

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

TEORIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

ADRIANA GOULART DE SENA ORSINI

MARIANA RIBEIRO SANTIAGO

YNES DA SILVA FÉLIX

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

T314

Teoria dos direitos fundamentais [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Adriana Goulart de Sena Orsini, Mariana Ribeiro Santiago, Ynes Da Silva Félix – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-067-1

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

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direitos fundamentais.
I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

TEORIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Apresentação

É com grande satisfação que apresentamos ao grande público a presente obra coletiva, composta por artigos brilhantemente defendidos, após rigorosa e disputada seleção, no Grupo de Trabalho intitulado Teorias dos Direitos Fundamentais, durante o XXIV Encontro Nacional do CONPEDI/UFS, ocorrido entre 03 e 06 de junho de 2015, em Aracaju/SE, sobre o tema Direito, Constituição e Cidadania.

Ditos trabalhos, de incontestável relevância para a pesquisa em direito no Brasil, demonstram notável rigor técnico, sensibilidade e originalidade, buscando uma leitura atual dos Direitos Fundamentais, muitos deles materializados na Constituição Federal, conforme o paradigma do Estado Democrático de Direito e da dignidade humana.

De fato, a efetivação dos Direitos Fundamentais repercute diretamente na concretização da cidadania, possibilitando a participação integral do indivíduo na sociedade. Inegável, como consequência, a existência de uma forte relação entre os Direitos Fundamentais e a própria cidadania, enquanto instrumentos direcionados à emancipação humana.

Os temas tratados nesta obra mergulham nas teorias para revelar novas reflexões sobre os direitos fundamentais enfrentando os atuais desafios e aflições da sociedade, como podemos constatar nos conteúdos dos artigos, a saber: princípio da fraternidade; direitos humanos fundamentais; função dos direitos e das garantias constitucionais; concepção dos direitos inalienáveis; direito à educação básica; direito à imagem; direito e acesso à saúde; direito à água; direito às manifestações culturais; liberdade de imprensa e liberdade de expressão; colaboração premiada; relações não-monogâmicas e feminismo; mínimo existencial; dignidade da pessoa humana e pluralismo democrático.

Conforme destacado, a presente obra coletiva, de grande valor científico, demonstra uma visão lúcida e questionadora sobre os Direitos Fundamentais, suas problemáticas e sutilezas, sua importância para o exercício da cidadania e para a defesa de uma sociedade plural, tudo em perfeita consonância com os ditames da democracia, pelo que certamente logrará êxito junto à comunidade acadêmica. Boa leitura!

O INÍCIO DA CONCEPÇÃO DOS DIREITOS INALIENÁVEIS NO LEVIATÃ DE THOMAS HOBBS

THE BEGINNING OF THE CONCEPTION INALIENABLE RIGHTS IN THE THOMAS HOBBS LEVIATHAN'

Juvêncio Borges Silva
Ricardo Dos Reis Silveira

Resumo

No presente trabalho tentamos mostrar que há uma ligação entre a concepção constitucional dos direitos inalienáveis e as doutrinas contratualistas do séc. XVII, enfocando especialmente as obras de John Locke e Thomas Hobbes. Geralmente a obra de Locke é apontada como a precursora primeira daquela concepção, o que não nos parece verdadeiro. As constituições modernas, acompanhadas pelas contemporâneas, a partir da Constituição da Virgínia, passaram a elencar em seu corpo, direitos inalienáveis, existindo vínculo ideológico entre elas e o Segundo Tratado de John Locke. Daí se pensar no pioneirismo de Locke no assunto. No entanto, tentamos mostrar que o ineditismo da ideia está na obra de Thomas Hobbes, pois em seu Leviatã aparecem os rudimentos da teoria dos direitos inalienáveis dos homens.

Palavras-chave: Direitos inalienáveis, Positivização constitucional, Origem, Teorias contratualistas.

Abstract/Resumen/Résumé

In this paper we try to show that there is a connection between the conception of inalienable rights and contractarian doctrines of the seventeenth century, especially focusing on the works of John Locke and Thomas Hobbes. Generally the work of Locke is considered the precursor of that first conception, which does not seem true. Modern constitutions, followed by contemporary, from the Constitution of Virginia, began to list in your body, inalienable rights, existing ideological link between them and the Second Treatise of John Locke. So if you think Locke was a pioneer in the subject. However, we try to show that the novelty of the idea is the work of Thomas Hobbes, in his Leviathan as the rudiments of the theory of the inalienable rights of men appear.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Inalienable rights, Constitutional positivization, Origin, Contractualists theories.

INTRODUÇÃO

A discussão acerca dos direitos fundamentais e inalienáveis é recorrente na teoria jurídica. Tais direitos constam da maior parte das constituições modernas, mormente dos Estados ocidentais.

É mister que haja uma limitação ao poder do Estado para que sejam garantidos direitos aos indivíduos.

O constitucionalismo inglês em muito contribuiu para a difusão destas concepções. Estas concepções já vinham sendo gestadas e defendidas por teóricos como John Locke, e foram implementadas após a Revolução Gloriosa na Inglaterra.

Entretanto, o que se buscará mostrar neste artigo, é que a concepção concernente aos direitos inalienáveis já se encontra latente no texto de Thomas Hobbes – “Leviatã”, ao reconhecer a existência de um estado de natureza precedente ao Estado civil, e a existência de direitos no estado de natureza.

Hobbes se afigura como um dos grandes teóricos do Estado e do Direito, pensando o Estado e o Direito numa ótica racional e secular, sendo que sua teoria é construída com argumentos lógicos e racionais, rompendo com qualquer tipo de argumento de natureza religiosa.

Seguindo uma metodologia analítico-dedutiva, com pesquisa respaldada em grandes teóricos do pensamento político-jurídico, buscar-se-á defender a concepção de que os elementos embrionários dos direitos inalienáveis já se encontram no pensamento de Thomas Hobbes, sendo desenvolvida pelos pensadores que o sucederam e que mesmo foram seus contemporâneos, e até mesmo compatriota, como é o caso de John Locke.

1. Direitos inalienáveis nas constituições

A Constituição brasileira de outubro de 1988, pioneiramente, elencou os direitos fundamentais antes de organizar o Estado e seus poderes. Desse modo, subverteu a sistemática empreendida nas constituições brasileiras anteriores, as quais, antes da previsão dos direitos fundamentais, lançavam disposições acerca da estrutura de Estado e de poder, fincadas, provavelmente, na premissa de que o todo precede a parte e, que o público antecede o privado.

A atual Constituição sobreleva o indivíduo frente ao Estado, especialmente pela sua inserção histórica, já que nasceu com a missão precípua de sepultar um período da história brasileira de graves violações aos direitos fundamentais da pessoa.

Várias ilações podem ser retiradas dessa alteração de estrutura, dessa realocação de matérias. Pode ser dito que no atual texto constitucional o privado antecede o público e, por isso, a Constituição apresenta uma índole marcadamente burguesa; pode se pensar que os direitos fundamentais são naturais e, portanto, existem com antecedência à sociedade politicamente organizada, daí os direitos *naturais* do indivíduo antes da organização política; pode se pensar que a parte precede o todo e, que, os indivíduos, em reunião, é que formam o Estado.

Independentemente da lente ideológica com a qual se olhe o texto constitucional de 1988, ele, necessariamente, nos remete a uma visão contratualista da sociedade, à ideia de que os indivíduos, em posse do poder constituinte originário, fixam os termos e condições de sua convivência política pelo pacto fundante. E, dentro do próprio *pacto constitucional*, o indivíduo antecede o Estado, pelo menos em relação a seus direitos fundamentais.

