

Ius Gentium e Direito Internacional: identificação ou sobreposição?

Luciene Dal Ri*
Clóvis Demarchi**

Resumo

Neste artigo questiona-se a identificação do conceito romano de *ius gentium* com aquele de direito internacional moderno. Para responder o questionamento, busca-se identificar as características do *ius* que regulava as relações de Roma com outros povos e reis e as situações jurídicas que envolviam os estrangeiros. Observou-se que a aplicação do conceito moderno de direito internacional à antiguidade romana gera a mutilação da realidade histórica e dificulta a compreensão do seu universalismo, em suas especificidades culturais. Este artigo contribui para desconstruir a identificação do *ius gentium* romano com o conceito de direito internacional moderno.

Palavras-chave: Direito romano. *Ius gentium*. *Ius fetiale*. Direito internacional.

Recebido em: 07/06/2017 | Aprovado em: 10/08/2017

<http://dx.doi.org/10.5335/rjd.v31i2.7842>

* Doutora em Direito Civil-romanístico pela Università degli Studi di Roma – La Sapienza. Mestre em Estudos Medievais pela Pontifícia Università Antonianum. Professora no curso de graduação em Direito e no programa de pós-graduação *stricto sensu*, Mestrado e Doutorado, em Ciência Jurídica na Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI) e no curso de graduação em Direito do Centro Universitário Católica de Santa Catarina. E-mail: luciene.dalri@univali.br.

** Doutor em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí, Doutorado Sanduíche com a Universidade do Minho, Braga - Portugal com Bolsa CAPES; Mestre em Ciência Jurídica. Professor titular da Universidade do Vale do Itajaí nos cursos de graduação, Mestrado e Doutorado. Avaliador de Instituições e de Cursos de Ensino Superior - SINAES. Membro do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI. Membro da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência (SBPC). E-mail: demarchi@univali.br.

Introdução

As teorias sobre a história do direito internacional apresentam diferentes marcos e etapas, convergindo principalmente para dois possíveis períodos iniciais, a antiguidade e a modernidade.¹

Na antiguidade, o direito internacional seria identificado com o *ius fetiale* e com o *ius gentium*. Tendo demonstrado por meio de outro artigo a inaplicabilidade da sobreposição do conceito de direito internacional ao de *ius fetiale*, questiona-se então se a concepção moderna de direito internacional pode ser identificada com o *ius gentium*, ou devemos compreender o *ius* romano como fruto de um contexto histórico e geográfico específico?²

Analisa-se a hipótese de identificação entre o direito internacional e o *ius gentium*, no contexto da Roma antiga, como defende Casella³, considerando o uso pela historiografia de conceitos modernos em relação à realidade romana antiga.⁴

Na busca por delinear os conceitos concernentes ao *ius gentium* e a sua (im)possível identificação com o direito internacional, este artigo divide-se em quatro partes: a primeira parte é voltada à análise, do *ius fetiale*, complexo de institutos e normas precedente ao *ius gentium* e sua interpretação como direito internacional; a segunda parte é voltada à compreensão do *ius* como sistema jurídico religioso; a terceira parte aborda o *ius gentium*, como complexo de normas e institutos jurídicos que surge durante a República romana e a quarta parte trata da (im)possível identificação do *ius gentium* como direito internacional e da sobreposição da natureza da realidade moderna àquela antiga.

¹ Le Fur indica quatro grandes períodos do direito internacional (sem contar o atual): a antiguidade (no que concerne à China antiga); da queda de Roma até a descoberta da América; dos tratados de Westfália até o fim do século XVIII; de 1789 à guerra de 1914 (LE FUR, Louis. *Précis de droit international public*. Paris: Dalloz, 1939, p. 20 ss). A atribuição do surgimento do direito internacional à modernidade encontra algumas teorias-chaves, dentre as quais limito-me a citar a teoria do direito natural, por meio do pensamento de Hugo Grócio, bem como as teorias positivistas que encontram respaldo no século XIX e as teorias não voluntaristas do século XX (BEDIN, Gilmar Antônio. *Direito Internacional e sua Trajetória Histórica*. In: GUERRA, Sidney (editor.). *Tratado de Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2008).

² Cita-se como exemplo de autores que entendem o *ius gentium* como direito internacional: ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulalio do Nascimento. *Manual de direito internacional público*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 6; CASELLA, Paulo de Borba. *Ius gentium e os BRICS*. *Cadernos de Pós-graduação*, n. 12, 2012, p. 6 e 7.

³ Casella, 2012, p. 23.

⁴ Catalano, Pierangelo. *Diritto e Persone*. Torino: Giappichelli, 1990, p. 31.

O *ius fetiale* e as fontes antigas

O primeiro complexo de institutos e normas jurídicas a regular as relações de Roma com outros povos e reis é o *ius fetiale*. A identificação entre esse complexo de normas e institutos e o Direito Internacional, deve-se ao caráter normativo do *ius fetiale* nas relações de Roma, particularmente durante o período régio⁵ e republicano.⁶

Fontes latinas⁷ relatam a existência dos sacerdotes feciais e sua função de realizar, por meio de rituais, atos de caráter jurídico-religioso entre o povo romano e outros povos ou reis. Paulo Diácono, por exemplo, relata que os feciais “faziam” o direito de paz e de guerra. O objetivo do *ius fetiale* era garantir a proteção dos deuses à Roma por meio da realização de rituais dos sacerdotes feciais, que anunciam em plano divino as decisões e as atividades humanas. O papel desses sacerdotes é lançar os fundamentos místicos do *ius* (direito romano) fora do *ager* (território) romano, por meio dos seus rituais.⁸

As atividades atribuídas aos feciais são concernentes à guerra justa;⁹ ao procedimento para a declaração de guerra, em algumas de suas etapas;¹⁰ à declaração de guerra em si;¹¹ à atividade de caráter jurisprudencial, como o *decretum* e o *responsum* emitidos sobre a correta forma de declaração de guerra;¹² à realização de “tratados” (*foedera*);¹³ ao pedido de ressarcimento de dano (*rerum*

⁵ Passagens que caracterizam o *ius fetiale*: Dionísio de Halicarnasso (2,72) e Plutarco (*Numa* 12,4; *Cam.* 18) atribuem a origem dos feciais ao reinado de Numa Pompílio; em contraposição Cícero (*rep.* 2,17,31) e Diodoro (8,22,3) afirmam a origem dos feciais ao reinado de Tulo Hostílio; e por último Servio (*Aen.* 10,14) e (Ps.) Aurélio Victor Afer (*vir. Ill.* 5,4) asseveram que os feciais foram instituídos por Anco Marcio. Sobre o tema, ver DAL RI, Luciene. *Ius Fetiale. As origens do direito internacional no universalismo romano*. Ijuí: Unijuí, 2011, p. 83 ss. DAL RI, Luciene. As interpretações do *ius fetiale* e a inaplicabilidade de conceitos modernos à cultura romana antiga. *Seqüência*, n. 60, 2010, pp. 225-255.

⁶ Passagens que caracterizam o *ius gentium*: Gai. *Inst.* 1,1; *Dig.* 1,1,1,4; 1,1,4; *Inst.* 1,2,1 s. (ver LOMBARDI, Gabrio. *Sul concetto di “ius gentium”*. Roma: Istituto di diritto romano, 1947).

⁷ Algumas fontes latinas que atestam a importância e atividade dos feciais: Varro, *ling. Lat.* 5,86; Varro, *pop. Rom.* 2,75; Cic. *rep.* 2,17,31; Cic. *off.* 1,11,36; Tito Lívio 1,24,4-10; 1,32,5-14; Paulo Diácono, *Fest. ep.* p. 81; Aulo Gelio 16,4,1; Nonio Marcelo 12 p. 617 Q; Servio 9,52 e 10,14. Têm-se também algumas fontes gregas que atestam a importância e atividade dos feciais: Dionísio de Halicarnasso 2,72; Plutarco, *Numa* 12,4; Políbio, *Hist.* 3,25,6-9; Dione Cassio 71,33,3. (LOMBARDI, 1947).

⁸ DUMÉZIL, Georges. *La religion romaine archaïque*. Paris: Payot & Rivages, 2000, p. 579 ss.

⁹ Varro, *ling.* 5,86; *pop. Rom.* 2,75; Cic. *rep.* 2,31; *off.* 1,11,36; *leg.* 2,9,21 (LOMBARDI, 1947).

¹⁰ *Testatio deorum* e relato ao rei para a consulta ao senado: Liv. 1,32,9-10; 1,32,11-12. (LOMBARDI, 1947).

¹¹ Cic. *rep.* 2,31; Cic. *off.* 1,11,36; Liv. 1,32,12; 7,32,1; Gell. 16,4,1; Serv. *Aen.* 4,242; 8,641; 9,52; 10,14; 12,120; Isid. 8,11,48. (LOMBARDI, 1947).

¹² Liv. 31,8,3-4 e 36,3,7-12 (LOMBARDI, 1947).

