

A GENEALOGIA DOS DIREITOS HUMANOS E A INFLUÊNCIA DO LIBERALISMO POLÍTICO DE JOHN LOCKE NA SUA CONFORMAÇÃO[†]

Maria Margarida Acates Candeias

“À medida que as condições sociais tendem para a igualdade, há um número crescente de indivíduos que, embora não sejam assaz ricos ou poderosos para exercerem uma grande influência sobre os seus semelhantes, adquiriram, ou mantiveram, luzes e conhecimentos suficientes para se bastarem a si próprios. Esses não devem nem esperam nada de ninguém; habituaram-se ao seu isolamento e imaginam que o seu destino depende exclusivamente deles próprios. Deste modo, a democracia não só leva cada homem a esquecer-se dos seus antepassados, mas também lhe esconde os seus descendentes e separa-o dos seus contemporâneos; condu-lo incessantemente para ele próprio e ameaça acabar por encerrá-lo, na sua totalidade, na solidão do seu próprio coração.” - Alexis de Tocqueville, Da Democracia na América, 1835

*“Eu tenho um sonho que um dia esta nação levantar-se-á e viverá o verdadeiro significado da sua crença: Consideramos estas verdades evidentes por si mesmas, que todos os homens são criados iguais. Eu tenho um sonho que um dia nas montanhas rubras da Geórgia, os filhos de antigos escravos e os filhos de antigos proprietários de escravos poderão sentar-se à mesa da fraternidade. Eu tenho um sonho que um dia o Estado do Mississipi, um Estado deserto, sufocado pelo calor da injustiça e da opressão, será transformado num oásis de liberdade e justiça. Eu tenho um sonho que os meus quatro pequenos filhos viverão um dia, numa nação onde não serão julgados pela cor da sua pele, mas pela qualidade do seu caráter. Tenho um sonho, hoje.
Eu tenho um sonho que um dia o Estado de Alabama, com os*

[†] Relatório apresentado à disciplina de Filosofia do Direito. Curso de Doutoramento em Direito - especialidade de Ciências Jurídico-Internacionais e Europeias, Ano Lectivo 2012/2013. Regência da Professora Doutora Sílvia Anjos Alves.

seus racistas malignos e com o seu governador, cujos lábios gotejam palavras de intervenção e negação, nesse justo dia, no Alabama, pequenos rapazes negros, e raparigas negras, poderão dar as mãos a outros pequenos rapazes brancos, e raparigas brancas, caminhando juntos, lado a lado, como irmãos e irmãs. Tenho um sonho, hoje. Eu tenho um sonho que um dia todos os vales serão elevados, todas as montanhas e encostas serão niveladas, os lugares ásperos serão polidos, e os lugares tortuosos serão endireitados, e a glória do Senhor será revelada, e todos os seres a verão, conjuntamente. Esta é nossa esperança. Esta é a fé com a qual regresso ao Sul. Com esta fé seremos capazes de retirar da montanha do desespero uma pedra de esperança. Com esta fé poderemos transformar as dissonantes discórdias de nossa nação numa bonita e harmoniosa sinfonia de fraternidade. Com esta fé poderemos trabalhar juntos, rezar juntos, lutar juntos, ir para a prisão juntos, ficarmos juntos em posição de sentido pela liberdade, sabendo que um dia seremos livres.” - Martin Luther King, Discurso proferido nos degraus do Lincoln Memorial em Washington D.C. a 28 de Agosto de 1963.

Índice: I. A Cultura Jurídica Moderna. 1. O Humanismo. 2. A Reforma Protestante e a Contra-Reforma Católica. 3. O Jusnaturalismo Moderno. 4. O Nascimento da Doutrina do Contrato Social. 5. A Modernidade e os Direitos Humanos. 6. Burke vs. Paine: no encaicho do espírito revolucionário e antirrevolucionário dos direitos humanos. II. O Paradigma da Concepção Liberal do Estado com John Locke e os Direitos Individuais do Homem. a. Origem do poder político, estado de natural e igualdade. b. A Propriedade para John Locke. c. Revolução e Direito de Resistência em Locke: o “refúgio de Deus”. III. Algumas notas críticas ao liberalismo. IV. A Genealogia dos Direitos Humanos: em busca da matriz inglesa e francesa. V. A Evolução da Proteção do Indivíduo no Direito Internacional dos Direitos Humanos: a herança de Locke?. VI- Conclusão. Bibliografia

I. A CULTURA JURÍDICA MODERNA:



Idade Moderna ¹ inaugura uma nova cultura jurídica. O modelo político-jurídico dominante entre o século XVI e o século XVIII, apresenta um compósito bastante heterogéneo, em relação ao período antecedente, isto é, à Idade Média. ²

Nesta, se vai estrear a defesa de uma concepção orgânica da sociedade, a qual se exhibe como um tecido complexo composto a partir de uma pluralidade de entidades menores sobrepostas entre si. Neste contexto, não existe, pois, uma sociedade, mas “*sociedades*” ³, e o Estado, albergado na tradição aristotélico-

¹ A maior parte dos aspectos característicos do Direito durante a época moderna aparecem já no século XIV, até antes, já no século XIII, desenvolvem-se progressivamente nos séculos XV e XVI e estabilizam-se nos séculos XVII e XVIII. A situação política dos principais Estados altera-se: A França torna-se um Estado monárquico relativamente unificado; Nas ilhas britânicas, o Reino Unido foi reunindo a Inglaterra ao País de Gales, à Escócia e à Irlanda. Torna-se uma grande potência económica e marítima à conquista de vastas colónias na América e Ásia. O poder do Rei fica diminuído face às revoluções liberais de 1648 e 1688; O Sacro Império Romano-Germânico perde unidade política na sequência das guerras religiosas e da Guerra dos Trinta Anos. Espanha e Portugal assumem-se no século XVI como poderosos impérios coloniais; Os Países baixos tentam a unificação, formando no século XVI os *Pays de par-deçà*, tentando fortalecer-se. No domínio jurídico assiste-se a uma tendência para a unificação do Direito, ideia tão cara e útil ao absolutismo, surge uma inclinação para a defesa da segurança jurídica e da legislação real, fonte viva do Direito. Deve acrescentar-se que o costume continua a ser por excelência, a fonte principal do direito civil mas acabará por mudar de carácter, visto que os soberanos ordenam a sua redução a escrito. Com os tempos modernos acentua-se fortemente a romanização do Direito nos países da Europa Continental. Esta evolução jurídica da ciência do direito proporcionou à doutrina e à jurisprudência um lugar cabal na unificação daquela ciência. Por outro lado, o direito canónico sofre um rápido declínio, como fonte de direito laico. Isto sucede porque a reforma protestante subtrai uma grande parte da Europa à religião católica. Este é de facto o esboço do haveria de ser desenhado na Idade Moderna. Assim nos ensina John Gilissen, *Introdução Histórica ao Direito*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1988, pp. 244-249.

² Não abordaremos aqui a cultura jurídica medieval, mas remetemos as características mais marcantes da sua filosofia, para a obra de Maria Leonor Xavier, *Questões de Filosofia na Idade Média*, Edições Colibri, Forum Ideias, Lisboa, Maio/2007.

³ Cfr. Luis Sánchez Agesta, *El Principio de Función Subsidiaria*, *Revista de Estudios Políticos*, n.º 121, Janeiro-Fevereiro, 1962, pp. 8.

tomista, não consubstancia uma comunidade de indivíduos mas uma “*sociedade de sociedades*”.⁴

No período antecessor à era moderna, a legislação apresentava um carácter subsidiário. A lei expressava a intencionalidade de uma ordem jurídica pressuposta (uma ordem transcendente ao próprio poder estabelecido), à qual estava inserida e portanto vinculada.⁵ O papel da lei era secundário e “(...) *o Direito era tido por superior à lei e a esta transcendia – o que implicava não ser o poder político o titular constitutivo do Direito (...)*”.⁶ O pensamento moderno viria a converter a lei no *constituens* do Direito e o poder político vai desenhar-se como criador do Direito num sistema político composto juridicamente como Estado de legislação.^{7 8}

O Direito pré-moderno parecia não existir independentemente dos comandos da autoridade medieva, isto é, sem a ordem teológico-metafísica transcendente. A função do soberano era unicamente a administração da justiça. Ele não estava qualificado para criar ou modificar o Direito e portanto, não estava habilitado a fazer as leis, no sentido moderno.^{9 10}

Nesta fase, a autoridade política não era de modo algum legisladora e de facto, a lei identificava-se com o costume, não era mera tradução do voluntarismo consciente e deliberado de

⁴ Cfr. Carlos Pacheco Amaral, *Autonomia: Uma Aproximação na Perspectiva da Filosofia Social e Política*, Universidade dos Açores, Ponta Delgada, 1995, pp. 144.

⁵ Cfr. Plínio Saraiva Melgaré, *Juridicidade: Sua Compreensão Político-Jurídica a partir do Pensamento Moderno-Iluminista*, Boletim da FDUC, Studia Iuridica, 69, Coimbra Editora, 2003, pp. 15.

⁶ Cfr. as palavras de Manuel Afonso Vaz, *Lei e Reserva de Lei, A causa da lei na Constituição Portuguesa de 1976*, Teses, Universidade Católica Lusitana, Porto, 1996, pp. 85.

⁷ *Ibidem...*

⁸ Cfr. a excelente monografia de Carlos Lima, *O Estado e a Evolução do Direito*, Bertrand, 1914.

⁹ Neste sentido, Jean-Jacques Chevallier, *História do Pensamento Político*, Vol. 1, Trad. Roberto C. de Lacerda, R.J., Guanabara, 1982, pp. 207.

¹⁰ Ainda sobre o papel da lei no período medieval, René David, *Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo*, Trad. Hermínio A. Carvalho, 3.ª Ed., S. Paulo, Martins Fontes, 1996, pp. 48 e 49.

um indivíduo ou de um grupo. Ainda assim, devemos à Idade Média, mais propriamente ao século XI, o florescimento das Relações Internacionais, a divisão do Direito Internacional em Direito da Paz e Direito da Guerra, e o desenvolvimento do comércio marítimo.

O século XIII transportaria a *Magna Carta Libertatum* inglesa. Este édito datado de 15 de Junho de 1215, constitui o exemplo mais célebre das cartas de liberdade medievais. Foi uma pedra basilar não só para o parlamentarismo inglês mas também para o desenvolvimento dos direitos de liberdade.¹¹ Contudo, para Sílvia Alves, “o século XVIII reúne o paradoxo de ter vivido uma prática política em que os poderes do Rei absoluto se expandem até ao limite, de tal forma que os direitos e a liberdade do vassalo são uma mera contrapartida sem expressão, e uma filosofia que pela força da sua debilidade engendra uma liberdade que de novo compromete.”¹²

A comunidade cristã, de vocação universalista, que nutre uma estreita empatia com o Direito Romano difundido pelas Universidades, está empenhada no encontro com povos não cristãos, a despeito das Cruzadas. No plano político a tensão entre a Igreja e o poder régio é enorme. O domínio do papado sobre os príncipes é ainda efetivo, no início do século XIII com Inocêncio III, mas recua mais tarde, para desaparecer, no sécu-

¹¹ O artigo mais conhecido desta Carta é o artigo 39.º que dispõe que “Nenhum Homem livre será detido ou sujeito a prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos ou mandaremos proceder contra ele, senão mediante julgamento regular dos seus pares ou de harmonia com a lei do País” Contudo, foram designados como “livres”, naquela época, apenas os lavradores livres (cfr. artigo 20.º). Por princípio, não se abandonava a ideia dos direitos de liberdade concedidos aos estamentos, mesmo quando por vezes se concedia uma garantia jurídica a membros de estratos não feudais. Foi só nos séculos posteriores que o conceito de homem livre em sentido mais lato se aplicaria a todos os ingleses. Devem seguir-se a este respeito, os ensinamentos de Reinhold Zippelius, *Teoria Geral do Estado*, 3.ª Ed., Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, pp. 421-422.

¹² Cfr. a obra da autora, *Para uma Teoria da Interpretação da Lei na Obra de Mello Freire*, BFDUL, Lisboa, 1993, § 12, pp. 190.

lo XIV, com Bonifácio VIII.¹³ O fim da Idade Média descobriria a diplomacia, regulamentar-se-ia toda a função diplomática, e criam-se Ministérios dos Negócios Estrangeiros e Embaixadas permanentes por toda a Europa.¹⁴

Entre meados e fins do século XV, a Europa mergulha numa nova fase – O Renascimento. Ele inaugura a Idade Moderna. O começo da modernidade é marcado por um período profundamente revolucionário e transformador. Desaparecem muitas das estruturas económicas, sociais, culturais e políticas do mundo medieval. Outras, adaptam-se e sobrevivem à nova era. Neste período, nada é mais admirável do que o Homem: “o Homem é dito e considerado justamente um grande milagre e um ser animado, sem dúvida, digno de ser admirado.”¹⁵

O individualismo é portanto, uma das notas características da Idade Moderna e é sob a sua “ditadura” que se vão desenvolver todas as atividades humanas da época. Enrico Pascucci de Ponte afirma com pertinência que: “(...) a razão individual descobre um novo método e todos se ajoelham diante dele, como se da revelação se tratara: a partir de então, a luz da razão iluminou o mundo e o homem pôde contemplar as coisas tal como eram, desprovidas dos mitos e medos de épocas passadas.”¹⁶ Tanto assim foi, que alguns decidiram romper violen-

¹³ Cfr. Nguyen Quoc Dinh, Patrick Daillier e Alain Pellet, *Direito Internacional Público*, 2.ª Edição, Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, pp. 49 e 50.

¹⁴ A mesma ob. cit. em nota anterior, pp. 50.

¹⁵ Cfr. a obra de um grande humanista, senão o maior deles, Pico della Mirandola, *Discurso sobre a Dignidade Humana*, Coleção Textos Filosóficos, Edições 70, 2001, pp. 51. Para este filósofo, a dignidade humana encontra-se em três aspectos essenciais: - na razão, na liberdade e no Ser. Em função da capacidade racional do homem, manifesta-se plenamente a sua consciência de livre, ideia forçosamente ligada com a liberdade e sua defesa. Estas características surgem projetadas para ao campo da ética e para o estudo da ontologia. Cfr., em especial, pp. 53.

¹⁶ Cfr. do autor, o artigo doutrinário, *La Escuela Europea de Derecho Natural*, Saberes, Revista de Estudios Jurídicos, Económicos y Sociales, Vol. I, Universidad Alfonso X, El Sábio, Madrid, Ano 2003, pp. 3. (A tradução citada é da nossa autoria.) Separata também disponível em <http://www.uax.es/publicacion/la-escuela-europea-del-derecho-natural.pdf>.

tamente com o passado e seguir uma nova religião,¹⁷ muito mais benevolente com a liberdade humana e com o indivíduo.

Não nos iludamos: esta ruptura com o precedente medieval não será integral, pois persistirão, nesta passagem à modernidade, alguns elementos da Idade Média. Exemplo disto, será o espírito religioso global (agora fortemente atenuado), mas que “incendiará” as guerras religiosas entre países católicos e protestantes, e ainda, a existência de alguns rasgos feudais. Por último desenvolve-se o Humanismo, iniciado no séc. XIV, que reafirma os valores do homem, celebrando-o a todos os níveis. É perceptível que o Renascimento continua a Idade Moderna (1453 a 1688) não a rompe, sendo dela ainda um herdeiro.

Na Renascença impera uma nova sociedade: amadurece um novo sistema económico em transição para o capitalismo, emerge um forte protagonismo burguês, que “toma” o poder económico, carregado de uma mentalidade altamente individualista, e que acaba de vez com o corporativismo e com as barreiras gremiais medievais. A burguesia ampara assim a formação do Estado Absoluto, ancorada nos interesses capitalistas que ele sustenta. O seu engrandecimento crescente leva-a a reclamar para si, já no séc. XVII, o poder político. No entanto, assiste-se à secularização da política.¹⁸ Deste modo, “(...) *a atitude mental que ditou este e outros passos revela uma profunda mudança na relação do homem com o Mundo, e ao afetar radicalmente a concepção de pessoa, a consciência da individualidade, abre caminho para a teorização antropocêntrica que caracteriza o individualismo.*”¹⁹

A filosofia moderna produto da suspeita e da cautela nas-

¹⁷ Ou simplesmente aderir ao culto anti-teológico e laico, como refere Guido Fasso, *Il Diritto Naturale*, Eri-Edizioni Rai Radiotelevisione Italiana, Torino, 1964, pp. 50.

