filosofia.

Esta natureza ramifica-se em muitos aspectos da experiência: pode manifestar-se na sociabilidade e na singularidade. Enquanto ser social, animal político, pode-se falar dos deveres do ser humano para com sua comunidade – como Cícero chegou a afirmar que somos metade dos nossos amigos e metade da república –, o que Pavlov apontou, durante a redação da Declaração Universal, não desarrazoadamente. Por outro lado, a individualidade – que Locke afirma, para se opor ao absolutismo, inclusive no tocante às relações familiares – é uma manifestação da condição humana, sem a qual o avanço das ciências e das artes não seria possível. Todavia, a definição de ser humano dá-se não somente pelo coletivo ou pelo indivíduo, mas pela personalidade. Foi por isso que Malik não quis ceder para nenhum dos

lados: ambos – o coletivismo soviético e o liberalismo anglo-saxão – não eram suficientes para abordar a questão da natureza humana.

O denominador comum dos direitos humanos é, com efeito, a *pessoa*, isto é, a substância individual de natureza racional. A partir dessa expressão de Boécio, pode-se construir toda uma teoria da dignidade humana e das condições necessárias para que o ser humano possa se realizar plenamente.

Não se deve, é claro, descartar as tradições filosóficas pretéritas. Elaborando sua antropologia filosófica, olhando para a humanidade enquanto parte do mundo natural, Heráclito deu respostas importantes para que se compreendesse sua participação na ordem cósmica universal. Sócrates e Platão tratam da sua interioridade, da capacidade contemplativa, da alma; e, também, do seu lugar na pólis. E assim, chegamos ao tema da realização pessoal. Necessariamente, a individualidade e a racionalidade implicam a capacidade relacional humana. Isto significa que o ser humano é capaz do autoconhecimento, do amor – amizade, fraternidade etc. – e da transcendência, que se traduzem respectivamente na relação da pessoa consigo mesma, com os outros e com Deus.

Estas capacidades podem ser compreendidas pelos direitos humanos. Por exemplo, o direito de livre prática da religião (artigo 18 da Declaração Universal) apresenta um sentido individual, podendo ser entendido – como na obra de John Locke – como uma liberdade que não pode ser constrangida. Daí vem a ideia de tolerância, cuja ausência levou a Inglaterra a perseguições e guerras civis. Se o olharmos, como Francisco de Vitoria, da perspectiva da relação interpessoal, poderemos dizer que se trata de um direito de proselitismo – termo, cujo sentido explicamos oportunamente, no Capítulo III. Assim, contanto que não se obrigue a ninguém, a religião pode ser levada e apresentada, para que as pessoas se convertam livremente ou não. Daí que vem o reconhecimento do direito de mudar de religião. E podemos encará-la de uma terceira maneira: como a livre busca por uma relação com o divino, que é a ideia de Maritain. Estas posturas não são excludentes, mas interpretam o mesmo direito, conforme as capacidades humanas, que observamos a partir das possíveis relações.

A ideia de relação só encontra a de dignidade humana, quando se rompem as muralhas da pólis. Poderíamos, com Platão, falar simplesmente dos deveres dos gregos entre si, separando os bárbaros. Outrossim, tratar apenas dos direitos cívicos, isto é, dos cidadãos, como no Entreguerras. Mas estes são bens acessórios à dignidade humana. Quando Alexandre e, posteriormente, Otávio dominaram o mundo conhecido, tiveram que lidar com a realidade dos

povos de diferentes culturas. Foi assim que os estoicos construíram uma teoria acerca da humanidade que chamamos universalismo. Quando Cícero diz que se deve tratar com justiça o estrangeiro e quando São Paulo afirma que não há mais diferença entre judeu e gentio, estão afirmando uma ideia importante: que a humanidade existe e que, portanto, o ser humano é irreduzivelmente digno, por natureza, enquanto tal. Trata-se da afirmação da alma intelectiva – sobre a qual Aristóteles já escrevera –, como uma condição de igualdade, que Vitoria utilizou, na sua defesa dos povos autóctones.

A primeira solução jurídica para acomodar a pluralidade de culturas em uma sociedade universal, foi dada pelos romanos: o *ius gentium*, fundamentado pela *recta ratio*. Em termos filosóficos foi uma afirmação do universalismo, com base na capacidade humana de reconhecer a justiça e a ordem natural das coisas. A partir disso, Francisco de Vitoria elaborou o primeiro ensaio do direito internacional, que não se desassocia dos direitos humanos. Percebemos que a história de ambos os segmentos é absolutamente coincidente. Afinal, dependem do fundamento comum na humanidade, sem particularismos.

