

A FUNDAMENTAÇÃO FILOSÓFICA DO DIREITO NO PENSAMENTO POLÍTICO DE OCKHAM A PARTIR DO *OPUS NONAGINTA DIERUM*

Alfredo Culleton*

SÍNTESE – Ockham é considerado por muitos como o fundador do direito positivo, por tomar *ius* como uma *potestas* individual. Ele aprofunda sua teoria no *Opus nonaginta dierum*, onde rebate frase por frase uma bula do papa João XXII. Nele define o que vem a ser domínio, propriedade, direito de uso, licença de uso, uso de fato, puro uso, direito do foro, direito do céu (*ius poli*). Com isso, ele está dando fundamentos jurídicos e teológicos ao modo de viver sem propriedade dos frades menores franciscanos.

PALAVRAS-CHAVE – Pobreza. Franciscanismo. Domínio. Poder. Direito positivo. Direito.

ABSTRACT – Ockham is considered by many as the founder of positive right, for taking *ius* as an individual *potestas*. He advances his theory in the *Opus nonaginta dierum*, wherein he confronts sentence after sentence of a pope's John XXII bula. There he defines what comes to be dominium, property, right of use, license of use, factual use, pure use, law of the forum, law of heaven (*ius poli*). With such a terminology, he is giving the juridical and theological foundations to the propriety-free way of live of the minor Franciscan friars.

KEY WORDS – Poverty. Franciscanism. Dominium. Power. Positiv right. Right.

Introdução

Ao longo da história do pensamento filosófico-jurídico, Guilherme de Ockham foi considerado, por muitos, como a fonte originária da doutrina do direito subjetivo, pelo tratamento por ele dado ao conceito de *ius*, considerando-o enquanto *potestas* do indivíduo.¹ A sua ênfase no indivíduo como fonte do direito foi considerada como corolário moral e político da sua metafísica nominalista. O século XIV tem sido freqüentemente associado com o “nascimento” do direito subjetivo como fruto do trabalho e influência de Ockham e do seu nominalismo. O nominalismo e a crítica às realidades universais têm sido vistos como operando paralela-

* Doutor. Professor da Universidade do Vale do Sinos / São Leopoldo, RS. E-mail: alfredoculleton@hotmail.com.

¹ Cf. LAGARDE, Georges de. *La naissance de l'esprit laïque au declin du Moyen Âge*. Paris: Beatrice-Nauwelaerts, 1946 (vol. IV, Ockham: La morale et le droit), p. 164.

VERITAS	Porto Alegre	v. 51	n. 3	Setembro 2006	p. 99-111
---------	--------------	-------	------	---------------	-----------

mente na metafísica e na filosofia moral e política, produzindo trabalhos que igualmente atacavam os grandes sistemas filosóficos do século XIII e as instituições como a “sociedade” e a “Igreja”. Essa visão é reforçada por uma compreensão da filosofia medieval como uma história das duas *viae*, uma *moderna* e outra *antiqua*, nominalismo e realismo, contingente e necessário, confrontando-se dois grandes projetos: por um lado, a grande tradição escolástica e, por outro, o inovador e moderno subjetivismo. Mas, dadas as recentes pesquisas acerca da linguagem dos primeiros franciscanos, no que se refere ao *ius* e à *potestas*,² e com a crescente atenção dada ao tratamento subjetivo de *ius* da parte dos canonistas,³ Ockham deixou de ser lembrado como um inovador e passou a não ter nenhum lugar de destaque na história do direito subjetivo.

Nós entendemos que Ockham tem, sim, um aporte inovador no seu tratamento do termo *ius* e que o seu entendimento não é exatamente o mesmo que o dado pelos antigos textos franciscanos. Ockham desenvolve a noção de direito natural subjetivo em conexão com uma objetivável ordem racional ou lei da natureza, e baseado nas categorias aristotélicas de ato e potência. A esse respeito, A. S. McGrade defende que é indiferente, nesse contexto, que a natureza ockhamista seja dependente da vontade divina.

A questão da vontade todo-poderosa de Deus em relação à lei natural é de uma importância marginal no pensamento político, desde que o apelo de Ockham ao *ius naturale* nos seus escritos políticos está baseado na sua racionalidade, em contraste explícito com a lei positiva.⁴

A natureza racional, enquanto atualidade, funciona sem uma constante referência à liberdade divina; e a noção de moralidade e direito natural é igualmente independente. O fato de Ockham ser, num sentido, um voluntarista, não significa que isso afete a sua noção de um direito subjetivo natural.

Um pouco da história do problema

Os franciscanos pareciam ter vencido a luta contra o secularismo, com a promulgação da Bula *Exiit qui seminatur*, de 1279. Durante os anos subseqüentes, estarão envolvidos nas disputas internas à Ordem, em questões acerca do *usus pauper*.⁵ Para a comunidade franciscana, alguém era pobre, se não possuía nada: era indiferente, se o uso dado às coisas dos outros era luxuoso ou miserável. A ala conhecida como espiritualista sustentava que era parte da pobreza o uso minimi-

² Cf. o trabalho de Paolo Grossi.