Nessa esteira, a sistemática constitucional atual enxerga o indivíduo, em primeiro lugar, na sua mais pura singularidade, enquanto um ser que necessita de um espaço necessário para o desenvolvimento do seu “eu”, espaço que não pode ser “invadido” pelos poderes políticos, pela comunidade política como um todo. Essa é a característica mais marcante de todos os comandos que emergem do art. 5º da CRF/88. Da leitura desse dispositivo, da maior parte de seus incisos, resulta a conclusão de que as ações dos indivíduos, de cada sujeito, não podem, todas elas, ser disciplinadas pela sociedade. Há uma necessária reserva de *liberdade*. Os comandos que dali emergem marcam um espaço para a invasão disciplinadora das normas e um outro infenso às mesmas. Há uma esfera de individualidade que fica sob a discricionariedade exclusiva do sujeito, apenas manobrável pela sua vontade, pelo seu querer. Há verdadeira delimitação entre particular e o público, o disciplinável e o indisciplinável normativamente, procurando-se evitar qualquer pretensão totalitarista da comunidade política, enxergado o totalitarismo como modelo político em que o poder pode invadir todos os espaços da vida do sujeito. Os direitos individuais inibem qualquer aspiração totalitarista, ou, se quisermos, vedam a implementação de um Estado “total”, no qual todas as ações dos indivíduos possam ser controladas, todas elas, pelo poder público, tal como pintado, no já clássico “1984”.¹

¹ Depois de “pensar na individualidade” do sujeito, a CRF/88 “imagina-o” inserido num sistema capitalista de produção (já que garante a propriedade – art. 5ª XXII e, iniciativa privadas – art. 170, “caput”), garantindo “um

No “caput” do art. 5º há a expressão “invioláveis”, que se dirige, especialmente², aos próprios poderes públicos, indicando-lhes que há um “espaço de individualidade” que pertence exclusivamente a cada pessoa, portanto, intangível pela comunidade ou poder político.

Os direitos individuais estabelecem uma “linha de fronteira” entre o público e privado, marcam, divisoramente, até *onde* pode chegar o poder político, e a partir de *onde* ele se torna ilegítimo.

Gilmar Ferreira Mendes (1998, p. 4), ao se reportar aos comandos do art. 5º, nomina-os de *cláusulas de bloqueio*, já que exercem um limite de atuação para o próprio poder público.

Essa concepção de direitos fundamentais – apesar de ser pacífico na doutrina o reconhecimento de diversas outras – ainda continua ocupando lugar de destaque na aplicação dos direitos fundamentais. Essa concepção, sobretudo, objetiva a limitação do poder estatal a fim de assegurar ao indivíduo uma esfera de liberdade. Para tanto, outorga ao indivíduo um direito subjetivo que lhe permite evitar interferências indevidas no âmbito de proteção do direito fundamental ou mesmo a eliminação de agressões que esteja sofrendo em sua esfera de autonomia pessoal.

Essa concepção é arraigada na cultura ocidental. Segundo Habermas,

Quando o direito positivo sucedeu ao natural, momento em que todos os meios legítimos de usar a força passaram a ser monopolizados pelo Estado, esses direitos de usar a força transformaram-se em autorizações para iniciar uma ação judicial. Ao mesmo tempo, os direitos privados subjetivos foram complementados, através de direitos de defesa estruturalmente homólogos, contra o próprio poder do Estado. (HABERMAS, 2003, p. 48).

A melhor doutrina aplaude expedientes constitucionais que dificultam a alteração desses direitos por decisões coletivas, já que nesse caso não atingiriam a finalidade que devem alcançar, justamente de proteção das minorias (DWORKIN, 1978, p. 184).

Mesmo Kelsen, quase em contradição, não esquece dessa especial característica dos direitos fundamentais. No início de sua Teoria Pura do Direito afirma que “o domínio material de validade de uma ordem jurídica global, porém, é sempre ilimitado, na medida em

mínimo econômico” a todos àqueles que sobrevivem de sua força de trabalho, prevendo parte dos direitos sociais, arts. 6º ao 11; depois garante aos indivíduos o vínculo que os une político-juridicamente ao seu país, a nacionalidade, art. 12 para, por fim, garantir-lhes os direitos políticos e, assegurar a prática democrática, arts. 14 ao 17. A língua portuguesa, constitui o instrumento oficial que permite não só a inserção, mas, a efetiva participação política de cada um na sociedade da qual se está a cuidar, art. 13. A língua é o instrumento primário do qual se vale a política.

² “Especialmente” porque o STF admite a aplicação dos direitos fundamentais entre particulares, o que alguns chamam de efeitos horizontais dos direitos fundamentais, para contrapor aos seus naturais efeitos verticais, entre poder público e indivíduo, conferir RE 201.819 RJ.

que uma tal ordem jurídica, por sua própria essência, pode regular sob qualquer aspecto a conduta dos indivíduos que lhe estão subordinados.” (KELSEN, 1976, p. 35). Mais à frente, explica os atos de coerção, declara, em aparente contradição com o trecho reproduzido:

(...) a ordem jurídica pode limitar mais ou menos a liberdade do indivíduo enquanto lhe dirige prescrições mais ou menos numerosas. Fica sempre garantido, porém, um mínimo de liberdade, isto é, de ausência de vinculação jurídica, uma esfera de existência humana na qual não penetra qualquer comando ou proibição.” (KELSEN, 1976, p. 73).

O trecho vem após a explicação de que tudo que não é proibido é permitido, atentando-se para o fato de que as normas jurídicas carregam consigo proibições subliminares. Talvez quisesse dizer que nunca o espaço de liberdade do indivíduo será totalmente preenchido por comandos normativos, daí um remanescente de liberdade. Nesse sentido não seria a liberdade decorrente de direito individual. Mas, Kelsen, como não poderia deixar de ser, tem plena consciência da precípua função dos direitos individuais:

(...) estas garantias de Direito constitucional não constituem em si direitos subjectivos – quer simples direitos reflexos, quer direitos privados subjectivos em sentido técnico. Elas apresentam-se, na verdade, como proibições de lesar, através de leis (ou de decretos com força de lei) a igualdade ou liberdade garantida, quer dizer, como proibições de as anular ou limitar. (...) por eles se determina um conteúdo das leis por forma negativa. (KELSEN, 1976, p. 202-203).

Nesse aspecto não foi inovadora a CRF/88 . O art. 179 da carta monárquica previa: “a inviolabilidade dos Direitos Cívicos e Políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte:”³

Expressões semelhantes ocorreram na Constituição de 1891, em seu art. 72; na de 1934, em seu art. 113; a Constituição de 1937 omitiu no caput do art. 122 a expressão “invioláveis”; a expressão renasce no art. 141 da Constituição de 1946; também no art. 153 da Constituição de 1967; na “emenda” de 1969, mantém-se a redação original do art. 153 da Constituição de 1967.⁴

As ideias inerentes ao constitucionalismo brasileiro não nasceram *ex nihil*, plasmadas em concepções originais suas. Inspirou-se no constitucionalismo europeu e norte americano.

No direito comparado há disciplina semelhante relativamente ao assunto tratado. A Constituição espanhola de 1978 usa a expressão invioláveis: “Artículo 10 1. La dignidad dela

³ Constituições Brasileiras, 1824, Volume I/ Otávio Nogueira – Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.”⁵ A Constituição Portuguesa de 1976 vai mais longe e fixa o direito de resistência expressamente: Artigo 21.º Direito de resistência: “Todos têm o direito de resistir a qualquer ordem que ofenda os seus direitos, liberdades e garantias e de repelir pela força qualquer agressão, quando não seja possível recorrer à autoridade pública.”⁶ A Declaração francesa de 1798 prevê: “les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'Homme, afin que cette Déclaration, constamment présente à tous les Membres du corps social, leur rappelle sans cesse leurs droits et leurs devoirs...”⁷. A Constituição Italiana de 1947, por sua vez, tem a seguinte disposição: “Art. 2- La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.”⁸

Em todos os documentos constitucionais mencionados parece que a inviolabilidade dos direitos individuais decorre de sua inalienabilidade, de modo a excluí-los do quadro *competencial* do poder público. Como se os indivíduos, em decorrência do pacto fundamental, não transferissem para a esfera pública algumas categorias de direitos que, necessariamente, devem residir na órbita privada.

As ideias que mencionamos existentes ao longo da história do constitucionalismo, tanto brasileiro, como estrangeiro, ligam-se aos textos constitucionais que, pioneiramente, vieram a sepultar institutos e práticas inerentes ao antigo regime.

Do *Bill of Rights* inglês (1689) colhe-se “que a cobrança de impostos para uso da Coroa, a título de prerrogativa, sem a autorização do Parlamento e por um período mais longo ou por modo diferente do autorizado pelo Parlamento, é ilegal. (LOCKE, apud COMPARATO, 1990, p. 114).