¹³ Varro, *ling.* 5,86; Cic. *leg.* 2,9,21; Liv. 1,24,4-6; 9,5,1; 9,5,3; 9,5,4; 9,11,8; 30,43,9; Svet. *Claud.* 25,5; Serv. 1,62; 12,120; Isid. 18,1,11. (LOMBARDI, 1947).

repetitio);¹⁴ à entrega (*deditio*) de coisas e homens, enquanto forma de dissolver um vínculo ou “ressarcir” um dano;¹⁵ bem como a *deditio* de povos.

A atividade dos feciais ganha particular importância com a expansão romana dentro da comunidade latina e posteriormente itálica, sendo um importante ponto de referência normativo nas relações externas de Roma. A aplicação do *ius fetiale* entra em declínio no final da república, em concomitância com o desenvolvimento do *ius gentium*, um complexo de normas e institutos jurídicos menos ritualizado, mais dinâmico e aderente à realidade romana de então.¹⁶

A busca dos modernos na antiguidade

O interesse pelas normas aplicadas pelos romanos nas relações com outros povos e reis não é recente, mas constatada no final do século XVI, por meio das obras de Alberico Gentili¹⁷ e de Richard Zouche¹⁸ que encontram em escritores gregos e latinos, opiniões e testemunhos acerca dos costumes “internacionais”.

A doutrina¹⁹ segue em parte essa tendência, baseando os trabalhos em “direito internacional” nas fontes antigas que relatam as normas do *ius fetiale* e do *ius gentium*.

¹⁴ Varro, *pop. Rom.* 2,75; Cic. *off.* 1,11,36; Liv. 4,30,13; 4,58,1; 7,6,7; 7,9,2; 7,16,2; 7,32,1; 8,22,8; 8,39,13; 9,45,6; 10,45,7; (Ps.) Aur. Victor *Afer, Ill. vir.* 5,4; Serv. *Aen.* 9,52; 10,14. (LOMBARDI, 1947).

¹⁵ Varro, *pop. Rom.* 3,93; Liv. 9,8,5; 9,9,3; 9,10,7-10; 9,11,8-11; Vell. Pat. 2,1,5; 2,2,1; Val. Max. 6,6,3; 6,6,5, Gell. 17,21,36. (LOMBARDI, 1947).

¹⁶ Observa-se que até o século II d.C. ainda se encontra referências à realização dos rituais do colégio dos feciais (CATALANO, 1990, p. 20).

¹⁷ Alberico Gentili nasceu em São Ginésio no ano de 1552 e morreu em Londres no ano de 1608 (GENTILI, Alberico. *O Direito de guerra*. Ijuí: Unijuí, 2005, p. 51, I). A preocupação de Gentili com o *ius fetiale* é fruto da importância que a cultura política humanística e o direito romano, além da praxe seguida pelos Estados da época, têm no pensamento do autor. Recordo que as obras de Gentili tiveram uma importante influência sobre os pensadores sucessivos, do século XVII, e em particular sobre Ugo Grócio. Ver: PANIZZA, Diego. Alberico Gentili: vicenda umana e intellettuale di un giurista italiano nell’Inghilterra elisabettiana. In: *Alberico Gentili. Giurista e intellettuale globale. Atti del convegno Prima Giornata Gentiliana*: Milano: Giuffrè, 1988, p. 41 ss. e 52 ss.

¹⁸ Richard Zouche nasceu em Ansty, Wiltshire, no ano de 1590 e morreu em Londres no ano de 1661 (ZOUCHÉ, Richard. *Iuris et Iudicii Fecialis, sive, Iuris Inter Gentes et Quaestionum de Eodem Explicatio*. Washington: Carnegie Institution of Washington, 1911, p. 2). Sobre Zouche ver: LA PRADELLE, Albert de. *Maitres et Doctrines du Droit des Gens*. 2. ed. Paris: Les éditions internationales, 1950, p. 102-106.

¹⁹ Sobre as interpretações dadas ao *ius fetiale*, ver DAL RI, 2011, p. 83-111. Sobre a identificação ao *ius fetiale* e ao *ius gentium*: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Os rumos do direito internacional contemporâneo: de um jus inter gentes a um novo jus gentium no século XXI. In: *O direito internacional em um mundo em transformação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 1086; MACEDO, Paulo E. V. B. A genealogia da noção de Direito Internacional. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, I, 2010, p. 21; CASELLA, 2012, p. 23.

Desde o século XVIII²⁰, observa-se que a pesquisa às fontes romanas passa a ser feita com maior análise crítica, incluindo as fontes relativas ao *ius fetiale*, denotando que esse não tem somente características jurídicas, mas pela sua própria natureza de *ius* mais antigo, também tem características religiosas. O *ius gentium* por ser menos ritualizado desperta menor debate quanto ao seu caráter religioso e a sua juridicidade.

No século XIX, a interpretação das passagens relativas ao *ius fetiale* é realizada principalmente por meio da concepção formal-religiosa ou da concepção jurídica, evidenciando a influência positivista por meio da separação entre direito e religião.

Como exemplo de trabalhos de cunho positivista que separam o direito da religião e acabam por não reconhecer valor jurídico ao *ius fetiale*, tem-se os trabalhos de Rein²¹ em 1844, Laurent²² em 1850, Voigt²³ em 1852 e Ramsay em 1875²⁴. Esses autores afirmam, por exemplo, a natureza formal e religiosa do *ius fetiale*. Essa concepção influencia fortemente a doutrina da época não apenas nos estudos de cunho jurídico, mas também naqueles de cunho religioso. Nesse sentido, Mommsen²⁵ evidencia apenas a natureza religiosa do *ius fetiale*, negando a sua juridicidade e a identificação com o conceito moderno de “direito internacional”.²⁶

Em paralelo à corrente positivista, desenvolve-se na doutrina uma diversa concepção de *ius*, e consequentemente de *ius fetiale*, na qual o aspecto religioso

²⁰ Sobre a análise da doutrina anterior ao século XIX, ver: SINI, Francesco. *Documenti sacerdotali di Roma antica*. Sassari: Dessì, 1983, p. 45. Sobre a importância da anterior crítica das fontes ver: BARBAGALLO, Corrado. *Il problema delle origini di Roma. Da Vico a noi*. Milano: Unitas, 1926, p. 3 ss.

²¹ REIN, Wilhelm. *Fetiales*, em *Real-encyclopädie der classischen Alterthumswissenschaft*. Stuttgart: J. B. Metzler, 1844, p. 466 ss.

²² LAURENT, Francois. *Histoire du droit de gens et des relations internationales*, III. Gand: L. Hebbelynck, J. B. Merry, 1850, p. 12 ss. Inicialmente os feciais seriam os juízes da legitimidade das guerras, posteriormente a intervenção deles teria sido relativa apenas à certas solenidades, denotando que uma guerra é justa quando as cerimônias religiosas foram corretamente realizadas pelos feciais.

²³ Nesse sentido, Voigt mesmo afirmando que os “*Fetiales sunt institutum juris gentium Italicarum*”, especifica que os princípios e a matéria de direito cabem ao *ius gentium*, enquanto o rito e as cerimônias, assim como as generalidades das formas relativas às relações cabem aos *fetiales* (VOIGT, Mauritius. *De fetialibus populi romani*, quaestionis specimen. Lipsiae: Staritz, 1852, p. 8 e 12). Sobre *ius gentium* como “*Völkrecht*”, ver: VOIGT, Mauritius. *Das jus naturale, aequum et bonum und ius gentium der Römer* II. Leipzig: E. G. Günther, 1858, p. 8 e 24 s.

²⁴ Ramsay, William. *Fetiales*, em *Dictionary of Greek and Roman Antiquities*. London: John Murray, 1875, p. 530 s.

²⁵ Mommsen, Theodor. *Römische Staatsrecht* I. Leipzig: Teubner, 1887, p. 235 e 249 ss. Na obra de Mommsen, em período real, o rei, une em si sacerdócio e magistratura em uma sobreposição de cargos que pode refletir uma sobreposição dos aspectos jurídico e religioso. Tal fato não teria encontrado continuidade na república. MOMMSEN, Theodor. *Disegno del diritto pubblico romano* (Tradução de Pietro Bonfante). Milano: Giuffrè, 1943, p. 119. No mesmo sentido: MARQUARDT, Joachim. Le culte. In: *Manuel des antiquités romaines*, XIII. Paris: E. Thorin, 1890, p. 143 ss.

