

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI SALVADOR – BA**

**TEORIAS DO DIREITO, DA DECISÃO E REALISMO
JURÍDICO**

LORENA DE MELO FREITAS

MARIA DOS REMÉDIOS FONTES SILVA

DANIEL OITAVEN PAMPONET MIGUEL

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

T314

Teorias do direito, da decisão e realismo jurídico [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA
Coordenadores: Lorena de Melo Freitas; Maria dos Remédios Fontes Silva; Daniel Oitaven Pamponet Miguel –
Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-639-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA
TEORIAS DO DIREITO, DA DECISÃO E REALISMO JURÍDICO

Apresentação

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

OS DIREITOS SUBJETIVOS E O SÉCULO XIV – AS TEORIAS DE GUILHERME DE PAGULA E MARSÍLIO DE PÁDUA

THE SUBJECTIVE RIGHTS AND THE FOURTEENTH CENTURY – THE THEORIES OF WILLIAM OF PAGULA AND MARSILIUS OF PADUA

Daniel Brantes Ferreira ¹
Bianca Oliveira de Farias ²

Resumo

O presente artigo tem como objetivo analisar as concepções de direitos subjetivos de dois importantes autores do século XIV: Guilherme de Pagula e Marsílio de Pádua. Sendo assim, o recorte metodológico utilizado será autoral, cronológico e temático. Os autores utilizam conceitos do direito romano para elaborar suas teorias. Suas tentativas de limitar o poder do monarca e do papa também demonstram relação direta com sua teoria dos direitos e teoria política. Por fim, chegamos a conclusão de que os autores foram precursores do constitucionalismo (chamado de constitucionalismo medieval), da teoria dos direitos subjetivos e da teoria do Estado moderna.

Palavras-chave: Século xiv, Guilherme de pagula, Marsílio de pádua

Abstract/Resumen/Résumé

This paper focuses on the analysis of the subjective rights concepts of two important authors from the fourteenth century namely: William of Pagula and Marsilius of Padua. Therefore, the methodological approach will be authoral, chronological and of a specific theme. Both authors use roman law concepts to elaborate their theories. Their struggle against the king's and pope unlimited power also point to a direct relation with their rights and political theory. Thus, the analysis leads us to conclude that both were the precursors of the constitutionalism (known as medieval constitutionalism), the subjective rights theory and the modern State theory.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Fourteenth-century, William of pagula, Marsilius of

1. Introdução

O presente artigo tem como objetivo abordar a contribuição do século XIV e de dois autores, Guilherme de Pagula e Marsílio de Pádua para os direitos subjetivos. Sendo assim, o recorte metodológico é cronológico, autoral e temático, ou seja, abordaremos especificamente a concepção de direitos subjetivos dos autores no contexto do século XIV.

Como veremos, o século XIV e seus autores, em regra vinculados a igreja, foi de suma importância para a passagem do jusnaturalismo metafísico e religioso para o foco na relação entre os sujeitos de direito. Apesar da *Magna Charta Libertatum* de 1215, promulgada pelo Rei inglês João-Sem-Terra, dar importância aos direitos individuais foi através da luta e dos escritos dos autores da época que podemos perceber uma forma embrionária de teoria dos direitos subjetivos. Em regra, os autores criticavam o poder exacerbado do monarca ou do papa em defesa dos cidadãos. Portanto, perceberemos de forma clara em Guilherme de Pagula e em Marsílio de Pádua que seus escritos inauguram o constitucionalismo medieval. A discussão, por obviedade, não é sobre direitos fundamentais que só passaram a existir de forma expressa nos textos legais com a Declaração do Estado de Virgínia de 1776 e a Constituição Americana de 1787 e com a Declaração Universal de Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa de 1789. A discussão é pura e simplesmente de limitação de poder do papa e do monarca. É no estabelecimento de fronteiras do poder do monarca e do papa que os cidadãos conseguiam obter e garantir seus direitos. A contribuição dos autores abordados nesse escrito e seu conhecimento jurídico foi essencial para o desenvolvimento de uma espécie de constitucionalismo medieval e despertou na sociedade a chama necessária para a luta pelos direitos e limitação do poder do monarca que, por sua vez, culminou nas revoluções dos séculos seguintes.

2. O Século XIV e sua relevância para a teoria do Direito

O século XIV foi marcado por uma grande e constante distinção entre o homem e o sobrenatural, ou seja, pela impotência do homem perante a vontade de Deus. Para Francesco Maiolo (2007, p.5) podemos citar três das suas principais características: guerra, fome e praga.

Essas três características tiveram um papel principal na propagação da imagem da idade média como um longo período de decadência e crise.

Nos termos postos por Maiolo há uma subdivisão imposta pela maioria dos historiadores do medievo:

Os historiadores italianos distinguem o medievo entre alto medievo (*alto medioevo*) – do século V ao século XI – e baixo medievo (*basso medioevo*) – do século XI ao século XV. Já os historiadores anglo-fônicos utilizam a expressão alta idade média (*high Middle Ages*) para denotar o período entre os séculos XII e XIII que é considerado o ápice da civilização medieval (MAIOLO, 2007, p.7).

Sem dúvida o homem medieval não tinha ciência que pertencia a um período de escuridão e crise profunda tampouco de que fazia parte de um momento histórico que era a fronteira cronológica entre o esplendor da antiguidade e o Renascimento.

A origem dos direitos subjetivos do cidadão medieval não está relacionada diretamente com os direitos legalmente tutelados mas sim com o conceito de soberania que encontrava-se na fronteira entre poder estatal e religião. Para Maiolo na época a maior sabedoria humana estaria em possuir medo de Deus e em colocar a humildade a frente da honra. Deus puniria os arrogantes e seria benevolente com os humildes (MAIOLO, 2007, p.8). Ou seja, como não haveria limites para o poder de Deus, do Papa e do soberano os direitos subjetivos basicamente não existiam. As artes plásticas e a literatura, em particular, eram utilizadas como uma importante ferramenta para enfatizar a ausência de poder do ser humano perante a vontade de Deus.