¹⁸ António Castanheira Neves acrescenta que também decorrem da nova sustentação do pensamento moderno, a autonomia humano-cultural perante a teologia e a autonomia da ciência perante a metafísica, in, *O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*, Coimbra: Coimbra, 1983, pp. 527.

¹⁹ Cfr. José Mattoso, *História de Portugal*, No Alvorecer da Modernidade, Vol. III, Editorial Estampa, 1994, pp. 379 e 380.

ce do burguês. Este é o novo tipo de homem que vai desalojar o temperamento bélico e vai transformar-se em protótipo social. Precisamente porque o burguês é aquele tipo de homem que não confia em si, não se sente seguro por si próprio, necessita preocupar-se antes de tudo, em conquistar a sua segurança, evitar os perigos, precaver-se e defender-se. Economia e Direito são para a burguesia instrumentos de cautela.²⁰

O individualismo burguês, a recente filosofia dos direitos fundamentais, juntamente com as concepções liberais, apoiadas no jusnaturalismo racionalista,²¹ emancipado definitivamente de uma fundamentação religiosa, combatem e depõem o absolutismo que antes havia servido os seus interesses.

Preparavam-se novos trilhos para o legalismo. A exaltação da razão e a nova função reconhecida à lei pelas doutrinas voluntaristas, planejará a via da codificação.²² A razão²³, es-

²⁰ No mesmo sentido que *Obras de José Ortega e Gasset*, Vol.II, , 2.ª Ed., Espasa-Calpe, Madrid, 1936, 2.ª Ed.

²¹ Alguns dos principais ingredientes da moderna doutrina do direito natural são a evidência, a generalidade, a racionalidade, o seu carácter subjetivo e claro, a tendência para a positividade. Portanto, a ideia de um direito natural universal, que rege racionalmente o Mundo, impregnou a renascença, provocando a desagregação do jusnaturalismo tomista, por prescindir categoricamente de Deus. Assim ensina, António Manuel Hespanha, *Cultura Jurídica Europeia*, Síntese de um Milénio, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 305-306 e 311.

²² Cfr. a ob. anteriormente cit. de René David, pp. 37.

²³ Em Hugo Grócio (1583-1645), *Del Derecho de Presa, Del Derecho de la Guerra e de la Paz*, trad. Primitivo Mariño Gomez, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987, pp. 57 e ss., Para Grócio, fundador da teoria do direito natural moderno, o direito natural seria válido mesmo que Deus não existisse (*vide* discurso preliminar da obra), ou ainda, que é tão impossível que o direito natural não seja válido, como negar que dois e dois são quatro? (*vide* Livro I, Cap. I, x, 5) Encontramos teorizado este império da “recta razão”, e ainda, uma das características que distingue o direito positivo do *Jus naturale*, a saber, a universalidade deste, a contrastar com a particularidade e individualidade daquele. Assim, o que passa a existir é uma duplicidade de direitos, um direito racionalmente constituído e outro voluntariamente elaborado, sendo este último, o direito positivo, o que se afirmará perante esta dualidade. Mais, a repugnância de Grócio pelo direito de resistência é manifesta. O seu apego à ordem é extremo. É dito que se revelou “um humanista sem o cepticismo de muitos humanistas, um idealista cujo credo é a união de todos os homens numa grande comunidade”, in, Paulo Merêa, *Suárez, Grócio, Hobbes*, Editor Arménio

sência deste núcleo, possibilita a cognição do direito natural e desencadeia a pretensa formação de um sistema normativo, onde a completude e a universalidade o distinguem. O Direito Moderno de que se fala, traduz-se num direito expresso pela *voluntas* legislativa, assumindo a lei, um papel de positivação de uma específica normatividade ideal.²⁴ Pode dizer-se que, “*o ordenamento jurídico do século XVIII era, tal como o ordenamento jurídico atual, dotado de plenitude, apesar de, ao contrário deste, não se organizar como sistema. A plenitude era então uma exigência prático-jurídica e não científica, como e quando viria a tornar-se consciente e, conseqüentemente, a nominar-se.*”²⁵

O ideário medievo ficaria definitivamente para trás. Todo o sistema político fundado numa rede de vínculos suseranos e vassalos²⁶, os diversos corpos políticos detentores de poder que não estabeleciam entre si relações recíprocas, convergindo apenas diante da autoridade papal e imperial²⁷, o complexo e policêntrico sistema de poder ancorado na liberdade senhorial, ficaria também arrasado. Paulatinamente, as transformações atingiriam o cerne de toda esta estrutura.

Deste modo, começa a assistir-se à passagem para a soberania territorial, concentrada e unitária, antes pertencente aos senhorios, que dominavam todo o território. O poder recai agora sobre organizações comunitárias territoriais com determinada força, que tentam conduzir o seu próprio destino, obnubilando comandos externos. O desejo por uma sociedade homo-

Amado, Coimbra, 1941, pp. 43 e 44.

²⁴ Cfr. a ob. cit. de Castanheira Neves, pp. 535.

²⁵ Cfr. os ensinamentos de Sílvia Anjos Alves, na obra já cit., *Para uma Teoria da Interpretação da Lei na Obra de Mello Freire...*, § 12, pp. 91, referindo-se especificamente ao ordenamento jurídico português.

²⁶ Neste sentido, Jorge Reis Novais, *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito – Do Estado de Direito Liberal ao Estado Social e Democrático de Direito*, Coimbra Editora, Coimbra, 1987, pp. 24.

²⁷ Assim refere Giorgio Balladore Pallieri, *A Doutrina do Estado*, Vol. I e II, Coimbra Editora, Coimbra, 1969.

geneizada de indivíduos iguais, que se quer organizada segundo um projeto consciente, voluntário, racional e explícito num contrato, fundamentará a “luta” por um Estado-guardião dos direitos individuais e garante da racionalização da nova sociedade.

Neste seguimento, o individuo altera o seu relacionamento com a nova sociedade. Quer uma nova forma de Estado, em que se resguarde os seus interesses individuais. Assim, *“duas tendências se manifestam e concorrem entre si: uma absolutista, tende a rigidamente afirmar a soberania do Estado, ainda que a expensas da liberdade popular; a outra democrática e liberal, tende a reivindicar os direitos populares, ainda que a expensas da estabilidade e da segurança do Estado.”*²⁸

O modelo continental do Estado Moderno assentou em muitas tensões, que acabam por ditar este novo paradigma. A primeira delas, é uma profunda luta de forças, ou seja, um “combate” contra as forças supraestaduais, contra a Igreja e o Império, contra as forças infra-estaduais, e contra a autonomia e independência em relação aos senhores feudais. A característica que mais distingue o Estado Moderno posterior à Reforma em confronto com o Estado Medieval é a sua enorme força e concentração de poderes. O Estado nacional e territorial, *“que nos é tão familiar na Europa Ocidental, e nos países que se baseiam na civilização europeia ocidental ou a adoptaram, é dotado de instituições governativas que lhe permitem, em circunstâncias normais, impor a sua autoridade em qualquer parte do seu território.”*²⁹

Em segundo lugar, não podemos deixar de referir a luta contra a preponderância da Igreja Católica, agora a desvelada na supremacia do Estado sobre a Igreja Católica. Aqui jaz a luta do Estado Moderno. Em França, o símbolo primeiro disto,

²⁸ Afirmação de Giorgio del Vecchio, *Lições de Filosofia do Direito*, Trad. António José Brandão, Coimbra: Arménio Amado, 1979, pp. 76.

²⁹ Cfr. J. L. Brierly, *Direito Internacional*, 4.ª Edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1979, pp. 1 e 2.

é a luta do monarca com Bonifácio VIII. Para o poder ser verdadeiramente soberano, o poder que dentro do Estado é a fonte suprema da lei, não deve depender de nenhum poder superior.

O Estado absoluto de que falamos, “a razão de Estado” como critério de justificação das condutas do poder, por cima da razão e das necessidades do indivíduo, colocaria os direitos deste último, em colisão com o poder estadual. O império da lei que começava a ser tecido pelo monarca, a sua nova administração e a burocracia, viria a ser violadora dos interesses da burguesia, colocando o monarca “a sós” com o indivíduo e os seus direitos. Este dualismo anuncia desde logo uma ruptura e o surgimento de um novo Estado, como veremos mais adiante – O Estado Liberal do século XIX, a partir dos influxos entre o Liberalismo Inglês e Continental, resultaria o Liberalismo Europeu.³⁰ Por outro lado, vislumbra-se uma tentativa de equilíbrio entre as velhas classes aristocráticas e eclesiais e a nova burguesia, e até com o próprio Rei, que personifica nesta época o Estado Soberano.

1. O HUMANISMO:

O Humanismo^{31 32}, que teve como berço a Itália, ainda no início da Idade Média, atinge todo o seu esplendor durante o Renascimento, estendendo-se ao resto da Europa. Esta corrente supõe uma nova visão do Mundo. Está bem consolidada, nesta

³⁰ Cfr. na íntegra, sobre toda esta temática, as obras de P. Martin, *Décadas del Nuevo Mundo*, 2 Tomos, Méjico, 1964; Jules Michelet, “*La Renaissance*”, in *Histoire de France*, Tomo VII, Ed. Des Equateurs, Col. Memoires, reimpressão 2008; e de Michel Villey, vide *La Formation de la Pensée Juridique Moderne*, Ed. Montchrestien, Paris, 1968 e *Leçons d’Histoire de la Philosophie du Droit*, Dalloz, Paris, 1962.

³¹ Sobre esta corrente, vide J. Maritain, , *Humanisme Intégral* Aubier, Paris, 3.^a Ed. 1965 e António Truyol y Serra, *Historia de la Filosofía del Derecho e del Estado II. Del Renacimiento a Kant*, Revista de Occidente, Madrid, 1975.

³² Para melhor compreender o humanismo e ao mesmo tempo, o movimento paralelo que se desenvolvia à época, de gestão inumana da economia, deve ler-se Jesús Espeja Pardo, *Como Entender el Humanismo?*, Ciencia Tomista, Tomo 139, Enero-Abril, 2012/1, pp. 164-168.

época, a reafirmação dos valores humanos, independentemente de um fundamento transcendente. A celebração da humanidade e da cultura, surge expressa através das criações do espírito humano, através das letras e das artes em geral.

O Homem é a figura central da nova cultura: a sua dignidade, nobreza da sua virtude, o seu papel no mundo e a sua revalorização perdida durante a Idade Média, são cruciais na tomada de consciência da infinitude e da desordenação do Universo, que abalou profundamente os pensadores da época. É aqui que a ciência encontra um novo rumo.

No Renascimento, o intelectual é um humanista. É um homem do Mundo secular que cultiva a sua pessoa, principalmente no que respeita às dimensões da arte e literatura, impregnadas da essência clássica. Destacamos alguns dos mais influentes humanistas: Pico della Mirandola, Erasmo de Roterdão ³³, Rabelais ³⁴, Montaigne ³⁵ e Thomas More ³⁶. Em todos eles se nota um gosto pela exaltação da individualidade humana. A dignidade humana torna-se suprema e absoluta, na sociedade pós-secular. ³⁷ Era expectável que este homem acabasse reivindicando instrumentos jurídicos, para fazer face a esse mesmo individualismo. Também o seu impulso criador carecia de proteção jurídica.

Com Montaigne captamos a condenação da crueldade e a luta pela tolerância e pelo prazer, como traços essenciais do seu humanismo. Manifesta uma opinião negativa sobre os detento-

³³ Com a fantástica obra *Elogio da Loucura*, Guimarães Editores, Lisboa, 1996.

³⁴ Com a sua obra *Gargantua*, na edição das suas obras completas em Du Seuil, (L'intégrale), Paris, 1973.

³⁵ Os brilhantes *Ensayos*, Edição Castelhana de Ricardo Saenz Hayes, Aguilar, Madrid, Buenos Aires, México, 1962. Também usamos uma outra edição dos *Essais*, de P. Michel, Gallimard, 1965, Paris.

³⁶ Que escreveu a famosa obra, *Utopia*, Trad. Francesa de V. Stouvenel, Coleção Scripta Manent, Paris, 1927, pp. 166.

³⁷ Para este efeito deve ler-se o ensaio de Paolo Bechi, *La dignità umana nella società post-secolare*, in, RIFD, serie V, anno LXXXVII, n.º 4, Ottobre/Dicembre, 2010, pp. 503 a 518.

res do poder, que mais não fazem senão executar práticas rotineiras, manobrando facilmente o povo. No entanto, não avisamos nele qualquer veia revolucionária, já que a contestação seria na sua ótica, um caminho para a desordem que não vislumbra como desejável. Vê como necessária a ordem política, para que os homens vivam bem em sociedade, mas é por demais evidente que o indivíduo deverá ter nessa mesma ordem, liberdade para pensar como quiser, sem que a sua livre consciência seja intrujada pela razão de Estado. Assim, ao distinguir entre esta liberdade interior, a de consciência, estará pois a distingui-la da liberdade exterior, que com a constituição da sociedade política e com a limitação do poder, significa tão só, obediência exterior.³⁸

Erasmus de Roterdão³⁹ é o filósofo que mais permanece paternalmente ligado ao Humanismo. Ele conseguia imaginar a existência de uma cooperação entre Deus e o Ser Humano para que este atinja a salvação. O homem apenas faz aquilo que a sua vontade lhe dita, pronunciando a autonomia do livre-arbítrio humano independentemente da onnipresença, ideia que não corresponde minimamente à tese agostiniana, nem tão pouco se aproxima do entendimento luterano. Exaltação da dignidade do homem, antropologia de cariz optimista, esforço para conduzir o ser humano à eternidade, descoberta da liberdade e da vontade humanas, são quanto basta para preencher esta corrente.⁴⁰

³⁸ Seguimos Isabel Banond, *O Desafio da Liberdade Individual na Tormenta entre Reforma e Contra-Reforma*, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda, Vol. VI, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 210 e 211.

³⁹ Cfr. o que tem a dizer, José Vitorino Pina Martins, *Humanismo e Erasmismo na cultura portuguesa do século XVI*, Centro Cultural Português da Fundação Calouste Gulbenkian, Paris, 1973; e o *Erasmismo*, no *Dicionário de História Religiosa de Portugal*, Carlos Moreira Azevedo, C-I, Círculo de Leitores, Lisboa, 2000, pp. 146-149, especialmente a pp. 146, sobre o erasmismo em Portugal.

⁴⁰ Cfr. a respeito as obras de Marcel Bataillon, *Erasmus e Espanha*, Fondo de Cultura Económica. México, 1956, 2ª ed., trad. de Antonio Alatorre, pp. 150, e ainda deste autor, *Erasmus y el Erasmismo*, nota prévia de Francisco Rico ; trad. castellana de Carlos Pujol, Barcelona, Crítica, 1983.