³ Cf. o trabalho de Brian Tierney.

⁴ McGRADE, A. S. *The Political Thought of William Ockham*. Cambridge: Cambridge University Press, 1974, p. 175-6.

⁵ Essas disputas estão explicitadas muito claramente nos trabalhos de LEFF, Gordon. *Heresy in the late Middle Ages*. Manchester: [s. n.], 1967. v. 1, (2 vols.), p. 51-166; e em DAMIATA, Marino. *Il problema della povertà*. Firenze: [s. n.], 1978, especialmente o capítulo 8.

zado dos bens de outrem. Grossi⁶ diz que a posição dos espiritualistas subverte a própria base metafísica da tradição franciscana acerca da pobreza, que consistia numa clara distinção entre o mundo material subjetivo e o objetivo. Sugerir, como faziam os espiritualistas, que a pobreza envolvia um aspecto material era confundir (ou fundir) os mundos do objeto e do sujeito. Mas, isso não criou uma nova linguagem acerca do direito; pelo contrário, a vitória dos comunitaristas sobre os espiritualistas garantiu a permanência da linguagem estabelecida.

O próximo desafio seria com aquele que sempre tinha sido o seu refúgio e escudo de defesa: o papado. Em 1322, João XXII reabre o debate acerca da pobreza franciscana, com a Bula *Quia nonnunquam*, primeira de uma série de bulas que culminam com a *Quia vir reprobus*, de 1328. Foi essa Bula que provocou Guilherme de Ockham a dar a sua contribuição na polêmica antipapista, intitulada *Opus nonaginta dierum* (OND), de 1328, uma obra que pretende refutar ponto por ponto a Bula *Quia vir reprobus*. Essa Bula inclui três argumentos principais.⁷ O primeiro é um ataque à idéia de que os frades estão numa situação de absoluta pobreza, porque eles não têm nenhum *dominium*: eles não têm nada que possam chamar de próprio, *proprium* ou *suum*. O Papa usa o direito romano para dizer que, para coisas que são consumidas no seu uso, como no caso da comida, roupa ou bebida, o uso não pode ser separado do *dominium*. Logo, se os franciscanos usam coisas, devem ter *dominium* sobre essas coisas e, conseqüentemente, não são absolutamente pobres.

O segundo ataque de João XXII é ao argumento dos franciscanos de que, pelo fato de estarem sem posse de nenhum bem material, estariam no estado de *perfeição* dos Apóstolos, que venderam tudo e seguiram a Cristo.⁸ A ênfase na pobreza como algo espiritual, mais do que uma questão material, tem sido sempre uma marca distintiva entre dominicanos e franciscanos. E o Papa, mais um legislador do que um teólogo, se vale da teologia dos dominicanos e da autoridade de Tomás de Aquino que os respalda. O terceiro argumento do Papa é acerca da noção de uso. Os franciscanos tinham feito a distinção entre uma *licença de uso* e um *direito de uso*, tendo eles só o primeiro, e não o segundo, ao que o Papa responde ser isso impossível. Dirá o Papa:

Por outra parte, este herege dirá que aquele a quem uma licença de usar algo é dada usa a coisa justa ou injustamente, ou usa a coisa nem justa nem injustamente. Se ele disser injustamente, isto é, em harmonia com a constituição à qual nos referimos anteriormente, que diz quem usa sem direito usa injustamente. Se diz que usa justamente, segue-se conseqüentemente que também o usa de direito; porque o que se faz justamente se faz por direito. Mas se diz que ele a quem a licença de uso é dada usa de

⁶ GROSSI, P. *Usus facti. La nozione di proprietà nell'inaugurazione dell'età nuova*. In: Quaderni Fiorentini I, [s. l.], p. 287-355, 1972.

⁷ O texto da Bula está reproduzido por seções, no cabeçalho de cada capítulo do OND, na *Opera Politica*, na edição de Offler e Sikes, vols. I e II. Manchester, 1963.

⁸ O Papa assegura que "*perfectio siquidem paupertatis evangelicae plus consistit in animo, ut scilicet amore istis temporalibus non adhaereat, quam in carentia temporalium rerum*" OND, cap. 22. Ed. Bennett-Offler, p. 467.

maneira que não seja nem justa nem injusta, isto é falso. Porque é impossível para um ato humano individual ser indiferente, isto é, nem bom ou mau, nem justo ou injusto. Dado que o ato é humano deverá proceder de uma vontade deliberativa, e conseqüentemente feito com algum propósito (que é evidentemente o objeto da vontade), se o propósito da ação é bom, o ato deve ser igualmente bom, mas se o propósito é mau, o ato deve ser mau; como diz Agostinho, no seu livro *De moribus ecclesiae*, de acordo com o propósito será apreciável ou culpável; logo as nossas obras são louváveis ou culpáveis.⁹

Este parágrafo foi colocado na íntegra pela importância que ele tem no resto do debate. Para os franciscanos, demonstrar que eles não têm direitos é parte da demonstração de que eles não têm *dominium* algum, já que a posição dos franciscanos é a de que há identificação entre *dominium* e direito. A estratégia de João XXII é a de demonstrar que os franciscanos têm, sim, direito e, assim, excluir a idéia de que não têm nada. Desta vez, ele ataca a base moral da ação humana. O foco principal não está no *ter*, mas no *fazer*, e, neste caso, no *usar*. A questão não é mais a relação com uma coisa exterior, mas com uma ação subjetiva, traçando um paralelo entre a dicotomia *com justiça – sem justiça*, e *com direito – sem direito*, levando ao limite as possibilidades do agir humano, tornando-se, assim, um debate moral.