Francesco Calasso definiu o século XIV (*Trecento*) como o *século sem nome* em contraste com o século XV que foi o *século do humanismo*, o século XVI que foi o *século do barroco* e como o século XVIII que foi o *século do Iluminismo*. O autor também denomina o século XIV como o *século da confusão* tendo em vista a cadeia de eventos catastróficos que afetaram toda a Europa (CALASSO, 1962, p.4).

Neste período a sociedade rural era maioria da população. As cidades eram como ilhas em um oceano rural. Socialmente e economicamente as cidades funcionavam como ímãs, ou seja, centros de produção, de distribuição e consumo da produção acumulada da zona rural a qual os centros urbanos controlavam e administravam. É justamente a civilização urbana que constitui a base para a dialética entre oligarquia e forças populares. Sendo assim, podemos

afirmar que toda a estrutura política do início da Europa moderna tem suas raízes no séc. XIV, o *século sem nome* para uns e o *outono da idade média* para outros.

3. Guilherme de Pagula (William of Pagula)

3.1. Vida e obra

Guilherme de Pagula era um advogado especialista em Direito canônico e teólogo, provavelmente oriundo de Hull, Yorkshire. Foi nomeado vicário perpétuo da igreja de Winkfield que pertencia à diocese de Salisbury em março de 1314. Tornou-se padre em junho de 1314. Em 1314 muito provavelmente já havia realizado seu mestrado e recebeu o título de doutor em Direito Canônico em Oxford entre 1319 e 1323. Seus escritos demonstram grande familiaridade com as condições dos trabalhadores rurais e clérigos de sua região. Faleceu provavelmente no outono de 1332 (NEDERMAN, 2004), tendo escrito 1331 e 1332 a obra *Speculum Regis Edwardi III*, carta endereçada ao Rei Edward III em defesa do direito de propriedade dos camponeses ingleses contra as violações régias.

3.2. Guilherme de Pagula e os Direitos Subjetivos

Em grande parte, acredita-se que a ideia de direitos subjetivos surgiu na escolástica medieval ou através de escritos jurídicos de meados do século XVIII. Isto ocorre, porque a maioria dos autores ignora o escrito de Guilherme de Pagula¹, um padre inglês do século XIV que escreveu entre 1331 e 1332 a obra *Speculum Regis Edwardi* (NEDERMAN, 1996, p.323-344) endereçada ao Rei Edward III alertando-o sobre a insatisfação dos camponeses com relação as constantes violações que a coroa cometia sobre suas propriedades, ou seja, seus direitos subjetivos.

¹ Não confundir William of Pagula com seus contemporâneos Marsílio de Pádua (Italiano nascido em 1280 e falecido em 1343 que também será abordado neste escrito) e Guilherme de Ockham (inglês nascido em 1287 e falecido em 1347). Ambos também foram importantes na defesa dos direitos subjetivos contra o poder centralizado na igreja na figura do Papa João XXII. Vide Stanford Encyclopedia of Philosophy em <http://plato.stanford.edu/entries/medieval-political/>, acesso realizado em 24.04.2017.

De acordo com Cary J. Nederman:

Começando com o conceito de um Direito humano básico à propriedade e sua livre fruição, Guilherme argumenta que o Rei deve respeitar o domínio individual de seus súditos se quiser ganhar e reter seu amor e aprovação. Ele também afirma, de forma rudimentar, o direito de resistência contra um governo que viola os direitos subjetivos (NEDERMAN, 1996, p.323)

O foco do escrito de Guilherme de Pagula é a prática da requisição real². Nederman assim define o instituto: “(...) a suposta prerrogativa do Rei de prover abrigo para suas tropas quando estas estivessem em expedição pelo reino através do confisco de bens locais e de sua compra por um preço fixo e não-negociável. (NEDERMAN, 1996, p.330)

A prática da requisição real iniciou-se em torno de 1300, no entanto, gradualmente tornou-se uma forma arbitrária de tributação indireta. O crescente gasto com o exército real durante as atividades dos reinados dos três Edwards estabeleceu uma dependência da coroa na requisição real. Os enviados do Rei iam para a zona rural onde conseguiriam provisões e bens a preços baixos e arbitrados sem negociação ou até mesmo gratuitamente com o uso da força. Em regra, os agentes reais se apropriavam de bens dos súditos das classes econômicas mais baixas da coroa.

Pagula tem uma preocupação inicial metafísica com a prática da requisição real. Argumenta o autor que tal prática é perigosa para a alma do Rei, pois este estaria roubando a propriedade dos súditos mais humildes. Praticando a requisição real o rei se mostraria ingrato a Deus uma vez que este já concedera muitas propriedades para a realeza e, portanto, não seria merecedor da salvação (NEDERMAN, 1996, p.331).

O argumento mais interessante, no entanto, é o argumento econômico do autor. Guilherme observa que os gastos da realeza são maiores do que o tesouro real pode custear. Com isso, ao invés de tentar aumentar a arrecadação através de contratos forçados ou confisco o monarca deveria reduzir seus gastos e tornar a administração de seus recursos mais eficiente. A prática da requisição real também possuía um efeito nefasto, pois retirava dos camponeses seus estoques que possibilitariam o plantio do ano seguinte. Sendo assim, estes eram forçados a abandonar suas terras e a produção agrícola diminuía. Portanto, o fim da requisição real faria

² O termo utilizado no inglês é o *purveyance* que consideramos mais adequado, em tradução livre, como requisição real. Trata-se de uma forma rudimentar de requisição (intervenção estatal da propriedade) conforme disposto no art. 5º, XXV da CF/88 que ocorre em caso de iminente perigo público.

um bem ao reinado dado que permitiria a subsistência de seus súditos e ao mesmo tempo a prosperidade do reino seria promovida através da promoção da sustentabilidade.