A liberdade é na sua obra, a força da vontade humana em virtude da qual o homem pode encaminhar-se na direção certa, com vista a obter a salvação eterna. Erasmo, leva a cabo, frente a Lutero, a demonstração de que a conexão conceptual entre o primitivo cristianismo, oferecido nos Evangelhos e experimentado na consciência dos cristãos, reclama simplesmente a liberdade da vontade.⁴¹ Católico por convicção, realça a nobreza da fé, em consonância com a tolerância e a caridade. O humanismo de que é precursor engrandece a liberdade concedida pelo criador à criatura, e por esta via, a sua clivagem com a reforma, que assinala como fundamental a doutrina da predestinação. Posicionando-se como um dos defensores da liberdade cristã, preocupa-se menos com o funcionamento da sociedade política e com o Estado. *“Pela liberdade, Erasmo lutou em todas as frentes.”*⁴²

Tomemos como exemplo outros distintos intelectuais, Galileu, Descartes ou Spinoza. Em comum, têm o facto de serem homens do método, isto porque, nada mais buscam que não métodos, a abertura de novos caminhos que permitam chegar às coisas, a coisas novas, a novas regiões. Esta “espécie” de homem é o que, com um imperativo essencial de racionalidade vai construindo a própria ciência. O homem do século XVII tem uma consciência efectiva e precisa da modernidade. O renascentista era o homem que tinha sintomas, indícios de modernidade. No entanto, visto à lupa, a Idade Moderna está em grande medida mais ancorada na Idade Média do que no Renascimento. Este facto fez com que o Renascimento, apesar de brilhante, não fosse de todo, sólido.

Os humanistas tais como Juan Luis Vives, ou Pierre de la Ramée repudiaram veementemente a Idade Média e a Escolástica. Com efeito, o primeiro homem da renascença portador de

⁴¹ Seguindo a doutrina de Whilhelm Dilthey, *Hombre e Mundo en los Siglos XVI e XVII*, Fondo de Cultura Económica. México, 1947, pp. 85 e 86,

⁴² Georges Burdeau, *O Liberalismo*, Europa-América, Mem-Martins, 1988, pp. 19.

um indelével sentido histórico, foi Leibniz, cuja perspicácia e argúcia lhe permitiu ver, junto ao valor da nova ciência, o valor da Escolástica.⁴³

Desde Lorenzo Valla⁴⁴ a Alciato⁴⁵ que se procura abrir as portas ao jusnaturalismo racionalista. A jurisprudência universal e comparativa de Bodin⁴⁶ e o ataque ao direito Justiniano, como *ratio scripta*, voltará a atenção para as normas consuetudinárias que seguem os sistemas políticos e assim se chegar ao conceito de leis fundamentais, precedentes da ideia de Constituição – sede natural dos direitos fundamentais.

A conquista progressiva do poder pela burguesia, a negação dos privilégios (todos) das diferentes ordens da época, e a suplantação da doutrina clerical dos poderes sobrenaturais, tendem simplesmente a resplandecer o indivíduo, burguês, imaginado pelo Humanismo. Este *Homo Juridicus*, destinatário das normas jurídicas, surge despojado de qualquer vinculação social que não seja a sua condição de homem. Sobre ele se edificará o conceito de direitos fundamentais. Vão encontrar-se, sem dúvida, a ideia de livre propriedade, tão querida ao burguês, e a ideia de livre personalidade, tão cara ao humanista.

Desta fusão estará o gérmen do instituto jurídico atual da propriedade intelectual. A inteligência e o dinheiro são os factores de poder, são “o passaporte” para o progresso. A partir dos séculos XVIII e XIX convertem-se em elementos de ordem

⁴³ Cfr. Julián Marías, *Historia de la Filosofía*, 15.º Edición, Manuales de la Revista de Occidente, Madrid, 1962, pp. 271.

⁴⁴ Para estudar a sua biografia, consulte-se <http://plato.stanford.edu/entries/lorenzo-valla/>

⁴⁵ Cfr. Gregorio Peces-Barba Martínez/Eusebio Fernandez Garcia(dir.), *Historia de los Derechos Fundamentales, Tomo I: Transito a la Modernidade, Siglos XVI e XVII*, Editorial Dykinson, Madrid 1998, pp. 80-81. As principais obras de Alciato em <http://www.emblems.arts.gla.ac.uk/alciato/>

⁴⁶ Vide as obras do autor, Jean Bodin, *Exposé du Droit Universel*, Trad. de Lucien Jerphagnon, comentários de Simone Goyard-Fabre e notas de René Marie Rampehrg, PUF, Paris, 1985; *Los Seis Libros de la República*, Reedición completa com estúdio preliminar del prof. Bermejo Cabrero, retomando a Trad. de Gaspar de Añasto Isunza, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.

e conservação. Assim se explica, como os direitos individuais que ocupam um papel revolucionário até essa tomada de poder burguês, se convertem em instrumentos de ordem e conservação nas mãos da burguesia e de uma determinada inteligência, instaladas no comando. Por esta razão, nos séculos XIX e XX será necessário um esforço de reinvenção dos direitos fundamentais para se sair deste “impasse”.⁴⁷

No entanto, não deve olvidar-se que o Humanismo colabora num primeiro momento com o Estado absoluto, ainda durante os séculos XVI a XVIII. A potenciação do individualismo extremo, as atitudes antipolíticas e de alheamento político, levam à cedência da liberdade política perante uma plácida existência privada! O gosto pela ordem, por uma atmosfera de quietude, levam a mostras de interesse da burguesia pelo Estado absoluto, que à custa da renúncia das liberdades, garante essa mesma tranquilidade e o gozo da liberdade para interesse privados.

Ao longo do tempo, surgirá uma contradição insanável entre os interesses burgueses e o Estado Absoluto, de tal forma que aqueles, reclamarão para si, o poder deste Estado. A filosofia dos direitos fundamentais será a ferramenta usada nessa luta. A filosofia dos direitos do homem nasce assim neste ambiente, em radical contradição com o Estado Absoluto. Os direitos dos indivíduos seriam a “arma” necessária para limitar o poder do Estado. Este, teria de ser um novo Estado, o Estado Liberal.

2. A REFORMA PROTESTANTE E A CONTRA-REFORMA CATÓLICA:

“Numa época em que a teologia se apresentava como mãe dos saberes, os estudos teóricos são marcados pela justificação teológica. Assim, a Reforma protestante e a Contra-

⁴⁷ Assim se refere na ob. já cit. *Historia de los Derechos Fundamentales...*pp. 82.

Reforma católica são importantes por apresentarem um debate renovado sobre dois conceitos basilares para as relações internacionais, o do direito natural e o do direito das gentes.”⁴⁸

A doutrina da Segunda Escolástica e os estudos teológicos protestantes jusnaturalistas proporcionaram uma busca regenerada por instrumentos jurídicos capazes de entender e regulamentar os novos problemas das sociedades renascentistas e modernas.⁴⁹

A reforma sinalizou o começo de uma etapa de duros e violentos confrontos entre cristãos, defensores da tradição e protestantes, representantes das novas religiões do norte da Europa. Neste sentido, o jusnaturalismo racionalista contribuiu para separar ainda mais as posições mantidas por uns e outros. A nova forma de entender o direito natural converteu-se no principal estandarte dos reformadores.

Os protestantes entenderam o direito natural da Idade Moderna como um seu produto, isto é, protestante, e portanto, os católicos deveriam considerá-lo igualmente deste modo. Por isso, a obra de Grócio foi proibida, incluída no *Index Librorum Prohibitorum* católico, não tanto por questões jurídicas mas pelas heterodoxias teológicas nela contidas.

O Humanismo e a Renascença esforçaram-se bastante para criar uma nova religião, um novo cristianismo, mais universal e mais próximo das suas fontes. Esse esforço empreendido por nomes como Nicolau de Cusa, Marsílio Ficino, por Thomas Morus, e sobretudo por Erasmo de Roterdão, perdeu-se.⁵⁰ Ressurgem reações das potências do passado e a Europa lança-

⁴⁸ António Pedro Barbas Homem, *História das Relações Internacionais*, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 9.

⁴⁹ Na ob. cit. em nota anterior, e ainda na mesma página, o autor põe em destaque alguns desses problemas: os estatutos da Igreja e do Papado, dos vencidos nas guerras, o comércio internacional, a escravatura dos povos e o direito de ocupação sobre as terras descobertas, o estatuto dos mares e dos rios, os problemas e as práticas do corso, da pirataria, o direito de naufrágio e o de albinágio.

⁵⁰ Cfr. Ernst Cassirer, *The Philosophy of the Enlightenment*, Princeton University Press, EUA, 1968, pp. 162 e ss.

se durante mais de um século, numa série de lutas sangrentas. Estas foram as guerras civis e religiosas, mescladas com muitas preocupações e interesses políticos. Delas resultaria a nova situação, a que nos referimos seguidamente, e cuja influência sobre as concepções do Direito e do Estado foi da maior importância.

Este fenómeno, de carácter religioso também influirá na nova cultura moderna. Referimo-nos à Reforma Protestante ⁵¹, iniciada no século XVI. A Reforma foi na sua origem, em parte, um movimento de reacção cristã contra o paganismo renascentista, o qual, como se sabe, se tinha também apoderado da igreja católica. Eram manifestos os laços de afinidade com o Humanismo. Neste ponto de vista, a Reforma não fazia mais que lutar, como aliada de certas tendências quinhentistas, contra outras, reivindicando, como muitos humanistas, um maior universalismo e uma maior interiorização para o cristianismo.

Esta primeira fase pode ver-se como que simbolizada nas relações, a princípio, amistosas entre Lutero e Erasmo de Roterdão. Contudo, não tardaria muito que a ruptura operasse. Esta significou a fratura violenta entre esta primeira orientação e o Humanismo. Lutero abraça a teologia que envolvia a mais completa negação não só da essência do Humanismo, como de todo o espírito dos séculos XV e XVI: - a sua doutrina agostiniana da graça e do pecado original.⁵² Entre a fé e a razão, en-

⁵¹ Cfr. Goyard-Fabre, Simone, *Philosophie Politique, XVIe-XXe Siècles*, 1987, PUF, Paris, pp. 105-145.

⁵² A interpretação deste dogma dá-nos um índice seguro de certas posições espirituais, que haveriam de ser decisivas nos destinos da cultura europeia. Esta doutrina, exagerando ainda mais o pessimismo do Doutor da Igreja, Santo Agostinho, declarava a natureza humana essencialmente má e corrupta, negava todo o mérito e liberdade humana, independentes da fé e da graça, e finalmente, tal visão situava o reino espiritual (o da salvação da alma apenas pela fé) acima da razão e das coisas deste mundo. Esta conceptualização facilmente deixava aos poderes temporais e ao Estado, o caminho totalmente livre para regularem estas últimas como entendessem. O cristão só era cidadão livre no mundo da sua consciência, independentemente de ser no mundo externo, escravo de qualquer um. A este respeito, ter presente a obra de Cabral de Moncada, *Filosofia do Direito e do Estado*, Vol. I, Coleção Stvdium,

tre a liberdade cristã e a política, abria-se um abismo profundo.

O protestantismo começara com uma concepção pessimista do homem. Este estaria em declínio, a sua natureza estaria completamente corrompida pelo pecado original e o único modo de inverter estas orientações seria através da fé, mediante a aplicação dos méritos de Cristo. As obras humanas seria inoperantes e incapazes de trazer a salvação ao próprio homem. Face a este problema, a Contra-Reforma em Trento, proclamará como lema: - a Fé e as Obras.⁵³

Convém destacar as conexões entre a Reforma e o Humanismo. Humanismo e Reforma representam um ruptura com as concepções existentes na Idade Média. Ambas iniciam a construção cultural do novo Mundo, com base na emancipação do indivíduo. A Reforma, como rebelião religiosa protestante, em luta contra a cultura eclesiástica católica, usa o desprezo humanista pela filosofia medieval, que diminuía o Homem, a sua razão e as suas liberdades e engrandecia o clericalismo da época. O grande “messias” da Reforma foi Martin Lutero (1483-1546), “o mais atrevido e afortunado” ou “o mais sábio e mais luminoso dos reveladores” ou simplesmente, para os católicos, “o seu primeiro inimigo”.⁵⁴

Lutero contraria em muitos temas o Humanismo renascentista. Um deles é o da dignidade humana, em que ataca especialmente a obra de Erasmo de Roterdão, *De libero arbitrio diatribe sive collatio*, de 1524, pelo facto deste teólogo/filósofo, analisar imparcialmente os exageros luteranos, sobre as limitações à liberdade humana. Embora Lutero inicialmente aceite a doutrina jusnaturalista escolástica, que traduz

Arménio Amado Editor, Coimbra, 1947, pp. 108 e 109.

⁵³ Cfr. Julián Marías, *Historia de la Filosofía*, 15.ª Edición, Manuales de la Revista de Occidente, Madrid, 1962, pp. 274.

⁵⁴ Estas são expressões de Emilio Castelar, *La Revolucion Religiosa*, Tomo II, Barcelona: Montaner y Simon Editores, 1880, Livro V, Cap. I, pp.150. ainda sobre *Lutero Visto pelos Católicos*, de Johannes Hessen, Trad. L. Cabral de Moncada, Coleção Stvdívm, Arménio Amado Ed., Coimbra, 1951.

no facto de o direito natural, por inspiração divina, estar expresso na mente humana, permitindo a distinção entre o bem e o mal.

Mais tarde, a partir da análise dos factos da história, vem defender que não existindo um conhecimento natural de ordem e criação, não é possível existir uma teologia natural, pelo que o direito natural está integrado, na esfera profana e no *status civilis* (direito natural profano), nada podendo garantir a sua segurança, muito menos a sua imutabilidade, pois é tão variável como a justiça humana. A contra resposta luterana veio com a obra, *De servo arbítrio*⁵⁵, de 1525, expressão máxima da doutrina anti-humanista e ultra-agostiniana⁵⁶. As suas concepções iriam servir muitíssimo os valores do Estado Absolutista.

João Calvino (1509-1564), também se apresenta como precursor da Reforma. Por alguns designado como “o São Paulo da Reforma”,⁵⁷ defensor deste movimento e da famosa teoria da predestinação, bebeu muito da influência católica, republicana, revolucionária e democrática. Graças a ele, a doutrina luterana entrou na Suíça, Holanda e América, as três grandes Repúblicas do Mundo Moderno. Tal como São Paulo extraiu do seio do Cristianismo, o princípio helénico-romano da Humanidade, também Calvino consegue retirar do protestantismo luterano, quase monárquico, o princípio Franco-Suíço da democracia.⁵⁸ A sua linguagem, mais jurídica e menos medieval do que a de Lutero, reforça a autoridade divina (o que não facilitou a reflexão sobre os limites do poder), assinalando a necessidade da sua obediência, incondicional, incluindo aos tiranos.

⁵⁵ Cfr. esta obra de M. Lutero em *Obras seleccionadas, Debates e Controvérsias* – II, 4.º Vol., Ed. Sinodal, Porto Alegre: Concórdia, 1993.

⁵⁶ Deve ler-se a respeito a ob. *supra* cit. *La Revolucion Religiosa*, pp. 488-506.

⁵⁷ Assim o apelida Emilio Castelar, *La Revolucion Religiosa*, Tomo III, Barcelona: Montaner y Simon Editores, 1882, Livro IX, Cap.I, pp. 202.

⁵⁸ A mesma obra cit. em nota anterior, pp. 203.

Calvino, admitindo a capacidade natural da razão humana para aceder aos princípios do direito natural introduz como novidade a ideia de comunidade cristã como alicerce do Estado. Assim, através da associação entre a segurança proporcionada pelo Estado e a justiça do direito natural, pode afirmar-se que com Lutero e a partir dele, a doutrina do direito natural passou a estar politizada.⁶⁰

Uma das consequências da Reforma, foi a conversão da religião numa questão política. A necessidade do pluralismo, do relativismo e da tolerância, tornava-se evidente para evitar a guerra entre tão diferentes margens e pensamentos. Junte-se a isto, a supremacia da autoridade da razão que depressa substituiria a autoridade divina da eclesía monopolista, estavam reunidos os ingredientes perfeitos para a quebra da concepção clássica do direito natural.

Efetivamente, o calvinismo, por toda a parte onde se espalhou, tratou não só de impor ao Estado o respeito de uma certa liberdade de consciência (naturalmente apenas da sua), como ainda, de o dominar, colocando-o ao serviço da sua ética predestinacionista, e da sua teologia. Em Calvino, o dogma da predestinação, levado às últimas consequências, equivaleria a tornar supérflua toda a ação moral e reformadora do Estado fora da Igreja.⁶¹ Foi do choque das novas ideias religiosas entre si, e com as forças do catolicismo e do humanismo que derivou o conflito espiritual.