²⁶ Mommsen, 1887, p. 343, nt. 4.

ou sacro não excluí aquele jurídico, como exposto por Conradi.²⁷ Esse entendimento desdobra-se em duas grandes tendências: a primeira, muito embora considere o aspecto jurídico do *ius fetiale*, o desvaloriza, considerando-o como um direito sacro ou religioso, e para alguns autores até mesmo com características mágicas, e tende a compará-lo como um “diritto pubblico esterno”.²⁸ A segunda valoriza o *ius fetiale* enquanto conjunto de institutos jurídicos, ligados à realidade religiosa, comparando-o em linhas gerais com o “diritto internazionale”.²⁹

Ambas as linhas ressentem da influência da “Escola histórica do direito”³⁰, que por meio de Savigny³¹, sustenta a origem do direito internacional na comunhão de sentimentos jurídicos, presente na afinidade de estirpes e principalmente em uma religião comum. Nesse quadro, teria nascido o direito internacional entre os países cristãos da Europa, baseando-se em uma estrutura presente no *ius fetiale*.³²

²⁷ CONRADI, Francisco Carolo. *De feialibus et iure feicali popoli romani*. Lipsiae: J. Cb. Langenbemius, 1734, p. 45 s. e 108 ss. A “Escola histórica” distingue-se de Conradi, porém, pela interpretação universalística do *ius fetiale*, usando categorias modernas. Sobre a obra de Conradi e a sua concepção do *ius fetiale* ver: ILARI, Virgilio. *L'interpretazione storica del diritto di guerra romano fra tradizione romanistica e jusnaturalismo*. Milano: Giuffrè, 1981, p. 180 ss.

²⁸ Referindo-se ao *ius fetiale* como direito público externo: DE TÄUBER, Michel. *L'inviolabilité des traites*. *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 32, 2. The Hague: The Hague Academy, 1930, p. 295 ss. (esp. p. 311 e 325); WEGNER, Arthur. *Geschichte des Völkerrecht*. Stuttgart: W. Kohlhammer, 1936, p. 17; 46 s.; GIULIANO, Mario. *Rilevi sul problema storico del diritto internazionale*, em *Studi in memoria di Benvenuto Donati*. Bologna: Zanichelli, 1954, p. 109; GANDOLFI, Giuseppe. *Spunti di diritto internazionale in Tito Livio*. *Archivio giuridico*, n. 147, 1954, p. 36 s. CIMMA, Maria Rosa. *I feziali e il diritto internazionale antico*, em *Ius antiquum* VI. 2000. Disponível em: <<http://www.dirittoestoria.it/iusan-tium/articles/N6Cimma.htm>>. Acesso em: 10 out. 2017.

²⁹ Referindo-se ao *ius fetiale* como direito internacional público: BOUCHÉ-LECLERCQ, Auguste. *Les pontifes de l'ancienne Rome. Étude historique des institutions religieuses de Rome*. Paris: A. Frank, 1871, p. 106; BOUCHÉ-LECLERCQ, Auguste. *Manuel des institutions romaines*. Paris: Hachette, 1886, p. 343 s. e 541; REVON, Michel. *Le droit de la guerre sous la République romaine*. Grenoble: Faculté de droit de Grenoble, 1891, p. 31 ss.; WEISS, André. *Fetiales, Jus fetiale*, em *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*. Graz: Akademische Druck- und Verlagsanstalt, 1969, p. 1095; BAVIERA, Giovanni. *I feziali e il diritto feziale*, em *Enciclopedia Giuridica Italiana*. Milano: Società editrice libraria, 1898, p. 12 ss. FURLANI, Silvio. *Osservazioni sui trattati internazionali hittiti*. *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, XI, 1945, p. 220 ss.; FURLANI, Silvio. *I trattati internazionali nell'antichità (I trattati dell'epoca di El-Amarna)*. *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, XXXI, 1956, p. 290 s. PARADISI, Bruno. *Studi e opinioni recenti sulla storia del diritto internazionale*. *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, LIV, 1947, p. 336 s.; BELLINI, Vincenzo. *Il regolamento delle relazioni internazionali nell'antico Oriente*. *Archivio giuridico*, CLV, 1958, p. 3 ss.; 39 s.; 73; BELLINI, Vincenzo. *Foedus et sponsio dans l'évolution du droit international romain*. *Revue historique de droit français et étranger*, IV série, XL, 1962, p. 511, nt. 4. Sobre a historiografia romanística ver: DE RUGGIERO, Ettore. *Studi sul diritto pubblico romano da Niebuhr a Mommsen*. Firenze: Le Monnier, 1875; ORESTANO, Riccardo. *Introduzione allo studio storico del diritto romano*. Torino: Giappichelli, 1963; CRIFÒ, Giuliano. *Materiali di storiografia romanistica*. Torino: Giappichelli, 1998.

³⁰ A “Escola histórica” busca superar os limites do direito positivo, realizando para tanto uma história do direito romano. Todo esse trabalho que é fundamental para a historização do direito e combate às teorias abstratas, encontra seus limites, porém, na “praticidade” e dogmática, por buscar uma ordem sistemática única, assim como na influência do positivismo.

³¹ Savigny, Friedrich Karl von. *System des heutigen römischen Rechts* I. Berlin: Veit und Comp., 1840, p. 33.

³² Sobre o debate entre a concepção jurídica e aquela religiosa do *ius fetiale*, com reflexo na sua definição como “diritto pubblico esterno” ou “diritto internazionale”, ver: CATALANO, Pierangelo. *Linee del sistema sovranazionale romano*. Torino: Giappichelli, 1965, p. 31 ss.; CATALANO, 1990, p. 32 ss.

O debate de qualificação do *ius fetiale*, como “direito público externo” ou como “direito internacional”, com as suas implicações e consequências, não se limita ao século XIX, estende-se até os dias atuais. A relação entre *ius fetiale* e *ius gentium* mantém-se presente e é evidenciada por Kaser³³, na afirmação que o *ius fetiale* precede e intersecta-se com o *ius gentium*, denotando a importância dos dois conjuntos de institutos na regulação das relações entre romanos e estrangeiros.

Ius como sistema jurídico religioso

Um importante passo para o amadurecimento interpretativo do dualismo entre religião e direito no sistema jurídico romano encontra-se nos trabalhos de Chauveau³⁴ e Noailles³⁵ e, posteriormente, é ainda mais desenvolvida nos trabalhos de Catalano³⁶ e Dumézil³⁷, que são seguidos por Pugliese³⁸, Ilari³⁹, Lobrano⁴⁰, Sini⁴¹ e de certa forma por Sordi⁴².

³³ KASER, Max. *Ius gentium* (Tradução de Francisco J. A. Santos). Granada: Comares, 2004, p. 33 ss.

³⁴ CHAUEAU, Maxime Emile. Le droit des gens dans les rapports de Rome avec les peuples de l'antiquité. *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger* XV, 1891, p. 415.

³⁵ Ver: NOAILLES, Pierre. *Du droit sacré au Droit civil*. Paris: Recueil Sirey, 1949, p. 18 e ss.

³⁶ CATALANO, 1965, p. 31. CATALANO, 1990, p. 32; ver também CATALANO, Pierangelo. Per lo studio del *ius divinum*. *Studi e materiali di storia delle religioni*, XXXIII, 1962, p. 129 ss.

³⁷ DUMÉZIL, 2000, p. 579 ss. Dumézil reforça a concepção de compenetração entre direito e religião, mostrando a natureza do *ius fetiale* como direito religioso, «droit religieux», e denotando as origens do *ius* na religião. Essa é reafirmada no objetivo do *ius fetiale* de garantir para Roma a proteção dos deuses nas relações com os outros povos. Buscar a garantia divina implicava realizar os rituais dos feciais, que anunciavam em plano divino as decisões e atividades humanas. O papel desses sacerdotes era então de lançar os fundamentos místicos do direito fora do território (*ager*) romano, através dos seus rituais, dentre os quais se destaca os *foedera* e o procedimento da *indictio belli*.

³⁸ PUGLIESE, Giovanni. Appunti sulla “deditio” dell'accusato di illeciti internazionali. *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, XVIII, 1974, p. 1 ss.

³⁹ ILARI, 1981, p. 10. O autor indica a equivalência entre *ius gentium* e os aspectos jurídicos das relações externas. «Naturalmente il *ius fetiale* non copre interamente il complesso degli aspetti giuridici connessi con le relazioni esterne di Roma; esso non si identifica con il *ius gentium*, così come il *ius pontificium* non si identifica con il *ius civile*».

⁴⁰ LOBRANO, Giovanni. *Il potere dei tribuni della plebe*. Milano: Giuffrè, 1982, p. 287 ss.

⁴¹ SINI, Francesco. *Fetiales quod fidei publicae inter populos praeerant*. Riflessioni su fides e “diritto internazionale” romano (a proposito di bellum, hostis, pax). In: GAROFALO, Luigi (editor). *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*. Padova: CEDAM, 2003, p. 481 ss.

⁴² SORDI, Marta. *Bellum iustum ac pium*. In: *Guerra e diritto nel mondo greco e romano*. Milano: Vita e Pensiero, 2002, p. 3 ss. Também outros: FABBRINI, Fabrizio. *L'impero di Augusto come ordinamento sovranazionale*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 91 ss.; DEL PONTE, Renato. *La religione dei romani*. Milano: Rusconi, 1992, p. 156 ss; SCHEID, John. Il sacerdote. In: GIARDINA, Andrea (editor). *L'uomo romano*. Roma-Bari: Laterza, 2003, p. 63 ss.