Na esteira da singular constituição inglesa e das doutrinas filosóficas dos colonizadores, a Constituição da Virgínia foi a que trouxe o preceito mais próximo da obra de Locke, como se tivesse inspiração direta dela. É a primeira constituição dogmática que positiva qualidades inerentes aos direitos fundamentais decorrentes da doutrina daquele pensador. O texto era o seguinte e assim foi apresentado na Convenção da Filadélfia:

⁵ Disponível em: <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=10&fin=55&tipo=2>, acesso em 10-02-2014.

⁶ Disponível em: < <http://bo.io.gov.mo/bo/i/pt/crpp1t1.asp>>, acesso em 10-02-2014.

⁷ Disponível em: <http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/dudh/1789.asp>, acesso em 10-02-2014.

⁸ Disponível em: <http://it.wikipedia.org/wiki/Articolo_2_della_Costituzione_italiana>, acesso em 10-02-2014.

1. todos os seres humanos são, pela sua natureza, igualmente livres e independentes, e possuem certos direitos inatos, dos quais, ao entrarem no estado de sociedade, não podem, por nenhum tipo de pacto, privar ou despojar sua posteridade; nomeadamente, a fruição da vida e da liberdade, com os meios de adquirir e possuir a propriedade de bens, bem como de procurar e obter a felicidade e a segurança. (COMPARATO, 1990, p. 143).

A Constituição da Virgínia foi o documento constitucional que serviu de paradigma para a Constituição dos Estados Unidos da América e esta, por sua vez, de paradigma para o mundo.

Nela, a terminologia empregada, faz com que as ideias lançadas aproximem-se muito, da teoria lavrada por John Locke no Segundo Tratado Sobre o Governo Civil.

2. Direitos inalienáveis no Segundo Tratado de John Locke

John Locke apropria-se do modelo contratualista preconizado por Thomas Hobbes. Irá escrever em um momento posterior, quando já estava muito mais impregnada na sociedade inglesa as reivindicações burguesas, principalmente como classe que almejava o poder político.⁹ Na Inglaterra, antes da França, se manifesta a pretensão da classe ascendente em nivelar e planificar os direitos, afastando os privilégios legais da nobreza e clero que se arrastavam até então, vindos das composições jurídicas da Idade Média. Não é outro o sentido da proclamação de igualdade que se fará ideologia durante a Revolução Francesa.

Os Dois Tratados Sobre o Governo (1689) são editados em quase concomitância com a Revolução Gloriosa, mesmo ano da edição do *Bill of Rights*, documento constitucional que inspirará as constituições modernas.

Os contratualistas¹⁰ partem da premissa hipotética de todos os sujeitos vivendo numa situação de liberdade plena, sem qualquer organização política, sem a existência do Estado. Tal situação é nominada de *estado de natureza*. Nessa situação e, num primeiro estágio, tudo pertenceria a todos indistintamente, não havendo o *teu* e o *meu*. Todos teriam liberdade plena quanto a determinação de suas ações, admitindo os contratualistas que os homens têm direitos naturais, variando, no entanto, quanto às suas espécies e exercício. Nessa condição, o único modo do homem sair do estado de natureza seria por meio de sua vontade e não de modo natural como havia preconizado Aristóteles. Na *Politica e Ética a Nicômacos* o grande pensador grego defende que a formação da sociedade política é natural, obedecendo a etapas

⁹ Nesse período, os europeus, enquanto divididos em classes sociais, não gozavam do mesmo estatuto jurídico, cada classe possuía o seu, regido por *normas* próprias.

¹⁰ Pensamos especialmente em Hobbes, Locke e Rousseau.

cronológicas que partem do modelo de organização mais simples, a família, passa por modelos intermediários, tribos e aldeias e, desemboca necessariamente no modelo mais complexo. Para os contratualistas, ao contrário, o homem não é um *zoon politikon*, o que faz com que a organização política seja artificial, pois produto da vontade e, não natural, já que não é espontânea.¹¹

Hobbes defende a ideia de que é melhor aos indivíduos renunciarem a sua liberdade e direitos naturais em favor do *soberano*, de que é melhor viver em uma comunidade política “segura”, do que num estado de natureza com total insegurança, inclusive em relação ao maior patrimônio do indivíduo, sua vida. Locke vê no estado de natureza um mínimo de organização social, inclusive com a instituição do direito de propriedade, mas verifica os riscos do sistema pela existência de pessoas que usurpam as condições implementadas pelos proprietários.

Para a doutrina contratualista, como dito, o Estado é fundado por meio da reunião das vontades dos sujeitos que o compõe. Por um acordo de todos com todos, pelo qual, cada indivíduo renuncia a sua liberdade e direitos naturais, se funda a organização estatal, se legitima o exercício do poder.¹²

Muitos supõem que no contrato sugerido por Hobbes - primeira concepção filosófica a respeito - há uma renúncia total e completa do indivíduo em favor da sociedade constituída, uma transferência total e completa de todos os seus *direitos* e liberdades à sociedade política em construção, sem qualquer reserva. Daí ter se popularizado em ciência política a expressão contrato de subordinação, relativamente ao modelo hobbesiano, e, contrato de associação, relativamente ao modelo rousseauiano. A suposição não é de todo verdadeira. Há sim em Hobbes uma reserva de consciência, uma esfera de individualidade que não se destaca do sujeito, nem pela sua vontade.

A obra de Hobbes não servia de arrimo para os padrões ideológicos que se arraigaram na cultura da Inglaterra no final do século XVII. Havia envidado energias mais para justificar a formação do Estado moderno do que para supor a existência de limites ao exercício do poder. Não escreveu contra o absolutismo, mas organizou um conjunto de ideias em padrões tão lógicos, que o modelo decorrente das premissas adotadas dava ao soberano padrões de poderes que se aproximam do que se cunhou chamar de absolutismo real.

¹¹ A concepção de Aristóteles foi e ainda é tão arraigada na cultura do ocidente, que a primeira doutrina que fez oposição a seus argumentos encontra-se no *De Cive* de Thomas Hobbes, editado em 1643, ou seja, quase dois mil anos depois do surgimento da doutrina aristotélica.

¹² É interessante notar a proximidade dessa ideia – pacto de união; pacto fundamental- com aquela outra que nascerá na Revolução Francesa acerca do poder constituinte originário.

Locke usa como paradigma a obra de Hobbes, pois adota premissas similares àquelas lançadas pelo seu antecessor e contemporâneo, mas não vê no Contrato Social a possibilidade de os indivíduos transferirem todos os seus “direitos” e liberdades naturais para o Estado (Soberano) que será formado por meio da união de suas vontades. Essa impossibilidade de transferência total de liberdade e direitos dos sujeitos para o Estado, entretanto, já tinha sido vislumbrada pelo filósofo antecessor. Talvez Locke tenha enxergado em Hobbes o que muitos comentadores não conseguiram ver.

Com base nos fundamentos contratualistas, Locke lançará mão da sua teoria acerca dos direitos inalienáveis, concepção que arrimou as primeiras ideias sobre os direitos fundamentais e universais do homem.

Para ele quando os homens celebram o pacto de união, de fato, eles renunciam a vários *direitos naturais e à sua liberdade natural*, mas essa renúncia é limitada, porque alguns *direitos são inalienáveis*. Para ele, no estado de natureza, o homem tem alguns direitos que apenas podem ser confirmados pelo Estado, já que não podem deixar a esfera individual por um ato de vontade. São, em sua visão, inalienáveis e, por isso, não podem ser transferidos por meio de qualquer tipo de pacto, contrato ou acordo de vontades.

No Segundo Tratado Sobre o Governo, Capítulo V, cujo título é “Da propriedade”, Locke esboça a primeira premissa de seu argumento:

(...) quer consideremos a razão natural – que nos diz que os homens, uma vez nascidos, têm direito à sua preservação e, portanto, à comida, bebida e a tudo quanto a natureza lhes fornece para sua subsistência – ou a revelação – que nos relata as concessões que Deus fez do mundo para Adão, Noé e seus filhos -, é perfeitamente claro que Deus, como diz o rei Davi (SL 115,61), deu a terra aos filhos dos homens, deu-a para a humanidade em comum. (LOCKE, 2005, p. 405-406).