Lutero marcaria uma posição mais favorável a uma total subordinação da Igreja face ao Estado, conduzindo à doutrina

⁵⁹ Vide a obra de Juan Calvino, *Institución de la Religión Cristiana*, Ed. Castellhana de C. de Valera, 1595, Reed. Luis de Ursoz y Río, 1858, Tomo II, em especial, pp. 1171-1173 e 1186-1189.

⁶⁰ Cfr. Marcelino Rodríguez Molinero, *Derecho Natural e Historia en el Pensamiento Europeo Contemporáneo*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1973, pp. 52-55.

⁶¹ Deve ler-se a obra de J. W. Allen, *A History of Political Thought in The Sixteenth Century*, Methuen & CO. Ltd., London, 1977, pp. 49 e 72.

do direito divino dos Reis, com maior expressão na Alemanha.⁶² A posição de Calvino foi mais favorável a uma fiscalização do Estado por parte da Igreja, e no campo filosófico-político, às mais diversas doutrinas da ocasião: desde a Monarquia do direito divino dos Reis (exemplo da Inglaterra de Tiago I) até à mais democrática soberania popular inalienável e do direito de resistência dos monárquicos protestantes, com mais ênfase em França, durante as guerras religiosas do século XVI.

Em boa verdade, o protestantismo influenciou vivamente o jusnaturalismo racionalista moderno. A ruptura com a unidade religiosa medieva fará impossível a justificação do direito justo em Deus católico. Seria necessário encontrar a justificação por cima das querelas religiosas. Razão e natureza, são os dois polos para fazer essa construção. Os valores da Reforma vão sintonizar-se melhor com as exigências do Mundo Moderno e da burguesia. Assim, fomentar-se-á, como o faz o Humanismo, o individualismo, a atividade livre, o trabalho dos indivíduos na sociedade, e a ética na hora de professar uma religião. Nestes elementos, alguns autores⁶³ encontram as origens protestantes das Declarações de Direitos.

A Igreja, profundamente abalada pelo movimento protestante, reagiu com vigor, “*despertando do sono em que também a ela a tinham lançado os fumos pagãos do Renascimento.*”⁶⁴ A sua resposta foi a Contra-Reforma que se exprimiu, antes de tudo, nos dois factos capitais igualmente conhecidos: - o Concílio de Trento e a fundação da Companhia de Jesus por Inácio de Loyola.

No centro de uma Europa em guerra, sem unidade religiosa, havia ainda dois países, onde, devido à Inquisição, a Re-

⁶² Idem..., pp. 15 e ss.

⁶³ Exemplo disto é George Jellinek, *La Declaración de Derechos del Hombre e el Ciudadano*, Ed. Castellana com traducción e introducción de Adolfo G. Posada, Victoriano Suarez, Madrid, 1908.

⁶⁴ Cabral de Moncada, *Filosofia do Direito e do Estado*, Vol. 1, Coleção Stvdvdm, Arménio Amado editor, Coimbra, 1947, pp. 113.

forma não alastrara, e que lhe podiam servir de base para ela retaliar. Estes países eram Portugal e Espanha. Foi sobretudo Espanha, quem com espírito missionário, emprestou então à Igreja de Roma, um novo alento para o seu catolicismo, com o qual ele se firmou no meio da tormenta. “*Trento e Loyola tinham bem marcada na face a sua alma espanhola.*”⁶⁵

Entre a Europa da Contra-Reforma e o resto dela encontramos uma diferença considerável: os países contrarreformados não faziam apenas ciência natural, salvo exceção dos físicos italianos, como Galileu que conflituava com as autoridades da eclesía. Os países da Contra-Reforma fazem uma coisa pertinente: os *jus naturae*. Frente à física vai elaborar-se um direito natural, uma ciência humana jurídica. Este direito, nas mãos dos teólogos espanhóis, fundou-se em Deus, mas nas mãos dos holandeses e dos ingleses – Hugo Grócio, o Conde Shaftesbury e Francis Hutcheson – converte-se num direito estritamente natural, um direito da natureza humana. Fala-se em religião natural ou Deísmo, de um Deus natural. cremos que a Contra-Reforma se fechou intelectualmente em si mesma, isolando-se, sem se aproximar da nova filosofia e da nova ciência emergentes.

O Humanismo cristianizaram-se ainda mais, ganhando nesta fase um novo fôlego. Era pois natural que a Igreja buscasse no seu seio, as novas armas para com ela combater os juristas e pensadores saídos da Reforma e das puras contingências e necessidades da luta travada nos outros países europeus. E essas armas também lhe foram dadas pelos grandes teólogos e canonistas peninsulares dos séculos XVI e XVII, com os Jesuítas à frente, como Mariana, Molina, Belarmino e sobretudo, Francisco Suarez.

⁶⁵ Idem...pp. 114. Por essa razão se costuma afirmar que o catolicismo se tornou espanhol, desde Trento até ao século XVIII. Além disso, vivia-se em Espanha, “el siglo de oro, sob os auspícios de Carlos V e Filipe II. A Escolástica tinha-se aí renovado, desde o início do século, na base da mais pura tradição aristotélico-tomista, através de homens como Francisco Vitória, Soto, Bañez, Molina, entre outros.

Nas disputas que imediatamente se seguiram à Reforma e à Contra-Reforma, os tratadistas da política esforçaram-se cada vez mais por se colocar acima dos grandes acontecimentos do tempo, e por romper todos os maquetes do pensamento medieval, buscando a verdade, tanto quanto possível medieval, como era a das matemáticas. Assim, com mais ou menos êxito, fizera já Grócio, assim como Hobbes.

Nenhum, porém, levou tão longe esse esforço de emancipação e nenhum se julgou tão acima desses acontecimentos como Locke. Essa sua ingénua convicção deveu-a ele, sem dúvida, à utilização de um ponto de vista novo, por ele colhido ao fazer a crítica das “ideias inatas” de Descartes: o ponto de vista lógico-psicológico, a tender já para a “crítica do conhecimento” como ponto de partida para a filosofia.⁶⁶

É indubitável que a ética de professar uma religião exigiria as liberdades civis necessárias para, no plano jurídico, proteger o novo homem, predestinado ao livre exercício da sua ação social. Quando esta ética transborda para o plano político, o homem vai ter carência de direitos de participação política e nesta medida, terá de enfrentar o Estado Absoluto, que até agora lhe tivera proporcionado segurança.

As realizações ligadas à reforma, costumam ser apontadas como o marco do qual desponta a liberdade de consciência por desvinculação à teologia católica. As perseguições feitas aos católicos em países da Reforma e o seu papel de inflexibilidade face aos servos da igreja de Roma serão demonstrativos do que se diz. Na mesma linha, a constante tensão existente entre a ideia de igualdade e de sociabilidade do ser humano, que acaba por dominar a primeira, faz com que a liberdade seja “(...) *um mais em relação à igualdade, mas que sem ela não se possa compreender. A ideia de que os homens nascem livres e iguais é uma verdade insofismável, e a desigualdade criada*

⁶⁶ Cfr. de novo, Cabral de Moncada, *Filosofia do Direito e do Estado...*, pp. 204 e 205.

acompanha o pecado original”⁶⁷

A repercussão destas ideias no período renascentista preconiza a conveniência de obedecer ao Rei simplesmente, mantendo-se, no entanto, a diferença entre os homens, que não sendo de ordem natural, é promovida pela necessidade do seu relacionamento em sociedade. Contudo, já não são admissíveis atitudes tirânicas.⁶⁸ A liberdade de escolha pela manifestação da vontade persiste mediante a responsabilidade, implicando a introdução de um elemento estranho, o poder civil, apto a acabar com as desordens, que a igualdade entre homens “irresponsáveis” pode gerar.

3. O JUSNATURALISMO MODERNO:

A importância sonante atribuída pelo Renascimento à razão vai originar uma nova forma de pensar e compreender o Direito e o Estado, o jusnaturalismo. Na Idade Moderna, a aparição desta nova roupagem filosófica que envolveu o estudo do Direito, levaria a acreditar que de facto, se produziu uma ruptura absoluta e integral com o pensamento anterior.

Com efeito, se não descurarmos a análise de todos os elementos desta nova Era, somos conduzidos no sentido correcto. Este é o que nos aponta, que as primeiras formulações do jusnaturalismo racionalista são tributárias das concepções medievais.⁶⁹ A história da teoria do direito natural é uma sucessão

⁶⁷ Cfr. de Isabel Banond, *O Desafio da Liberdade Individual na Tormenta entre Reforma e Contra-Reforma*, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda, Vol. VI, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 160.

⁶⁸ Idem..., pp. 161.

⁶⁹ Cfr. de novo, Barbas Homem, *História das Relações...*, pp. 37, que nos ensina que esta visão moderna jusnaturalista, em comparação com a Escolástica peninsular, estará a uma distancia que lhe parece ser essencialmente ontológica e metodológica, isto é, muita da teorização acerca da sociedade e do Estado das duas escolas vai coincidir nas suas conclusões, nomeadamente no domínio do Direito dos Tratados. Acrescenta que existe ambiguidade no modo de entender o direito das gentes. Por um lado, entende-se como parte do direito natural, de outro lado, ele é visto como assentando no consentimento da Comunidade Internacional.

descontínua de teorias contraditórias, encadeando-se em novos problemas sucessivos. A época do direito natural teológico já cumprira a sua missão e impulsionada imanentemente a uma secularização cada vez maior, tinha de passar para novas mãos em virtude da nova problemática.⁷⁰

Por outro lado, devemos advertir que a denominada Escola do Direito Natural Moderno diversifica-se em várias tendências, ou melhor, a sua evolução dá lugar, a que no seu seio se possam distinguir diversas correntes: o direito natural racionalista-materialista de Hobbes, o direito natural-racionalista hebraizante de John Selden, o direito natural racionalista-panteísta de Spinoza, o direito natural racionalista-protestante de Grócio, de Pufendorf, de Thomasius, de Wolff, de Heineccius, de Vattel, de Burlamaqui, o direito natural racionalista-cristão de Leibniz, o direito natural metafísico historicista de Vico (este, altamente colado à escola Escolástica espanhola), o direito natural revolucionário-liberal de Locke e, por último, o direito natural revolucionário-democrático de Rousseau.

Também há quem estabeleça outros critérios para diferenciar as diversas correntes existentes dentro da Escola Moderna do Direito Natural. Desta forma e pondo um acento na evolução histórica que o Direito Natural sofreu, pode distinguir-se entre um racionalismo idealista, com a *recta ratio* como ponto de partida, que com Hugo Grócio (1583-1654)⁷¹, indubitavelmente conservou a influencia da filosofia do Direito cristã, o empirismo propugnado por Francis Bacon, por exemplo, o radical nominalismo, de que é expoente Hobbes (sendo certo

⁷⁰ Neste sentido, Hans Welzel, *Introducción a la Filosofía del Derecho, Derecho Natural e Justicia Material*, Aguilar, Madrid, pp. 112; Enrico Pascucci de Ponte, *La Escuela Europea de Derecho Natural*, Saberes, Revista de Estudios Jurídicos, Económicos y Sociales, Vol. I, Universidad Alfonso X, El Sábio, Madrid, Ano 2003, pp. 5;

⁷¹ Deve ler-se a sua obra mais marcante, onde estabelece os pressupostos da concepção racionalista do Direito e da Sociedade: Hugo Grotius, *On The Law of War And Peace*, Translated from the original latin, De Juri Belli ac Pacis and slightly abridged by A.C. Campbell, A.M. Batoche Books, 2001.

que ele não é um puro jusnaturalista). Finalmente costuma identificar-se o radicalismo mais puro de Pufendorf e Wolff, com influência do método de Descartes.⁷²

As idiossincrasias mais marcantes da corrente jusnaturalista são as seguintes: - o desaparecimento do fundamento religioso; - o racionalismo; - o individualismo; - e o antihistoricismo. E não esqueçamos mais este elemento, quer seja concebido numa perspectiva sacralizada ou numa óptica mais profana, o direito natural implicava face a Deus ou ao Comos, a igualdade natural do homem.⁷³

A primeira é a mais evidente. Trata-se da progressiva eliminação do fundamento religioso do direito natural, que nada tem a ver com a teologia. Queremos com isto adiantar já que, a tradição do pensamento cristão, presente e homenageado em toda a Idade Média e que tinha sido a base do próprio direito natural, perdera agora o pódio, dando lugar ao protagonismo cada vez mais intenso da razão, ou seja, os princípios de direito natural estava assim a ser procurados na consciência e na razão do homem, no mais fundo da sua natureza, que se pensava estarem depositados os princípios inatos à sua condição e estatuto ontológico. É por isso que se prescindia de Deus, porque ele é visto como obstáculo à descoberta do homem.

O racionalismo surge assim encadeado com a depuração religiosa do direito natural. A razão humana substitui o papel que Deus ocupara até então. A razão humana é o único caminho, de acordo com o jusnaturalismo moderno, para a correcta apreensão das regras eternas e imutáveis, válidas para todo o tempo e condição, do Direito. Só por meio da razão se poderia desvelar o Direito e aplicá-lo à reconstrução da sociedade mo-

⁷² Seguimos Juan Berchams Vallet de Goytisolo, *Metodología de la Determinación del Derecho*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S. A, Madrid, 1994, pp. 516.

⁷³ Martin de Albuquerque, *Na Lógica do Tempo*, Ensaios de História das Ideias Políticas, FDUL/Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 150.

derna.⁷⁴

Esta desmesurada confiança na razão teve como consequência que a Escola Moderna de Direito Natural desembocasse num racionalismo extremo, em finais do século XVIII, bem à guisa kantiana. Daí que muitas vezes se diga que o direito natural desta época, é sobretudo um direito da razão, porque dela se pretende deduzir não apenas o poder do legislador, como no sistema de Hobbes, mas o conteúdo do Direito. Parte-se, ou de máximas gerais de moralidade, isto é, imperativos, de preceitos da consciência, ou de definições gerais da essência do homem, da virtude, ou dos fins da conduta moral.

Junto ao racionalismo estará o individualismo, e é fácil perceber porquê: Se o racionalismo era ao tempo, uma afirmação de valores, o novo valor é agora o do indivíduo.

O individualismo e a confiança desmesurada na razão fazem com que se perca de vista o factor histórico na configuração da realidade jurídica. A razão forja sistemas ideais e abstratos que separam as instituições humanas da experiência histórica: o passado deixa de ser um ponto de contacto e passa a ser um espécie de rémora que impede a adequada apreensão da realidade. Nesta batalha contra o passado, a autoridade do Direito Romano perde prestígio, perdendo-se o entusiasmo que inicialmente se manifestava sobre a sua razão escrita. O Direito Romano estava a ser alterado pelo uso moderno e não convinha de todo à época do racionalismo.

A liberdade de pensamento defendida pelos protestantes iria ser muito útil ao progresso da Ciência, no decorrer dos séculos XVI e XVII. Os cientistas como Copérnico, Galileu⁷⁵, Harvey e Issac Newton⁷⁶, seriam “os soldados” naquela bata-

⁷⁴ Cfr. Edgar Bodenheimer, *Teoría del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1946, pp. 127.

⁷⁵ Deve ler-se a obra de Galileu Galilei, *Frammenti*, em *Obras Completas*, XX Tomos, A.Farmo (Org.), Barbèra, Florencia, 1890-1909, reimpressão em 1968.

⁷⁶ Deve ter-se como referência a sua magnífica obra, *Princípios Matemáticos da Filosofia Natural*, 2.ª Ed., Tecnos, 1997, que sem dúvida o fez ocupar um lugar de

lha do direito a pensar livremente, direito esse que é um dos princípios cardinais do credo liberal. O jusnaturalismo racionalista da época, é precisamente a tentativa de aplicar os métodos das ciências racionais-matemáticas, ao Direito, construindo um sistema em que o direito natural é desvelado através da razão.

⁷⁷ O direito natural racionalista e os direitos naturais descobertos pela razão humana, serão o modelo cientificista moderno para explicar a necessidade de adaptar à razão, as estruturas do Estado absoluto, autocrático, o Estado-de-Polícia.