O direito internacional, por um excesso de juspositivismo, porém, pode carecer de seu núcleo humano fundamental – como denunciou Cançado Trindade –, sendo interpretado como um mero conjunto de acordos interestatais. Se assim fosse, já existiria desde o Antigo Egito, nascendo com o primeiro pacto internacional da história. No entanto, da pluma de Vitoria, surgiu a ideia de um direito comum para toda a civilização humana, não apenas uma razão para regular as relações privadas, como o *ius gentium* desenvolvido em Roma, mas uma verdadeira base jurídica comum da humanidade. Hoje em dia, a técnica do direito dá-lhe o nome de direito internacional dos direitos humanos. No entanto, como Brownlie e Piovesan atestam, trata-se de um sistema jurídico multinível e cosmopolita. Molda-se pelas intersecções entre as constituições e os tratados, os costumes e os princípios, a lei e a equidade, a casuística e a ciência jurídica.

Não se trata apenas de estudar valores convencionados. Se compreendemos assim, como ficou evidente no caso *Georgia v. Russian Federation*, o valor dos tratados será meramente formal, não material. Em casos assim, a tragicidade do direito não escrito se manifesta, como na história da Antígona. Esse elemento manifesta-se propriamente no direito natural, porque este não condiciona a sua sanção a atos de vontade. Se um prisioneiro foi deixado na cela solitária, sua natureza relacional será profunda e necessariamente abalada.

É claro que o justo convencional importa, como aponta São Tomás, mas, se o núcleo duro do direito – isto é, seu conteúdo substancial e axioteológico – é a própria pessoa humana, devemos falar de um reconhecimento universal da sua dignidade, que se estende desde o indivíduo até a Cosmópolis, passando por todas as sociedades intermediárias – isto é, as famílias, as comunidades, os municípios, os Estados e as organizações internacionais. Tudo isso é parte da comunidade universal do gênero humano. E essa sociedade é própria da ideia de pessoa. Como Francisco de Vitoria ensinou, partindo da natureza política que Aristóteles atribuiu ao ser humano, a hospitalidade e a amizade são prescrições da natureza. Rompê-las, portanto, é grave, porque é contranatural. Disso, podemos entender o aspecto da universalidade dos direitos humanos, referido pela Declaração de Viena.

Como os direitos humanos universais são aplicáveis a toda a gente, não há autoridade que se escuse de os proteger, por nenhum título, nem mesmo guerra ou a condição de estrangeiro. O conteúdo que Platão tinha prescrito para o conflito armado entre gregos, a boa-fé sagrada sobre a qual Cícero dissertara e os três cânones da guerra de Vitoria, hoje, estão incorporado aos muitos costumes e disposições do direito humanitário – especialmente às Convenções de Genebra. O que estes dois últimos autores escreveram sobre o acolhimento dos estrangeiros, outrossim, muito tangencia os nossos problemas hodiernos dos deslocamentos forçados. O refúgio, de modo especial, é uma solução do direito internacional contemporâneo – que muito se comunica com as constituições – para o problema da migração inopinada, por motivo de perseguição no país de origem. Em ambos os casos, trata-se da tentativa de se proteger a dignidade irreduzível da pessoa humana, em uma situação de vulnerabilidade especial.

Os fenômenos de oposição – judicial ou política – e de consequente positivação levam à especificação. Além dos direitos humanos na guerra – direito humanitário – e na situação de refúgio, centenas de outras situações de vulnerabilidade e opressão exigiram uma afirmação particular de humanidade. Daí que o sistema multinível passou a se ocupar dos direitos das crianças, dos idosos, dos povos originários, das mulheres etc. Em que pese o bem de todos esses avanços, se consideramos apenas o aspecto formal, as antinomias terão soluções meramente solenes e técnicas. Logo, a filosofia mostra sua importância: dá-nos a referência ou o paradigma, um ponto comum, um sentido teleológico, um critério axiológico profundamente enraizado na ontologia: a “pessoa humana”. Partindo da ideia de pessoa, podemos reintegrar e harmonizar os direitos humanos.

É claro que, como optamos por utilizar o método histórico-contextual, não negamos que a condição humana esteja sujeita à contingência. Todas as eventualidades que atribuem ao ser humano uma condição de vulnerabilidade particular exigem soluções específicas. Daí concluímos que, como a justiça de maneira geral – conforme vimos em Vitoria –, os direitos humanos possuem uma dimensão imutável e uma variável. O que há de imutável constitui o núcleo duro do direito, isto é, o que a justiça exige conforme a natureza humana. A parte variável ou contingente é contextual, representando uma defesa especial, em uma situação de vulnerabilidade particular: os direitos civis e políticos são da pessoa na comunidade política, os trabalhistas, dos trabalhadores etc. Similarmente, tratamos de outros segmentos da dogmática: os direitos humanos na guerra constituem o direito humanitário internacional, por exemplo.