A base teórica tanto da dimensão econômica quanto da dimensão teológica da doutrina de Guilherme possui respaldo no princípio da justiça distributiva, ou seja, o princípio originário na doutrina Aristóteles que versa que cada indivíduo tem o que merece na medida da sua contribuição. Para o autor tal princípio vem de Deus e o rei deveria reproduzir tal comportamento divino. Ao mesmo tempo o bem-estar do reino e de seus súditos dependeria da justiça praticada pela realeza.

Para o autor os direitos pessoais e, portanto, os direitos subjetivos dos súditos seriam oriundos desse princípio de justiça, vejamos:

A maior qualidade dos reis é a valorização da justiça e a preservação dos direitos individuais (*iura*). Além disso, o rei não deve permitir que os súditos sejam submetidos ao arbítrio alheio, deve, portanto, manter o que é justo (*iustum*) (NEDERMAN, 1996, p.332).

Sendo assim, segundo o autor, os direitos pessoais (subjetivos) derivariam de um princípio de justiça objetivo. No entanto, não está neste ponto o caráter inovador da teoria dos direitos subjetivos de Pagula. Tal ponto de vista já era comum entre teóricos medievais e modernos segundo os quais preceitos divinos e naturais de justiça seriam os que autorizariam os direitos subjetivos individuais. O caráter inovador da teoria de Guilherme está na natureza particular descrita pelo autor dos direitos subjetivos. Seu escrito (*Speculum Regis Edwardi III*) inter-relaciona o *direito (ius)* com o domínio (*dominium*) afirmando que cada indivíduo “é dono (*dominus*) de suas propriedades e nada deve ser retirado de sua posse contra sua vontade”(NEDERMAN, 1996, p.332). A violação desse domínio mesmo que seja realizada pelo rei constitui-se em ato injusto e ilegal que, de acordo com o autor, gerará punição tanto na vida terrena quanto no *post-mortem*.

Guilherme de Pagula aborda o domínio como individual e de natureza essencialmente econômica, ou seja, vai de encontro com o direito feudal tradicional onde o proprietário possuía mero usufruto de suas terras. Domínio completo e verdadeira era compreendido como uma forma de poder superior e como controle total de sua terra em face de todos (NEDERMAN, 1996, p.333). Sendo assim, tal conceituação de domínio *parcial e frágil* era facilmente utilizada como justificativa para a retirada da propriedade bastava a realeza revogar o usufruto.

Durante o século XIII uma distinção conceitual progressiva entre usufruto e domínio ganhou força. Primeiramente o conceito de usufruto foi substituído pelo conceito de domínio útil, ou seja, uma modalidade genuína de propriedade que era defensável nos tribunais da época. Tal reestruturação conceitual trouxe mais bases econômicas para o *dominium* que passou a ser compreendido como o direito do proprietário de utilizar e explorar materialmente suas terras. O proprietário deveria ter a posse direta do bem para ser qualificado como *dominus*.

Guilherme de Pagula estabeleceu também importante conexão entre *ius*, *iustitia* e *dominium* que pressupõe a utilização da liberdade individual de maneira completamente distinta dos moldes do medievo. Ou seja, o proprietário poderia utilizar sua propriedade de forma plena sem necessitar da autorização de terceiros o que garantiria completa autonomia sobre seus bens. Além disso, não poderia ter sua propriedade retirada pois tratar-se-ia de um ato de completa injustiça.

Nos termos postos por Nederman a teoria de Pagula sobre os direitos subjetivos estabelecida em seu escrito *Speculum Regis Edwardi III* é de importante observância devido a alguns fatores, vejamos:

Em primeiro lugar a sua discussão sobre o direito de propriedade é direcionada para um segmento da população inglesa cujo status econômico e político era marginal: a população pobre rural. Os mais ricos, tal como descrito no *Speculum*, conseguiam obter isenções da requisição real (*purveyance*). (...) Era a viúva, o órfão e as classes menos favorecidas as quais o rei atacava com sua modalidade de roubo (NEDERMAN, 1996, p.334).

Sendo assim, Pagula define propriedade de forma completamente distinta dos moldes feudais, ou seja, o domínio pertenceria a qualquer pessoa independentemente de sua classe econômico ou gênero. A justiça garantiria a todos o mesmo respeito por seus direitos de propriedade e de domínio sobre a mesma. Para Pagula, e tal fato demonstra sua teoria estava à frente de seu tempo, o domínio tratava-se de um direito humano a ser exercido por toda e qualquer pessoa que possuísse legitimamente qualquer objeto tangível.

O privilégio da requisição real praticado pelos oficiais da realeza que poderiam comprar quaisquer bens que necessitassem a um preço estipulado por eles próprios sem qualquer tipo de negociação para Pagula tratava-se de uma modalidade de extorsão ou roubo pois viola claramente o direito do proprietário de estipular o preço sobre seu bem e até mesmo de se recusar a vendê-lo. Ou seja, o consentimento e a concordância com a alienação do bem deve sempre ser vista como absoluta e exclusiva do proprietário. Nesse sentido o Rei Edward pratica

injustiça por duas principais razões: 1. ao tomar os bens de seus súditos contra sua vontade e; 2. Ao comprar os bens por um preço abaixo daquele que o vendedor deseja receber.