A perspectiva jusnaturalista ⁷⁸ assenta inicialmente na ideia abstrata do direito natural que consiste na existência de um ordenamento ideal, acessível ao conhecimento humano, de onde emana uma justiça superior e anterior (sendo um sistema de normas independente do direito positivo), isto é, livre das particularidades e variações do ordenamento e solicitações da vida social que estão na origem, por exemplo, do próprio Estado. Com o passar do tempo, este enquadramento alterou-se e o direito natural começou mesmo a associar-se às garantias de segurança conferidas pelo Estado.

privilégio na história do pensamento. Newton elabora uma complexa obra em torno de teoremas, sujeitando-se para sua demonstração às regras do método geométrico. Ainda, sistematiza um modo de estudo da natureza, usando o método matemático.

⁷⁷ Deve consultar-se a obra de Carolo Frank S. J., um verdadeiro Tratado da filosofia natural, obra em latim, *Philosophia Naturalis, In Usum Scholarum*, Herder & CO., Friburgo Brisgoviae, 1925.

⁷⁸ A epistemologia do jusnaturalismo caracteriza-se pelos seguintes traços fundamentais: - a união do Ser ao Dever Ser, da natureza com o valor (isto é, parte-se de uma concepção metafísica do Ser, o qual corresponde ao transcendente. A verdadeira realidade das coisas é a sua natureza); - o direito natural como objeto de análise científica; - Apesar de se assumir a proeminência do direito natural aceita-se a existência de um direito humano ou direito positivo; - possibilidade de conhecimento pelo homem do direito natural, revelado através da razão: - o Direito em si mesmo é o direito natural: - o direito natural, direito superior, estuda pois, os princípios ético-sociais que devem reger a vida jurídica de toda a sociedade; - o jusnaturalismo presuppõe uma cosmovisão filosófica, cujo objeto é encontrar o sentido de tudo. O homem como parte da ordem da natureza, é o único ser capaz de entender essa ordem, encontrando nela o seu sentido vital. Cfr. estes elementos mais desenvolvidos em Gregorio Robles, *Introducción a la Teoría del Derecho*, Debate, 3.^a Ed. 1993, pp. 44-53.

O fenómeno jusnaturalista foi sendo entendido ao longo desta ilíada, de diferentes formas, consoante as correntes e dependendo dos autores. Só para termos uma ideia geral, o direito natural derivaria da força de algo essencial e intrínseco ao homem e a sua fonte habitaria na natureza (para os estóicos, por exemplo, residiria na ordem natural do universo), na vontade de Deus (Duns Scoto) ou na racionalidade (óptica de S. Tomás de Aquino).

Aqui estamos a falar, obviamente, do pensamento jusnatural que compreende o período do direito natural escolástico – a Idade Média – e o período do direito natural do início da Idade Moderna. Na Escolástica pontuam personalidades ligadas ao Clero ou teólogos como S. Tomás de Aquino, Duns Scoto, Guilherme de Ockham, Francisco de Vitória ou Francisco Suarez, entre outros que também deixaram a sua marca nesta corrente. Na Era Moderna os autores que dedicam atenção ao jusnaturalismo são simplesmente juristas ou estudiosos das questões jurídico-políticas, tais como Pufendorf, Hugo Grócio, Thomas Hobbes, Spinoza, entre outros.

A absolutização do poder na pessoa do príncipe, apesar de ser obra sedimentada ao longo dos séculos, vem a confrontar-se, porém, nos séculos XVII e XVIII, com as luzes do racionalismo e da ilustração. Se a teoria contratualista da *Lex Regia*, de tradição romanística ou a concepção teocrática do Direito puderam fundamentar, no período medieval, a consolidação do absolutismo, a dimensão antropocêntrica e empírica e o racionalismo, vão torná-las imprestáveis como sustentáculos teóricos do poder. Daí que o poder, respondendo ao espírito racionalista com racionalidade, procure nesta altura, manter-se e fundamentar-se usando argumentos de racionalidade-necessidade.

Sob o prisma racionalista, a ideia de Estado-de-Polícia assume-se baseado na defesa da racionalidade principesca. O príncipe é visto como o mais racional, porque é o mais inde-

pendente e desinteressado, o único capaz de representar o Estado, interna e externamente, como um todo harmónico, civilizado e polido.⁷⁹

Os direitos fundamentais como direitos naturais nascerão por influência da nova Ciência, com os métodos próprios das ciências experimentais e matemáticas, aplicadas ao pensamento jurídico. À “soberania da razão” une-se a ética sobre o valor do Ser Humano. O conceito de homem novo dentro da filosofia do Direito daquele tempo, deu-se sem dúvida alguma, como afirma Alfred Verdross, na doutrina individualista do direito natural, cujo ponto de partida é a ideia de uma ilimitada liberdade do homem-indivíduo.⁸⁰

Post facto, a metafísica deixa de interessar a esta nova cultura. A secularização da sociedade influenciará e muito a filosofia dos direitos do homem. A necessidades da burguesia alteram-se muito por causa dos descobrimentos e das conquistas do final século XV. A aparição de novos seres, novas culturas distintas das medievo-cristãs, servirá para relativizar a ordem antiga. A burguesia busca uma ordem individualista de direitos humanos, baseada sobretudo na humanidade e cujo fundamento seria a natureza humana, critério de normatividade (descoberta com o auxílio da razão)⁸¹.

⁷⁹ Seguimos os ensinamentos de Manuel Afonso Vaz em *Teoria da Constituição, O que é a Constituição, hoje?*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 27 e 28.

⁸⁰ A tradução é nossa da obra do autor, *La Filosofía del Derecho del Mundo Occidental. Visión panorámica de sus fundamentos e principales problemas*, Centro de Estudios Filosóficos, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1962, pp. 160.

⁸¹ Neste sentido Cfr. a obra de René Descartes, de 1637, *O Discurso do Método*, das Edições 70, reimpressão, 2011, em que propugna o racionalismo como fundamento de uma ordem racional baseada na tolerância, igualdade e direitos naturais. Direito justo, será direito racional, ou seja, direito natural. Este é anterior ao Estado. Assim o indivíduo é protagonista, no uso da razão, pelo domínio que tem sobre a natureza. Este domínio garante-se por regras jurídicas, ou seja, direitos naturais derivados do exame racional da sua natureza. Desta constatação alvitra-se a necessidade de aumentar as parcelas da liberdade pessoal do Homem. Tenta-se alcançar a liberdade política frente à Igreja e ao Estado.

A Escola Espanhola de Direito Natural também teve a sua importância doutrinal nos séculos XVI e XVII. Apesar de não ser consensual entre os jusnaturalistas, a maneira de entender a ideia de natureza, subjacente ao conceito de direito natural, este será entendido pela dita Escola, como a teoria que afirma a existência e a possibilidade de conhecimento do direito natural. Ele corresponderia a um conjunto de normas ou princípios emanados da natureza, anteriores e superiores ao direito positivo, quer dizer, ao direito imposto pelo poder político.

Com a conquista da América sobretudo, um novo domínio de problemas se colocou para discussão doutrinal naquela escola em especial. Questões que se abriram à *philosophia perennis*, em que se tornara possível para ela desenvolver, em torno da questão dos índios, todas as virtualidades da sua dialéctica cristã e aumentar assim, o seu próprio prestígio com a fundação das bases do moderno Direito Internacional.

Francisco de Vitória ocupa um lugar de destaque nesta escola. Renovador do intelectualismo tomista na Universidade de Salamanca, é aqui, em 1539, que lê o seu brilhante texto “*Relectio de Indis*”, expressão máxima do Humanismo cosmopolita, numa comunidade de todos os homens e povos da terra, fundado no direito natural. A grandiosidade do texto prende-se com o reconhecimento da plena personalidade jurídica internacional a todos os povos, mesmo os não cristãos. Vitória advoga um direito comum da Humanidade, cujos princípios alcancem validade universal, ao reconhecer como sujeitos os Estados e os indivíduos.⁸² Para o autor, o direito natural é todo aquele que aparece justo a todos e conforme à recta razão.

⁸² Tudo isto em Antonio Truyol Y Serra, *España y la Protección Jurídico-Internacional de los Derechos Humanos*, in, Estado & Direito, 1989 e ainda, deve ler-se na íntegra, uma outra obra deste autor, *Los Principios del, Derecho Público en Francisco Vitoria*, Ed. Cultura Hispánica, Madrid, 1946. Postula a unidade de género humano de todos os homens, a igualdade, ideais de estirpe estoíco-ciceroninana, cimentados pelos vínculos do *ius communicationis* entre os homens.

Bartolomeu de Las Casas é outro importante expoente desta escola. Jusnaturalista de convicção, adiciona à corrente, um ingrediente novo, a democracia. O seu nome aparece ligado à polémica ético-jurídica dimanada da conquista da América⁸³ e sobretudo não se desliga, no plano político, da própria Igreja, não concebendo a existência de nenhum direito válido à margem dela. Fora desta autoridade só prevê tirania.⁸⁴ À parte da influência cristã, teoriza a liberdade como uma faculdade inerente a todo o Ser Humano, legado da sua racionalidade, admitindo esta liberdade para todos. Este direito é visto por Las Casas como originário, imprescindível, universal e necessário.⁸⁵ Também faz derivar a autoridade do soberano, do livre consentimento do povo. É esta vontade popular que conforma o pacto social e o legitima.⁸⁶ A sociedade é imediata depositária do poder, por isso todo o governo para ser legítimo tem de se sustentar no pacto social.⁸⁷

A ligação de Las Casas com os direitos humanos, suscita o atual interesse pela sua figura. No seu tempo, enfrentou-se com inquietantes questões que não podiam ser mais contemporâneas (o direito da guerra, a igualdade entre os homens, em especial, espanhóis e índios, a relação entre o facto e o direito, entre a positividade dos factos e o direito natural, a ideia de caridade cristã, a igual dignidade do Ser Humano).

A saber, também o retorno à natureza norteia a Arte⁸⁸,

⁸³ E. Garzón Valdés, *La Polémica de la Justificación Ética de la Conquista*, in, Sistema, 1989, n.º 90.

⁸⁴ Do autor, *Historia de las Indias*, Vol.II, in, Bartolomé de las Casas Tratados, Trad. Cast. A. Millares y R. Moreno, Fondo de Cultura Económica, México, 1965.

⁸⁵ Neste sentido em *De Regia Potestate*, in, Obras Completas, Alianza, Madrid, 1990, ref. 58, pp. 16 e ss.

⁸⁶ Cfr. ob. cit. em nota anterior, ref. 48, pp. 34.

⁸⁷ Cfr. a sua obra, *Tratado de las Doce Dudas*, in, Obras Escojidas, V Vols., a cargo de J. Pérez de Tudela, Biblioteca de Autores Españoles, Atlas, Madrid, 1957-58, pp. 486, 1.º princípio.

⁸⁸ Cfr. o essencial da Arte no período Moderno, *Guia da História da Arte*, n.º 8, Coleção Biblioteca da Arte, 6.ª Ed. Presença, 1999, de Sandro Sproccati; *The Story of Art*, Ernst Hans Gombrich, Phaidon Press, 1995.

em especial a pintura, com Velásquez, Rembrandt, a escultura, a literatura com Jean Racine ⁸⁹, Giovanni Boccaccio ⁹⁰, Rabelais, Montaigne e por fim a Ciência, em particular, a descoberta dos métodos indutivos e dedutivos matemáticos com Kepler e Newton.

Em síntese, podemos e devemos reunir algumas ideias nesta matéria. Assim, conclui-se que a liberdade acabou por ser um dos temas mais destacados na produção literária dos pensadores do jusnaturalismo moderno. Trata-se de uma concepção da liberdade tributária da mentalidade da época e do movimento da Reforma. Pretende-se romper abruptamente com a tradição, para libertar o homem, permitindo-lhe alcançar por si mesmo, isto é, pela sua razão, a verdade em todos os tempos.

Por conseguinte, o individualismo e o racionalismo influenciaram consideravelmente nesta concepção de liberdade, se bem que, o que realmente se esconde por detrás da palavra “liberdade”, mais não é do que a pretensão do homem de não se submeter a nenhuma vontade alheia, a actuar de acordo com a sua vontade individual, o seu arbítrio. A Escola de Direito Natural, levada pela sua própria dinâmica identificou, desde logo, liberdade e razão. A razão constituiu-se desde a estrutura da liberdade e a liberdade regular-se-ia por si mesma, quer dizer, a partir das regras que a razão proporciona. Esta pretensão desenvolveu-se no plano puramente teórico, posto que a realidade sócio-política da época revela uma situação muito distinta na qual, o indivíduo isolado pouco pode fazer para satisfazer os dictames da sua vontade.⁹¹

⁸⁹ Deve consultar-se a obra *Andrômaca*, deste grande dramaturgo, Trad. de Vasco Graça Moura, Bertrand Editora, 2006 que valida bem a cultura moderna e os receios do Homem desta época.

⁹⁰ Cfr. a sua mais sublime e importante obra, *Decameron*, Vol. I e II, Trad. Urbano Tavares Rodrigues, Relógio d'Água, 2006. Apresenta-se como um marco literário na ruptura entre a moral medieval, que privilegiava o amor espiritual e o início do Realismo que viria a redundar no Humanismo.

⁹¹ O próprio indivíduo instalou-se no seio de uma contradição. Por um lado, politicamente, acentuou-se a posição do absolutismo e procalmaram-se os direitos indivi-

O jusnaturalismo também pressupôs a passagem de uma visão da realidade jurídica de pendor objectivo para uma outra visão que destava mais a dimensão subjectiva, com a qual resulta muito mais apropriado falar de direitos subjectivos do que de Direito. Os pensadores jusnaturalistas chegaram à conclusão de que o Direito tinha a sua razão de ser, não tanto numa natureza externa ao indivíduo (a natureza das coisas), mas nos próprios sujeitos. Neste sentido, o jusnaturalismo foi importante para perceber que o Direito nasce e funda-se nas pessoas, e não nas coisas externas aos indivíduos. O *ius* é, em consequência, uma qualidade pessoal de cada sujeito, na que em princípio, só conta, o momento da decisão e da regulação da vontade desse indivíduo. O que este quiser, se proponha ou pretenda, isto será a medida e as normas de regulação do Direito. Fez todo o sentido que se entendesse o Direito como uma questão puramente pessoal.⁹²

Consequentemente, não podemos deixar de interpretar aquele pensamento senão no sentido de que, a origem de tudo está no indivíduo e se a liberdade é o que caracteriza a existência humana, o Direito necessariamente só pode ser concebido como produto da razão, cuja única missão era a de salvaguardar a autonomia individual. É por estas razões que a noção de “dever” é tão estranha ao jusnaturalismo moderno. Em última instância, o direito natural acaba por cristalizar um sistema “(...) de direitos, que por corresponder ao homem enquanto tal, se chamariam num primeiro momento direitos do homem e, mais tarde direitos humanos.”⁹³

4. O NASCIMENTO DA DOCTRINA DO CONTRATO SO-

duais. No âmbito económico e social, negaram-se os marcos sociais naturais da vida e exaltaram-se as necessidades e os interesses individuais como elementos cujo livre jogo produziria a harmonia do conjunto.

⁹² Cfr. Francisco Carpintero Benítez, *Una Introducción a la Ciencia Jurídica*, Civitas, Madrid, 1989, pp. 40 e 41.

⁹³ Idem..., pp. 80.

CIAL:

A doutrina do contrato social é a chave da origem histórica dos direitos fundamentais. Pacto social e direitos fundamentais como direitos naturais são conceitos inseparáveis nas primeiras explicações abstratas de inspiração liberal burguesa, “*que preparam o assalto ao poder da burguesia e a aparição do Estado liberal.*”⁹⁴ No Mundo Moderno o contrato social será tanto *pactum unionis* como *pactum subjectionis*, isto é, será a explicação da origem da sociedade - *pactum unionis* - e da origem e limites do poder - *pactum subjectionis* -, sendo a filosofia dos direitos fundamentais a sua proteção, e por conseguinte, a legitimação do poder na concepção liberal.