Embora os elementos filosóficos estejam concentrados na dimensão invariável, devem pôr também os olhos na história e na ciência jurídica. As muitas situações de especificação contribuem para que se desenvolva um pensamento acerca dos direitos humanos. Em outras palavras, a sua dimensão contingente ajuda-nos a compreender a sua substancialidade, a levar adiante a *prise de conscience*. Do mesmo modo, a compreensão da questão principal dos direitos humanos – a pessoa – é o que integra e dá sentido a todo o sistema multinível. Na ausência da teleologia, resta somente a forma sem conteúdo do direito positivo. Com uma noção clara da sua dimensão substancial – que a filosofia ajuda a conhecer –, podemos ler os tratados, os costumes, as constituições, as declarações etc. como a concretização da justiça aplicável para a pessoa humana. A solução da técnica jurídica para que tenha a liberdade de alcançar sua realização, pelas relações interiores e exteriores, para que possa pôr em prática as máximas: “conhece-te a ti mesmo” e “torna-te quem tu és”.

A solução dogmática deve ser, pois, dar liberdade de relação, isto é, permitir que o ser humano desenvolva suas qualidades enquanto pessoa. Qualquer coisa aquém disso é uma violência, porque, por definição, esta – como estabelecemos, tratando das “*relectiones de indis*” – se concretiza na irrealização das potências físicas e mentais do ser humano. Por exemplo, quando as leis de discriminação étnica, nos Estados Unidos, proibiam o matrimônio inter-racial.

É na personalidade e, portanto, no aspecto relacional – interior e exterior – do ser humano que os direitos humanos encontram seu núcleo duro, sua dimensão invariável. Além de toda contingência – que se expressa atualmente nas especificações –, encontramos, então a universalidade. O cosmopolitismo de Cícero, o humanismo de Vitoria e o personalismo de Maritain identificam-se, como parte de uma tradição filosófica que procura o que é universal,

assim como Malik, Roosevelt e Chang, quando estiveram na redação da Declaração. Se dermos esse passo – o de procurar a invariabilidade ou irreducibilidade, na humanidade, tendo em vista a *prise de conscience* e o conhecimento conatural –, poderemos entender que não há antinomia nos direitos humanos – no seu conteúdo –, mas apenas uma tensão formal. Os direitos especificados não se opõem uns contra os outros: o papel do jurista, aqui, será o de harmonizar, procurando ler na natureza a possibilidade de se realizar um contraponto, para resolver a dissonância aparente.

Referências

A MAN FOR ALL SEASONS. **Direção: Fred Zinnermann. Produção de Fred Zinnermann.** Reino Unido. Distribuído por Columbia Pictures, 1966.

ANAXIMANDRO; PARMÊNIDES; HERÁCLITO. **Os pensadores originários.** Introdução de Emmanuel Carneiro Leão; tradução de Emmanuel Carneiro Leão e Sérgio Wrublewski. Petrópolis, RJ: Vozes de Bolso, 2017.

ARENDT, Hannah. **On Violence.** San Diego, New York, London: Harcourt Brace Jovanovich, Publishers, 1970.

_____. **The Origins of Totalitarianism.** Orlando, Florida: Harcourt Brace & Company, 1976.

ASHBURTON, Lord Alexander B.; WEBSTER, Dan; MILLER, Hunter (com.). **British-American Diplomacy: The Caroline Case.** in <https://avalon.law.yale.edu/19th_century/br-1842d.asp> acesso em 10.12.2020.

BERINGER, Leonhard. **A Época do Humanismo e da Reforma.** Tradução por Marion Fleischer. in BÖSCH, Bruno (org.). História da Literatura Alemã. São Paulo: Herder Editôra da Universidade de São Paulo, 1967.

BETTEX, Albert. **Literatura Moderna (de 1885 até o presente).** Tradução por Erwin Theodor. in BÖSCH, Bruno (org.). História da Literatura Alemã. São Paulo: Herder Editôra da Universidade de São Paulo, 1967.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** trad. Carlos Nelson Coutinho; apr. Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BODENHEIMER, Edgar. **Jurisprudence: The Philosophy and Method of the Law.** Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1981.

BOUCHER, David. **The Limits of Ethics in International Relations: Natural Law, Natural Rights, and Human Rights in Transition.** Oxford: University Press, 2009.

BOURNE, Ella. **The messianic prophecy in Vergil's fourth Eclogue.** The Classical Journal, v. 11, n. 7, p. 390-400, 1916.

BRIDGETT, T. E. **Life and Writings of Sir Thomas More, Lord Chancellor of England and Martyr under Henry VIII**. 2dn ed. London: Burns & Oates, Ltd. 1892.

BROWNLIE, Ian. **International Law**. 7th ed. Oxford: University Press, 2008.

CAMUS, Albert. **Between Hell and Reason: Essays from the Resistance Newspaper Combat, 1944-1947**. Selected and Translated bt Alexandre de Gramont. Hanover, London: Wesleyan University Press, 1991.

CAPPA, Claudia; VAN BAELEN, Luk; LEYE, Els. **The practice of female genital mutilation across the world: data availability and approaches to measurement**. Global Public Health, v. 14, n. 8, p. 1139-1152, 2019.

CARPEAUX, Otto Maria. **Literatura Greco-Latina por Carpeaux: Dos Gregos e Romanos ao primeiro século do Cristianismo**. São Paulo: Leya, 2012a.