Portanto, pode-se afirmar que a requisição real também viola a operação consensual e livre estabelecida na economia nos processos de troca e compra e venda. Tal fato torna a requisição real indistinguível do roubo (NEDERMAN, 1996, p.336). Pagula utiliza o termo *preço verdadeiro* de um objeto como o equivalente ao preço de mercado não-regulado do bem. A verdadeira injustiça surge sempre quando qualquer valor que não o *preço verdadeiro* seja pago por um bem pois há a afronta do consentimento que é intrínseco a todo direito de propriedade.

Em suma, Guilherme de Pagula não foi somente um defensor da justiça e das classes menos favorecidas de sua época, foi também um defensor dos direitos subjetivos e do livre-mercado na economia. O autor percebeu, já no século XIV, que um sistema de comércio livre protegeria os produtores do poder político desenfreado do Rei.

A teoria de Guilherme utiliza princípios do direito civil e do direito canônico bem como práticas costumeiras, teológicas e preceitos morais. Todos esses fatores quando reunidos garantem o direito subjetivo a propriedade e definem limites claros a prerrogativa real de requisição da propriedade. O grande mérito de Pagula foi a insistência na inviolabilidade de forma absoluta dos direitos dos súditos pela realeza uma vez que a maioria dos pensadores medievais sempre concedia direitos residuais ao Rei em tempos de *necessidade* ou em *casos especiais*. Assim como John Locke, Pagula inicia a sua teoria com a premissa de que a liberdade e o direito de propriedade são invioláveis para todo e qualquer indivíduo e, portanto, princípios como consentimento popular, limitação dos poderes do governo e direito de resistência (NEDERMAN, 1996, p.341) surgem como desdobramentos naturais de suas teorias. O autor buscou ser a voz dos camponeses ingleses do século XIV e logrou êxito tão precocemente em desenvolver uma teoria política defensora dos direitos subjetivos (NEDERMAN, 1996, p.344).

4. Marsílio de Pádua

4.1. Vida e obra

Marsílio nasceu em família abastada de Pádua, os Mainardini. Seu pai, Bonmatteo e seu tio, Corrado eram notários e seu irmão Giovanni era juiz de Direito. A data exata de seu nascimento é desconhecida, porém, estima-se que tenha nascido entre 1275 e 1280.

Marsílio estudou em Paris e no centro de estudos de Latin. Devido a suas viagens à Paris teria tido grande influência do Averroísmo (interpretação de Aristóteles obtida através dos comentários da obra de Aristóteles feita pelo filósofo islâmico Abu al-Walid Muhammad Ibn Ahmad Ibn Muhammad Ibn Rushd conhecido como Averroes falecido em 1198). O Averroísmo preconizava a separação entre a verdade da razão e a verdade da fé e era visto como precursor do agnosticismo e até mesmo do ateísmo. Foi após sua experiência em Paris que Marsílio elaborou seu pensamento político. Segundo Maiolo nesse momento Marsílio adere às ideias de que a felicidade deve ser alcançada na vida terrena; de que a vida política possui seu racional independente e de que existem vazios entre a verdade proveniente da razão e a verdade proveniente da fé (MAIOLO, 2007, p.161-164).

Marsílio foi professor em Paris de filosofia natural e estudou e praticou a medicina. Durante esse período teve contato com os freis Franciscanos que preconizavam a pobreza evangélica o que originou sua digressão sobre o direito de propriedade e o voto de pobreza dos Mendicantes.

Em 23 de junho de 1324 Marsílio finaliza sua principal obra, o *Defensor Pacis*, cujo manuscrito circulou inicialmente de forma anônima. A obra é dividida em três discursos: Dictio I discute a origem e a natureza da autoridade política; Dictio II, bem mais extenso, critica as afirmações feitas pela igreja e, particularmente, o papa; e o último discurso traz conclusões do autor. Em sua obra Marsílio torna-se opositor declarado do Papa João XXII, pois critica diretamente a plenitude do poder papal (MAIOLO, 2007, p.179). Afirmava que a unidade legislativa e governamental era essencial para a paz interna e para a liberdade. Somente ao garantir ambas que a suficiência de vida terrena poderia ser atingida.

Em 1326 Marsílio foi forçado a deixar a França e eventualmente a Itália para obter a proteção do Imperador Germânico Ludwig da Bavaria onde escreve sua segunda obra, *Defensor Minor*, que segundo Nederman demonstra seu comprometimento com o Império Romano e com a defesa da legitimidade do poder do Imperador (NEDERMAN, 1995, p.344). Marsílio afirma no *Defensor Minor* que a obra teria a intenção de ser a aplicação dos preceitos básicos do *Defensor Pacis* e seria derivada deste. Ou seja, o *Defensor Minor* seria a expressão concreta do *Defensor Pacis* que trouxe o arcabouço teórico.

Segundo Nederman a principal característica do *Defensor Pacis* é a maneira pela qual aborda as circunstâncias da Itália medieval em relação ao resto da sociedade europeia. Marsílio sustenta que as articulações do Papa eram destrutivas para a Itália e afirma que o Papa possuiria pretensões de poder com relação aos governos temporais. Marsílio esperava, com a sua obra, que as autoridades seculares se unissem para frear a obtenção de poderes terrenos pelo Papa antes que seu plano de dominação global se realizasse (NEDERMAN, 1995, p.317). Ou seja, o *Defensor Pacis* representa uma chamada direta para cidadãos e monarcas para a restauração do poder de direito do Papa, qual seja, apenas o governo da Igreja e o controle das leis divinas.

Para Marsílio a fonte de autoridade deveria ser sempre o corpo de cidadãos ou sua maioria (cidadão para o autor seria, de acordo com a *Política* de Aristóteles, *aquele que participa da comunidade civil, do governo ou da função deliberativa ou judicial de acordo com sua posição*) (PADUA, 1956, p.45-46). Os cidadãos que devem ser o poder primário e originário de toda a legislação e a legislação deve sempre visar o bem-comum. A maioria dos cidadãos, indivíduos racionais, concordará com as diretrizes do corpo cívico. Marsílio traz a ideia de consenso ao permitir que cada cidadão tenha a oportunidade de consentir, emendar ou desaprovar a lei. Por conseguinte, pode ser considerado como um dos iniciadores do princípio da soberania popular.