É curioso constatar como uma teoria, a dos direitos, e uma classe social, a burguesia, tão comprometidas com a realidade concreta, mergulharam em indagações tão abstratas e discutíveis do ponto de vista filosófico mas que se haveriam de transformar em elementos de inspiração dos homens de ação dos séculos XVII e XVIII. Há quem encare a construção deste novo princípio da legitimidade assente sobre duas ficções: - a do contrato social, que estaria na origem da sociedade e do poder político; - e a da existência de um *quantum* de direitos naturais, prévios às relações sociais, políticas e jurídicas e já vigentes no suposto estado de natureza.⁹⁵

⁹⁴ Cfr. estas palavras (tradução nossa) na obra já cit. de, Gregorio Peces-Barba Martínez/ Fernandez Garcia, Eusébio (Dir.), *Historia de los Derechos Fundamentales, Tomo I: Transito a la Modernidad, Siglos XVI e XVII...*, pp. 193 e 194.

⁹⁵ Cfr. Eusebio Fernández, *Teoria de la Justicia y Derechos Humanos*, Editorial Debate, Madrid, 1984, pp. 127 e 128. O autor afirma que esta situação muda se nos limitarmos à interpretação literal do pacto originário e dos direitos do estado de natureza, convertendo as ditas teorias em princípios reguladores da sociedade civil e política. No primeiro caso, trata-se de defender a exigência de considerar a sociedade e o poder político como se efetivamente tivessem tido origem num contrato social, o que permitiria justificar a excelência de uma vida social de homens livres e iguais, e fundamentar o poder no consentimento dos governados, fazendo assim possível a participação na elaboração das leis dos que vão a ser seus destinatários, bem como a permanência e vigência do princípio da soberania popular. Em segundo

A construção desta doutrina do contrato social “*constitui indubitavelmente um dos tópicos mais presentes no pensamento das luzes*”⁹⁶. Fernández García considera que uma boa parte dos autores contratualistas do século XVII e a praticamente totalidade dos do século XVIII eram conscientes de que por debaixo da envoltura daquelas ficções teóricas se anunciava o nascimento de um novo princípio de legitimidade, o democrático, que conquistaria e condicionaria os factos futuros.⁹⁷

Respondendo às exigências de uma sociedade individualista, secularizada, racionalista, impulsionada pelos interesses de uma burguesia ambiciosa, criadora de uma nova ordem económica e capitalista, aflora ainda nos séculos XVI e XVII, uma nova doutrina do contrato social⁹⁸, apesar de se encontrarem precedentes pactistas antes do trânsito para a modernidade.⁹⁹ Note-se que a teoria do contrato social “pura” ou clássica é baseada na ideia de que o governo legítimo é produto artificial de um acordo voluntário entre agentes livres, e de que a autoridade política natural não existe.¹⁰⁰

lugar, tratar-se-ia de converter os direitos naturais em direitos morais, isto é, em exigências morais referentes à segurança, à autonomia, à liberdade, e à igualdade humana, cujo reconhecimento, respeito e garantia possibilita uma convivência social justa e limita, legitimando o poder político.

⁹⁶ Cfr. o artigo doutrinário da ilustre Professora, Sílvia Anjos Alves, *As Raízes Setecentistas dos Direitos Humanos*, pp. 4, que ainda se encontra em processo de publicação, mas que gentilmente nos cedeu para o nosso estudo.

⁹⁷ Cfr. Gregorio Peces-Barba Martínez/ Fernández García, Eusebio/ Rafael de Asís Roig (Dir.), *Historia de los Derechos Fundamentales, Tomo II, Vol. II, La Filosofía de los Derechos Humanos*, Editorial Dykinson, Madrid, 2010, o Cap. VI, desenhado por Eusebio Fernández García, pp. 8 e 9.

⁹⁸ Acerca desta doutrina, vide a extensa monografia de Alessandro Biral, *Il Contratto nella Filosofia Política Moderna*, in *Il Contratto Sociale nella Filosofia Política Moderna*, Bologna, 1987, Ref. 446, pp. 51 e ss.

⁹⁹ Sobre os antecedentes das teorias do contrato social, vide, *The Social Contract, A Critical Study of its Developments*, Oxford, University Press, 1936, de John Gough, em especial os primeiros sete capítulos da obra, ou de Michael Lessnoff, *Social Contract*, Macmillan, London, 1986, especialmente os três primeiros capítulos.

¹⁰⁰ Cfr. Patrick Riley, *Contrato social*, em *Enciclopedia del Pensamiento Político*, D. Miller (Dir.), tradução de María Teresa Casado Rodríguez, Alianza Editorial, Madrid, 1989, pp. 112.

As doutrinas do contrato social são várias e muitas vezes foram usadas com sentidos bastante díspares.¹⁰¹ O contratualismo setecentista corroborou a necessidade de um poder político legítimo, justo, no sentido em que tais características apenas se encontram no produto de acordo voluntário entre agentes morais livres. Tudo isto é possibilitado pelo facto de a autoridade política natural não existir. A autêntica realidade “natural” é composta por indivíduos concretos que concordam em “construir” a sociedade civil e a sociedade política, sob a égide dos seus interesses e objectivos.¹⁰²

Sobre a vontade humana, livre e responsável se sustenta todo o edifício social e político.¹⁰³ A base do consentimento é a liberdade dos indivíduos, que erigem a dignidade e os supostos direitos do indivíduo a valor supremo. A sociedade política só encontra legitimação no respeito pelos direitos dos homens e pelos valores universais.

Assim, o poder político que seja consentido, reveste-se por um lado, de autoridade, e por outro, cria um vínculo especial com os cidadãos, de onde derivam as razões a favor da obrigação de obedecer aos seus imperativos. Este contrato legitimador, possibilita que a simples dominação, como ato de força do poder, se converta em acordo, garante da convivência

¹⁰¹ Cfr. Sílvia Alves, *A Pena de Morte no Pensamento Setecentista*, in, *História do Direito e do Pensamento Jurídico em Perspectiva*, Editora Atlas, São Paulo, 2012, pp. 413-458.

¹⁰² Concordamos e subscrevemos os ensinamentos de Peces-Barba Martínez/ F. García/ Asís Roig (Dir.), *Historia de los Derechos Fundamentales, Tomo II*, ob. cit., pp. 9.

¹⁰³ Idem, pp. 9 e 10. Aqui Eusebio Fernández García, afirma que não é estranho que se tenha visto aquele tipo de voluntarismo social e político, como a projeção nestes âmbitos, de postulados de origem teológica (papel da consciência religiosa individual), e da filosofia moral (autonomia moral do indivíduo), elementos que se não se vincular necessariamente com a Reforma protestante. Este voluntarismo dá solidez à ideia de que entre os rasgos legitimadores da sociedade e o Estado, ocupa um lugar muito destacado, a autorização dos indivíduos, que são, ao fim e ao cabo, os seus, ainda que supostos, e não históricos ou reais, criadores. Esta autorização corresponde ao consentimento, pedra de toque das teorias contratualistas clássicas.

política e do respeito pelos direitos fundamentais.

A doutrina contratualista não foi isenta de críticas por parte de Jeremy Bentham (1748-1832) e de David Hume (1711-1776). Bentham assinala que os governos nascidos de um contrato são pura ficção, isto é, são falsos. Defende que todos os governos se foram desenvolvendo e estabilizando paulatinamente por via do costume, depois de terem sido criados pela força. A exceção apontada são os governos constituídos por povos que se emanciparam e que aceitam sempre mais ou menos as tradições dos governos dos quais se separaram.¹⁰⁴

Já antes, Hume tinha advertido os filósofos contratualistas de que aqueles argumentos não encontrariam correspondência na realidade, mantendo a ideia de que quase todos os governos que hoje existem, o de que reza a memória, provêm da usurpação ou da conquista, quando não assentam em ambas, sem nenhuma pretensão de livre consentimento ou sujeição por parte do povo.¹⁰⁵ Não se coíbe de afirmar que para ele “(...) é evidente que o governo jamais teria surgido se fosse completamente inútil, e que o único fundamento do dever de obediência é a vantagem que proporciona à sociedade, ao preservar a paz e a ordem entre as pessoas.” Acrescenta que “(...) há a seguinte diferença entre os reinos e os indivíduos: a natureza humana não pode de modo algum subsistir sem a associação de indivíduos, e tal associação jamais poderia ter ocorrido se não houvesse respeito pelas leis da equidade e justiça. A desordem, a confusão, a guerra de todos contra todos, seriam as necessárias consequências de tal conduta desregrada.”¹⁰⁶

¹⁰⁴ Cfr. a sua obra, *Sophismes Parlementaires*, Sixième Partie, *sophismes narchiques*, Trad. Elias Regnault, Pagnerre Éditeur, Paris, 1840, em especial, pp. 273, mas ainda, pp. 251 e ss.

¹⁰⁵ Cfr. a sua obra, *Del contrato original, Ensayos Políticos*, Estudio Preliminar de José M. Colomer y Traducción de César Armando Gómez, Editorial Tecnos, Madrid, 1987, pp. 100-101.

¹⁰⁶ Cfr. uma outra obra de David Hume, *Tratados Filosóficos, II Dissertação sobre as Paixões, Investigação sobre os Princípios da Moral*, tradução de João Paulo Monteiro e Pedro Galvão, Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2005, pp. 83 e 84.

Em Thomas Hobbes (1588-1679)¹⁰⁷, o contrato social reforçará o poder do Estado absoluto, ilimitado e incondicional, obtendo através dele a justificação da monarquia absoluta. Assume que os pactos sem espada não passam de palavras, sendo por isso necessário que todos os homens façam um acordo com todos, renunciando ao direito de cada um a se governar a si mesmo, e transferindo para o soberano esse direito, autorizando todas as suas ações. A segurança é a sua maior preocupação. O soberano é absoluto e definirá através da Lei o que é justo e injusto. Para ele, toda a ordem jurídica é criação do Estado.

Mas também para Hobbes as vantagens do contrato social são evidentes. Fora do regime do Estado cada um conserva a sua liberdade íntegra ainda que infrutuosa. Uma vez constituído a Estado, cada cidadão conserva a sua liberdade que lhe basta para viver bem e com tranquilidade. Fora do Estado cada um tem tanto direito a tudo, que não pode disfrutar de nada, mas no Estado todos disfrutam com segurança de um direito delimitado. Fora do Estado qualquer um pode expropriar e matar qualquer um, mas no Estado, só um pode fazê-lo. Fora do Estado apenas nos protegem as nossas forças, no Estado, a de todos. No Estado todos têm como seguro o fruto do teu trabalho. Fora do Estado estarão as paixões, a guerra, o medo, a pobreza, a fealdade, a barbárie, a ignorância, a crueldade. No Estado estará o reino da razão, da paz, da segurança, da riqueza, da beleza, assim como estará e elegância, a ciência e a benevolência.¹⁰⁸

Nesta linha de Hobbes esteve Samuel Pufendorf¹⁰⁹

¹⁰⁷ Cfr. a sua obra, *Leviatã*, Parte II, Capítulo XVII, Ed. Moya y Escotado, Editora Nacional, Madrid, 1980, pp. 267.

¹⁰⁸ Thomas Hobbes, *El Ciudadano*, Capítulo X, 1., Edição Bilingue de Joaquín Rodríguez Feo (introducción, traducción y notas), Editorial Debate y Consejo Superior de Investigadores Científicas, Madrid, 1993, pp. 89 e 90.

¹⁰⁹ Foi o primeiro a construir uma teoria acabada da personalidade pública. Para ele, a causa remota da pessoa e vontade públicas é Deus, sendo o pacto social (a vontade humana) apenas condição (ou causa próxima) da sua instituição. Daí que o governo político e as suas leis, tenha para o filósofo carácter semi-sagrado, não podendo ser

(1632-1694). Este notável pensador político, jurista, e filósofo protestante, é “(...) representante daquela segunda classe de espíritos, (...), que, provindos do Humanismo e em viva discussão com a Escolástica, anunciam já o século XVIII.”¹¹⁰ O próprio assinala a insuficiência do direito natural na segurança e na proteção do homem moderno, afirmando a necessidade do direito positivo, como demarcação do contrato social. Para o filósofo, “o principal fim do estabelecimento das sociedades civis, é o de proteger os homens, através de um socorro mútuo, dos danos e ofensas que podem temer e que recebem uns dos outros.”¹¹¹

A sua concepção antropológica concebe o Homem como um ser livre, portador de uma peculiar dignidade, que o distingue dos outros seres da criação. As regras humanas surgem na sua filosofia como regras morais. A liberdade estaria assim limitada à moralidade, base da dignidade e excelência.¹¹² O seu conceito de direito natural aparece conectado com a ideia de sociabilidade universal e acima de tudo, com a conservação da vida, saúde, integridade corporal e moral, bens que deveriam ser protegidos de qualquer ingerência exterior.¹¹³

Se por um lado, Pufendorf reivindica a autonomia do direito natural face à teologia moral da ortodoxia luterana, por outro, nega que haja bondade e uma maldade intrínsecas, vinculadas a uma natureza concebida como ideia eterna que limite a vontade de Deus. A natureza do homem não é, para o autor,

desobedecidas.

¹¹⁰ Cfr. Luís Cabral de Moncada, *Filosofia do Direito e do Estado*, Vol. I, Coleção Studivm, Arménio Amado Editor, Coimbra, 1947, pp. 180 e 181.

¹¹¹ Expressão de Pufendorf na obra, *De Iure Naturae et Gentium*, Lund, 1672, En. II, II, 2, *in fine*, e ainda, *vide* a este respeito, o seu Livro II, Capítulos V-VIII e VII-III.

¹¹² Cfr. do autor, a obra, *De officio Hominis et Civis Iuxta Legem Naturalem*, in Textos y Documentos sobre Derecho Natural, Angel Sánchez de la Torre (Selec.), Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1974, 2.ª Ed.

¹¹³ Cfr. na obra supra cit, *De Officio...*Livro I, Cap. VI, 2/3, pp. 244, e em, *De la Obligación del Hombre y del Ciudadano según La Ley Natural en Dos Libros*, Trad. Leila B. V. Ortiz, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina, 1980, pp. 86 e 87.

uma ideia racional, mas uma criação contingente da vontade divina. E porque Deus criou um ser assim, com natureza racional e social, é justo um comportamento adequado a tal ser. Esta fusão do racional com o social, não contém porém nenhuma necessidade lógica, é apenas obra da vontade de Deus. Este voluntarismo opunha-se fortemente à Escolástica, como resulta muito claro.¹¹⁴

Não pode deixar de sublinhar-se a enorme influência que Pufendorf exerceu na pré-história das declarações de direitos do homem americanas, como também nas europeias.¹¹⁵ Para ele, segundo Simone Goyarde-Fabre, “*Le bien du peuple est la souveraine loi*”¹¹⁶, portanto, a lei do Estado teria como função essencial de promover o bem público.

Este clima de predomínio da concepção pactista pressupôs a tomada de consciência por parte do pensamento moderno, da importância do poder e da sua organização social, tão

¹¹⁴ Cfr. António Truyol y Serra, *La Filosofía Jurídica e Política en los Siglos XVII y XVIII*, Separata da Revista da FDUL, Vol. XX, Lisboa, 1966, pp. 9.