Há dois fundamentos para a sua primeira premissa acerca do direito de propriedade: um de ordem biológica, pelo qual é uma constante na natureza humana a busca pela sobrevivência, fundamento, aliás, defendido por Hobbes e, outro, de ordem teológica, baseado em trechos da sagrada escritura. Apesar de gozarem de natureza diversa, os dois fundamentos não se excluem.

A necessidade da razão natural, que determina a manutenção da sobrevivência, ou por autorização divina, os bens poderão ser apropriados pelos homens em particular, já no estado de natureza:

(...) contudo, necessário, por terem sido essas coisas dadas para uso dos homens, haver um meio de apropriar parte delas de um modo ou de outro

para que possam ser de alguma utilidade ou benefício para qualquer homem em particular. O fruto ou a caça que alimenta o índio selvagem, que desconhece o que seja um lote e é ainda possuidor em comum, deve ser dele, e de tal modo dele, ou seja, parte dele, que outro não tenha direito algum a tais alimentos, para que lhe possam ser de qualquer utilidade no sustento de sua vida. (LOCKE, 2005, p. 407).

E, embora a terra, em um primeiro momento seja comum a todos os homens, deve existir uma base racional para a justificação da apropriação dos bens necessários a sobrevivência e, essa justificativa vem logo a seguir:

(...) embora a Terra e todas as criaturas inferiores sejam comuns a todos os homens, cada homem tem uma propriedade em sua própria pessoa. A esta ninguém tem direito algum além dele mesmo. O trabalho de seu corpo e a obra de suas mãos, pode-se dizer, são propriamente dele. (LOCKE, 2005, p. 409).

Para os contratualistas, no estado de natureza, todas as coisas pertenciam a todos indistintamente, havia em relação a elas o *jus in omnia*, ao menos na origem. O trabalho do homem sobre a terra faz dele proprietário da mesma, lhe confere o domínio sobre a coisa.

De modo que, tudo quanto seja retirado pelo homem de seu estado natural e aperfeiçoado pelo seu trabalho, a ele pertence, como sendo sua legítima propriedade. E, essa apropriação não depende do consentimento de qualquer outra pessoa. A justificativa disso é a razão natural, que determina a todos procurarem a manutenção de sua sobrevivência. Ou seja, faz ligar um fato natural, necessidade de sobreviver, a uma questão jurídica, atinente a manutenção da propriedade. E vai mais longe. Sustenta que a vida demanda um mínimo de bens apropriáveis, sem os quais não se subsiste e, por isso, estes bens passam a integrar o próprio conceito de vida. Assim, vida e propriedade, formam um só *conceito jurídico* ou, um único bem jurídico.¹³

Nos dizeres de Leonel Itaussu Mello, “para Locke, ao contrário, a propriedade já existe no estado de natureza e, sendo uma instituição anterior à sociedade, é um direito natural do indivíduo que não pode ser violado pelo Estado.” (MELLO, 2002, p. 85).

Quando passa a justificar a instituição do poder político e a tratar de suas finalidades, fica bem claro que o governo é instituído principalmente para a manutenção da vida e da propriedade das pessoas. Direitos que preexistem ao Estado ou comunidade política, termos que, na conceituação dos autores aqui mencionados, se equivalem.

Conforme acentua Norberto Bobbio,

¹³ De maneira não sistemática e rasa, defende a apropriação de bens por meio da mão de obra alheia, desde que o exercício se dê em benefício do proprietário e a acumulação de bens por meio da moeda, que é imperecível.

Passando aos Tratados, encontramos frequentemente trechos em que a conservação da propriedade se torna mesmo o único fim do governo civil. Diz, logo no início 'por poder político (...), entendo o direito de fazer leis sustentadas com a pena de morte e, por consequência, com todas as penas menores, para a regulamentação e conservação da propriedade. (BOBBIO, 1997, p. 188).

A postura teórica de Locke se afinava com os institutos jurídicos herdados do direito romano e praticados à época. Conforme lembra Bobbio (1997, p. 183), a doutrina tradicional oferecia duas soluções para justificar a aquisição original da propriedade, a ocupação, como posse da *res nullius* com a intenção de apropriar-se desse bem, e, a especificação, que consistia na transformação de um objeto, mediante o trabalho individual nele investido, para a transformação da substância do produto.

No Segundo Tratado Sobre o Governo Civil se concebe a aquisição de bens por meio dos institutos ou meios referidos. Nesse ponto, a postura lockeana dista muito da hobbesiana, já que nesta só há se falar em propriedade individual após a existência da comunidade política, antes dela, não há qualquer meio de garantir tal direito, ao contrário, impera um sentimento de insegurança e medo.

Após justificar a possibilidade de aquisição da propriedade pelo trabalho, fazendo ligar ela ao próprio direito a vida, Locke trata da mesma enquanto direito inalienável. Em verdade, vida e propriedade fundem-se num só direito.

Ao tratar dos limites do poder instituído pelo pacto de união, é peremptório ao afirmar que:

Pois, sendo ele apenas o poder conjunto de cada membro da sociedade, concedido à pessoa ou assembleia que legisla, não pode exceder o poder que tinham essas pessoas no estado de natureza, antes de entrarem em sociedade e cederem-no à comunidade. Pois ninguém pode transferir a outrem mais poder do que ele próprio possui; e ninguém dispõe de um poder arbitrário absoluto sobre si mesmo, ou sobre quem quer que seja, para destruir sua própria vida ou tomar a vida ou a propriedade de outrem. (LOCKE, 2005, p.504).

Nessa passagem fica clara a ligação entre suas ideias e a disposição que aparece pioneiramente na Constituição da Virgínia, posteriormente irradiada pelas constituições dos diversos estados, justamente a concepção de que os direitos fundamentais, por serem inalienáveis e preservarem-se na esfera individual de cada um, constituem uma barreira de proteção do indivíduo contra o próprio poder do Estado. Na obra de Locke esse caráter do

direito de propriedade e, também de liberdade, é justificado pela sua impossibilidade de transferência ou alienação para o poder político quando do pacto de união.

3. Hobbes e a impossibilidade de alienação da “*reserva de consciência*”

A análise empreendida nesse texto pode ser chamada de *análise* de regresso, encerrando quase uma tautologia, porque partimos da ideia pronta e amplamente disseminada nos textos constitucionais, até encontrar suas raízes. Por isso, é necessário tentar buscar a origem primeira da concepção dos direitos inalienáveis dos homens, busca que mostrará como raiz mais profunda da ideia, uma passagem do Leviatã, cuja primeira edição se deu em 1651.

Para Thomas Hobbes o exercício do poder sobre outrem só se legitima se fundado no consentimento. Há rigor quanto a essa questão em sua obra. Um soberano só tem legitimidade para governar um súdito se este consentiu quanto ao seu governo. Para extremar esse entendimento, diz no capítulo XX do Leviatã que um filho só está submetido às ordens do pai, porque, em algum momento, consentiu; se um homem e uma mulher, monarcas de dois reinos, tiverem um filho, este estará submetido às ordens daquele a quem, por pacto, tenha sido convencionada a guarda da criança, isso até a criança ser capaz de entendimento e fazer sua opção, ou, se quisermos, até a aquisição de sua capacidade jurídica. (HOBBS, 1952, p. 54).

O problema detectado no estado de natureza é que cada um, naquela situação, é árbitro de si mesmo, o que gera o conflito de opiniões e os litígios. Sendo assim, para remediar tal situação, há a necessidade de algo ou alguém, acima das pessoas individuais, que possa ditar o direito e julgar os conflitos, isto porque, como afirma Hobbes em várias passagens de sua obra, “*todo indivíduo particular é juiz das boas e más ações.*” (HOBBS, 1952, p. 149). E de nada adiantaria esse ente soberano sobre as pessoas se o mesmo não fosse dotado da capacidade de fazer impor suas deliberações pacificadoras; o soberano será o “*único legislador, e supremo juiz das controvérsias.*” (HOBBS, 1952, p. 109). Nota-se a nascente centralização do poder na figura do soberano, a monopolização dos meios de coação pelo Estado e, a emergente concepção do caráter substitutivo da jurisdição, enquanto mecanismo heterônomo de composição dos conflitos.