A teoria normativa de Marsílio possui implicação direta na sua crítica com relação às pretensões papais. O estabelecimento e a perpetuação da comunidade política derivariam do exercício das faculdades humanas naturais, razão e vontade, e não de qualquer forma de concessão divina. Portanto, o papa e qualquer padre gozariam do mesmo status que qualquer cidadão dentro do corpo cívico. Caso algum membro do clero tentasse intervir na operação do governo temporal ou na legislação por afirmar que possui poder especial concedido por Deus ele negaria ao resto dos cidadãos o seu devido lugar na associação da comunidade e estaria reduzindo a vontade do cidadão comum à sua. Portanto, todos os cidadãos possuiriam o dever de organizar justamente suas comunidades e de manter a paz e para isto deveriam repelir as incursões do papa e dos clérigos na esfera temporal (PADUA, 1956, p.96). Marsílio, por ser aliado de Ludwig da Bavaria, também defende o imperialismo. Para o autor a soberania popular que prega é compatível com o imperialismo uma vez que o Imperador possuiria o poder legislativo confiado pelas comunidades. Portanto, o Imperador não poderia agir de forma independente do legislador original (uma forma embrionária de poder constituinte originário); sua legislação deveria respeitar sempre os parâmetros estabelecidos pelo consenso do corpo cívico; caso ocorresse abuso de autoridade seu poder de legislar poderia ser revogado pela

comunidade para a qual deveria retornar. Na teoria Marsiliana o Imperador nunca poderia exercer poder absoluto e autônomo (*universitas civium vel princeps Romanus*) (NEDERMAN, 1995, p.327).

Para Marsílio, a lei só seria eficaz se houvesse um comando coercitivo pela sua inobservância, portanto, o autor também pode ser visto como um precursor do positivismo jurídico moderno (MAIOLO, 2007, p.214; LEWIS, 1963, p.541-582). O papa, portanto, deveria se ater apenas à lei divina, supraterrena e estabelecida por Deus sendo impossível e indesejável o estabelecimento de uma monarquia papal.

Marsílio faleceu entre 1342 e 1343. As circunstâncias de sua morte são desconhecidas.

4.2. Marsílio de Pádua e os Direitos Subjetivos

Conforme abordado, em sua principal obra, *Defensor Pacis (Defensor da Paz)* (PADUA, 1956), Marsílio de Pádua critica veementemente a interferência do Papa nos assuntos terrenos. No entanto, em meio a tal crítica, ponto central de sua obra, o autor, nos capítulos XI a XIV, do segundo discurso da obra, direciona sua atenção para os membros da igreja e ao voto de pobreza ao qual todos estariam subjugados. Inicia sua análise com a justificativa teológica para o voto de pobreza ao citar Matheus capítulo 19, versículo 21 (Jesus respondeu: "Se você quer ser perfeito, vá, venda os seus bens e dê o dinheiro aos pobres, e você terá um tesouro no céu. Depois, venha e siga-me") (PADUA, 1956, p.182) e Lucas capítulo 14, versículo 33 ("Da mesma forma, qualquer de vocês que não renunciar a tudo o que possui não pode ser meu discípulo") (PADUA, 1956, p.183). Marsílio afirma que qualquer pessoa que aspira uma vida semelhante à de Cristo deve, voluntariamente, abrir mão de todas suas posses. Segundo o autor:

O status de pobreza e desprezo pelo mundo material torna o homem perfeito, especialmente o discípulo de Cristo e seu sucessor no escritório pastoral; de fato, é necessário para este que terá que recomendar o desprezo ao mundo material para os outros, se este deseja progredir em seus ensinamentos e pregação. Pois, se tal pessoa que ensina seus discípulos a desprezar as riquezas e o gabinete governamental e, no entanto, possui e almeja tais riquezas então, este, manifestamente refuta suas próprias palavras com seus atos (PADUA, 1956, p.183).

Marsílio de Pádua possui na base de seu pensamento Aristóteles a quem denomina como *o Filósofo acima de todos*. Utiliza a obra *Ética a Nicômaco* (REEVE, 2014, p.175) de Aristóteles para fundamentar que os atos dos súditos de Cristo devem corresponder a suas palavras, vejamos:

E o filósofo acima de todos ecoa esse entendimento na *Ética*, livro X, Capítulo I, ao declarar: Pois quando as palavras se contrapõem ao que é percebido, ou seja, as ações do orador, elas destroem a verdade do orador, ou seja, daquele que constrói o discurso. E acrescenta na sequência: Pois, quando as palavras se encontram em harmonia com as ações estas geram credibilidade (PADUA, 1956, p.183)

Após a justificativa teológica o autor traz a discussão para o Direito e pode-se afirmar, sem sombra de dúvida, que ao analisar o voto de pobreza dos eclesiastas e sua possibilidade jurídica o autor desenvolve uma teoria dos direitos subjetivos em sua abordagem em torno do direito de propriedade. De acordo com Alexander Lee e Ewart Lewis (LEWIS, 1963, p.545), Marsílio possuía conhecimento razoável em Direito Romano e suas interpretações no século XIV (LEE, 2009, p.26) o que justificaria sua boa análise do direito de propriedade e sua discussão sobre a possibilidade jurídica de fundamentação do voto de pobreza dos membros da igreja. O autor inicia sua análise com a seguinte indagação: como os membros da igreja poderiam usar, fruir e consumir objetos materiais sem a aquisição de sua propriedade (*dominium*)? (LEE, 2009, p.24)