_____. **O Renascimento e a Reforma por Carpeaux**. São Paulo: Cultura, 2012b.

CASCIARO, José María; ARANDA, Gonzalo; AUSÍN, Santiago; BASEVI, Claudio; BALAGUER, Vicente; VARO, Francisco; CHAPA, Juan. **Sagrada Biblia: Comentario. Facultad de Teología. Universidad de Navarra**. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, S.A. (EUNSA), 2018.

CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos **Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay** Sentencia de 29 de marzo de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas).

CIJ. **Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo**, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2010, p. 403.

_____. **Affaire Nottebohm (deuxième phase)**, Arrêt du 6 avril 1955 : C. I. J. Recueil 1955, p. 4.

_____. **Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)**, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 2010, p. 639.

_____. **Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)**, Judgment, I.C.J. Reports 2015, p. 3.

_____. **Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation)**, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2011, p. 70.

_____. **Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited**, arrêt, C.I.J. Recueil 1970, p. 3.

_____. **Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé**, avis consultatif; C. I. J. Recueil 2004, p. 136.

_____. **Frontier Dispute (Burkina Faso/Niger)**, Judgment, I.C.J. Reports 2013, p. 44.

_____. **Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)**, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, p. 16.

_____. **Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons**, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1996, p. 226.

_____. **Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)**, Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 14.

_____. **Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)**, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 422.

_____. **United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran**, Judgment, I. C. J. Reports 1980, p. 3.

COKE, Edward. **The selected writings and speeches of Sir Edward Coke**. v. I. Indianapolis: Liberty Found, 2003.

COLÉGIO EPISCOPAL. **Cânones 2023**. São Paulo: Angular, 2023.

CONFÚCIO. **Os Analectos**. Giorgio Sinedino (trad.) Unesp, 2012.

CPJI. Cour Permanente de Justice Internationale, Série A/B, Arrêts, Ordonnances et Avis Consultatifs, Fascicule n° 53, **Statut Juridique du Groëland Oriental**, Arrêt du 5 avril 1933, XXVI^{me} Session.

CROWE, Jonathan; WESTON-SCHEUBER, Kylie. **Principles of International Humanitarian Law**. Cheltenham, UK; Northampton, MA, USA: Edward Elgar, 2013.

CURCH OF ENGLAND. **The Book of Common Prayer**. in <curchofengland.org>, acesso em 10.11.2023.

DA SILVA, José Afonso. **Teoria do Conhecimento Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

DANIEL-ROPS. **A Igreja dos Apóstolos e dos Mártires**. Tradução de Emérico da Gama. São Paulo: Quadrante, 1988.

_____. **A Igreja da Renascença e da Reforma**. Tradução de Emérico da Gama. São Paulo: Quadrante, 1996.

DARNELL, John Coleman; DARNELL, Colleen Manassa. **The Ancient Egyptian Netherworld Books**. Atlanta: SBL Press, 2018.

DAWNSON, Christopher. **O julgamento das nações**. É Realizações Editora, 2018.

_____. **Progresso & Religião: uma investigação histórica**. São Paulo: É Realizações, 2012.

DE ALEXANDRIA, Fílon. **Questões sobre os Gênesis**. Trad. Guilherme Ferreira Araújo; apr. Carlos Nougué. São Paulo: Filocalia, 2015.

DE BARROS, Henrique Lins. **Santos Dumont: o vôo que mudou a história da aviação**. Parcerias Estratégicas, 2003.

DE CICCIO, Cláudio. **História do direito e do pensamento jurídico**. Saraiva Educação SA, 2017.

DE MAISTRE, Joseph. **Considerações sobre a França**. Tradução de Rita Sacadura Fonseca. Coimbra: Almedina, 2010.

DE SAMPAIO DÓRIA, A. **Cinquentenário de Haia**. in BAPTISTA, Luiz Olavo e MAZZUOLI, Valério de Oliveira (org.). *Doutrinas Essenciais: Direito Internacional Público*. v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

DICEY, Albert Venn. **Introduction to the Study of the Law of the Constitution (LF ed.)**. Liberty Fund, 1915.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do Direito: introdução à teoria geral do Direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica e à lógica jurídica: norma jurídica e aplicação do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2009.

DOSTOIÉVSKI, Fiódor. **Notas do Subsolo**. Tradução do russo de Maria Aparecida Botelho Pereira Soares. Porto Alegre: L&PM, 2010.

ÉSQUILO. **Oréstia; Agamêmnon; Coéforas; Eumênides**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000.

FERRINI, Contardo. **Manuale di Pandette**. Milano: Società Editrice Libreria, 1908.

FILMER, Sir Robert. **Patriarcha**. Oxford: Basil Blackwell, 1949.

FINNIS, John. **Human rights and common good: Collected essays volume III**. Oxford University Press, 2011.

FRANCISCO. **Carta Encíclica Fratelli Tutti**. in <www.vatican.va>, acesso em 19.10.2023.

FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. **Redistribution or Recognition? A Political-Philosophical Exchange**. 2003.

GAI SUETONI TRANQUILII. **De vita Caesarum: Libri I-II**. Alyn & Bacon: Boston, New York, Chicago, 1918.

GALLICO, Sonia *et al.* **Vaticano con gli affreschi restaurati della Capella Sistina, del Giudizio Universale e delle Stanze di Raffaello**. Vaticano: Edizioni Musei Vaticani Ats Italia Editrice srl, 1999.

GALTUNG, Johan. **Violence, peace, and peace research**. Journal of peace research, v. 6, n. 3, p. 167-191, 1969.

GALVÃO DE SOUSA, José Pedro. **Iniciação à Teoria do Estado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

_____. **O Estado Tecnocrático**. São Paulo: Saraiva, 1973.

_____; LEMA GARCIA; TEIXEIRA DE CARVALHO. **Dicionário de Política**. São Paulo: T. A. Queiroz Editora Ltda., 1998.

_____. **Direito Natural, Direito Positivo e Estado de Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

GAMBA, Claudio. **Michelangelo**. New York: Rissoli, 2005.

GILPIN, Robert. **A economia política das relações internacionais**. Brasília: Editora da UNB, 2002.

GLENDON, Mary Ann. **Knowing the universal declaration of human rights**. Notre Dame L. Rev., 73, 1153, 1997.

_____. **The Forum and the Tower: How scholars and politicians have imagined the world, from Plato to Eleanor Roosevelt**. Oxford: University Press, 2011.

_____. **A world made new: Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights**. Random House Trade Paperbacks, 2001.

GOMBRICH, Ernest H. **A História da Arte**. 16ª edição. Rio de Janeiro. LTC, 2012.

GOODWIN-GILL, Guy S.; MCADAM, Jane. **The refugee in international law**. Oxford University Press, 2007.

GRAY, Christopher B. (Ed.). **The philosophy of law: an encyclopedia**. Taylor & Francis, 2012.

GROTIUS, H. **The Rights of War and Peace including Law of Nature and of Nations. With notes and Illustrations from political and legal writers by A. C. Campbell, A. M., with introduction by David J. Hill, Assistant Secretary of State of the United States**. New York & London: M. Walter Publisher, 1901.

GUENTHER, Lisa. **Solitary Confinement: Social Death and Its Afterlives**. Minneapolis, London: University of Minnesota Press, 2013.

GUERRA, Manuel. **Historia de las religiones. Tomo I: Constantes Religiosas**. Pamplona: EUNSA, 1980a.

_____. **Historia de las religiones. Tomo II: Los grandes interrogantes**. Pamplona: EUNSA, 1980b.

_____. **Historia de las religiones. Tomo III: Antología de textos religiosos**. Pamplona: EUNSA, 1980c.

HENCKAERTZ, Jean-Marie *et al.* **Customary international humanitarian law**. Vol. 1. Cambridge University Press, 2009a.

_____. **Customary international humanitarian law**. Vol. 2. Cambridge University Press, 2009b.

HERNANDEZ, Ramón. **Francisco de Vitoria: Vida y pensamiento internacionalista**. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1945.

HERVADA, Javier. **Escritos de derecho natural**. Eunsa, 2013.

_____. **Lecciones Propedéuticas de Filosofía del Derecho**. Tercera edición. Pamplona: EUNSA, 2000.

_____. **O que é o direito? A moderna resposta do realismo jurídico: uma introdução ao direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

HESIOD. **Theogony, Works and Days & Testimonia**, edited and translated by Glenn W. Most. Cambridge-Massachusetts/London: Harvard University Press, 2006.

HOBBS, Thomas. **Leviatã: ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Tradução de Rosina D'Angina. São Paulo: Martin Claret, 2014.

HOOKE, Richard. **The Works of Richard Hooker**, vol. 1. Oxford: Clarendon Press, 1888.

HSIA, R. Po-chia. **A Jesuit in the forbidden city: Matteo Ricci 1552-1610**. Oxford University Press, 2010.

HUYN, Hans Graf. **Sereis como dioses: Vicios del pensamiento político y cultural del hombre de hoy**. Trad. José Zafra Valverde. Barcelona: EUNSA, 1991.

IDI I SMOTRI. **Direção: Elem Klimov. Produção de Belarusfilm e Mosfilm**. Bielorrússia. Distribuído por Sovexportfilm, 1985.

IHERING, Rudolf von. **A luta pelo direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

JAEGGER, Werner. **Paideia: A formação do homem grego**. Lisboa: Editorial Aster, 1979.

JAFFRE, P. F.-A. **Historia da Philosophia**. 4ª ed. 1886.

JIAN QING. **A Confucian Constitutional Order: How China's Ancient Past can shape its Political Future**. Princeton: University Press, 2013.

JOÃO PAULO II. **Carta Encíclica *Fides et Ratio***. in <www.vatican.va>, acesso em 19.10.2023.