Assim, é necessário um ente soberano que possa julgar os conflitos de interesses e, ao mesmo tempo, é necessário que seus decretos sejam impositivos. De modo que o contrato de todos com todos deve dar ao soberano a possibilidade deliberativa acerca de tudo que diga

respeito à organização social, com a conseqüente garantia de sujeição de todos às suas ordens. Nas palavras de um pensador de nosso tempo:

Hobbes visa buscar a sua originalidade [ou seja, a do homem] na tarefa que a natureza lhe impõe, a de ser o artífice da sua própria humanidade: tarefa que exige, preliminarmente, que o homem saia justamente do “estado de natureza” e encaminhe-se para o “estado civil”, fazendo da sociedade e do Estado o terreno e o horizonte da sua realização humana. (LIMA VAZ, 1990, p. 86).

Na perspectiva hobbesiana, os conflitos existem em maior grau, nas situações em que não existe poder soberano, de onde se colhe que quanto menos poder, mais guerra; na proporção inversa, quanto mais poder, mais paz. Essa é a equação seguida por Hobbes, esse é o ponto do qual parte para construir uma sociedade política sólida. Quanto mais poder, mais paz; quanto menos poder comum sobre as pessoas, mais é propício o estado de guerra: “a habilidade de fazer e conservar Estados consiste em certas regras, tal como a aritmética e a geometria, e não (como o jogo de tênis) apenas na prática.” (HOBBS, 1952, p. 112). Esse postulado adquire índole matemática. Por isso da proposta do Estado Leviatã, mostro gigante – imagem bíblica do crocodilo- revestido de escamas de aço e cujo poder é incontestável.

Por isso, pelo pacto hobbesiano, a transferência de poder dos indivíduos ao soberano deve ser *absoluta*, sem comportar qualquer relativismo, não deve ser condicionada por quaisquer circunstâncias, exceto naquilo que diga respeito à própria vida e a integridade física do sujeito.¹⁴ O absolutismo do estado hobbesiano é um corolário lógico de seu raciocínio; seu modelo, nesse ponto, paga pela sua logicidade.

Os argumentos são todos no sentido de dar fechamento ao sistema. Assim defende que, ao aderir ao contrato fundador do Estado, mesmo o fazendo por medo, o indivíduo age livremente. Quando alguém é derrotado em uma batalha e promete servir ao vencedor para que este lhe poupe a vida, o faz de modo livre. A vontade é formada por um cálculo deliberativo, no qual o sujeito, diante de variantes, opta por uma delas. Na sua concepção, há sempre liberdade de escolha, pelo que, a vontade manifestada é sempre livre. Com o conceito emprestado ao termo liberdade se evita a alegação de vício de vontade, de eiva, mácula no momento de contratar, o que juridicamente é denominado de vício de consentimento, instituto que já era conhecido dos romanos e que, quando invocado, pode levar a anulação do pacto, privando-o de seus efeitos. O argumento de Hobbes solidifica o pacto. O princípio que legitima a decisão de um homem a se entregar como escravo de outrem para que este lhe poupe a vida, serve também para legitimar a adesão do indivíduo, inicial ou posterior, à

¹⁴ Essa ideia é trabalhada no capítulo XIV do Leviatã.

comunidade política, justamente para que não sofra as agruras decorrentes de sua recalitrância em anuir. Esse princípio já havia sido trabalhado por Hobbes no *De Cive*: “...quando alguém, prisioneiro de guerra ou vencido, ou desconfiando de suas forças, (para evitar a morte) promete ao vencedor ou a ao mais forte pôr-se ao seu serviço, isto é, fazer tudo que lhe for mandado.”¹⁵

A garantia de que todos vão anuir ao contrato, deriva do uso da razão, sendo necessário, em muitos casos, a correção de “*paixões e vícios*” (HOBBS, 1983, p. 66); caso o indivíduo não consiga esta transformação, ele é inapto para viver em sociedade; de acordo com Cícero, ele é inumano. Resta saber se resta ao indivíduo, após o pacto, algum direito de resistir aos comandos do soberano, alegando direito individual seu?

Essa questão era muito problemática ao tempo de Hobbes, tanto na esfera teórica, nos trabalhos dos doutrinadores, como também e, principalmente, na tradição constitucionalista inglesa. Vigia ainda à época de Hobbes e, ainda vige, a Carta Magna de João Sem Terra, que é de 1215, na qual se garante algumas liberdades para os nobres ingleses. Após assinar a carta em favor dos barões ingleses, João Sem Terra, que se viu coagido a tanto, declara verdadeira guerra aos mesmos. Revelando, já nessa época, a tensão que existia entre coroa e povo.

Já está implícito neste documento que a liberdade do indivíduo condiciona o exercício do poder real. Este documento é o primeiro germe do constitucionalismo e da teoria dos direitos fundamentais dos tempos modernos; é uma das maiores referências para a história do constitucionalismo. Além disso, durante a guerra, já quando Hobbes era adulto, em 1628, os ingleses presenteiam Charles I com o *Petition of Rights*, por meio de seu Parlamento.¹⁶ Este é um dos principais documentos constitucionais daquele país e, nele, vêm previstos alguns direitos dos súditos contra o próprio Rei, tais como: não ser tributado, senão por consentimento do parlamento, a limitação do direito de usar a lei marcial apenas para o tempo de guerra, o direito do preso ao *habeas corpus act*, que é, ainda hoje, o principal instrumento jurídico em favor da liberdade de locomoção, quando ameaçada ou lesada por um agente do Estado. Por conta deste cenário, a questão inerente à liberdade do súdito na Inglaterra era, no mínimo, tormentosa. Além disso, ao tempo de Hobbes havia uma publicação recente da *Política*, em que Aristóteles dá ao conceito de liberdade uma conotação

¹⁵ HOBBS, T. *De Cive*. New York: Oxford University Press, 1983. p. 117. Cap. VIII. “if a man taken Prisoner in the Wars, or overcome, or else distrusting his own forces, (to avoid Death) promises the conquerour, or de stronger Party, his service, i.e., to do all whatsoever he shall command him;”

¹⁶ Como lembra Martinich, os ingleses acusaram, tempos depois, Jaime I de ter descumprido o pacto (MARTINICH, A. P. HOBBS. New York: Routledge, 2005, página 54 e seguintes)

discrepante daquela que lhe dará Hobbes. Para Aristóteles, a liberdade consiste em não se submeter às ordens de *outrem*.

No Capítulo XXI do *Leviatã*, enfrenta esta questão. Constituído o Estado, toda a liberdade natural que tinha o indivíduo é transferida para a esfera estatal, pública. No estado de natureza, ele tem direito a todas as coisas, o que lhe acarreta uma liberdade irrestrita. Mas com a fundação da comunidade política, sua liberdade natural é transferida ao poder soberano.

Decorre daí que, em princípio, toda e qualquer ordem emanada do poder soberano deve ser de prontidão acatada pelo súdito. No entanto, cabe ainda a indagação relativa à existência de limites relativamente à própria lei civil, ou seja, existe alguma esfera da vida individual que não possa ser invadida pela lei civil, como exemplo poderia ser indagado: a lei civil pode obrigar o súdito a adotar uma determinada religião? É fácil supor que no estado hobbesiano a lei civil pode limitar o direito de propriedade, delegando ao soberano o direito a toda a propriedade e a possibilidade de sua distribuição, mas poderia ele, soberano, exigir do indivíduo a automutilação, o autoflagelo?

Sob o aspecto dos limites da própria lei civil, fica explicitado que ninguém é obrigado a matar a si próprio ou a outrem, pois caso isso fosse possível, estar-se-ia contrariando a própria finalidade para a qual foi instituído o Estado, que é a preservação da vida. Todos podem resistir ao soberano quando a sua própria vida esteja em jogo. A manutenção da vida e, por consequência, da integridade física, constituem a única exceção à exigência de não resistir ao soberano.