O debate em torno do *usus facti*

João XXII se vale, em grande parte, do trabalho de Herveu de Nedellec, que, no momento, era superior-geral da Ordem dos Dominicanos, amigo pessoal e consultor do Papa.¹⁰ O alvo do ataque de Herveu é o argumento dos comunitaristas franciscanos contra os espiritualistas, que consistia em que *quem fazia voto de pobreza usava as coisas, não como próprias, mas como pertencendo a outrem*, considerando isso fora das categorias de justo e injusto, por estarem numa esfera extrajudicial. Mas, ele responde negando a possibilidade de extra-judicialidade para aqueles dotados de razão, sendo que a ação de alguém, capaz do lícito e do ilícito, não pode escapar à qualificação de justo ou injusto. Resultaria imoral para uma criatura racional se tornar voluntariamente irracional.

A tese do *De paupertate Christi* de Herveu de Nedellec se tornara um clássico do discurso sobre a pobreza: a explícita equação entre *dominium* e *ius* punha um enorme peso sobre a diferença entre *suum* e *alienum* e a comparação dos homens sem *dominium* com animais. João XXII reformulara o ataque de Herveu de Nedellec, colocando-o em termos de direito pessoal, no lugar de *dominium*. O *usus facti*, a tese da extrajudicialidade dos franciscanos, será atacado como uma questão moral, e não como uma relação com os bens exteriores. O ser humano não pode atuar de maneira neutra.

⁹ *Ibid.*, cap. 65.

¹⁰ DAMIATA, Marino. *Gugliermo D'Ockham: Povertà e Potere I: Il problema della povertà*. Firenze: Studi Francescani, 1979.

Nesse sentido, Ockham, no seu OND, tinha duas possibilidades: podia voltar a insistir no argumento franciscano da equivalência entre *dominium* e *ius* ou responder desde o próprio campo do Papa. De maneira um tanto idealista, ele intenta dar conta das duas opções: por um lado, deve postular uma teoria do agir humano que não agrida a tradição franciscana; mas, ao mesmo tempo, deve responder ao derradeiro desafio de João XXII acerca da ação moral. Ockham deverá valer-se de todos os seus recursos como filósofo para demonstrar a relação entre o direito e o agir natural da ciência aristotélica e o agir moral da tradição filosófico-moral influenciada por Scotus.

Com vistas a proteger os velhos argumentos franciscanos e formular uma nova teoria do agir, Ockham começa o seu segundo capítulo com uma longa definição dos termos, iniciando por redefinir *usus facti*. *Usus facti* é, aqui, definido como “todo ato que uma pessoa possa exercer com relação a um objeto exterior, tal como comer, beber, vestir, escrever, ler um livro, cavalgar e similares são chamados uso de fato.”¹¹

Mais adiante, Ockham dirá que *usus*, quando aparece isolado, também deve ser entendido como simples uso. O que Ockham faz nesta definição de *usus* é isolar o que é uma pura atividade por si mesma, o “*actus*” da ciência natural de Aristóteles. Ao neutralizar o *usus facti*, está aparentemente sustentando a tese franciscana de que *usus facti* é separável de *dominium*, já que o puro fato exterior de usar é distinguível de qualquer atributo pessoal do sujeito.¹² Novamente, e dando continuidade à tradição franciscana, Ockham atribui este puro ato exterior, que não é nem justo nem injusto, a animais, loucos e crianças: isto é, a irracionais.¹³

Tendo ele isolado esse ato, na sua teoria, terá agora que mostrar que o uso franciscano é um uso lícito de fato. Na prática, Ockham parece concordar com João XXII, no que se refere à necessidade de haver uma distinção entre atos cometidos por racionais e por irracionais, e que nenhum ser racional pode cometer atos moralmente sem qualificação. Para o caso dos racionais, ele propõe a dicotomia entre atos lícitos (moralmente bons) e ilícitos (moralmente maus). Ao mesmo tempo, terá que mostrar que existem atos lícitos justos e atos lícitos neutros. E essa resposta, em termos de filosofia política, tem duas saídas. Por um lado, a saída é focar o ato em si, combinando uma análise aristotélica do ato justo, no Livro V da *Ética*, com uma análise scotista do ato moral, a fim de evitar a simples identificação entre um ato justo e um ato bom. Ockham coloca assim no capítulo 60:

Em quarto lugar, os impugnadores mostram a diferença entre uso justo e uso lícito. Para que essa distinção se torne clara, é necessário saber que o termo *iustitiae* pode ser entendido de três maneiras. Num sentido, pode ser entendido como uma virtude particular, diferente das outras três virtudes cardeais... de acordo com a qual um ho-

¹¹ OND cap. 2, p. 300.