A discussão do autor envolve basicamente o debate em torno do voto de pobreza da Ordem dos Franciscanos. Desde de sua fundação a ordem dos Franciscanos sustentou uma vida de pobreza suprema. De acordo com Lee:

No início, a simples declaração de São Francisco de que os freis não deveriam se apropriar de nada para si (*nihil sibi appropriant*) trouxe uma definição de pobreza adequada para suas vidas cotidianas. Em meados do século XIII, no entanto, debaixo de críticas de mestres seculares tais como William de Saint-Amour e Gerard de Abbeville, a Ordem foi obrigada a desenvolver uma compreensão mais sofisticada de seu princípio central. Reconhecendo a necessidade de definição da pobreza em termos mais formais, São Boaventura e Papa Nicolau III propuseram a visão de que ao buscar não se apropriar de nada para si os freis deveriam renunciar a todos os seus direitos (LEE, 2009, p.27-28).

Para Virpi Mäkinen a regra Franciscana de pobreza (Regula Bullata de 1223) afirma que: *‘Os Freis não podem apropriar-se de nada para si, nenhuma casa, nenhum lugar, nem nada mais’*. De acordo com a interpretação franciscana do fim do século XIII a pobreza

preconizada pela Ordem incluiria a ideia de que os Freis deveriam renunciar a todos os seus direitos de propriedade de uso coletivo ou particular. O autor assevera que uma das análises jurídicas iniciais da doutrina Franciscana foi realizada por Boaventura (1217-1274) em seu trabalho intitulado *Apologia pauperum* de 1269. Boaventura descreve o voto de pobreza Franciscano fazendo a distinção entre dois conceitos: *dominium* e *simplex usus*. Ele entende que o conceito de *dominium* alberga o direito de propriedade sobre as coisas (*iura in re*) tais como propriedade (*proprietas*), posse (*possessio*), usufruto (*ususfructus*) e direito de uso (*usus iuris*). De forma hábil Boaventura faz bom uso da doutrina corrente do direito civil e mantém a equivalência entre *dominium* e direito (*ius*). Tal equivalência também inclui a relação de poder (*potestas*) e autoridade (*auctoritas*) sobre as pessoas e não somente sobre coisas. Além disso, dado que os Freis não poderiam ter direitos sobre bens eles encontravam-se à margem do arcabouço legal. Assim, por exemplo, eles não poderiam vender, comprar ou alienar bens de qualquer maneira. Só poderiam utilizar os bens. Em contraste com o *dominium*, Boaventura desenvolve o conceito de *simplex usus*, uso simples dos bens, que não era caracterizado como direito de maneira nenhuma. Uso simples dos bens, ao contrário, incluiria uma permissão legal de utilização material dos objetos que continuariam pertencendo ao doador ou ao papa como proprietário final (*dominus*). Por exemplo, a um Mendicante (Franciscano e Dominicano) era permitido pegar bens (tais como livros) com suas mãos, mas este não poderia pegá-los de forma possessiva (tais como carregar estes e utilizá-los por dias seguidos). Papa Nicolau III (1277-1280), por sua vez, para Mäkinen, vai além dos ensinamentos e justificativas teológicas de Boaventura para o voto de pobreza Franciscano na bula papal *Exiit qui seminat* de 1279. O papa desenvolve a ideia de uso simples através do termo *usus facti*, uso de fato em oposição a todos os direitos de propriedade. A noção de *factum* é oposta a noção de *ius* e denota o status não-jurídico dos Franciscanos; sua atividade era considerada juridicamente inócua. O que importa para nossa temática é a declaração do papa que o uso de fato teria relação somente com os bens necessários para o sustento sem aquisição de qualquer direito sobre os mesmos. Ademais, Nicolau III argumentava que tal posição de fato estaria em conformidade com o direito natural (*ius naturale*) (MÄKINEN, 1999, p.51). A definição do papa para o voto de pobreza Franciscano tornou-se doutrina aceita entre os freis. Como iremos perceber as definições de Papa Nicolau III e Boaventura assemelham-se com a definição de *ius* e *dominium* e o uso de bens pelos Freis Franciscanos em Marsílio de Pádua. Ambas derivam do Direito Romano.

No capítulo XII de sua obra, *Defensor Pacis*, Marsílio demonstra preocupação com a definição acurada dos termos jurídicos. A principal definição demonstrada pelo autor é a

definição de *ius* que possui, em sua análise, quatro definições distintas. A primeira definição seria a de que direito (*ius*) seria equivalente a lei, nos termos postos pelo autor seria “*um comando ou uma proibição ou uma permissão de atos cuja natureza é de emergir através do controle da mente humana*” (PADUA, 1956, p.188). Tal definição refere-se a um status ativo do significado de *ius*, ou seja, um ato de comando. O segundo sentido da palavra *ius* para o autor seria “*todo e qualquer ato controlado pelo indivíduo seja este um poder ou hábito adquirido, intrínseco ou extrínseco (...)*” (PADUA, 1956, p.191). Ou seja, trata-se do status passivo do termo *ius*, dos atos controlados aos quais se aplicam comandos, proibições e permissões emanadas pela lei. Sendo assim, Marsílio sugere que não há qualquer ato intencional que não se relacione diretamente com a lei. O terceiro sentido da palavra *ius* para o autor seria a “*sentença ou julgamento proferido pelos magistrados nos termos da lei*” (PADUA, 1956, p.192), ou seja, seria a mera aplicação da lei pelo magistrado que segundo o autor afirma o direito (*ius*) no caso concreto. O quarto sentido de *ius* segundo Marsílio seria o de “*um ato ou hábito particular de justiça*” (PADUA, 1956, p.192), ou seja, o sentimento de equidade e justiça.