Com efeito, do *Leviatã* se colhe:

quando um homem transfere seu direito, ou renuncia a ele, o faz em consideração a um outro direito que reciprocamente lhe foi transferido, ou a qualquer outro bem que pretende. Pois é um ato voluntário, e o objetivo de todos os atos voluntários dos homens é algum bem para si mesmos. Assim, existem alguns direitos que é impossível admitir que algum homem, por quaisquer palavras ou outros sinais, possa abandonar ou transferir. Em primeiro lugar, ninguém pode renunciar ao direito de resistir a quem o agrida usando a força para tirar sua vida, já que é impossível admitir que através disso vise a algum benefício próprio. O mesmo pode dizer-se dos ferimentos, das cadeias e do cárcere, tanto porque desta aceitação não pode resultar benefício próprio.¹⁷

¹⁷ HOBBS. T. *Leviathan*. Chicago: Encyclopaedia Britannica, c1952. (Great Books of the Western World; v.54). p. 87. Cap. XIV, “*whensoever a man transferreth his right, or renounceth it, it is either in consideration of some right reciprocally transferred to himself, or for some other good he hopeth for thereby. For it is a voluntary act: and of the voluntary acts of every man, the object is some good to himself. And therefore there be some rights which no man can be understood by any words, or other signs, to have abandoned or transferred. As*

O direito de resistência, calcado na defesa da vida é defensável porque foi com vistas à manutenção da vida que foi criado o Estado. Se a própria organização estatal viola o direito à vida, sua finalidade essencial é deturpada. Depois de afiançar isso, a possibilidade de resistência em defesa da vida, Hobbes traz uma fórmula genérica, que não permite ao leitor extrair dela os limites de suas implicações. Com efeito, no mesmo capítulo XXI, depois de afiançar o direito do súdito de resistir ao soberano para proteger a própria vida, Hobbes afirma que: “*quando, portanto, nossa recusa de obedecer prejudica o fim em vista do qual foi criada a soberania, não há liberdade de recusar; mas caso contrário há essa liberdade.*”¹⁸ O ponto duvidoso na interpretação desta passagem está em saber o que, além da garantia do direito à vida e da integridade física, está nas finalidades para as quais foi instituída a comunidade política.

Mesmo que pensemos que Hobbes estava defendendo o modelo econômico burguês, como quer Macpherson, os instrumentos jurídicos disponibilizados em sua comunidade política não atenderiam aos anseios da nova classe dominante. Isso porque questões como a liberdade religiosa e a propriedade privada caem no domínio público com o contrato associativo. O soberano também tem amplos poderes para limitar a difusão das ideias, tanto as de cunho religioso, como quaisquer outras. No *De Cive*, que é editado em 1643 (XVII, XXVIII), Hobbes ainda aceita que a interpretação das escrituras deva ser feita por clérigos, que estariam na linha descendente dos Apóstolos de Cristo. Mas, no *Leviatã*, editado em 1651, mesmo essa concessão é cassada, e mesmo o poder eclesiástico fica vinculado ao poder soberano do Estado. Pelo menos, fica claramente reservado ao Estado o poder negativo de limitar doutrinas religiosas. Com esta tomada de posição, o poder da igreja fica abaixo e, subordinado ao poder do Estado. O mesmo dar-se-ia quanto às ideologias sufragadas pelos clássicos, pois, como o próprio Hobbes diz, o ocidente paga um preço muito alto pelos estudos das línguas latinas e gregas.

No extensíssimo Capítulo XLII do *Leviatã*, quando trata do direito de crença, Hobbes usa um argumento engenhoso, que não desagrade o súdito, mas que também não infirma a autoridade do soberano. Isso porque, quando trata da fé, Hobbes admite que ninguém pode externar ou professar qualquer crença em desacordo com as ordens do

first a man cannot lay down the right of resisting them that assault him by force to take away his life, because he cannot be understood to aim thereby at any good to himself.”

¹⁸ HOBBS. T. **Leviathan**. Chicago: Encyclopaedia Britannica, c1952. (Great Books of the Western World; v.54). p. 115. Cap. XXI. “*when therefore our refusal to obey frustrates the end for which the sovereignty was ordained, then there is no liberty to refuse; otherwise, there is.*”

soberano; as manifestações *externas* do indivíduo não devem chocar-se com os ditames da sociedade política. Mas em foro interno, nem mesmo o soberano pode obrigar alguém. De modo que o indivíduo não pode agir contrariamente às necessidades da sociedade política, mas pode sentir em desacordo com eventual crença oficial. Há uma diferenciação entre condutas exteriorizáveis e públicas, que não podem se antagonizar com os decretos do soberano, e a fé em foro interno, íntimo, a qual nem mesmo o soberano pode manipular ou obrigar. Quando indaga se o soberano poderia obrigar alguém a não crer em Cristo, responde: “*relativamente a isto eu respondo que essa proibição não teria efeito algum, porque a crença e a descrença nunca seguem as ordens dos homens.*”¹⁹ Há a liberdade de crença, pelo menos em foro interno (*intra pectus suum*); ou seja, sua conclusão é de que a fé é inalienável, ou seja, não é possível que o súdito transfira para o soberano a possibilidade de este reger seus próprios sentimentos, especialmente aqueles que se ligam às convicções teológicas. Mas, mesmo nesse campo tão tormentoso, estopim de várias guerras sangrentas, não há concessão para ninguém se valer das suas convicções religiosas para antagonizar os decretos do soberano, pois este tipo de resistência ao soberano leva à disputa de opiniões, que reflete, por sua vez, o estado de natureza. O ideal civil sufragado nos clássicos, em muitos aspectos, como a proposta de liberdade republicana dos gregos e latinos, discrepa da doutrina então lançada por Hobbes. De forma que ao soberano pertence o direito de, pelo menos, legislar negativamente, proibindo doutrinas sediciosas. Tal postura fica claramente explicitada no Capítulo XVIII do *Leviatã*.

Essas questões inerentes ao direito de resistência dos súditos, que já se encontram germinando na obra de Hobbes, despertam uma série de indagações. Logo após a publicação do *Leviatã* (1651) será desenvolvida a concepção dos direitos naturais do homem, direitos que dão ao indivíduo a possibilidade de resistir ao próprio poder estatal, como já referimos acima. Esta concepção estará presente no *Segundo Tratado* de Locke e será sufragada pelo *Bill of Rights* inglês (1689), como também já mostramos. Mas, a concepção de direitos naturais oponíveis ao próprio poder do estado não está claramente delineada na obra de Hobbes, apesar de aí estar o germe ou a arquitetura fundamental para o seu nascimento. Não é difícil entender porque a obra hobbesiana ganhou a marginalidade nas classificações dos modelos políticos, já que seu modelo é classificado como autoritarista e inócuo para a sociedade do século XVIII. Nos escritos hobbesianos, os dois principais valores burgueses nascentes não

¹⁹ HOBBS. T. *Leviathan*. Chicago: Encyclopaedia Britannica, c1952. (Great Books of the Western World; v.54). p. 209. Cap. XLII, “*to this I answer that such forbidding is of no effect; because belief and unbelief never follow men’s commands.*”

são contemplados enquanto direitos naturais: a propriedade privada e a liberdade de religiosa; esta que se “multifaceterá”, surgindo a liberdade de expressão, de ir e vir, literária, de desenvolvimento da ciência, de imprensa, *et cetera* . A sociedade burguesa que nasce no século XVII aproveitará vários dos institutos e concepções que se encontram em Hobbes, mas jungirá aos seus preceitos várias moderações ao exercício do poder. O Estado moderno surgirá tal qual concebeu Hobbes, uma entidade soberana, com um sistema jurídico funcional, lastreado num pacto fundante –constituição-, calcado nas vontades dos indivíduos; no entanto, as construções teóricas posteriores abrandaram o rigor da autoridade que tem o soberano no modelo hobbesiano.