_____. **Catecismo da Igreja Católica**. in <vatican.va>, acesso em 10.11.2023.

JOSEFO, Flávio. **Seleções de Flávio Josefo: Autobiografia, Resposta a Ápio, Antiguidades Judaicas, As Guerras Judaicas**. São Paulo: Edameris, 1974.

KADARÉ, Ismail. **Eschyle ou l'éternel perdant: essai**. Fayard, 1988.

KELSEN, Hans. **A ilusão da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

KING JR, Martin Luther. **Letter from Birmingham jail**. UC Davis L. Rev., 1992, 26: 835.

KNOX, Ronald Arbuthnott. **The creed in slow motion**. 1949.

KOHLSCHMIDT, Werner. **O Romantismo**. Tradução por Ingeborg Oberding. in BÖSCH, Bruno (org.). **História da Literatura Alemã**. São Paulo: Herder Editôra da Universidade de São Paulo, 1967.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Editora Liber Juris, 1933.

LATVIJAS REPUBLIKAS SATVERSMES TIESA. **Guest lecture. The Judge of the International Court of Justice Antônio Augusto Cançado Trindade**. 2019. disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=j7mh4crvh1U>> acesso em 08.12.2020.

LEICHT, Hermann. **História Universal da Arte**. Tradução de Guttorm Hanssen com um capítulo sobre Artes Plásticas no Brasil, de Mário Barata. 2ª ed. São Paulo: Melhoramentos, 1967.

LEWIS, C. S. **Mere Christianity**. HarperCollins, 2001.

LLORDA, Bernardino. **Historia de la Iglesia Católica, en sus cinco grandes edades: Antigua, Media, Nueva, Moderna y Contemporánea. v. I: Edad Antigua: La Iglesia en el mundo grecorromano**. Madrid: B.A.C., 2009.

LOCKE, John. **Essays Concerning Human Understanding**. Penguin Classics, 1998.

_____. **Two Treatises on Government**. Edited with an introduction and notes by Peter Laslett, Fellow of Trinity College, Cambridge. Cambridge University Press, 2003.

MARITAIN, Jacques. **Christianity and democracy & The rights of man and the natural law**. Ignatius Press, 2011.

_____. **Filosofia Moral: exame histórico e crítico dos grandes sistemas**. Rio de Janeiro: Livraria Agir Editôra, 1964.

_____. **Humanismo Integral: Problemas Temporais e Espirituais de uma Nova Cristandade**. São Paulo: Cultor de Livros, 2018.

_____. **Man and the State**. Chicago: University of Chicago's Press, 1952.

_____. **Natural Law: Reflections on Theory & Practice**. Edited and Introduced by William Sweet. South Bend, Indiana: St. Augustine's Press, 2001.

_____. **Three Reformers: Luther, Descartes, Rousseau**. New York: Charles Scribner's Sons, 1929.

_____. **Três Reformadores: Lutero, Descartes, Rousseau**. São Paulo: Cultor de Livros, 2019.

MARITAIN, Raïssa. **I Grandi Amici**. Edizione ampliata. Milano: Vita e Pensiero, 1956.

_____ *et al.* **Liturgy and Contemplation**. Translated from the French by Joseph W. Evans. New York: P. J. Kenedy & Sons, 1960.

MARTINICH, A. P. **Hobbes: A Biography**. Cambridge: University Press, 1999.

MATEO-SECO, Lucas Francisco. **Dios Uno y Trino**. Pamplona: EUNSA, 2008.

MENDELSON, Maurice. **The International Court of Justice and sources of international law**. in LOWE, Vaughan; FITZMAURICE, Malagosa. International Court of Justice: Essays in honour of Sir Robert Jennings. Cambridge: University Press, 1996.

MISSÃO ORTODOXA DA PROTEÇÃO DA MÃE DE DEUS. **Liturgia**. in <protecaodamaededeus.org/material>, acesso em 10.11.2023.

_____. **Livro de Orações Ortodoxas.** in <protecaodamaededeus.org/material>, acesso em 10.11.2023.

MORE, Thomas. **A sós, com Deus: Escitos da Prisão, 1534-1535.** Tradução de Roberto Vidal da Silva Martins. São Paulo: Quadrante, 2002.

_____. **The Essential Thomas More: A Comprehensive introduction to the humanism, poetry, satire, and polemics of the statesman and martyr who was “A Man For All Seasons.”** James J. Greene and John P. Dolan (ed.) New York: Mentor-Omega Books, 1967.

NABUCO, Joaquim. **Obras completas de Joaquim Nabuco (Volume 7): O abolicionismo. Conferências e discursos abolicionistas.** 1949a.

_____. **Obras completas de Joaquim Nabuco (Volume 10): Pensamentos soltos. Camões e assuntos americanos.** 1949b.

NIETO-NAVIA, Rafael. **International peremptory norms (jus cogens) and international humanitarian law.** In: *Man's Inhumanity to Man*. Brill Nijhoff, 2003. p. 595-640.