Catalano⁴³ re-elabora a corrente que evidencia os aspectos religioso e jurídico do *ius*. A compenetração entre religião e direito leva o autor à concepção do *ius* por meio de um “sistema giuridico-religioso”; em que não há diferenciação ou sobreposição de aspectos, mas uma mesma origem e natureza, demonstrando-se como indivisíveis. Observa-se, então, que dentro do período mais remoto o que é religioso também é jurídico.

Esse autor afronta por meio do particularismo da realidade romana e do universalismo do seu “sistema jurídico-religioso”, a problemática de aplicação de conceitos modernos. Ele propõe a superação da categoria de “direito internacional”, por meio da validade do *ius fetiale* a todos os povos, independente de relações anteriores e baseando-se principalmente na vontade política tendente a uma sociedade universal.

A universalidade do sistema jurídico-religioso romano torna-se o fundamento da “supranacionalidade” expressa por meio do *ius fetiale*⁴⁴, colocando no mesmo plano o povo romano e os demais povos.⁴⁵ Essa concepção implica a aplicação do *ius*, como elemento virtualmente válido, independente do reconhecimento ou implícito consenso dos povos estrangeiros e da sua efetividade; afirmando assim princípios de *ius fetiale* na formação do *ius gentium* e do *ius commune*.⁴⁶

⁴³ CATALANO, 1965, p. 31. CATALANO, 1990, p. 32; ver também CATALANO, 1962, p. 129 ss.

⁴⁴ O autor fundamenta-se particularmente na passagem Cícero, *off.* 3.108. Quanto à universalidade: Júpiter apresenta-se como divindade de referência no *ius fetiale* pela sua posição no vértice do “ordinamento cittadino”, centralidade na liga latina e divindade comum aos Itálicos. CATALANO, 1965, p. 36; CATALANO, 1990, p. 37. Ver também CATALANO, Pierangelo. Cic. de *off.* 3.108 e il cosiddetto diritto internazionale. In: LA BRUNA, Luigi; GUARINO, Antonio (editores). *Syntheseleia Arangio Ruiz I*. Napoli: Jovene, 1964, p. 373. Seguindo as teorias sobre o *ius fetiale* propostas por Catalano: GAUDEMET, Jean. *Institutions de l'antiquité*. Paris: Montchrestien, 1982, p. 286 ss.; NICOLET, Claude. *Rome et la conquête du monde méditerranéen II*. 2. ed. Paris: PUF, 1978; HUMBERT, Michelle. *Municipium e civitas sine suffragio*. L'organisation de la conquête jusqu'à la guerre sociale. *Collection de l'École française de Rome*, 36, 1978.

⁴⁵ CATALANO, 1965 p. 29. CATALANO, 1990, p. 30.

⁴⁶ Os feiciais mesmo aplicando um *ius* de caráter sagrado, desenvolvem princípios e institutos que são reconhecidos legalmente e aplicados primeiramente à guerra e à conclusão da paz, precedendo e intersectando-se com o *ius gentium* (KASER, 2004, p. 33ss.; RÜPKE, Jörg. *Domus militiae. Die religiöse Konstruktion des Krieges in Rom*. Stuttgart: Franz Steiner, 1990, p. 16, 97 ss. e 236. CATALANO, 1965, p. 41. CATALANO, 1990, p. 42 ss). Sobre a relação *ius fetiale* e *ius gentium* ver LOMBARDI, Gabrio. *Sul concetto di “ius gentium”*. Roma: Istituto di diritto romano, 1947, p. 96 s., esp. 357, nt. 2: O autor afirma o universalismo do *ius* antes mesmo da influência do pensamento helênico e para tanto baseia-se em dois institutos do *ius fetiale* como a inviolabilidade dos embaixadores e «il complesso formalismo della procedura feziale nella dichiarazione di guerra. In tale procedura è per me la dimostrazione della coscienza, da parte dei romani, della esistenza di un principio inderogabile, per cui non è consentito procedere alla guerra senza prima avere tentato una composizione amichevole». Nesse sentido, é particularmente interessante ter presente, como evidencia Catalano: “l'importanza che per la formazione della tradizione ebbero i documenti sacerdotali (in particolare i *libri* e i *commentarii*)” (CATALANO, Pierangelo. *Contributi allo studio del diritto augurale*. Torino: Giappichelli, 1960, p. 593).

O *ius* tem caráter religioso e universalístico, sendo vivido e aplicado num particular contexto histórico e geográfico de expansão, em que a validade e a efetividade muitas vezes separam-se, sem comprometer a sua essência. Tais fatores por si dificultam a sua equiparação ao conceito hodierno de direito e desdobram-se em um dos elementos de impossibilidade de identificação do *ius fetiale* e do *ius gentium* com o direito internacional.

O *ius gentium* e as fontes romanas

O contexto do *ius* permeia as passagens concernentes ao *ius gentium*, atestando, por exemplo, seu universalismo. As referidas passagens provêm de diferentes autores, em diferentes contextos. São contribuições de historiadores, políticos, filósofos e juristas antigos, sendo oriundas do período clássico e pós-clássico.⁴⁷ A pluralidade de fontes e passagens sobre *ius gentium* não resulta na clara definição do termo, que tem seu mais completo testemunho na passagem de Gaio (*Inst.* 1,1). Observa-se, ainda, que referências jurídicas e extrajurídicas, anteriores e posteriores à passagem de Gaio, com frequência não se encaixam perfeitamente na definição trazida pelo jurista antigo.⁴⁸ Tal fato fragiliza a concepção unitária do termo *ius gentium* nas pesquisas de Lombardi⁴⁹ e Frezza⁵⁰ e fundamenta a afirmação de Kaser⁵¹, de “*que la expresión fue utilizada en épocas distintas para fines diversos que no se dejan reducir a una fórmula común*”. Para o autor alemão, a concepção mais antiga de *ius gentium* enquadra-se como direito “interestatal” e posteriormente, por meio da jurisdição do pretor peregrino, a concepção de *ius gentium* passa a ser de direito presente em todos os povos.⁵²

Outro debate levantado quanto ao termo concerne à sua natureza, em ser o *ius gentium* um direito comum a todos os povos e fundado na *naturalis ratio*

⁴⁷ Algumas fontes sobre *ius gentium*: Cic., *Part. Orat.* 37,129-130; *De off.* III, 17, 69; *De off.* III, 5,23; *De harusp. Resp.* 14,32; *De rep.* I,2,2; Liv., *urbe cond.* II,4,7; II, 47; XXI, 10,6; XXXIX, 25,10; XXI, 25,7; (etc); Gaio, *Inst.*, I,52; I, 83; III, 93; III, 154 (etc.). *Dig.* I,5,4,1. Uma coleta ampla de fontes pode ser observada em: LOMBARDI, 1947.

⁴⁸ LOMBARDI, Gabrio. *Ius gentium*. In: *Novissimo Digesto Italiano*. Torino: UTET, 1937-1940, p. 381; KASER, 2004, p. 6.

⁴⁹ LOMBARDI, 1947, p. VII.

⁵⁰ FREZZA, Paolo. *Ius gentium*. *Revue internationale des droits de l'antiquité*, 1949, p. 283.

⁵¹ KASER, 2004, p. 6.

⁵² KASER, 2004, p. 6 e 13.

(conforme Gaio, *Inst.* 1,1) ou um direito romano acessível aos estrangeiros e em comum com esses (conforme De Martino).⁵³

Em sede romanista, Lombardi⁵⁴ indica que a doutrina presente entre os séculos XIX e XX, apresenta as seguintes concepções acerca do *ius gentium*:

- *ius*, conjunto de normas e de institutos jurídicos, utilizado nas relações entre povos, no que tange ao caráter público e referente principalmente às questões de paz e de guerra, o identificando com o direito internacional público;⁵⁵
- *ius* que regulava as relações jurídicas entre romanos e não romanos, e que posteriormente foi estendida também para as relações entre romanos e que teria adquirido o caráter de complexo de normas aplicáveis em Roma a todas as pessoas livres, cidadãos e não cidadãos, essencialmente em direito privado e particularmente em direito comercial, sendo evidenciado muitas vezes como direito internacional privado. Nessa linha, denota-se duas subcorrentes: a) o *ius gentium* teria sido criado com base no comércio mediterrâneo, fruto da necessidade dos comerciantes e apenas paulatinamente foi reconhecida proteção jurídica a essas práticas⁵⁶; b) o *ius gentium* ter sido criado em Roma pelo pretor peregrino a partir do III século a.C. e estendido aos demais povos⁵⁷.
- Complexo de normas e institutos jurídicos comuns aos vários povos, em base à *naturalis ratio*. Nessa concepção, o *ius gentium* abarca tanto o direito público, quanto o direito privado, e evidencia o caráter universalístico do *ius* romano.⁵⁸

Lombardi⁵⁹ relata que, por muito tempo, as três concepções do *ius gentium* foram consideradas independentes, com a tendência de sobrepor ou reconhecer a definição de Gaio como concernente ao *ius* que regulava as relações jurídicas privadas, ou seja, como um direito internacional privado. Dessa concepção teria partido a especulação doutrinal, baseada também em correntes do pensamento grego, de que o conceito de *ius gentium* de Gaio seria uma abstração, representada pelo direito comum a todos os povos e fundada sobre a *naturalis ratio*.