¹² OND cap. 58, p. 551.

¹³ OND cap. 41, p. 524.

mem age justamente com relação a outrem. Num segundo sentido, justiça é entendida como uma certa virtude geral, que é chamada justiça legal, a qual ordena todos os atos das virtudes para o bem comum. Num terceiro sentido, é entendida como uma ordem devida de um ato à razão ou a outra operação, e, nesse sentido, de acordo com alguns, é chamada de justiça em sentido metafórico.¹⁴

Se *iustitia* é tomada no primeiro sentido, como entendemos ser ela tomada por João XXII, logo há uma série de atos humanos que são lícitos e meritórios, mas não são justos, tais como os atos de castidade, coragem, misericórdia, liberdade e muitos outros. De igual maneira, no segundo sentido, há muitos atos humanos que não são contemplados pela lei que está ordenada ao bem comum. O único sentido de *iustitia* no qual o ato justo coincide com o ato lícito ou moralmente bom, é o terceiro, e *nesse sentido todo ato lícito é justo porque é bom e de acordo com a reta razão*. Assim, Ockham consegue defender a posição dos franciscanos de que existem atos humanos que não são justos nem injustos e, ao mesmo tempo, se afasta da possibilidade de serem equiparados a irracionais.

A sua definição de *usus facti*, como um puro *actus* existente enquanto ato, corresponde a um ato neutro, garantindo, assim, a tradição franciscana; *licitus usus facti* é o ato-base que está em conformidade com a reta razão, o ato moralmente bom.

O debate em torno do *usus iuris*

Por outro lado, Ockham desenvolve a noção de potência subjetiva de um ato humano, e é aqui que a sua originalidade aparece. Depois de explicitar o ato lícito, ele introduz a noção de potência lícita. Como o ato lícito, na primeira abordagem, está baseado na noção aristotélica de ato, qualificado pela consonância com a reta razão, na segunda Ockham se vale da noção aristotélica de potência para o ato como base para um conceito de poder lícito. Esse poder lícito é o que Ockham vai propor como sendo um direito.

Se voltamos à série de definições do início do capítulo 2, vemos que a segunda definição, depois da de *usus facti*, é aquela de *usus iuris*, que Ockham diz ter vários significados. Dirá ele: “De qualquer maneira que se tome ‘*usus iuris*’, sempre será algum tipo de direito, e não um ato de uso... (o termo) ‘*iuris*’ é utilizado para o diferenciar de ‘*usus facti*’, que é um ato”.¹⁵ Assim, um direito não é nada que seja ato ou atualidade. Isso é confirmado, quando Ockham faz a quarta definição, a de *ius utendi*.

Em quarto lugar, explica o que seja o direito de uso, dizendo que o direito de uso é um poder lícito de usar um objeto extrínseco, do qual ninguém devia ser privado contra a sua vontade sem culpabilidade da sua parte e sem motivo razoável; e, se devesse ser

¹⁴ OND cap. 60, p. 556-7.

¹⁵ OND cap. 2 p. 302.

privado por algum motivo, ele pode mover uma ação contra a pessoa que o privou perante uma corte.¹⁶

Um direito é uma forma de poder no sentido aristotélico ou uma potência para um ato. Contra os juristas, Ockham argumenta que o direito de usar necessariamente pertence a todos aqueles que têm algum tipo de direito. “O direito de usar [...] pertence àquele que tem puro uso e também àquele que tem usufruto, e não só a eles, mas também pertence, muitas vezes, àquele que tem ‘dominium’ e a propriedade sobre uma coisa”. O termo “puro uso”, *usus nudus*, significa o direito tão só do uso, isto é, como diferente de usufruto, que é o direito de usar e desfrutar os frutos. *Usus nudus* é o que possui o *usuarius*, enquanto que *usufructus* pertence ao *usufructuarius*. É bom lembrar que, neste sentido, *usus nudus*, por ser uma entidade jurídica e conseqüentemente um direito ou poder, é diferente de *usus facti*, que é o puro ato de usar.

Assim, o *usus utendi* é o atributo jurídico básico que justifica a ação pessoal. É, portanto, um poder subjetivo de ação. Não é uma relação de controle sobre coisas, como era *ius* para os primeiros franciscanos. Pelo contrário, a categoria de um poder lícito direcionado a uma determinada ação dá a Ockham a chave para as duas definições de *dominium*. Ockham substitui *dominium* por direito como categoria analítica: “dominium é o principal poder humano de reivindicar e defender uma coisa temporal numa corte humana”; mais precisamente, “dominium é o principal poder humano de reivindicar uma coisa temporal na corte, e de tratá-lo de tal maneira que não seja proibido pela lei natural”.¹⁷

Desta maneira, Ockham caracteriza *ius* ou direito subjetivo como uma *potestas licita*, e não como uma *potestas iusta*. Ao tratar de *actus*, ele tem sido muito cuidadoso ao distinguir entre o justo e o lícito, e este era o núcleo da questão. Um ato pode ser lícito sem ser estritamente justo. Mas, o tratamento dado à *potestas* do justo e do lícito fica um pouco confuso, evidenciando-se somente no trato do *ius naturale* que tentaremos ajudar a esclarecer.