NIETZSCHE, Friederich. **The Birth of Tragedy.** Oxford: University Press, 2000.

_____. **Além do bem e do mal: prelúdio a uma filosofia do futuro.** São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

_____. **The gay science with a Prelude in Rhymes and an Appendix of Songs. Translated with commentaries of Walter Kaufmann.** New York: Vintage Books, A division of Random House, 1974.

_____. **The gay Science.** Cambridge: University Press, 2007.

_____. **The Will to Power.** New York: Vintage Books (Random House), 1968.

ONU. **A/C.3/SR.147** 147th Meeting, held on Friday, 19 November 1948: 01/01/1948.

_____. **A/C.3/SR.90** 90th Meeting, held on Friday, 1 October 1948: 01/01/1948.

_____. **A/RES/61/295** Resolution adopted by the General Assembly on 13 September 2007 [without reference to a Main Committee (A/61/L.67 and Add.1)] 61/295. United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples.

_____. **E/2000/22** Establishment of a UN Permanent Forum on Indigenous Issues Economic and Social Council (ECOSOC) Resolution 2000/22.

_____. **E/CN.4/AC.1/7** Commission on Human Rights : Drafting Committee : general observations made by various members of the Commission on Human Rights concerning the form and content of the International Bill of Rights.

_____. **E/CN.4/Sub.2/1998/13** UN Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, Systematic rape, sexual slavery and slavery-like practices during armed conflict: final report / submitted by Gay J. McDougall, Special Rapporteur, 22 June 1998.

OPPENHEIM, Lassa. **International Law: A Treatise**. vol. I.—Peace. 3rd edition. London: Longmans Green and Co., 1920.

PACHUKANIS, Evguiéni B. **Teoria geral do direito e marxismo**. Boitempo Editorial, 2017.

PARKER, Karen. **Jus Cogens: Compelling the Law of Human Rights**. 12 Hastings Int'l & Comp.L. Rev. 411, 1989.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. Saraiva, 2015.

_____. **Direitos humanos: desafios da ordem internacional contemporânea**. Direitos humanos, v. 1, p. 1, 2006.

_____. *et al.* **Trabalho e refúgio: da proteção constitucional aos direitos trabalhistas de refugiados**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, n. 120, p. 329-354, jul./ago. 2020.

_____. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2016.

PIZAN, Christine. **The Book of the City of Ladies**. New York: Persea Books, 1982.

_____. **The writings of Christine de Pizan, Selected and Edited by Charity Cannon Willard**. New York: Persea Books, 1994.

PLUTARCH. **Plutarc's Lives with na english translation by Bernadotte Perrin in eleven volumes, VII: Demosthenes and Cicero, Alexander and Caesar.** Cambridge, Massachusetts: Harvard University press, 1967.

PREZIA, Benedito Antônio Genofre. **Os Tupi de Piratininga: acolhida, resistência e colaboração.** 2008. 407 f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

PTAHHOTEP; JACQ, Christian. **Las máximas de Ptahhotep.** Planeta-De Agostini, 2001.

RAMOS, José Maria R. **Conhece-te a ti mesmo: a excelência humana e ética.** São Paulo: Quadrante, 2016.

RAMOS-LISSÓN, Domingos. **Patrología.** Pamplona: EUNSA, 2005.

RATZINGER, Joseph (Bento XVI). **Che cos'è il Cristianesimo: Quasi um testamento spirituale. A cura di Elio Guerriero e Georg Gänswein.** Milano: Mondadori Libri S.p.A., 2023.

REALE, Giovanni. **O Saber dos Antigos: Terapia para os tempos atuais.** Tradução de Silvana Leite. São Paulo: Edições Loyola, 2014.

_____. **Para uma nova interpretação de Platão.** Edições Loyola, 1995.

_____; ANTISERI, Dario. **História da Filosofia: Filosofia Pagã e Antiga.** v. I. São Paulo: Paulus, 2003a.

_____; ANTISERI, Dario. **História da Filosofia: De Spinoza a Kant.** v. IV. São Paulo: Paulus, 2003b.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito.** São Paulo: Saraiva, 2001.

REZEK, Francisco. **Direito internacional Público: curso elementar.** São Paulo: Saraiva, 2018.

RICCI, Matteo. **The True meaning of the Lord of the Heaven.** Revised edition by Thierry Meynard, S.J. Translated by Douglas Lancashire and Peter Hu Kuo-chen, S.J. Boston: Jesuit Conference, Inc., 2016.

RICUPERO, Rubens. **A diplomacia na construção do Brasil: 1750-2016.** Versal, 2017.

RUIZ, Rafael. **Francisco de Vitoria e os direitos dos índios americanos: a evolução da legislação indígena espanhola no século XVI**. Edipucrs, 2002.

RUSSELL, Bertrand. **História do Pensamento Ocidental**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016.

SALISBURY, John. **Policraticus**. Cambridge University Press, 2007.