⁵³ DE MARTINO, Francesco. Variazioni postclassiche del concetto romano di *ius gentium*. *Annali della facoltà di giurisprudenza di Bari*, VI, 1945, p. 107 ss.

⁵⁴ LOMBARDI, 1947, p. 381.

⁵⁵ VOIGT, 1852, p. 7; BAVIERA, 1898, p. 67.

⁵⁶ Nessa linha, FREZZA, 1949, p. 261 e 273.

⁵⁷ DE MARTINO, 1945, p. 107 ss.

⁵⁸ LOMBARDI, 1937-1940, p. 381 s. LOMBARDI, 1947, p. VII e XIV.

⁵⁹ LOMBARDI, 1937-1940, p. 382.

A tendência posterior delineou-se na afirmação de um conceito de *ius gentium* comum a todos os povos.⁶⁰ Observa-se que mais do que isolamento, essa última concepção reconhece o *ius gentium*, como uma série de normas e institutos vigentes universalmente em todos os povos, independente do conteúdo e da dicotomia público/privado.

A observação de Lombardi é evidenciada por Catalano⁶¹, ao afirmar que após a *Constitutio* de Caracalla (212 d.C.), o *ius gentium* e o *ius civile* tendem a confundir-se, por meio de um processo de adequação. Tal fato pode levar à incorreta pressuposição de desaparecimento do *ius gentium*, visto que os *peregrini* (estrangeiros) com domicílio dentro do império romano tornaram-se cidadãos romanos. Paradoxalmente, nas *Institutiones* de Justiniano observa-se a ampliação das normas e institutos atribuídos ao *ius gentium*, e o seu conceito é desvinculado do problema da aplicabilidade de uma norma ou instituto jurídico aos estrangeiros. A renovação do conceito de *ius gentium* deve-se então ao confronto e diferenciação do conceito de *ius naturale*.

Um conceito de *ius gentium*

Lombardi e Frezza atribuem o surgimento do termo *ius gentium* à segunda metade do período republicano, em particular entre os séculos III e II a.C., principalmente por meio do trabalho do pretor peregrino.⁶² O reconhecimento jurídico de negócios com estrangeiros e o surgimento do termo não excluem as reflexões de Frezza⁶³ de que a *fides* sustentou e fomentou o desenvolvimento do que foi posteriormente reconhecido como *ius gentium*. Nesse sentido, em ambiente primitivo de troca e escambo, enquanto não interveio a jurisprudência do pretor e a atividade do jurisconsulto, “*erano praticati dei negozi in cui alla elementare chiarezza della funzione economica di scambio corrisponde una incertezza di linee della forma giuridica*”.⁶⁴

⁶⁰ LOMBARDI, 1937-1940, p. 382. Denota o autor, que com o avanço do tempo as escolas jurisprudenciais romanas orientavam-se cada vez mais a recompreender sistematicamente no âmbito do *ius gentium* aquelas normas ou institutos que pareciam “naturais”, gerando o alargamento da esfera de normas e institutos atribuídos ao *ius gentium*.

⁶¹ CATALANO, 1990, p. 85.

⁶² LOMBARDI, 1947, p. 12. FREZZA, 1949, p. 283.

⁶³ FREZZA, 1949, p. 269.

⁶⁴ FREZZA, 1949, p. 273.

As fontes mais antigas conhecidas e que testemunham o uso do termo são Cícero e Lívio, ambos do século I a.C. As passagens dos dois autores testemunham o uso do termo em certos parâmetros.

Em Cícero, observa-se a distinção e sobreposição entre *ius gentium* e *ius civile*, bem como sua distinção no que concerne ao *ius naturale*.⁶⁵ Nos escritos de Lívio, observa-se a atribuição do termo *ius gentium* à vários tipos de normas, algumas que poderiam ser entendidas como de direito internacional público e outras que não.⁶⁶

Os escritos dos dois autores não trazem, porém, uma clara definição do termo, muito embora permitam reforçar a concepção trazida cerca de dois séculos mais tarde por Gaio (*Inst.* 1,1):⁶⁷

Todos os povos que são regidos por leis ou por costumes se utilizam em parte do seu próprio direito, em parte do direito comum a todos os homens. Pois o direito que cada povo por si mesmo a si constitui este é próprio desta mesma *civitas* e se chama *ius civile*, como que um direito próprio desta mesma *civitas*. Mas aquele que a razão natural constituiu entre todos os homens, o qual entre todos igualmente é protegido, chama-se direito das gentes, como que o direito do qual todos os povos se utilizam.⁶⁸

Na passagem, o *ius gentium* é apresentado como presente em todos os povos (*gentes*), do qual todos os povos humanos se utilizam (*quo gentes humanae*

⁶⁵ Passagens de Cícero que usam expressamente o termo *ius gentium*: Cic. *Part. orat.* 37,129-130; *De off.* 3,17,69; 3,5,23; *De harusp. resp.* 14,32; *De rep.* 1,2,2. Trago aqui em específico a passagem Cic., *De off.* 3,17,69: “Itaque maiores aliud *ius gentium*, aliud *ius civile* esse voluerunt: quod civile, non idem continuo *gentium*, quod autem *gentium*, idem civile esse debet.” Por isso os nossos antepassados quiseram que outro fosse o *ius gentium*, outro o *ius civile*: o *civile* não pode ser ao mesmo tempo o *gentium*, mas o *gentium* deve também ser o *civile*. Cabe evidenciar que nos escritos de Cícero, a doutrina é pacífica em afirmar que exista a distinção entre o *ius naturale* e o *ius gentium*. (LOMBARDI, 1947, p. 63).

⁶⁶ Algumas passagens de Lívio (*Ab urbe condita libri*), que fazem referência ao termo *ius gentium*: I,14,1; II,4,7; XI,27,9; XXI,10,6; XXI,25,7; XXXVIII,45,11; XXXIX,25,10; XL,11,7; XL,17,4; XLII,41,11. Ver LOMBARDI, 1947, p. 93 ss.

⁶⁷ Gaio, jurista romano, que viveu no segundo século depois de Cristo, inicia sua obra *institutiones*, que era um manual de direito, datado por volta do ano 160 d.C. e denominado *Institutas* (1,1), com a distinção entre *ius civile* e *ius gentium*, fato que considerando as aspectos sistemáticos da obra, denota a importância do assunto. Abordo o aspecto sistemático, justamente porque de Gaio (*Dig.* 1,2,1) colhe-se a passagem “Cuiusque rei *potissima pars principium est*”. A citada passagem é considerada não apenas como uma justificativa para o estudo histórico do direito, no primeiro livro do *Digesto*, mas como a referência de que o mais importante está no início. Nesse sentido, iniciar sua obra com a contraposição dos termos *ius civile* e *ius gentium*, denota a sua importância. Considerando tratar-se a obra *Institutas* de Gaio de um Manual de direito, a importância dos termos torna-se algo ainda mais evidente.

⁶⁸ “*Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur: nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium est uocaturque ius civile, quasi ius proprium civitatis; quod uero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur uocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur. populus itaque Romanus partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utitur. quae singula qualia sint, suis locis proponemus*”. (Gaio, *Inst.* 1,1) (LOMBARDI, 1947)

utuntur), justificando o seu nome e diferenciando-o do *ius civile*, que seria próprio de cada cidade e limita-se a essas. O conceito de *ius gentium* transmitido na passagem pode ser entendido como conjunto de normas e institutos jurídicos vigente nos povos e consequentemente também entre eles.

Nesse sentido, Lombardi⁶⁹ entende que “*Tale passaggio dimostra che l’essere comune a tutti gli uomini e il vigere presso tutti i popoli non si intendono da Gaio quali due aspetti diversi del ius gentium, ma quali due modi per rappresentare un unico aspetto: il vigere ovunque*”.

A afirmação de Lombardi é contraposta por aquela de Grosso⁷⁰, baseada em Cícero (3,17,69) e Gaio (3,93), que entende haver um duplice conceito de *ius gentium*: um conceito doutrinal baseado na constatação da existência de um direito comum a todos os povos e da “naturalidade” presente nessa universalidade, e um conceito positivo e concreto no que concerne aquele complexo de direito que se tinha afirmado nas relações entre os Romanos e os peregrinos.

O fato de o *ius gentium* ser aplicado aos diferentes povos, não o restringe a um ramo específico do direito. Nesse sentido, não se faz distinção entre direito público e direito privado, mas observa-se uma compreensão de unicidade do direito, expressa também em Ulpiano⁷¹ (tanto na sua explicação do *ius gentium*, quanto na sua concepção das posições de estudo do direito – *Dig. 1.1.1.2 Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum*).