No entanto, através das duas primeiras definições trazidas pelo autor, direito (*ius*) pode ser entendido de duas formas: 1. Uma ação intencional pode ser praticada *de iure* no sentido descrito pelos comandos e proibições da lei; 2. Uma ação intencional pode ser praticada *de iure* no sentido de ser permitida pela lei, porém não estando prevista especificamente em um comando ou proibição. Tal observação é importante uma vez que, para a análise do direito de propriedade no autor nos interessa a relação entre *ius* e *dominium*. Apesar do autor fazer uma ligação do *dominium* com o livre-arbítrio do ser humano, único ser racional (PADUA, 1956, p.193), Marsílio traz uma primeira definição de *dominium* como uma forma passiva de *ius*. Vejamos: “*em sentido estrito o termo significa o poder principal de tomar posse de algo adquirido juridicamente de acordo com um direito nos termos da primeira definição; ou seja, o poder de uma pessoa que conhece seu direito e o segue e que não quer permitir ninguém mais a manusear seu bem sem seu consentimento expresso, o consentimento do proprietário. Tal poder nada mais é do que a vontade habitual ou atual de possuir juridicamente o bem adquirido (...)*” (PADUA, 1956, p.194)

Marsílio, nesta primeira definição de *dominium*, separa o uso do objeto de sua propriedade. Para ele, *dominium* seria o poder de reivindicar (*potestas vindicandi*) um objeto independentemente do controle físico do mesmo. Ou seja, a vontade (*voluntas*) do proprietário torna-se elemento essencial.

Em outra definição de *dominium* Marsílio explica que uma vez que um bem foi adquirido legalmente, ou seu uso ou usufruto, sua propriedade passa a ter duas características: (1) a lei reconhece que o proprietário pode reclamar sua propriedade; (2) no entanto, somente na medida em que o proprietário não discorde da propriedade (LEE, 2009, p.33). Em outras palavras, *dominium* seria o direito de reclamar o bem desde que o proprietário direcione sua vontade para adquirir a propriedade do mesmo. Ou seja, o *dominium* seria uma forma de *ius* que está à mercê da vontade do proprietário (os conceitos de *voluntas* e *dominium* são intrínsecos ao direito de propriedade em Marsílio).

Para Marsílio qualquer um que desejasse dedicar sua vida à pregação de Cristo deveria possuir apenas o que fosse necessário para sua subsistência. Trata-se do conceito de pobreza meritória que, nos termos do autor, seria “*uma virtude onde o indivíduo deseja, por Cristo, se privar de todos os bens temporais, geralmente chamados de riquezas, que estão acima do necessário para sua subsistência*” (PADUA, 1956, p.203). O verdadeiro seguidor de Cristo não poderia, portanto, possuir nenhum direito sobre nenhum bem. Cabe trazer a lume também o conceito análogo de pobreza suprema do autor que seria o fato dos seguidores de Cristo não poderem guardar bens temporais se as circunstâncias de lugar, tempo e pessoais fossem tais que os possibilitasse obter diariamente o alimento de que necessitam. Qualquer sobra deveria ser doada aos necessitados (PADUA, 1956, p.224).

Marsílio, portanto, através de sua definição de propriedade que combina os conceitos de vontade (*voluntas*) e *dominium* permitiria que um indivíduo utilizasse um bem temporal sem adquirir qualquer forma de *dominium*. O conceito crucial é a noção de *dominium* como uma forma consciente e voluntária de direito separada de seu uso. Um indivíduo só adquire a propriedade de um bem se o faz de forma consciente podendo sempre rechaçá-la (PADUA, 1956, p.192). A vontade expressa, para Marsílio, funciona sempre como um óbice para a aquisição do *dominium* do bem.

Para Marsílio o indivíduo pode aceitar o poder de usar o bem e, ao mesmo tempo, declinar a sua propriedade. Tal declínio é realizado anteriormente pelos Mendicantes (Franciscanos e Dominicanos) através do voto de pobreza (PADUA, 1956, p.229). A propriedade do bem sempre será do proprietário anterior ao uso pelo seguidor de Cristo. Se o bem não possuir proprietário, ou seja, for *res nullius*, segundo o autor este continuará sendo propriedade de ninguém (PADUA, 1956, p.227). O *perfectus*, como Marsílio denonima os seguidores de Cristo, poderia inclusive consumir o bem sem adquirir *dominium* sobre o mesmo.

A definição de *dominium* de Marsílio, portanto, está diretamente relacionada à vontade e não ao simples uso do bem. O poder de usar bem separa-se da sua propriedade de acordo com a vontade do usuário (PADUA, 1956, p.227-228).

Neste ponto a definição de Boaventura em *Apologia pauperum* para o voto de pobreza Franciscano se distancia da definição de Marsílio. Boaventura preconizava que os objetos utilizados pelos freis eram disponibilizados pela Igreja em geral e pelo Papa em particular que, por sua vez, detinham a propriedade. Boaventura, segundo Lee, utiliza a expressão *alieni iuris* do *Corpus iuris civilis* para descrever a posição jurídica dos freis. Como estes haviam renunciado a seu direito de propriedade estes seriam incapazes de adquirir direitos sobre os itens utilizados tais como os legalmente incapazes (LEE, 2009, p.42). No entanto, ao tratar dos bens consumíveis, Boaventura afirma que seria um ato de caridade (*caritas*) do Papa que, por sua vez, receberia uma recompensa espiritual ao auxiliar àqueles fiéis a Cristo. Tal justificativa, ao contrário do que era defendido por Marsílio, era puramente teológica e baseava-se na ideia bíblica de *dominium* natural de Gênesis, capítulo 1, versículo 26 (*Então disse Deus: 'Façamos o homem à nossa imagem, conforme a nossa semelhança. Domine ele sobre os peixes do mar, sobre as aves do céu, sobre os grandes animais de toda a terra e sobre todos os pequenos animais que se movem rente ao chão'*).