O modelo de estado de Hobbes antecipa a arquitetura dos Estados europeus nascedouros. Se há dúvidas acerca do fato de que Hobbes constrói um modelo que já traz os moldes, as impressões de uma sociedade burguesa, calcada na concorrência de mercado – em que as pessoas concorrem em um mercado por bens e posses- quanto às implicações jurídicas da sua obra, não há dúvidas de que será ela um dos sustentáculos da modernidade. Isto pode ser visto nos três movimentos revolucionários que determinarão o destino político do mundo: as Revoluções Inglesas do século XVII, a Independência Norte Americana e a Revolução Francesa. Isso porque após os três eventos, o que se vê é a formalização de um pacto de união por meio de documentos constitucionais. As constituições modernas são decorrência do pacto de união concebido por Hobbes; o que o constitucionalismo chamará de poder constituinte originário. A própria atomização da sociedade política em direção às vontades individuais já indica a moderna liberdade individualista do pensamento liberal. Dificilmente não se encontrará na obra de Hobbes o arcabouço necessário para a construção de todos os institutos jurídicos decorrentes das teses constitucionalistas pós-revolucionárias dos séculos XVII e XVIII. No capítulo XLII do *Leviatã* há a distinção entre a fé “*intra pectus suum*”, e a questão ligada à prática pública da religião; aquela é permitida, pois há, necessariamente, em todas as pessoas uma “reserva de consciência” intransponível, mesmo para o poder soberano, enquanto o controle da religião é necessário para a manutenção da paz. Essa reserva de consciência já antecipa a moderna questão atinente à liberdade religiosa e, até mesmo, à liberdade individualista do pensamento, às liberdades peculiares à estrutura do sistema constitucional liberal. Por conta do prenúncio da estrutura do modelo constitucional moderno, Carl Schmitt diz acerca da obra de Hobbes: “É, pois, Hobbes, por ambos os lados, precursor espiritual do Estado de Direito e do Estado constitucional burguês que ao longo do século XX

se impõe no âmbito do continente europeu.”²⁰ Em Hobbes, todo Estado é Estado de Direito, já que todas as ordens do soberano são atos de lícita legalidade.

Os estados modernos são pensados juridicamente pelo modelo constitucionalista; podemos enxergar na vanguarda dos estados modernos esse nítido comportamento constitucionalista. *Estado de natureza* ou *Sociedade Civil e Política* é a base argumentativa nas obras de Hobbes e Locke. Segundo Bobbio *et al.*, os homens saem do *estado de natureza* e ingressam na *sociedade civil* por um acordo, pelo menos da maioria:

Em sentido muito amplo o Contratualismo compreende todas aquelas teorias políticas que vêm a origem da sociedade e o fundamento do poder político (chamado, quando em quando, potestas, imperium, Governo, soberania, Estado) num contrato, isto é, num acordo tácito ou expresso entre a maioria dos indivíduos, acordo que assinalaria o fim do estado natural e o início do estado social e político. (BOBBI, MATTEUCCI e PASQUINO, 1990, p. 272).

Esse acordo inicial pode ser visto como o sustentáculo para o processo de constitucionalização dos Estados modernos.

O desenvolvimento do contratualismo será aproveitado pelo movimento constitucionalista em vários pontos conceituais. Há um lugar comum entre vários dos conceitos empregados pelas duas correntes do pensamento. O movimento constitucionalista, deflagrado pelas duas Revoluções Inglesas do século XVII, a “Puritana” e a “Gloriosa”, pela independência e posterior organização do Estado norte-americano e pela Revolução Francesa, tem inegáveis pontos de contato com o movimento contratualista lançado por Thomas Hobbes. Alguns conceitos estruturantes do constitucionalismo podem, muito bem, ser explicados a partir de conceitos criados, ou pelo menos trabalhados, pelo contratualismo, inclusive a concepção dos direitos inalienáveis.

Como exemplo destes pontos de proximidade, temos o *contrato social* no contratualismo, que seria o pacto de união necessário para retirar os indivíduos do estado de natureza e introduzir-lhes na comunidade civil e, o denominado *poder constituinte originário*, que seria aquele capaz de criar uma nova constituição, estruturando o Estado, por meio da previsão de seus “centros” de poder ou autoridade. Empréstado o conceito de Ferdinand Lassalle, da sua *ultrarealista* visão acerca do nascimento de uma constituição por meio do

²⁰ SCHMITT, C. **El Leviathan em la teoría del Estado de Tomás Hobbes**. Tradução de Javier Conde Argentina: Editorial Struhart e Cia, 1990. p. p. 67-68, “ES, pues Hobbes, por ambos lados, precursor espiritual del Estado de derecho y del Estado constitucional burgués que a lo largo del siglo XIX se impone en todo el ámbito del continente europeo.”

denominado poder constituinte originário, vê-se essa ligação conceitual, cuja referência fenomenológica coincide:

Se fizesse esta pergunta a um jurista, ele me responderia seguramente em termos parecidos como estes: ‘a Constituição é um pacto jurado entre os rei e o povo, que estabelece os princípios básicos da legislação e do governo dentro de um país.’ Ou em termos um pouco mais gerais, posto que também houve e há Constituições republicanas: A Constituição é a lei fundamental proclamada no país, na qual se lançam os cimentos para a organização do direito público desta nação. (LASSALE, 2004, p. 37).

Hobbes já havia dito que: “*lei fundamental, em toda comunidade política, é aquela que, se eliminada, o Estado é destruído e inevitavelmente dissolvido, como um edifício cuja fundação é destruída.*”²¹ Nas citações os autores referem-se à mesma situação de fato, ao mesmo fenômeno.²² As duas expressões reportam-se a fenômenos idênticos - ou pelo menos muito similares, mas nomeados diversamente.²³

Este é apenas um dos pontos de contato entre as duas correntes do pensamento²⁴. Outro ponto de contato entre elas, é o que nos parece, está na geração da concepção acerca dos denominados direitos fundamentais de primeira geração, notadamente o direito à liberdade e à propriedade privada. Todos ou quase todos os contratualistas posteriores a Hobbes partem de suas premissas, aceitam seu panorama arquitetônico, o antagonismo entre *estado de natureza e sociedade civil*, mas modelam seus argumentos aos mais prementes anseios da sociedade burguesa nascente. Encontramos em Montesquieu o desenvolvimento de mecanismos que moderam a atuação do poder estatal porque permitem o controle do poder

²¹ HOBBS. T. **Leviathan**. Chicago: Encyclopaedia Britannica, c1952. (Great Books of the Western World; v.54). p. 138. Cap. XXVI, “*For a fundamental law in every Commonwealth is that which, being taken away, the commonwealth faileth and is utterly dissolved, as a building whose foundation is destroyed.*” No Capítulo XXVII do Leviatã Hobbes adianta para os penalistas o principal princípio que norteará a ciência penal, enunciado pelo brocardo latino: *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

²² Para melhor elucidação do que tentamos dizer, podemos citar a obra de uma dos líderes do Círculo de Viena: Schlick, M. **Sentido e verificação**. São Paulo: Abril Cultural, p. 91. “daqui concluímos que não existe nenhuma possibilidade de entender um sentido sem referir-nos em última análise a definições indicativas, o que implica, em um sentido óbvio, referência à experiência ou à possibilidade de verificação.” Ou seja, os dois conceitos referenciados reportam-se à mesma situação de fato.

²³ Sobre as implicações jurídicas da obra Hobbes, e a sua influência decisiva para a modernidade, pretendemos escrever em outro momento, mas, por curiosidade devemos observar que no mesmo cap. XXI do Leviatã fica consignado que um bom juiz, além de outras qualidades, deve se atentar para as provas produzidas ou existentes. A questão inerente a decisão judicial calcada em provas é uma das centrais no *Bill of Rights* que foi publicado em 1689.

²⁴ Conforme podemos ver em: COMPARATO, F. K. **A afirmação histórica dos direitos do homem**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 91 “à época, na Inglaterra, as noções de constituição e de lei fundamental eram de resto complementares. O libelo acusatório contra o rei Jaime II, apresentado na Câmara dos Comuns em 28 de janeiro de 1689, compreendia dois crimes. O primeiro era o de ‘haver tentado abolir a Constituição do reino, ao romper o contrato original entre o rei e o povo.’” Isso mostra que a visão contratualista estava impregnada nas mentes da época.

pelo próprio poder (tripartição dos poderes, da qual resulta a teoria dos freios e contrapesos). Em Rousseau, a questão atinente à formação da sociedade política por meio da vontade dos indivíduos será maximizada, ao ponto de os indivíduos, a qualquer tempo, poderem modificar, retificar a autoridade estatal. Mas, de todos o contratualistas influenciados por Hobbes, a nosso ver, Locke, pelo menos no campo político, foi quem melhor percebeu a possibilidade de arquitetar o argumento fundamental sobre os direitos individuais, tomando como gancho a obra de Hobbes. Foi ele quem preparou o modelo teórico que serviu e, serve ainda, à sociedade burguesa. Justamente naquela “brecha” já apontada (a defesa da vida e a questão da fé em foro interno) incide o gênio inovador (ou aproveitador) de Locke. Isso porque Hobbes deixa claro que o indivíduo só pode resistir ao poder soberano, se estiver em jogo sua vida ou sua integridade física; Locke vai mais além, ele amplia o direito de resistência do indivíduo e liga o direito à vida ao direito à propriedade privada.