No capítulo 61, Ockham divide *ius utendi* em natural e positivo.¹⁸ O *ius utendi* positivo é *ius utendi* no modo como já o temos visto anteriormente. É uma *licita potestas*, mas é claramente justa no sentido de jurídica. Esta era a que faltava aos franciscanos. De qualquer maneira, esse rigor jurídico apela, não só ao direito humano positivo, mas também ao direito natural de usar, o qual “é comum a todos os homens, porque é dado por natureza e não por qualquer convenção”. Nenhum ser humano pode estar sem esse direito: “A vida dos mortais não pode estar sem direito natural, porque ninguém pode renunciar a tal direito”. No entanto, apesar de toda pessoa ter esse direito todo o tempo, ela não o tem a todo momento: ela só o tem, na prática, no momento de extrema necessidade, quando, sob a autoridade desse direito ela o usará para qualquer coisa que necessitar para sustentar a sua vida. Que esse direito natural é um direito no mesmo sentido forte de um

¹⁶ OND cap. 2, p. 302.

¹⁷ OND cap. 2, p. 306.

¹⁸ OND cap 61, p. 560.

direito positivo é claro, desde o momento em que Ockham admite o argumento de que os frades devem ter algum tipo de direito no que usam, porque eles têm um direito natural. Ele admite que, num momento de extrema necessidade, os frades têm o direito de usar, como qualquer outro, o direito natural de uso. Mas, dado que os frades não estão permanentemente em estado de extrema necessidade, eles não têm tal direito de uso sobre as coisas que usam em outros momentos, mas somente uma *licentia utendi*, que não é um *ius* em nenhum sentido:

Os irmãos têm a licença de usar as coisas em outros tempos que não os de extrema necessidade; mas, não têm o direito de usar nada, exceto em tempos de extrema necessidade, conseqüentemente uma licença de uso não é um direito de uso.¹⁹

Fora do tempo de extrema necessidade, usam as coisas por licença, e não por direito, nem sequer por direito natural. Argumentar contrariamente significaria aceitar o argumento papal.

Conseqüentemente, Ockham usa o termo *potestas licita* para direito no sentido estrito, seja natural ou positivo (ambos os casos são omitidos pelos frades menores, salvo em caso de extrema necessidade); mas, é claro que pretende usar a noção de *licita potestas utendi* como o poder pelo qual os frades usam as coisas fora da extrema necessidade. Parece haver a necessidade de argumentar por um *actus licitus* ou *consonans rationi rectae*, como um poder que não seria estritamente justo, mas somente lícito. Dirá ele:

Para que o uso de fato seja lícito, o poder lícito geral de usar é suficiente [...] o poder lícito geral de usar é o poder de usar, que Deus depois ou antes da queda deu a toda a espécie humana, na pessoa dos nossos primeiros pais [...] como a existência de tal poder de usar o uso de fato pode ser lícito [...] se, por isso, deve haver para coisas consumíveis que não estão no *dominium* de alguém, o poder geral de usar é suficiente para isto, que alguém possa licitamente usá-lo, se não houver nenhum outro impedimento.²⁰

Ockham trabalha o conceito de *poder geral*, no capítulo 14. De acordo com ele, nesse capítulo, Deus, ao criar o homem, deu-lhe duas coisas. Primeiramente, deu o *dominium* sobre todas as outras criaturas. Ockham é cuidadoso ao deixar claro, para João XXII, que não era nenhum tipo de direito de propriedade sobre o resto da criação, mas, preferentemente, o poder de governar e reger sem encontrar resistência. Em segundo lugar, Deus deu ao homem, e a todos os outros animais, o poder de usar certas coisas. Ao perder o *dominium* original, com a queda, daí em diante o homem deveria submeter o mundo pela força, mas o poder de usar as coisas exteriores se preservou.²¹

Dirá ele que nisso os seus opositores pretendem encontrar dois erros: o primeiro seria o de que o uso de fato, separado do *dominium* da coisa, não pode dar-se de coisas consumíveis pelo uso, isto é, coisas que deixam de existir pelo seu

¹⁹ OND cap. 61, p. 560.

²⁰ OND cap. 4, p. 334.

²¹ *Ibid.*, cap. 14, p. 432.

uso; em segundo lugar, que um direito de uso, separado do *dominium* sobre a coisa, não se pode ter em tais coisas. Mas, Ockham admite essas duas proposições. Já os opositores admitem uma terceira coisa, que, em certas coisas consumíveis pelo uso, não é possível ter direito de uso separadamente de *dominium* – eles o admitem tomando “direito de uso” no seu sentido próprio. Eles dizem que essa proposição negativa tem uma razão para ser verdadeira, qual seja: em tais coisas consumíveis pelo uso, não é possível ter um direito de uso, porque um direito de uso é um direito de usar a coisa de um outro, preservando a sua substância; conseqüentemente, em muitas coisas consumíveis pelo uso, um direito de uso, no sentido próprio, não pode ser tido ou estabelecido; e, conseqüentemente, em tais coisas, um direito de uso separado de *dominium* não pode ser tido, porque neles um direito de uso em sentido próprio não pode ser obtido.