Cabe evidenciar, no que concerne a unidade do conceito no tempo, que a passagem de Gaio foi reproduzida no *Digesto* 1,1,9 e nas *Institutiones* de Justiniano 1,2, o que denota continuidade da concepção no tempo e de certa forma a coesão da doutrina jurídica, além da importância dada à passagem, pelos juristas bizantinos, permitindo que tal conceito seja usado nos tribunais e fundamentalmente o estudo e o conhecimento do direito dos estudantes e futuros juristas.

⁶⁹ LOMBARDI, 1947, p. 123.

⁷⁰ GROSSO, Giuseppe. *Lezioni di Storia del diritto romano*. Torino: Giappichelli, 1965, p. 274.

⁷¹ Alguns anos após Gaio, o jurista Ulpiano, também no primeiro livro de suas *Institutas* afirma o *ius gentium* como direito utilizado pelos povos humanos, como observa-se na passagem *Dig. 1.1.1.4*: “*Ius gentium est, quo gentes humanae utuntur. Quod a naturali recedere facile intellegere licet, quia illud omnibus animalibus, hoc solis hominibus inter se commune sit*”./ “O direito das gentes é aquele que os povos humanos se utilizam. O que permite facilmente entender que ele se distancia do natural, porque este é comum a todos os animais e aquele é comum somente aos homens entre si”. A referida passagem de Ulpiano, foi reproduzida no primeiro título, do primeiro livro do *Digesto*. (LOMBARDI, 1947, 379-382)

Ius gentium e *Naturalis ratio*

A citada passagem de Gaio denota que o *ius gentium* é definido como direito que a razão natural constituiu entre todos (os homens), que é protegido e usado por todos os povos⁷².

Nesse sentido, pode-se evidenciar dois elementos do *ius gentium*, caracterizados como um aspecto concreto e outro abstrato do mesmo fenômeno: a vigência de uma norma junto a todos os povos e a sua origem na razão natural (*naturalis ratio*).⁷³

Para Lombardi, num exame complexivo do quanto nos chegou da obra de Gaio, a *naturalis ratio* é “la lógica naturale che si sprigiona dalla realtà obiettiva delle cose, viste dalla mente humana nella loro ordinata esistenza. Un principio quindi che non trascende il mondo concreto, ma è in esso immanente”.⁷⁴ Nesse sentido, a referência à *naturalis ratio* remete ao *ius naturale* e de fato, observa-se em Gaio que para indicar o mesmo conteúdo, ele recorre à duas expressões: “*ius gentium e ius naturale servendosi prevalentemente della prima quando vuole sottolineare il vigere dell’istituto presso tutti i popoli, servendosi della seconda quando vuole sottolineare il derivare dell’istituto dalla naturalis ratio*”.⁷⁵

A aproximação entre *ius gentium* e *ius naturale* fortemente presente em Gaio é redimensionada por meio das demais passagens sobre o termo. Em Cícero⁷⁶, por exemplo, observa-se uma clara distinção entre os termos, sendo o *ius naturale* uma abstração, “*prescindendo cioè da un loro vigere o meno nel campo della concreta realtà giuridica*”⁷⁷.

A diferenciação encontrada em Cícero, e não tão clara em Gaio e Ulpiano, é explicada por Lombardi, como fruto do interesse dos filósofos e não dos juristas

⁷² “(...) *ius quod naturalis ratio inter omnes constituit, id apud omnes populos peraque custoditur uocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur* (...)” (Gaio, *Inst.* 1,1). (LOMBARDI, 1947, 381)

⁷³ “[L]egati tra loro da un vincolo de necessità: le norme di *ius gentium* sono quelle che vigono presso tutti i popoli, e vigono presso tutti i popoli in quanto sono prodotte dalla *naturalis ratio*”. (LOMBARDI, 1947 p. 126 s.)

⁷⁴ LOMBARDI, 1947, p. 381.

⁷⁵ LOMBARDI, 1947, p. 381.

⁷⁶ Ver passagens Cic. *Part. orat.* 37,129-130; *De off.* 3,17,69; 3,5,23; *De harusp. resp.* 14,32; *De rep.* 1,2,2. (LOMBARDI, 1947)

⁷⁷ LOMBARDI, 1947, p. 375.

que estariam, por sua vez, mais preocupados com a vigência efetiva de normas e institutos.⁷⁸

Tal aproximação entre *ius gentium* e *ius naturale* pode ser entendida como uma especificação em tempos de debate sobre os conceitos, evidenciados como tendo um mesmo conteúdo, mas vistos de pontos de vista diversos.

O *ius gentium* é um produto da vontade humana e, portanto, não é anterior ao homem. Nesse sentido e na pluralidade de passagens que fazem referência ao *ius gentium*, observa-se a indicação de institutos que permitem distingui-lo do direito natural. A escravidão, por exemplo, é instituto jurídico atribuído ao *ius gentium* mas não abarcado pelo *ius naturale*, como observa-se nas passagens do *Corpus Iuris Civilis*, *Dig.* 1,5,4 e *Inst.* 1,3,1-2 que afirmam a liberdade como parte do direito natural e a escravidão como constituída pelo *ius gentium*.⁷⁹ Outros exemplos no mesmo sentido podemos encontrar nos institutos jurídicos da *possessio* e da *proprietas*.⁸⁰

Dentre os elementos abarcados pelo *ius gentium*, encontram-se também elementos herdados do *ius fetiale* como o de obter ressarcimento pelas agressões sofridas e a inviolabilidade dos embaixadores. Os elementos elencados não são “internacionais” no que se refere às relações entre Estados, mas são elementos de “supranacionalidade”, por serem ‘abstratamente’ válidos para todos os povos.

Entre direito internacional e *ius gentium*

A vitalidade do termo *ius gentium*, o debate quanto à sua proximidade com o *ius naturale* e à sua intersecção com o *ius civile* não se limitam aos juristas antigos. A ambiguidade do uso do termo estende-se na história, apresentando diferentes significados. Cabe delinear que o sentido de universalidade intrínseco ao termo na concepção romana é presente durante o período medieval e

⁷⁸ Cabe evidenciar que Cícero é entendido por Lombardi, como um autor muito mais afeito à filosofia do que ao direito “*Se Cicerone fosse un giurista, o almeno un uomo sistematico, che avesse avuto bem chiari nella mente i concetti che adoperava, la assenza di una definizione del ius gentium non avrebbe presentato gravi inconvenienti. Viceversa è a tutti nota la imprecisione terminologica e sistematica che regna nelle opere ciceroniane*”. (LOMBARDI, 1947, p. 61).

⁷⁹ Ver também Gaio, *Inst.* 1,52 e *Dig.* 12,6,64 (LOMBARDI, 1947). Ver sobre o tema KASER, 2004, p. 96 ss.

⁸⁰ Ver as passagens: Gaio, *Inst.* 2,1; *Dig.* 41,1,1; 3;5;7;9 (LOMBARDI, 1947).

encontra continuidade no moderno, com autores como Francisco de Vitória⁸¹, Alberico Gentili⁸² e Hugo Grócio.⁸³

O sentido do termo, porém, altera-se com o fortalecimento do Estado como centro do sistema jurídico, durante a segunda fase da modernidade (1648-1789). Nesse sentido, observa-se que:

*“The term ‘International Law’ has, in the usage of our day, quite superseded the earlier expression ‘law of nations’, long since adopted as a translation of the Latin phrase jus gentium. The expression ‘International Law’, however, so familiar to us, properly denotes a wholly variant conception. In modern days it is used by the celebrated D’Aguesseau and occurs in Volume II of his works, page 337 in the edition of 1773; it is shortly afterward employed by Bentham in his ‘Principles of Morals and Legislation’ (XVII, 326, n. 1), and has since his time come into general use. D’Aguesseau’s expression (droit entre les gens) is doubtless, in its turn, an adaptation from Zouche, Professor of Civil Law at Oxford, who uses, about 1650, the term jus inter gentes in harmony with the thought of Grotius as expressed in the opening paragraph of the Prolegomena to his De Jure Belli Ac Pacis, where Grotius explains at the outset the intended subject of his great treatise, - at jus illud quod inter populos plures aut populorum rectores intercedit, sire ab ipsa natura profectum, aut divinis constitutum legibus, sine moribus et pacto tacito introductum, attigerunt pauci, universim ac certo ordine tractavit hactenus nemo; cum tamen id fieri intersit humani generis”.*⁸⁴

O termo *ius gentium* foi paulatinamente abandonado após Jeremy Bentham ter cunhado a expressão *International Law*, traduzida para o francês como *Droit International* por Étienne Dumont.⁸⁵

Mesmo com a alteração do sentido do termo *ius gentium* e com sua substituição pelo *international law*, observa-se que autores como Joseph van Kan

⁸¹ VITORIA, Francisco de. De potestate civili. In: URDANOZ, Teófilo (editor), *Obras de Francisco de Vitória. Relecciones Teologicas*. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1960, p. 191. Ver também MACEDO, 2010, p. 17 ss.