Já Marsílio obteve mais sucesso em sua definição para o voto de pobreza dos Franciscanos do que Boaventura. Ao abordar a noção de *res nullius* e ao dividir *corpus* e *animus* este conseguiu separar o *usus* do *dominium*. Não houve necessidade de buscar auxílio nas definições teológicas conforme realizado por Boaventura ao utilizar os conceitos de *caritas* e *dominium* natural que se contrapõe ao *dominium* jurídico.

Em suma, Marsílio obteve êxito em examinar o direito de propriedade dentro do contexto da disputa escolástica com utilização primorosa do direito romano e inserindo em sua fórmula de propriedade, como elemento essencial, a vontade do indivíduo.

5. Conclusão

A análise realizada no presente artigo teve dois principais objetivos: 1. estabelecer a contribuição dos autores para o desenvolvimento de uma teoria dos direitos subjetivos através de suas abordagens do direito de propriedade e; 2. estabelecer a importância dos autores e suas

teorias no contexto do constitucionalismo medieval principalmente na luta em face do poder absoluto do papa e do monarca.

Podemos perceber claramente que tanto Guilherme de Pagula quanto Marsílio de Pádua fundamentam suas teorias para o direito de propriedade demonstrando vasto conhecimento de direito romano. Ambos utilizam como cerne de suas teorias os conceitos de *ius*, *dominium* e *voluntas*.

Pagula, conforme abordado em seu escrito (*Speculum Regis Edwardi III*) inter-relaciona o direito (*ius*) com o domínio (*dominium*) afirmando que cada indivíduo “é dono (*dominus*) de suas propriedades e nada deve ser retirado de sua posse contra sua vontade” (NEDERMAN, 1996, p.332). Já Marsílio, preocupado em fundamentar o voto de pobreza dos freis franciscanos sem utilizar justificativa divina e metafísica fundamenta que o direito de propriedade, *ius*, só existiria se houvesse um *dominium* voluntário (*voluntas*) por parte do frei. A coisa de ninguém, *res nullius*, outro conceito do direito romano, poderia ser utilizada pelo Mendicante e continuaria pertencendo a ninguém. Ou seja, a vontade de possuir era elemento essencial do direito de propriedade em Marsílio assim como a vontade real e expressa de alienar o bem era elemento essencial para que não ocorresse injustiça na prática da requisição real para Pagula. Ambos, sem dúvida, retiram tais conceitos do direito romano do *Corpus Iuris Civilis*.

Os autores também possuíam similaridades em suas concepções políticas. Marsílio possuía como foco a crítica ao poder do papa e a seu possível domínio sobre os governos terrenos. No entanto, ao estabelecer que o poder do monarca de legislar sempre estaria sujeito ao corpo de cidadãos e sempre deveria visar o bem-comum Marsílio estabelece o conceito de consenso necessário para o bom governo e para a legislação e, portanto, estabelece o conceito de soberania popular e limitação do poder do governante. Pagula, apesar de não ter obra tão extensa e detalhada como o *Defensor Pacis* de Marsílio, ao criticar a requisição real e ao preconizar o respeito ao direito de propriedade dos súditos demonstra que limites deveriam ser estabelecidos ao poder do monarca para que este inclusive obtivesse consenso e aceitação.

Em síntese, podemos afirmar que restou comprovado que os autores abordados foram precursores do constitucionalismo, da teoria do Estado moderna, da teoria dos direitos subjetivos a partir de suas análises do direito de propriedade e, no caso de Marsílio, de forma incipiente de positivismo jurídico. Portanto, o século XIV, o século *sem nome*, foi extremamente importante para compreendermos o surgimento das concepções de direitos subjetivos e das garantias fundamentais contemporâneas.

6. Referências bibliográficas

CALASSO, Francesco. *L'eredità di Bartolo*. Bartolo di Sassoferrato: Studi i documenti per il VI centenario. Milano: pp. 3-21, 1962.

COLEMAN, Janet. *Dominium in the Thirteenth and Fourteenth-Century Political Thought and its Seventeenth-Century Heirs: John of Paris and Locke*. Political Studies, vol. 23, 1985.

COLEMAN, Janet. *The Two Jurisdictions: Theological and Legal Justifications of Church Property in the Thirteenth Century*. Studies in Church History, vol. 24, 1987.

LEE, Alexander. *Roman Law and Human Liberty: Marsilius of Padua on Property Rights*. Journal of the history of Ideas, Vol. 70, No. 1, 2009.

LEWIS, Ewart. *The 'Positivism' of Marsiglio of Padua*. Speculum, vol. 38, nº 4, p. 1963.

MAIOLO, Francesco. *Medieval Sovereignty: Marsilius of Padua and Bartololus of Saxoferrato*. Amsterdam: Eburon Delft, 2007.

MÄKINEN, Virpi. *Individual Natural Rights in the Discussion on Franciscan Poverty*. Studia Theologica – Nordic Journal of Theology, vol. 53, nº 1, 1999.

NEDERMAN, Cary. *From Defensor Pacis to Defensor Minor: The Problem of Empire in Marsiglio of Padua*. History of Political Thought, vol. 26, nº 3, 1995.

NEDERMAN, Cary. *Property and Protest: Political Theory and Subjective Rights in Fourteenth-Century England*. The Review of Politics, vol. 58, nº. 2, 1996.

REEVE, C. D. C. *Nicomachean Ethics*. Indianapolis: Hackett Publishing Company, Inc., 2014

Sítios consultados:

NEDERMAN, Cary. *William of Pagula's Biography*. Oxford Dictionary of National Biography. Oxford University Press, 2004.

PADUA, Marsilius. *Defensor Pacis*. New York: Columbia University Press, 1956.

.