Dirão eles que não pretendem negar, em todos os sentidos, a proposição de que “os Frades Menores não devem ser reconhecidos como simples usuários em coisas consumidas pelo uso”, e não querem dizer o seu contrário em todos os sentidos. Como já foi dito, se a palavra “usuário” corresponde, em algum sentido, à palavra “uso”, como usada para direito de uso, logo eles admitem que, nesse sentido, os Frades Menores não são simples usuários, nem em coisas consumíveis pelo uso, nem em coisas não consumidas pelo uso, porque, em nenhum dos casos, são seus usuários, por não terem direito de uso sobre nada. Mas, se a palavra “usuário” corresponde em sentido à palavra “uso”, como usada no uso de fato, logo eles admitem que, nesse sentido, os Frades Menores são simples usuários, isto é, usam coisas, sem ter nenhum direito pelo qual podem litigar numa corte.²²

A distinção com o ladrão. *Ius fori e ius poli*

Mas, o principal problema de Ockham não está em explicar o uso de bens que não têm dono. Os franciscanos, de fato, tinham que justificar o uso de bens de outrem e por que razão um ladrão não poderia usar tais bens. Ockham responde, no capítulo 14, que, no caso do ladrão, existe um empecilho ao poder de usar tais bens, qual seja o de que pertencem a outrem, o que faz dessa ação um ato ilícito. Ele especifica que, no caso de extrema necessidade, não há nenhum tipo de impedimento. Isso não ajuda muito. Vejamos, agora, o quanto o capítulo 65 pode nos ajudar.

Nesse capítulo, é o conceito de *ius* que é central. João XXII responde a Miguel de Cesena com um dilema: tinham os franciscanos direito à comida, roupa, habitação, ou não o tinham? Se tinham, logo a sua pretensão de ter renunciado a tudo não fazia sentido. Mas, se não tinham direito sobre as coisas que usavam, logo o seu uso sobre tais coisas era *iniustum* e equivocado. (A posição do Papa supõe uma dependência e decorrência entre *ius* e *dominium*). “A resposta de Ockham, dirão A. MacGrade e John Kilcullen, é um dos textos mais importantes

²² OND cap. 2, p. 34.

sobre direito natural a serem encontrados em toda a sua obra”.²³ Ele distingue entre o direito do foro ou a lei-da-corte (*ius fori*) e o direito do céu (*ius poli*), fundamentalmente um direito natural. O último é aquele pelo qual pessoas vivendo sem instituições legais positivadas podem licitamente fazer uso das coisas materiais necessárias para o seu sustento e conforto. O efeito de direitos de propriedade incorporados em instituições legais positivas (*ius fori*) é para tornar mais condensado o comum *ius poli* original, no qual, originalmente, ninguém pode usar licitamente nada que pertença a outrem sem a sua autorização, sendo uma exceção o caso de extrema necessidade. O efeito da “licença de uso”, dado por outros aos frades, não é para conferir um direito positivo legal a eles, mas para cancelar a abreviação do direito natural comum original. A prova desta distinção é que, se um dono retira a licença, os frades não teriam nenhum recurso numa corte legal, assim como teriam se lhes tivesse sido dado um *ius fori*.

A resposta dada ao desafio de João XXII é que o modo dos frades de possuir e usar os bens materiais, um dos vários modos de possuir diferentes do ser dono que Ockham considera neste capítulo, não é injusto, por estar de acordo com o direito à lei do céu, assim como não tem um direito legal positivo. Tentaremos analisar cada um dos termos que compõem este argumento central, por serem estes elementos a base original do pensamento político de Ockham.

Ockham, na tentativa de esclarecer estas dificuldades, introduz duas novas categorias: *ius poli* e *ius fori*, que, grosseiramente, poderiam ser traduzidos por direito do céu e direito do foro. Esta distinção pertence a Agostinho e foi incorporada por Graciano no *Decretum* (C. 17, Q. 4, c. 43). Para Ockham, estas são categorias que correspondem tanto ao direito subjetivo como ao objetivo. No sentido objetivo, *ius fori* é

“a coisa justa, que é tirada de um pacto explícito ou ordenamento humano ou divino”; e *ius poli* é a “natural eqüidade, que, sem nenhum ordenamento puramente positivo, humano ou divino, é consonante com a reta razão, sendo ela consonante com a pura reta razão natural, ou com a reta razão entendida daquelas coisas que são divinamente reveladas a nós”.²⁴

No sentido subjetivo, “*ius poli* não é outra coisa que um poder em conformidade à reta razão; *ius fori* é um poder que tem origem num acordo, às vezes conforme à reta razão, às vezes não”. *Ius poli*, tanto objetiva como subjetivamente, inclui tanto o *ius naturale* (todo direito natural pertence ao *ius poli*) quanto o *ius divinum* (porque inclui todas as coisas que são consoantes com a reta razão revelada).