⁸² GENTILI, 2005, p. 55 s.

⁸³ A contribuição de Hugo Grócio à Teoria Geral do Direito concerne ao fundamento do direito natural, que não seria ligado à revelação, à autoridade, mas sim à natureza ditada pela razão e manifesta na vida cotidiana e na história. Tal fato permite o reconhecimento do direito natural como um direito humano, “fruto de uma observação laicizada do homem”, e dentro do qual estaria o *ius gentium*, ou seja, aquele direito que recebeu sua força obrigatória da vontade de todas as nações ou de grande número delas. O direito internacional (das gentes) seria fruto comprovado pelo uso continuado e pelo testemunho daqueles que se conhecem, seria “obra do tempo e do uso” (GROTIUS, Hugo. *O direito da guerra e da paz* I (Tradução Ciro Mioranza). Ijuí: Unijui, 2004, p. 79 ss.; Esclarecedora as reflexões de Hespanha sobre o tema na introdução (p. 20) ao livro supracitado.

⁸⁴ SHERMAN, Gordon E. *Jus Gentium and International Law. The American Journal of International Law*, vol. 12, n. 1 1918, p. 56. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/2187613>>. Acesso em: 10 set. 2017.

⁸⁵ BENTHAM, Jeremy. *An Introduction to the Principles of Moral and Legislation*. Kitchener: Batoche Books, 2000, p. 10 e 236.

defenderam a “ideia de organização internacional”, que viria desde o império romano por meio do universalismo.⁸⁶

As origens do direito internacional são ainda buscadas na antiguidade romana, ocorre que não caberia a aplicação do conceito de “direito internacional” ao *ius gentium* (em seu conceito romano), diante da pressuposição da *naturalis ratio* e por não se enquadrar na concepção de um direito fruto de tratados ou costumes nas relações entre os povos. Observa-se dessa forma a desvirtualização do termo romano para adequá-lo a uma concepção voltada a um “sistema jurídico autônomo, onde se ordenam as relações entre Estados soberanos” e que “repousa sobre o consentimento”.⁸⁷

A concepção de direito internacional pressupõe a existência do Estado. Quanto à atribuição daquela categoria à realidade romana, usada por alguns romanistas e cito em particular Lombardi, cabe um ulterior debate, visto que a sua concepção e atribuição à realidade antiga é um dos elementos chaves na diferenciação da aferição das origens do direito internacional.

O conceito de Estado tem suas origens na modernidade e é inexistente na realidade antiga, sendo caracterizado pelos elementos de soberania, nação e território. Esses elementos não se enquadram dentro da realidade jurídico-política romana formadora da *urbs*. Na realidade antiga, a concepção de Roma pode ser entendida como composta pelo *populus Romanus Quirites*, como coletividade e particulares, e pelos seus Deuses e elementos que agem dentro de aspectos temporais e espaciais, distinguindo-se amplamente da concepção de Estado.⁸⁸

Considerações finais

A análise do *ius fetiale* e do *ius gentium* enseja a constatação de que alguns dos elementos das suas noções típicas apresentam uma aplicação que se estende no tempo.⁸⁹

⁸⁶ VAN KAN, Joseph. Règles générales du droit de la paix. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1938, p. 295-602; CASELLA, 2012, p. 18.

⁸⁷ REZEK, Francisco. *Direito internacional público*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 25.

⁸⁸ Sobre o assunto ver CATALANO, Pierangelo. Aspetti spaziali del sistema giuridico-religioso romano. *Mundus, templum, urbs, ager, Latium, Italia*. *ANRW*, II.16.1, 1970, p. 445 e 446; CATALANO, Pierangelo. *Populus Romanus Quirites*. Torino: Giappichelli, 1974, p. 41 e ss.

⁸⁹ CATALANO, 1965, p. 41 s.; CATALANO, 1990, p. 42 s.

O *ius fetiale*, segundo Kaser, precede e intersecta-se com o *ius gentium*, denotando a importância dos dois conjuntos de institutos na regulação das relações entre romanos e estrangeiros.

Tais fatores denotam a natureza específica do *ius fetiale* e do *ius gentium* dentro da realidade antiga, sendo incorreto pensar a sua plena aplicação fora daquela. As incompreensões também ocorrem com a sobreposição de conceitos não presentes no contexto vivido pelos romanos às atividades e normas aplicadas por esses.

A busca por identificar o *ius fetiale* e o *ius gentium* como “direito internacional” torna-se então intrinsecamente incabível, visto a sua especificidade e não identificação com os demais conceitos. Os conceitos modernos que a doutrina tenta equiparar aquele *ius*, pressupõe o conceito de Estado, elemento que tem suas origens na modernidade e é inexistente na realidade antiga. A desconstrução da influência hegeliana de “Estado”, assim como do influxo evolucionista demonstram-se elementos necessários para a compreensão do *ius fetiale* e do *ius gentium*, bem como das suas naturezas supranacionais.⁹⁰

Nesse sentido, delinear o *ius gentium* pela sua característica de *ius* (direito) vigente em todos os povos, permitindo abarcar normas e institutos jurídicos domésticos, apresenta-se como a escolha mais sensata, por evitar a sobreposição de conceitos modernos à realidade antiga, preservando a especificidade dos conceitos e das realidades às quais são inerentes.

O *ius gentium* particularmente mantém o sentido de universalidade do gênero humano, formulado pelos juristas romanos, durante o período medieval e moderno, desvirtuando-se com a exacerbação do Estado como centro do sistema político-jurídico e que se torna o ponto principal do direito internacional clássico.⁹¹

A categoria antiga do *ius gentium* sem dúvida transmitiu ao direito internacional alguns princípios, graças às reflexões e adaptações de filósofos e juristas às suas diferentes realidades, sem para tanto identificar-se com essa moderna categoria e concepção do direito.

⁹⁰ CATALANO, 1965, p. 31 s.; CATALANO, 1990, p. 32 s.

⁹¹ No período medieval, observa-se a presença da concepção do *ius gentium* entre os juristas, exemplifico por meio da obra de D'AQUINO, São Tomás. Suma Teológica (Tradução de Aldo Vannuchi e outros). São Paulo: Ed. Loyola, 2003, I,2, qu. 95, a. 4. Para o autor o *ius gentium* mantém-se como reflexo do direito natural, considerado direito positivo. CASELLA, 2012, p.7.

Ius Gentium and International Law: Identification or Overlay?

Abstract

In this article the identification of the Roman concept of *ius gentium* with that of modern international law is questioned. To answer this question, this paper seeks to identify the characteristics of the *ius* that regulated the relations of Rome with other peoples and kings and the legal situations that involved the foreigners. It was observed that the application of the modern concept of international law to Roman antiquity generates the mutilation of historical reality and makes it difficult to understand its universalism in its cultural specificities. This article contributes to deconstruct the identification of the Roman *ius gentium* with the concept of modern international law.

Keywords: Roman Law. *Ius gentium*. *Ius fetiale*. Internacional Law.

Referências

- ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulalio do Nascimento. *Manual de direito internacional público*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- BARBAGALLO, Corrado. *Il problema delle origini di Roma. Da Vico a noi*. Milano: Unitas, 1926.
- BAVIERA, Giovanni. *I feziali e il diritto feziale*, en *Enciclopedia Giuridica Italiana*. Milano: Società editrice libraria, 1898.
- BEDIN, Gilmar Antônio. *Direito Internacional e sua Trajetória Histórica*. In: GUERRA, Sidney (editor.). *Tratado de Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2008.
- BELLINI, Vincenzo. Il regolamento delle relazioni internazionali nell'antico Oriente. *Archivio giuridico*, CLV, 1958.
- BELLINI, Vincenzo. Foedus et sponsio dans l'évolution du droit international romain. *Revue historique de droit français et étranger*, IV série, XL, 1962.
- BENTHAM, Jeremy. *An Introduction to the Principles of Moral and Legislation*. Kitchener: Batoche Books, 2000.
- BOUCHÉ-LECLERCQ, Auguste. *Les pontifes de l'ancienne Rome. Étude historique des institutions religieuses de Rome*. Paris: A. Frank, 1871.
- BOUCHÉ-LECLERCQ, Auguste. *Manuel des institutions romaines*. Paris: Hachette, 1886.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Os rumos do direito internacional contemporâneo: de um jus inter gentes a um novo jus gentium no século XXI. In: *O direito internacional em um mundo em transformação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 1086-1103.

CASELLA, Paulo Borba. *Jus gentium e os BRICS. Cadernos de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo*, n. 12, 2012, p. 5-27.

CATALANO, Pierangelo. *Contributi allo studio del diritto augurale*. Torino: Giappichelli, 1960.

CATALANO, Pierangelo. Per lo studio del ius divinum. *Studi e materiali di storia delle religioni*, XXXIII 1962.

CATALANO, Pierangelo. Cic. de off. 3,108 e il cosiddetto diritto internazionale. In: LA BRUNA, Luigi; GUARINO, Antonio (editores). *Synteleia Arangio Ruiz I*. Napoli: Jovene, 1964.