SAVIGNY, M. F. C. de. **Sistema del Derecho Romano Actual**. v. I. Jacinto Mesía y Manuel Poley (trad.). Madrid: F. Góngora y Compañía, Editores, 1878.

SILVERMAN, Eric K. **Anthropology and circumcision**. Annu. Rev. Anthropol., v. 33, p. 419-445, 2004.

SÓFOCLES. **A Trilogia Tebana: Édipo Rei, Édipo em Colono e Antígona**. Mário da Gama Kury (trad.), Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

SOLZHENITSYN, Alexander. **The Exhausted West**. Harvard Magazine, 1978.

STEIN, Edith. **Letter to Pope Pius XI**, 1933. in <www.ccjr.us>, acesso em 09.11.2023.

_____. **On the Problem of Empathy**. Translated by Waltraust Stein with a foreword by Edwin W. Straus. Springer-Science+Business Media, B. V., 1964.

_____. **Textos sobre Husserl e Tomás de Aquino**. Tradução Enio p. Giachini et al., Revisão Juvenal Savian Filho. São Paulo: Paulus, 2019.

STRICH, Fritz. **O Barroco**. Tradução por Eloá di Pierro. in BÖSCH, Bruno (org.). História da Literatura Alemã. São Paulo: Herder Editôra da Universidade de São Paulo, 1967.

STRICKLAND, Carol. **Arte Comentada: da pré-história ao pós-moderno**. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.

STUCKA, P. I. **La función revolucionaria del derecho y del estado**. Barcelona: Ediciones peninsulanas, 1974.

SUÁREZ, Francisco. **Selections from three works of Francico Suárez, S. J.: De Legibus, ac Deo Legislatore, 1612; Defensio Fidei Catolicae, et Apostolicae adversus Anglicanae Sectae Errores, 1613; De triplici virtute theologica, fide, spe, et caritate 1612**. v. II. Translation Prepared by Gwladys L. Williams, Ammi Brown and John Waldron, with certain

revisions by Henry Davis, S. J., and an Introduction by James Brown Scott. Oxford: Clarendon Press; London: Humphrey Milford, 1944.

TRINDADE, Antônio Augusto Augusto Cançado; TRINDADE, Vinícius Fox Drummond Cançado. **A Pré-História do Princípio de Humanidade Consagrado no Direito das Gentes: O Legado Perene do Pensamento Estóico**-10.12818/P. 0304-2340.2016 V69p69. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, n. 69, p. 69-112, 2016.

_____. **A humanização do direito internacional**. 2ª ed. Belo Horizonte, Editora Del Rey, 2015.

_____. **Entrevista com o Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade sobre o Direito Internacional e os Desafios do Mundo Atual: Concedida ao Dr. Pedro Sloboda, na Sede da Corte Internacional de Justiça**. Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, v. 20, p. 295-304, 2020.

_____. **La perennidad del legado de los “padres fundadores” del derecho internacional**. Revista Interdisciplinar do Direito-Faculdade de Direito de Valença, v. 13, n. 2, 2016.

_____. **La Recta Ratio dans les fondements du jus gentium comme droit international de l’humanité**. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 58, p. 91-122, jan./jun. 2011.

_____. **O legado da Declaração Universal de 1948 e o futuro da proteção internacional dos Direitos Humanos**. AJURIS, Porto Alegre, v. 25, n. 73, p. 379-419, 1998.

_____. **Reavaliação das fontes do Direito internacional Público ao início da década de oitenta**. id/496801, 1981.

TURC, Gonzague. **História da Filosofia**. Tradução de Ruy F. Lopes e Leonel Vallandro. Porto Alegre: Editora Globo S. A., 1958.

UNIVERSIDADE DE COIMBRA, **Conferência por Antônio Augusto Cançado Trindade**. YouTube, 31 de outubro de 2014. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=qp43wtf0TR0>>. Acesso em 25 de julho de 2023.

VATICANO. **Franz Jägerstätter, Leigo (1907-1943).** 2007. in <http://www.vatican.va/news_services/liturgy/saints/ns_lit_doc_20071026_jagerstatter_po.html> acesso em 10.12.2020.

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

_____. **Filosofia do Direito: Definições e fins do direito; Os meios do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **O Direito e os Direitos Humanos.** São Paulo: Martins Fontes, 2007.

VITORIA, Francisco de. **Obras de Francisco de Vitoria: Relecciones Teológicas: Edición crítica del texto latino, versión española, introducción general e introducciones con el estudio de su doctrina teológico-jurídica, por el padre Teofilo Urdanoz.** Madrid: Biblioteca de Aucotes Cristianos, 1960.

WEHRLI, Max. **A Época do Iluminismo.** Tradução por Erwin Theodor. in BÖSCH, Bruno (org.). **História da Literatura Alemã.** São Paulo: Herder Editôra da Universidade de São Paulo, 1967.

WESTLAKE, John. **International Law: Part I Peace.** Cambridge: University Press, 1910.

WORLD HEALTH ORGANIZATION et al. **Female genital mutilation: an overview.** World Health Organization, 1998.