Ius poli subjetivo é, conseqüentemente, a *licita potestas* que corresponde ao *actus licitus* da primeira das respostas de Ockham ao Papa: uma *potestas consonans rationi rectae*. Mas, ao mesmo tempo, fica claro que ele considera *ius poli* e

²³ A. MacGRADE e John KILCULLEN, na introdução a *A letter to the Friars Minor and other writings*, texto editado por estes e publicado pela Cambridge University Press, 1995, p. xvi.

²⁴ OND cap. 65, p. 575.

ius naturale como o poder pelo qual todo indivíduo pode fazer uso das coisas, em caso de extrema necessidade.

O peso do *ius fori* vem de dois sentidos: por um lado, a explicitação positiva de um pacto ou decreto humano ou divino; pelo outro, *ius fori* pode ser chamado de lei do costume, no mais amplo sentido do termo. Para isto, Ockham cita nada menos que a autoridade de Graciano, que diz “a lei do costume surgida depois da lei natural no tempo em que os homens se reuniam e começaram a morar no mesmo lugar”.²⁵ Por essas palavras de Ockham, devemos entender que esse direito é estabelecido por ordem ou pacto humano. Depois que esse pacto ou ordenamento for estabelecido pelo costume ou lei, não deve ser violado por ninguém, no sentido da *ordem atual das coisas*. Para referendar isso, se vale de Agostinho, no Livro II das suas *Confissões*, onde diz que “afrontas aos costumes dos homens devem ser evitadas de acordo com a diversidade dos costumes, para que um acordo realizado entre eles e confirmado pelo costume ou pela lei de um povo ou cidade não seja violado pela licenciosidade de um cidadão ou estrangeiro”, apesar de que, extraordinariamente, esse direito pode ser suspenso pela autoridade de um superior. Também se valerá da autoridade de Isidoro, que afirma: “Todo direito se sustenta pela lei e pelo costume”. E volta a insistir com palavras de Agostinho: “No caso dessas leis, apesar de os homens as julgarem ao estabelecê-las, uma vez estabelecidas e confirmadas, não será lícito ao juiz julgá-las, mas deve julgar por elas”.²⁶ A insistência de Ockham de que as leis estabelecidas pela ação e vontade humana não podem ser violadas nem pela vontade do juiz é uma clara referência à impossibilidade de João XXII violar a regra do fundador dos Franciscanos, tornada costume na Ordem e instituída pelo Papa Inocêncio III.

O problema é que, se *as leis humanamente instituídas não podem ser quebradas à vontade*, segue-se que uma licença, que por lei positiva pode ser revogada pela vontade de quem a concedeu, não pode ser reconhecida como parte da lei positiva e está fora da esfera da lei positiva. A *licentia utendi* concedida aos franciscanos pelos papas anteriores pode ser retirada a qualquer momento e não constitui um estatuto legal. Ockham tem que encontrar um outro estatuto que não seja o legal, nem a licença, mas sim o *ius poli*, para garantir o direito de não ter direito.

Colocaremos a sua definição de *ius poli* na íntegra, por considerar que devemos tê-la presente na hora de analisar cada uma das partes que a compõem.

O *ius poli* pode ser chamado equidade natural, sem qualquer ordenamento humano ou qualquer ordenamento positivo divino, e está em harmonia com a reta razão (*rationi rectae*), tanto na forma puramente natural de reta razão, ou nas deduções da reta razão daquelas coisas que são divinamente reveladas a nós (*divinitus revelata*). Conseqüentemente, este *ius* é por vezes chamado lei natural, porque toda lei natural pertence ao *ius poli*. Às vezes, é chamado lei divina, porque há muitas coisas que estão em con-

²⁵ *Decretales* Prima pars, dist. vii, c. 3.

²⁶ É importante destacar que as referências feitas por Ockham aos textos desses autores não são tiradas das próprias obras dos autores, mas do *Decretum* de Graciano. Isso indica dois elementos importantes: o domínio de Ockham dos textos canônicos e a vontade de argumentar no mesmo campo de João XXII, que era um canonista.

formidade com a reta razão nas suas deduções da revelação divina que não estão (no entanto) em conformidade com as deduções da reta razão puramente natural. Por exemplo, está em conformidade com a reta razão, a partir dos dogmas da fé, que quem prega as Escrituras deve ser sustentado pelos bens daqueles para os quais prega (ao menos se não tem outro meio de sustentação), ainda isto não pode ser provado por um argumento puramente racional, assim como não pode ser suficientemente provado por tal argumento que as coisas que eles pregam sejam verdades, úteis e necessárias para aqueles aos quais prega.²⁷

A base da definição de *ius poli* não está em nenhuma dedução extraída da lei eterna, à qual Ockham, nas suas obras de Oxford, tinha negado existência enquanto realidades, no sentido de Tomás de Aquino, mas o fundamenta em dois elementos distintos, que são a *ratio recta* e a revelação divina. Não está explicitado, aqui, que esta última deve ser identificada com a Sagrada Escritura, mas sabemos, por outras referências do trabalho de Ockham, que esse era o caso.