Inobstante o fato de quase inexistir em Hobbes o propalado *direito de resistência* pelos doutrinadores da modernidade, existe um ponto de contato entre a obra de Hobbes, que sob este aspecto é pioneira, e a doutrina dos direitos fundamentais, sob o manto dos quais são inseridos os direitos de resistência. É que a base teórica de tais direitos está na doutrina dos direitos naturais do homem, aqueles que são dados aos homens pela natureza, diretamente, sem a intervenção estatal. E, sob este aspecto, a obra de Hobbes foi muito aproveitada pela posteridade, já que ele foi o primeiro doutrinador moderno a lançar mão de uma doutrina profunda e consistente sobre os direitos naturais, ou pelo menos, sobre o direito natural que os homens têm sobre todas as coisas. Parece ser indubitável a ligação entre os direitos inalienáveis e as teses hobbesianas.

4- CONCLUSÃO

Os direitos individuais elencados nas constituições modernas têm como função precípua a proteção do indivíduo frente ao poder do Estado. Para se chegar à origem dessa concepção, é necessário encarar o Estado como resultado de um pacto fundante, que nos remete às ideias contratualistas dos séculos XVII e XVIII. Pelo pacto fundador algumas prerrogativas individuais são transferidas para a esfera pública e outras não, por serem inalienáveis, de modo que conservariam fora da esfera legislativa do Estado ou de qualquer outra intromissão ou interferência sua. Assim, essa categoria de direitos representaria

verdadeiras cláusulas de bloqueio ao próprio poder político, inclusive e especialmente ao poder de legislar.

Talvez até em decorrência da história do constitucionalismo inglês, dois dos grandes pensadores que irão enfrentar a questão são John Locke e Thomas Hobbes, sendo certo que as ideias de Locke serão aproveitadas e *repetidas* nos textos constitucionais modernos, mas a origem dessas ideias está na obra de Hobbes.

A primeira constituição moderna a encampar essa concepção e a explicitá-la, foi a Constituição da Virgínia, de 1787; esta mesma constituição servirá de modelo à atual constituição norte americana. A carta da Virgínia é expressa ao prenciar a existência de direitos *naturais* dos homens que não podem ser violados pelo poder público, concepção que será difundida pelo constitucionalismo moderno, estando positivada em vários textos constitucionais no Brasil e, no estrangeiro. Conforme fizemos consignar, esse é um debate que remonta, pelo menos, à Carta Magna de João Sem Terra.

Muitas constituições modernas e contemporâneas valem-se da expressão “*invioláveis*” para qualificar os direitos individuais. Sua inviolabilidade decorre de sua inalienabilidade. Essa característica dos direitos individuais é amplamente debatida pelos contratualistas modernos, em especial por John Locke.

Há consenso de que o ideário inerente aos direitos fundamentais e, incidente na constituição da Virgínia, é tributário das ideias de John Locke, especialmente às suas concepções acerca dos direitos inalienáveis.

Mas, a verdadeira origem dos direitos inalienáveis reside na história do direito constitucional da Inglaterra e, o primeiro grande autor a enfrentar a questão, em obra de fôlego, foi Thomas Hobbes. Ordinariamente se atribui o enfrentamento pioneiro da questão a John Locke, mas a abordagem do tema já se encontra presente na obra de Hobbes, que é anterior à do seu compatriota.

O que tentamos mostrar é que Locke, no máximo, aperfeiçoa os argumentos de Hobbes, sem inovar no tema, isso porque, no desenvolvimento de sua teoria do contrato social, Hobbes supõe a existência, numa situação hipotética, de direitos naturais dos homens e de uma liberdade irrestrita do sujeito. Tal estado de coisas é nominado de estado de natureza. Em sua doutrina, ao aderir ao contrato social, os indivíduos renunciam a todos os seus direitos

naturais e permitem à entidade política que está sendo formada pelo pacto, disciplinar todas as esferas de suas vidas.

Dando consecução a seus argumentos, enfrenta o problema inerente ao direito de resistência do indivíduo frente ao poder público quando sua vida e integridade físicas estão em jogo, bem como a temática inerente à liberdade de religião. Apesar de admitir que está dentro da esfera de competências do poder soberano a possibilidade de disciplinar todas as questões inerentes à religião e sua prática, admite não ser possível o indivíduo libertar-se ou alienar suas próprias convicções religiosas para a sociedade política.

O que está *intra pectus suum* é inalienável, na visão de Hobbes. A nosso ver, esta passagem da obra hobbesiana constitui o germe teórico que motivará John Locke e tantos outros pensadores posteriores que abordaram referido tema, tratando-o de um modo diferente da tratativa engendrada por Hobbes, mas tendo por suposto básico suas ideias. Desse modo, não pode ser olvidada a contribuição teórica deste grande pensador Inglês para a história do constitucionalismo moderno.

Hobbes está preocupado com a formação do Estado Moderno, com a teorização de uma doutrina que justificasse a concentração do poder nas mãos do monarca. Apenas posteriormente os pensadores preocupar-se-ão com o controle do poder. A inserção histórica do pensador não pode ser desconsiderada.

Como se fez consignar, essa questão na obra de Hobbes é problemática, sendo certo que suas concepções teóricas serão contrariadas pela doutrina e práticas constitucionais modernas, no entanto, o enfrentamento da questão em sua obra, faz dele o pioneiro neste campo teórico e temático.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **Locke e o direito natural**. 2ª edição, tradução de Sérgio Bath, Brasília, editora da UNB, 1997.

BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. **Dicionário de política**. 12. ed. São Paulo: Imprensa oficial-SP; Brasília: Editora UnB, 1990.

BRASIL. **Constituições Brasileiras**, 1824, Volume I/ Otávio Nogueira – Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

COMPARATO. F. K. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

CONSTITUIÇÃO ESPANHOLA: disponível em: <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=10&fin=55&tipo>.

CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA: disponível em: <http://bo.io.gov.mo/bo/i/pt/crpp1t1.asp>, acesso em 10-02-2014.

CONSTITUIÇÃO FRANCESA: disponível em: <http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/dudh/1789.asp>, acesso em 10-02-2014, acesso em 10-02-2014.

CONSTITUIÇÃO ITALIANA: disponível em: http://it.wikipedia.org/wiki/Articolo_2_della_Costituzione_italiana, acesso em 10-02-2014.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**: Havard Univerty Press, Cambridge, 1978.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia, entre facticidade e validade, Vol. I**. 2ª edição Tradução Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HOBBS, T. **De Cive**. New York: Oxford Univerty Press, 1983.

HOBBS. T. **Levithan**. Chicago: Encyclopaedia Britannica, c1952. (Great Books of the Western World; v.54).

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 4ª Ed., Arménio Amado Editor: Coimbra, 1976.

LASSALLE, F. **O que é uma constituição?** Belo Horizonte: Líder, 2004.

LIMA VAZ, H. C. **Antropologia filosófica I**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 1990.

LOCKE, J. **Dois tratados sobre o governo**. Tradução de: Júlio Fischer 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MARTINICH, A. P. **Hobbes**. New York: Routledge, 2005.

ALMEIDA MELLO, Leonel Itaussu. John Locke e o individualismo liberal. In: WEFFORT, Francisco (Org.). **Os Clássicos da Política**, Vol I. São Paulo: Ática, 2002, p. 85.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 3ª edição, São Paulo: Saraiva, 1998.

SCHLICK, M. **Sentido e verificação**. São Paulo: Abril Cultural, 1982.

SHMITT, C. **El Leviathan em la teoria del Estado de Tomás Hobbes**. Tradução de Javier Conde Argentina: Editorial Struhart e Cia, 1990.