¹¹⁵ Deve ler-se a este respeito, em especial a sua obra já cit. em nota anterior, *les Devoirs de L’Homme et du Citoyen*, Tome I, trad. francesa de J. Barbeyrac, A Paris, Chez Dekestre-Boulogne, 1822. Pode deste modo aferir-se da influência da sua filosofia nas declarações de direitos. Teoriza sobre a lei natural em geral, partindo à descoberta dos seus fundamentos e máximas, notando-se claramente a influência religiosa, é assumida como ponto de partida para a revelação individual, vide o Cap. III, pp. 139-154. Igualmente admite que para o indivíduo poder ser membro útil da sociedade humana, este homem terá de respeitar os deveres que lhe são impostos por Deus e pela lei natural, a que apelida de “*religião natural*”, pp. 155-177, e os deveres para consigo próprio, o primeiro deles, o amor-próprio, corolário do princípio da auto-conservação, um princípio de direito natural ou simplesmente, a justa defesa de si mesmo, a par da independência do estado de natureza. Pufendorf acaba por admitir que a sociedade civil limita a liberdade do homem e este seu direito de defesa. Cap. V, pp. 177-237. De uma forma inovadora e peculiar face ao tempo em que viveu, vai mais além, dizendo que os homens entre si, têm deveres mútuos, o primeiro deles é a necessidade indispensável de não fazer mal a outrem e consequentemente, o dever de reparar o dano inelutavelmente causado. Assim se dispõe no Cap. VI, pp. 237-256. E melhor, a consagração da igualdade de tratamento entre os homens como um dever absoluto, justificado pela dignidade humana. A este respeito surge o Cap. VII, pp. 256-268.

¹¹⁶ Cfr. a obra, *Les Grandes Questions de la Philosophie du Droit*, Presses Universitaires de France, 1986, pp. 227.

cara ao Direito. A ideia de contrato seria o único meio possível para construir os direitos naturais do indivíduo dentro da estrutura do Estado. O contrato social é o veículo ideológico para organizar o Estado, de forma acorde com os interesses burgueses, e em cujo seio se formula historicamente a filosofia dos direitos fundamentais.

Quando no século XIX, se supere o idealismo jusnaturalista e em matéria de direitos fundamentais, se acentue a imperatividade da sua positivação, reacender-se-á a importância do poder, como impulso imprescindível à essa positivação. A necessidade de um poder democrático para uma real positivação dos direitos naturais, renascerá quando parece periclitada a ideia de contrato social como legitimação do poder. Por isso, esta doutrina, ao compreender o valor do poder, no fundamento da validade do Direito, vai permitir mais tarde (com a fundamentação democrática do poder), uma legitimação do Direito.

O contrato social pretendeu regular a sociedade e o poder no Mundo Moderno, atingindo a sua plenitude no século XVIII com Jean-Jacques Rousseau ¹¹⁷ ¹¹⁸ (1712-1778), e John Locke o qual abordaremos em seguida, e ainda, com Immanuel Kant. O primeiro entende o contrato social como um estado originário fictício, no qual os indivíduos estabelecem por livre acordo, os seus recíprocos direitos e deveres. Pensava-se poder deste

¹¹⁷ Este autor radicaliza o argumento contratualista na sua obra mais célebre, *O Contrato Social*, 4.ª Edição, Publicações Europa-América, 1999, ao defender que certas capacidades humanas apenas podem ser desenvolvidas numa comunidade política organizada segundo princípios democráticos. *Discurso sobre a Origem da Desigualdade entre os Homens*, Publicações Europa-América, Lisboa, 1995. Aos seus olhos as teorias anteriores de Hobbes e Locke não teriam apresentado uma justificação convincente da formação do poder político legítimo.

¹¹⁸ Rousseau proclama a soberania da vontade geral embora esta pouco tenha de comum com a vontade psicológica individual, constituindo uma vontade racional, dirigida para a prossecução do interesse geral e apresentando por isso, uma forte componente racional. Este filósofo representa o triunfo da tendência democrática jacobina em que a proteção das vontades e interesses meramente individuais, vem atenuar-se ante o dogma absoluto da lei como vontade geral. Assim dispõe a fase do despotismo democrático. Vide A. M. Hespanha, ob., cit., pp. 327-328.

modo, fundamentar uma ordem jurídica que assentasse no consenso geral, e que teria tal como a razão humana inalterável, carácter universal, valendo assim para todos os homens e para todos os tempos.¹¹⁹

Defende a autonomia individual, afastando-se do contratualismo de Locke. Não tolera níveis de desinteresse pela participação ativa no exercício do poder político, por os considerar antidemocráticos. O estado de natureza é para Rousseau, de completa anomia e é desde logo rejeitado. O contrato celebrado pelos indivíduos, deve ter como resultado uma sociedade política com uma vontade geral una, que quer o bem comum, através de um procedimento democrático universalista.

Rousseau enuncia então o problema fundamental a que o pacto social dá solução: “(...) encontrar uma forma de associação que defenda e proteja com toda a força comum a pessoa e os bens de cada associado e pela qual cada um, unindo-se a todos, não obedeça contudo, senão a si mesmo e permaneça tão livre como antes.”¹²⁰ Se o contrato social for violado, “(...) cada um retoma os seus primeiros direitos e reassume a sua liberdade natural, ao mesmo tempo que perde a liberdade convencional por que tinha renunciado a eles.”¹²¹

A alienação de que Rousseau fala é uma alienação total e “sem reserva” de cada associado, e “pelo facto de cada um se dar completamente, a condição é igual para todos”. Remata dizendo ainda o seguinte: “Cada um de nós põe em comum a sua pessoa e todo o seu poder sobre a suprema direcção da vontade geral; e recebemos colectivamente cada membro como parte indivisível do todo.”¹²²

Para este filósofo, o contrato social mais não é do que uma mudança vantajosa de uma maneira precária e incerta de

¹¹⁹ Arthur Kaufmann, assim o refere em *Filosofia do Direito*, Trad. António Ulisses Cortês, Fundação Calouste Gulbenkian, 4.ª Ed., 2010, pp. 37.

¹²⁰ Cfr. a obra já cit., *O Contrato Social...*, Livro I., Cap. VI., pp. 23.

¹²¹ Ibidem...

¹²² Idem..., pp. 24.

viver para outra melhor e mais segura, no fundo, uma troca da independência natural pela liberdade, do poder de causar danos aos demais pela segurança, e da força própria do homem por um direito que a união social torna invencível.¹²³

Mas o filósofo não se fica por aqui, explicando que para que o pacto social não seja um formulário em vão, “(...) *quem quer que se recuse a obedecer à vontade geral a isso será coagido por todo o corpo: o que significa apenas que será forçado a ser livre*”, visto que, é essa a condição que, na óptica do autor, ao dar cada indivíduo à pátria, “*o livra de qualquer dependência pessoal; condição que faz o artifício e o jogo da máquina política e que por si só torna legítimos os compromissos civis, os quais, sem isto, seriam absurdos, tirânicos e sujeitos aos maiores abusos.*”¹²⁴

O contrato de Rousseau justifica a identidade entre soberano e súbdito. Na vontade geral coincidem interesse e justiça. Propõe um Estado de liberdade e justiça, que garanta a cada um, os seus direitos, em virtude da própria natureza do poder político e do seu exercício democraticamente participado. É por sinal este, o ponto em que converge e se consuma a orientação democrática que triunfa no continente com a Revolução Francesa: a lei (o Direito de que a lei deve ser a única fonte) é uma vontade, mas uma vontade geral, no sentido de que deriva de todos, se refere aos problemas de todos, estabelece a igualdade entre todos e prossegue os interesses de todos. Esta noção da lei como norma absoluta estabelecida soberanamente pelo Estado legislador virá a ser decisiva até aos dias de hoje.¹²⁵

Rousseau ensina a liberalização das concepções limitativas do poder de Estado, na medida em que nem a soberania, nem o “hobbesianismo”¹²⁶ eram suficientes para equilibrar as

¹²³ Cfr. a obra já cit., *O Contrato Social*, em especial, o Livro II, Capítulo IV.

¹²⁴ Idem..., Cap. VII., pp. 27.

¹²⁵ Assim ensina, A. M. Hespanha, ob., cit., pp. 328.

¹²⁶ Sobre a filosofia política e moral de Hobbes, *Hobbes Political Philosophy*, de Leo Strauss, trad. de Elsa M. Sinclair, Oxford, Clarendon Press, 1936, especialmente

tensões entre classes sociais.¹²⁷ O pensamento do autor impõe-se como postura de afirmação das democracias modernas e dos limites ao exercício do poder soberano (“*Nada é mais perigoso do que a influência dos interesses privados nos negócios públicos, e o abuso das leis pelo governo é um mal menor do que a corrupção do legislador, consequência infalível das visões particulares*”¹²⁸) que, ao contrário de Thomas Hobbes, não está acima da lei. Existe quem aviste Hobbes, Locke e Rousseau como “*unilaterais*”, porque o primeiro considera o Estado e pretende fortalecê-lo contra o indivíduo. Os dois últimos filósofos consideram o indivíduo e pretendem armá-lo contra o Estado.¹²⁹

Rousseau iria um pouco mais longe que Locke, pois conseguiu extrair do seu indivíduo soberano e da vontade da tão necessária maioria, os dogmas da soberania popular e da vontade geral, como única fonte de todo o justo.

Resta acrescentar que o principal escopo da sua obra, *Contrato Social* é o resgate parcial e até artificial, da natural liberdade humana. O motor da construção da sociedade política não pode ser outro que não, a Democracia, o Direito, as leis como expressão da vontade livre dos cidadãos, e a política.

A meta seriam os direitos do homem e do cidadão, sem os quais não seria possível uma vida digna. Portanto, a lei, que deveria ser igual para todos é o baluarte da liberdade. Os direitos políticos surgem assim na origem da toma de decisões políticas, guiadas pela realização do bem comum, dos valores da igualdade e liberdade e, necessariamente, dos direitos individuais fundamentais. Rousseau morreu antes de se iniciar a Revolução Francesa, mas as suas ideias tornaram-se o espírito e a

pp. 129-170.

¹²⁷ Neste sentido, Eduardo C. B. Bittar, *O Jusnaturalismo e a Filosofia Moderna dos Direitos*, BFDUC, LXXX, Coimbra, 2004, pp. 652.

¹²⁸ Cfr. *O Contrato Social...*, Livro II, Cap.III., pp. 70.

¹²⁹ Esta é a visão de Plínio Salgado, *Madrugada do Espírito*, Cultura Política 11, Pro Domo, Lisboa, MCMXLVI, 1946, pp. 160.

letra dessa Revolução.

Tomando em consideração o pensamento de Jean Bodin (1529-1596), humanista, jurista e teólogo¹³⁰, é justo que o apresentemos como o grande adversário das ideias de Machiavelli. Para melhor compreensão do alcance da sua obra, é preciso ter presente, segundo Cabral de Moncada, a situação em que ele vive e pensa: “*a anarquia espiritual provocada pelas guerras religiosas em França na segunda metade do século XVI.*”¹³¹ Apesar de todas as percolações calvinistas e de todas as heresias por si sofridas, Bodin foi sempre um fiel súbdito do Rei de França e pensou a política no interesse da unidade e força do Estado francês.

Detecta-se que o seu pensamento comporta uma reflexão inteiramente voltada para a importância da soberania¹³², em pleno nascimento do Estado cuja sedimentação opera, no plano geopolítico, com a Paz de Vestefália em 1648, que pôs fim à Guerra dos Trinta Anos. Esta representou um marco histórico, pela afirmação dos princípios da soberania estadual, pela ingerência nos assuntos internos dos outros Estados, assim como, pelas suas disposições em matéria de liberdade religiosa, as quais lançarão as bases de uma maior tolerância religiosa a nível internacional.¹³³

A soberania, esse poder supremo do Estado ou da comu-

¹³⁰ Cfr. a obra de, Simone Goyard-Fabre, *Jean Bodin et le Droit de la République*, PUF, 1989, em especial, pp. 9-40, onde a autora nos apresenta Jean Bodin, no contexto filosófico em que se insere.

¹³¹ Cfr. Luís Cabral de Moncada, *Filosofia do Direito e do Estado*, Vol. I, Coleção Studivm, Arménio Amado Editor, Coimbra, 1947, pp. 115.

¹³² Para o autor, “*A primeira marca do príncipe soberano é o poder de dar a lei a todos em geral e a cada um em particular*”, in República I, Cap. X, pp. 74, nos *Los Seis Libros de la República*, obra datada de 1576, neste caso, a edição que consultámos é a 3.ª Ed., Tecnos, 1997. Na língua mãe, *Les Six Livres de la République*, 6 vols., Fayard, Paris, 1986. Deve ler-se acerca desta corrente de pensamento, Alberto Ribeiro Barros, *A teoria da Soberania de Jean Bodin*, Unimarco, FAPESP, 2001, pp. 240.

¹³³ Nesta esteira, cfr. Raquel Tavares, *Direitos Humanos, De onde vêm, o que são e para que servem?*, INCM, 2012, pp. 17.

nidade, que é o poder acima de si, além de Deus, não admitindo outro, por natureza ilimitado e permanente, não era decerto um conceito novo. Já no Direito Romano, nos aparece bem expressivo, como manifestação conceitual do poder Romano. Tal poder, coloca-o Bodin, nas mãos do príncipe ou do Rei. Isto pode no entanto, levar o leitor a pensar que com estas ideias, quis Bodin fundar o poder absoluto dos Reis e da Monarquia Absoluta, que veio a triunfar imediato com Luís XIV, mas não é verdade. Era demasiado humanista para que pudesse ser esse o seu ideal de Estado, e a soberania que procurava definir estava longe de ser uma mera expressão de força ou apenas um conceito de raiz jusnaturalista, pelo contrário.

O filósofo partia da ideia de Direito e a referida soberania era edificada não fora, ou para além dessa ideia mas precisamente dentro dela. O regresso ao direito natural explica-se nesta sede porque Bodin entende que só pode haver uma república bem ordenada, um Estado correto, se ele for ordenado segundo ou seguindo as leis da natureza. Estas estariam inscritas nos anais eternos de justiça.¹³⁴ O pressuposto e a base da soberania reside nas leis¹³⁵, nomeadamente as que representam a estrutura do Estado, a sua constituição, e sem as quais nenhum Estado pode existir. Fora da ação da soberania dos Príncipes, ficaria uma esfera privada de direitos do indivíduo, a dos direitos sagrados da família e da propriedade.¹³⁶

Apesar de não abraçar a ideia de “*direito divino dos*

¹³⁴ Cfr. República I, Cap. VIII, ob. já cit. *Los Seis Libros de la República...*

¹³⁵ Cfr. República I, Cap. VIII, ob. já cit. *Los Seis Libros de la República...* Bodin considera como fundamentais pelo menos duas leis: - a lei sálica da sucessão e a que proibia toda a alienação do domínio patrimonial do Reino. Além disto, admitia como importante limitação constitucional da soberania, que os povos não pudessem ser sujeitos a novos levantamentos de impostos sem o seu consentimento. Aqui é de notar que apesar disto, admitia que o príncipe, em caso de necessidade, o direito de tributar a nação sem a ouvir, sequer. Neste sentido, *vide* a República VI, Cap. II, ob. já cit. *Los Seis Libros de la República...*

¹³⁶ Cfr. República I, Cap. II, ob. cit., *Los Seis Libros de la República...*

Reis”¹³⁷, nem tão pouco, a de uma soberania sem limites constitucionais, as suas doutrinas só aproveitaram imediatamente ao robustecimento dessas duas tendências que haviam que haveriam de triunfar com a monarquia de Luís XIV. Se por um lado, é tentador capturar em Bodin, as tendências para a monarquia absoluta do século XVII, por outro lado, o seu conceito de soberania, tão proficuamente elaborado, servirá a Revolução, assim que na mudança ideológica, depois de Rousseau, o povo se substituiu aos Reis, na posse da dita soberania, inalienável, indivisível e insusceptível de limitação jurídica intrínseca.^{138 139}

E porque o Mundo Moderno parte da desconfiança e da suspeita, Kant, teve “(...) a genialidade de o confessar com todo o rigor científico – o mundo era para ele, um caos, uma *desordem*.”¹⁴⁰ No criticismo Kantiano “(...) *contemplamos a gigantesca projeção da alma burguesa que regeu os destinos da Europa, com exclusivismo crescente desde o Renascimento*.”¹⁴¹ As etapas do capitalismo foram, estádios de evolução criticista. A relação entre a filosofia de Immanuel Kant e o capitalismo burguês não implicou uma adesão às doutrinas do materialismo histórico.¹⁴²

Em Kant (1724-1804)¹⁴³ se atinge o projeto humanista da Modernidade, por isso a sua doutrina¹⁴⁴ expressa alguns dos

¹³⁷ Cfr. Luís Cabral de Moncada, *Filosofia do Direito...*, pp. 124.