A *ratio recta pure naturali* torna evidente que todo homem tem direito aos meios de preservar a vida; a lei natural *divinitus revelata* deixa evidente que aqueles que fazem voto de pobreza por causa das Escrituras têm o direito de se manter do *bonis horum quibus praedicant*. A resposta a João XXII está querendo mostrar que, pela Regra e a Sagrada Escritura, a Ordem dos franciscanos está completamente fora do *ius fori*. Mas, cabe ainda perguntar se, mesmo assim, o Papa não teria autoridade de tirar a *licentia utendi* e obrigar a Ordem a assumir a propriedade, ao que Ockham responderia que não. João XXII poderia desfazer a *licentia utendi* pelo *ius fori*, mas não pelo *ius poli*, que lhes assegura todos os direitos de usar os bens materiais *ad sustentationem vitae* e, assim, superar o *ius fori*; por outro lado, os preceitos da Escritura, que são *ius poli*, permitem à Ordem assumir o *ius utendi* por si mesmo. Conseqüentemente, o caso dos franciscanos tem a sanção, não só da *Exiit qui seminat*, mas também da lei da natureza.

No mesmo capítulo 65, insiste na necessidade de não confundir *ius fori* com *ius poli*, esclarecendo que *ius poli* não é outra coisa que uma autoridade conforme a reta razão, sem nenhum pacto; enquanto o *ius fori* é uma autoridade derivada de um pacto que algumas vezes está em conformidade com a reta razão, e outras não. Mas, ninguém, dirá ele, possui alguma coisa de maneira moralmente boa, a não ser que a possua de acordo com a reta razão, e, conseqüentemente, aquele que possui uma coisa de maneira moralmente boa a possui ou por *ius poli* ou por *ius fori*; e quem a possui por *ius poli* a possui bem.

Vai dizer Ockham que nenhum novo direito se está dando a quem é concedida uma licença, e argumenta da seguinte maneira: todo direito ou é divino ou é humano, e, se é humano, é um direito, ou natural e do céu, ou é positivo ou do foro. Mas, é certo que tal permissão ou licença não concede nenhum direito divino ou direito do céu ou direito natural. Se, conseqüentemente, um direito é concedido sobre alguém por ter uma licença, tal direito pertence ao direito do foro, e, conseqüentemente, usará a coisa com o direito do foro. Isto é falso, de acordo com

²⁷ OND 65, p. 574.

Ockham, porque, por cada direito do foro pode-se pleitear numa corte; mas, tal pessoa não tem nenhum direito de litigar na corte, conseqüentemente não tem nenhum direito do foro, o que é o caso dos franciscanos. Estes o usam por força do *ius poli*. Mas, “é quando têm licença ou permissão que eles usam por primeiro a coisa licitamente pelo direito do céu, e não antes”; tal licença remove o que por natureza proibia o uso daquilo que não lhes pertencia num estado que não fosse o de extrema necessidade.

Dessa maneira, fica claro no argumento de Ockham que, se os franciscanos não têm sobre as coisas nenhum direito positivo, e eles usavam as coisas licitamente, faziam-no por força de um *ius poli*, e não por um *ius fori*, enquanto estivessem num estado que não fosse o de extrema necessidade: porque ninguém pode renunciar ao direito natural de usar, mas podem sim, por voto, renunciar a ter qualquer coisa deles próprios ou qualquer direito próprio sobre coisas temporais, de tal maneira que nada do que usam o fazem com o direito de foro. Se, conseqüentemente, devem usar de coisas que não lhes são próprias para viver, aquilo que os impede deve ser removido; é removido pela permissão ou licença da pessoa a quem é permitido dar licenças e permissões. E, quando isso é removido, o *ius poli* pode tornar-se um ato. Porque, quando há uma coisa que é passível de ser apropriada, mas ainda não o é, pode ser usada pelo *ius poli* porque, a respeito dessa coisa, não há impedimento proibindo o direito natural de uso se transformar num ato de usar.

Nesse último parágrafo do capítulo 65 do OND, que acabamos de parafrasear, chama muito a atenção o papel fundamental da *licentia*, segundo a qual se torna impróprio o exercício do *ius poli*. Este parece depender da *licentia* para poder ser exercido, no caso de uso de bens submetidos ao *ius poli*, a propriedade. Essa licença, que aparentemente é o elemento menos institucional ou formal, não-sujeito à reta razão nem a pactos, é a pedra angular que sustenta toda a estrutura do direito expressa neste texto. O porquê disso é a exigência de responder à questão que antes colocamos, que era a de saber o que distingue o uso que um franciscano faz das coisas dos outros e o de um ladrão. Com a *licentia*, isso fica resolvido.

Todos os argumentos expostos no OND não só não compõem um tratado de filosofia jurídica nem política como, muito menos, não nos deixam ver com clareza qual o pensamento político-jurídico de Ockham. Devemos tratá-lo dentro da sua significação contextual e pré-textual, que é a de responder com a maior clareza possível que o Papa pertence ao *ius fori*, e a questão do direito à pobreza franciscana corresponde ao *ius poli*. E isso fica suficientemente esclarecido na complexidade dos seus argumentos, que pretendemos não só ter compreendido como ter ajudado a entender.