CATALANO, Pierangelo. *Linee del sistema sovranazionale romano*. Torino: Giappichelli, 1965.

CATALANO, Pierangelo. Aspetti spaziali del sistema giuridico-religioso romano. Mundus, templum, urbs, ager, Latium, Itália. *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt*, II.16.1, 1970.

CATALANO, Pierangelo. *Populus Romanus Quirites*. Torino: Giappichelli, 1974.

CATALANO, Pierangelo. *Diritto e Persone*. Torino: Giappichelli, 1990.

CIMMA, Maria Rosa. *I feziali e il diritto internazionale antico*, en *Ius antiquum*, VI. 2000. Disponível em <<http://www.dirittoestoria.it/iusantiquum/articles/N6Cimma.htm>>. Acesso em: 10 out. 2017.

CHAUVEAU, Maxime Emile. Le droit des gens dans les rapports de Rome avec les peuples de l'antiquité. *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, XV, 1891.

CONRADI, Francisco Carolo. *De feacialibus et iure feziali popoli romani*. Lipsiae: J. Cb. Langenbemius, 1734.

CRIFÒ, Giuliano. *Materiali di storiografia romanistica*. Torino: Giappichelli, 1998.

DAL RI, Luciene. *Ius fetiale. As origens do direito internacional no universalismo romano*. Ijuí: Unijuí, 2011.

DAL RI, Luciene. As interpretações do *ius fetiale* e a inaplicabilidade de conceitos modernos à cultura romana antiga. *Seqüência*, n. 60, 2010, p. 225-255.

D'AQUINO, São Tomás. *Suma Teológica* (Tradução de Aldo Vannuchi e outros). São Paulo: Ed. Loyola, 2003.

DE MARTINO, Francesco. Variazioni postclassiche del concetto romano di ius gentium. *Annali della facoltà di giurisprudenza di Bari*, VI, 1945.

DEL PONTE, Renato. *La religione dei romani*. Milano: Rusconi, 1992.

DE RUGGIERO, Ettore. *Studi sul diritto pubblico romano da Niebuhr a Mommsen*. Firenze: Le Monnier, 1875.

DE TÄUBER, Michel. L'inviolabilité des traites. *Recueil des cours de l'Academie de droit international*, n. 32. The Hague: The Hague Academy, 1930.

DUMÉZIL, Georges. *La religion romaine archaïque*. Paris: Payot & Rivages, 2000.

- FABBRINI, Fabrizio. *L'impero di Augusto come ordinamento sovranazionale*. Milano: Giuffrè, 1974.
- FREZZA, Paolo. *Ius gentium*. *Revue internationale des droits de l'antiquite*, 2 ano, tomo 2, 1949.
- FURLANI, Silvio. Osservazioni sui trattati internazionali hittiti. *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, XI, 1945.
- GANDOLFI, Giuseppe. Spunti di diritto internazionale in Tito Livio. *Archivio giuridico*, n. 147, 1954.
- GAUDEMET, Jean. *Les institutions de l'antiquité*. 7 ed. Paris: Montchrestien, 2000.
- GENTILI, Alberico. *O Direito de guerra*. Ijuí: Unijuí, 2005.
- GIULIANO, Mario. Rilevi sul problema storico del diritto internazionale, ahora, en *Studi in memoria di Benvenuto Donati*. Bologna: Zanichelli, 1954.
- GROSSO, Giuseppe. *Lezioni di Storia del Diritto Romano*. Torino: Giappichelli, 1965.
- GROTIUS, Hugo. *O direito da guerra e da paz I* (Tradução de Ciro Mioranza). Ijuí: Ed. Unijui, 2004.
- HUMBERT, Michelle. *Municipium et civitas sine suffragio*. L'organisation de la conquête jusqu'à la guerre sociale. *Collection de l'École Française de Rome*, n. 36, 1978.
- ILARI, Virgilio. *L'interpretazione storica del diritto di guerra romano fra tradizione romanistica e jusnaturalismo*. Milano: Giuffrè, 1981.
- KASER, Max. *Ius gentium* (Tradução de Francisco J. A. Santos). Granada: Comares, 2004.
- LA PRADELLE, Albert de. *Maitres et Doctrines du Droit des Gens*. 2 ed. Paris: Les éditions internationales, 1950.
- LAURENT, Francois. *Histoire du droit de gens et des relations internationales*, III. Gand: L. Hebbelynck, J. B. Merry, 1850.
- LE FUR, Louis. *Précis de droit international public*. Paris: Dalloz, 1939.
- LOBRANO, Giovanni. *Il potere dei tribuni della plebe*. Milano: Giuffrè, 1982.
- LOMBARDI, Gabrio. *Sul concetto di "ius gentium"*. Roma: Istituto di diritto romano, 1947.
- LOMBARDI, Gabrio. *Ius gentium*. In: *Novissimo Digesto Italiano*. Torino: UTET, 1937-1940.
- MACEDO, Paulo E. V. B. A genealogia da noção de Direito Internacional. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, I, 2010, p. 1-35.
- MARQUARDT, Joachim. Le culte. In: *Manuel des antiquités romaines*, XIII. Paris: E. Thorin, 1890.
- MOMMSEN, Theodor. *Römische Staatsrecht*. Leipzig: Teubner, 1887.
- MOMMSEN, Theodor. *Disegno del diritto pubblico romano* (Tradução de Pietro Bonfante). Milano: Giuffrè, 1943.

NOAILLES, Pierre. *Du droit sacré au Droit civil*. Paris: Recueil Sirey, 1949.

NICOLET, Claude. *Rome et la conquête du monde méditerranéen*. 2. ed. Paris: PUF, 1978.

ORESTANO, Riccardo. *Introduzione allo studio storico del diritto romano*. Torino: Giappichelli, 1963.

PANIZZA, Diego. Alberico Gentili: vicenda umana e intellettuale di un giurista italiano nell'Inghilterra elisabettiana. In: *Alberico Gentili. Giurista e intellettuale globale. Atti del convegno Prima Giornata Gentiliana*. Milano: Giuffrè, 1988, p. 40-58.

PARADISI, Bruno. Studi e opinioni recenti sulla storia del diritto internazionale. *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, LIV, 1947.

PUGLIESE, Giovanni. Appunti sulla "deditio" dell'accusato di illeciti internazionali. *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, XVIII, 1974.

RAMSAY, Willian. *Fetiales*, en *Dictionary of Greek and Roman Antiquities*. London: John Murray, 1875.

REIN, Wilhelm. *Fetiales*, en *Real-encyclopädie der classischen Alterthumswissenschaft*. Stuttgart: J. B. Metzler, 1844.

REVON, Michel. *Le droit de la guerre sous la République romaine*. Grenoble: Faculté de droit de Grenoble, 1891.

REZEK, Francisco. *Direito internacional público*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

RÜPKE, Jörg. *Domi militiae. Die religiöse Konstruktion des Krieges in Rom*. Stuttgart: Franz Steiner, 1990.

SAVIGNY, F. C. *System des heutigen römischen Rechts*. Berlin: Veit und Comp., 1840.

SCHEID, John. Il sacerdote. In: GIARDINA, Andrea (editor). *L'uomo romano*. Roma-Bari: Laterza, 2003.

SINI, Francesco. *Documenti sacerdotali di Roma antica*. Sassari: Dessì, 1983.

SINI, Francesco. *Fetiales quod fidei publicae inter populos praeerant*. Riflessioni su fides e "diritto internazionale" romano (a proposito di bellum, hostis, pax). In: GAROFALO, Luigi (editor). *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*. Padova: CEDAM, 2003.

SHERMAN, Gordon E. *Jus Gentium and International Law*. *The American Journal of International Law*, v. 12, n. 1 1918, p. 56-63. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/2187613>>. Acesso em: 10 set. 2017.

SORDI, Marta. *Bellum iustum ac pium*. In: *Guerra e diritto nel mondo greco e romano*. Milano: Vita e Pensiero, 2002.

VAN KAN, Joseph. Règles générales du droit de la paix. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1938, p. 295-602

VITORIA, Francisco de. De potestate civili. In: URDANOZ, Teófilo (editor), *Obras de Francisco de Vitória. Relecciones Teológicas*. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1960.

VOIGT, Mauritius. *De fetialibus populi romani, quaestionis specimen*. Lipsiae: Staritz, 1852.

VOIGT, Mauritius. *Das jus naturale, aequum et bonum und ius gentium der Römer*. Leipzig: E. G. Günther, 1858.

WEISS, ANDRÉ. *Fetiales, Jus fetiale*, en *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*. Graz: Akademische Druck-und Verlagsanstalt, 1969.

WEGNER, Arthur. *Geschichte des Völkerrecht*. Stuttgart: W. Kohlhammer, 1936.

ZOUCHE, Richard. *Iuris et Iudicii Fecialis, sive, Iuris Inter Gentes et Quaestionum de Eodem Explicatio*. Washington: Carnegie Institution of Washington, 1911.