¹³⁸ Idem...pp. 125.

¹³⁹ Cfr. os pontos fulcrais da filosofia de Bodin em na ob. já. cit., de S. Goyard Fabre, *Jean Bodin et le Droit...*, pp. 43-278.

¹⁴⁰ Cfr. as *Obras de José Ortega e Gasset*, Vol.II, , 2.ª Ed., Espasa-Calpe, Madrid, 1936, 2.ª Ed., pp. 951.

¹⁴¹ Idem, pp. 953.

¹⁴² Acerca do materialismo histórico, corrente que não trataremos aqui, vide, em pormenor a explicação de Ortega e Gasset, na obra cit. em nota anterior, pp. 953.

¹⁴³ A liberdade é de facto o elemento primordial da filosofia kantiana, sobretudo no que toca à liberdade moral. “Ele esmiuçou a “sociabilidade” básica do homem e enumerou como seus elementos a comunicabilidade e a publicidade, a liberdade pública, não apenas para pensar, mas também para publicar – “a liberdade de escrita.” Palavras de Hannah Arendt, *Lições sobre a Filosofia Política de Kant*, Trad. André Duarte de Macedo, Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1993, pp. 28.

¹⁴⁴ Para entender melhor o âmago da sua doutrina, consultámos a obra de

postulados básicos ilustrados (note-se que, natureza e razão serão as duas categorias programáticas do pensamento ilustrado):- a racionalidade como fundamento dos direitos e das instituições jurídicas e políticas; - a universalidade como âmbito para o seu exercício; - a paz como meta da convivência social interna e externa; e, pensador político e jurista, não pode desprender-se do filósofo da crítica da razão prática e da ética. A filosofia teórica de Kant é marcada por uma acentuação do subjetivismo e um aprofundamento do eu e do conceito em face da realidade. A razão ¹⁴⁵ participa muito mais ativamente, do que até aí se supunha na elaboração do mundo da ciência, com um importante elemento *a priori*, a *Forma*. Esta só se aplica aos dados fornecidos pelos sentidos (*Fenómenos*), através dos dados da experiência (*Matéria*), agrupados dentro de outras formas igualmente subjetivas e *a priori* da nossa sensibilidade, chamadas o *Espaço* e o *Tempo*. Da *Forma* e *Matéria* é que nasce o conhecimento racional que encontra nas ciências da natureza a sua mais alta expressão.

Para o filósofo, todo o nosso saber é assim como que uma linguagem com a qual traduzimos, para nosso uso, as exigências da vida do nosso “*eu*” profundo perante o mundo, e cujo valor é duplamente negativo: - relativo só aos fenômenos, por um lado, ignorando a essência das coisas; - relativo só ao sujeito cognoscente, o “*eu*” transcendental, por outro lado. A consciência intelectual é uma síntese criadora destes elementos. Com isto, Kant julgou deixar para trás toda a metafísica clássica, fundada num saber racional, e mais do que isso, excluir para sempre a sua possibilidade. ¹⁴⁶ Estas ideias catapultam-no

Hans Saner, *Kant's Political Thought, Its Origins and Development*, The University Chicago Press, Chicago, 1973.

¹⁴⁵ Deve ler-se a obra de Yirmiahu Yovel, *Kant and the Philosophy of History*, Princeton University Press, New Jersey, 1980, em especial, 3-25.

¹⁴⁶ Este criticismo está contido na obra *Kritik der reinen Vernunft*, de 1781, Published by Library of Alexandria, 2.ª Ed. 1787. No entanto, nesta obra não se revela todo o Kant. A segunda das críticas, é a *Crítica da Razão Prática*, Edições 70, 2013. Desta crítica provém toda a ética kantiana.

para um outro movimento a que se viria a ter por nome, idealismo alemão, do qual foi progenitor.

A razão kantiana, com efeito, não é exatamente a razão propugnada pelos enciclopedistas da sua época, em com a razão um tanto pragmática de Locke. É sim, uma razão mais limitada (por não abranger o todo da vida espiritual do homem) e mais pura e profunda (pela subjetivação das suas formas *a priori* e pela clarificação do seu conceito).

No tocante às ideias relativas ao Direito e ao Estado, diga-se que o filósofo de Königsberg é fiel representante do seu século e amplamente tributário do iluminismo. Exemplos disto são os seguintes conceitos: - o conceito de direito natural, com o seu primado sobre o direito positivo e o Estado; - o da eminente dignidade do indivíduo como pessoa e fim de si mesma; - o de um estado de natureza anterior à sociedade civil; - o de contrato social; - e o conceito de “vontade geral”, na base de todo o governo legítimo.

Kant defende expressamente o contrato mas despojando-o de toda a reminiscência histórica ou fáctica.¹⁴⁷ Diferentemente do que em Locke ou em Montesquieu e Rousseau, fundamentam-se as liberdades, a divisão de poderes e o contrato social em postulados de pura racionalidade. A legitimação do Estado para Kant, surge depurada de qualquer pretensão utilitária referida a benefícios políticos ou económicos. “*Kant represento, al próprio tiempo, la expresión más acabada de dos tendencias contrapuestas del ideário ilustrado: seguridad y audácia.*”¹⁴⁸

Este autor, concebe o contrato originário, como manifestação social da estrutura da razão prática¹⁴⁹. A criação do Es-

¹⁴⁷ Cfr. a obra coletiva sob a direção de Gregorio Peces-Barba Martínez/ Fernández García, Eusebio/ Rafael de Asís Roig (Dir.), *Historia de los Derechos Fundamentales*, Tomo II, Vol.II, La Filosofía de los Derechos Humanos, Editorial Dykinson, Madrid, 2010, pp. 454.

¹⁴⁸ Idem..., pp. 455.

¹⁴⁹ Vide a este propósito a sua obra, *Crítica da Razão Prática*, Edições 70, Lisboa,

tado é exigida pela lei da justiça. A violência e a força são uma presença constante na génese dos Estados. O contrato teria que obedecer à razão prática ou seja, o contrato social tem como objectivo primordial a criação de normas constitucionais e leis justas. Assim como o imperativo categórico ¹⁵⁰, justifica a norma moral e a sua universalização, liberdade, igualdade e autonomia só são possíveis num Estado que assente na formação democrática da vontade geral, na qual todos os cidadãos se possam reconhecer. Se o contrato for entendido como princípio praticamente necessário da razão, fundante da ordem jurídica e política do Estado, então os traços voluntaristas, e as diferenças quanto ao estatuto do estado de natureza proposto pelos filósofos atrás referidos, desaparecem.

Alguns dos escritos mais representativos da obra de Kant muito devem à influência de Locke, Montesquieu e Rousseau. Do primeiro absorve a ideia de que da liberdade inerente a toda a pessoa se desprendem uma série de faculdades inalienáveis, invioláveis e imprescritíveis, anteriores ao Estado e que todo o Estado deve reconhecer. Com Montesquieu partilha a tese de que tais direitos exigem para sua eficaz protecção um modelo político baseado na separação de poderes, postulado do constitucionalismo. De Rousseau aceita a exigência de uma legitimação democrático-racional do poder através do contrato social, artifício da razão prática para justificar as instituições políticas e as leis no consentimento. A lei como expressão da vontade geral ficará sendo a célebre fórmula jurídico-política cunhada por Rousseau.

No centro da sua filosofia está a liberdade. Por essa razão o pensamento e obra kantianos invadem a filosofia dos direitos humanos, conquistando aí, um espaço de relevo. Esta liberdade

2011.

¹⁵⁰ Sobre a teorização do imperativo categórico, Immanuel Kant, de novo, *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, Edições 70, Lisboa, 2011 e ainda para mais aprofundamento da obra do autor, *Metafísica dos Costumes, Parte I – Princípios Metafísicos da Doutrina do Direito*, Edições 70, Lisboa, 2004.

ao jeito de Kant é não mais do que a propriedade da vontade de todos os seres racionais: “*Todo o ser que não pode agir senão sob a ideia de liberdade, é por isso mesmo, em sentido prático, verdadeiramente livre.*”¹⁵¹ Por isso mesmo há quem afirme que: “*(...) la filosofía kantiana de los derechos humanos gravita em torno al eje fundamental de la libertad.*”¹⁵²

Kant na sua *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* assevera o seguinte: “*A todo o ser racional que tem uma vontade temos de atribuir-lhe necessariamente também a ideia de liberdade sob a qual ele unicamente pode agir. (...) a vontade desse ser só pode ser uma vontade própria sob a ideia de liberdade, e portanto, é preciso atribuir, em sentido prático, uma tal vontade a todos os seres racionais.*”^{153 154}

Para rematar, diga-se que o contratualismo aqui desenhado implica um primado da moral sobre a política. Por outras palavras, os princípios individualistas – os direitos naturais do homem – constituem por assim dizer, a moldura externa do poder. Ela é própria do Mundo Moderno em ruptura com a concepção medieval, e apenas é válida para o continente, e não para explicar as origens das instituições democráticas inglesas. Estas por sinal, evoluíram desde a Era medieval até à modernidade, sem rupturas. No período moderno, “*(...) o Estado forte é*

¹⁵¹ Cfr. a referida obra de Kant, *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, Edições 70, Lisboa, 2011, Terceira Seção, pp. 102. Nesta terceira seção, o argumento principal que Kant nos propõe é o seguinte: 1.º - A lei de uma vontade livre é a lei moral; 2.º - Os seres racionais têm de se conceber como livres; 3.º - Assim sendo, os seres racionais têm de se conceber como sujeitos à lei moral.

¹⁵² Gregorio Peces-Barba Martínez/ Fernández García, Eusebio/ Rafael de Asís Roig (Dir.), *Historia de los Derechos Fundamentales*, Tomo II, ob. cit., pp. 453.

¹⁵³ Cfr. essa mesma obra já antes cit., pp. 102.

¹⁵⁴ A razão em Kant ultrapassa pois o mundo sensível, permitindo-nos pensar sobre o que está para além da experiência. Esta espontaneidade da razão, julga Kant, faz-nos ter consciência de que somos membros do mundo inteligível. E, dado que pertencemos a esse mundo, estamos “*(...) sob leis que, independentes da natureza, não são empíricas, mas fundadas somente na razão.*” Cfr. de novo *Fundamentação da Metafísica*, pp. 109. Ora, a lei moral é a que se funda apenas na razão e esta não é mais do que a lei de uma vontade livre. Assim, o nosso “eu”, membro do mundo inteligível, é livre.

aquele cuja autoridade moral se fortalece pelo respeito que esse mesmo Estado vota à intangibilidade da pessoa humana e de todas as expressões grupais e sociais."¹⁵⁵

O contrato social como *pactum subjectionis*¹⁵⁶, a que nos referimos *supra*, surgiu ainda na época medieval com a Magna Carta, de 1215, evoluiu a partir dela até à Revolução Inglesa de 1688, sem qualquer cisão. Tal pacto representa o triunfo do individualismo na filosofia social e moderna. É uma construção racionalista que permite a coexistência dos interesses do indivíduo, da sociedade e do Estado. Há quem o veja como "(...) o único possível que resta para deduzir a existência das instituições sociais e políticas, uma vez que a razão humana se havia erigido como critério último de valores."¹⁵⁷

Abunda a heterogeneidade na teorização da doutrina contratualista. Entre os diferentes filósofos contratualistas do século XVII e XVIII existem inúmeras divergências, principalmente quanto à forma de descrever e valorar o que apelidam de estado de natureza, no alcance e limitação do contrato à liberdade originária e no tipo de sistema político e funções do Estado que decorrem do contrato.

Os momentos chave da divergência doutrinária são o momento anterior ao pacto ou estado de natureza e o posterior ao

¹⁵⁵ Cfr. de novo, Plínio Salgado, *Madrugada do Espírito...*, pp. 161.

¹⁵⁶ Com efeito, Richard Hooker em *The Law of Ecclesiastical Polity*, 1594, Reimpressão Morley's Universal Library, 1888, I, 10, pp. 91, foi o precursor desta doutrina, aplicada à Commonwealth, mesmo antes das teorias de J. Locke. Aceita a concepção de lei natural e a metafísica que a sustentava tal como fora desenvolvida por S. Tomás de Aquino, que conferia um lugar indispensável à razão. No entanto, para Hooker, a autoridade de monarcas e bispos provinha do consentimento da comunidade e não do direito divino. O governo legítimo precedia do acordo explícito e tácito dos homens que compreendiam à luz dos ditames da razão, os benefícios da vida numa comunidade política organizada, corolário da ideia de que os homens são por natureza livres e iguais. Não reconhece nenhum direito de resistência ao poder arbitrário nem concebe, ao contrário de Locke, a ideia de direitos subjetivos anteriores à constituição da comunidade política.

¹⁵⁷ Cfr. A. Passerin D'Entreves, *Derecho Natural*, trad. de M. Hurtado Bautista, Editorial Aguilar, Madrid, 1972, pp. 70 e 71.

pacto social. Quanto ao estado de natureza ele pode ser histórico ou imaginado, pacífico ou bélico, de isolamento ou social. No que respeita ao poder político posterior ao dito contrato, este será absoluto ou limitado, divisível ou indivisível. Hobbes, Locke, Rousseau e Kant são exemplos perfeitos disto.¹⁵⁸

A doutrina do contrato social viria a ocupar um lugar predominante na história posterior, as suas noções e conceitos, os seus termos, viriam a influenciar profundamente os séculos seguintes. A ideia do consentimento, da legitimidade, dos direitos inalienáveis pré-sociais e pré-estaduais, os limites e o controlo ao poder político, ou até a ideia de obrigação política de origem contratual foram desenvolvidos posteriormente e ocupam a primeira linha da teoria do Estado e do constitucionalismo contemporâneo.

O racionalismo moderno universaliza a razão humana, absorvendo a doutrina do direito natural,¹⁵⁹ e vai secularizando a noção de direitos humanos eternos, naturais e imutáveis cuja consagração se deu com as Declarações do século XVIII em especial, com a Declaração de Direitos de Virgínia (1787)¹⁶⁰ e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789).¹⁶¹ Ambas assumem no seu artigo 1.º, a liberdade do homem desde o nascimento, a sua igualdade, chegando mesmo a primeira, a admitir, que os seres humanos, *“possuem certos direitos inatos, dos quais, ao entrarem no estado de sociedade, não podem, por nenhum tipo de pacto, privar ou despojar sua posterioridade; nomeadamente a fruição da vida e da liberdade*

¹⁵⁸ Cfr. a ob. já cit. de Eusebio Fernández, *Teoria de la Justicia y Derechos Humanos...*, ref. 2., pp. 135 e ss.

¹⁵⁹ Esta escola consubstancia-se em quatro premissas essenciais: O reconhecimento de que a natureza humana seria fonte de direito natural; A Admissão da existência em épocas remotas, do estado de natureza; O contrato social como origem da sociedade; A existência de direitos naturais inatos. Neste sentido se pronuncia, Paulo Nader, *Filosofia do Direito*, 8.ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, 2000.

¹⁶⁰ Para consulta em www.wikipedia.org.pt

¹⁶¹ Disponível em *Direitos Humanos, Teorias e Práticas*, Paulo Ferreira da Cunha (Org.) e outros, Almedina, 2003, pp. 50-52.

(...)”.

O século XVIII transportaria já consigo, um novo entendimento do conceito de Direito. Este “*é, assim, o conceito da relação necessária de seres livres entre si.*”¹⁶² O objecto completo do conceito de Direito é “*uma comunidade entre seres livres como tais. É necessário que cada ser livre, admita outros da sua espécie fora dele (...)* Acontece que no pensamento, cada membro da comunidade deixa limitar a sua própria liberdade exterior, mediante a liberdade interior, de tal modo que todos os outros para além dele, possam também ser livres exteriormente. Este é pois o conceito de Direito. (...)”¹⁶³

Assim como acontecia nas outras ciências, também a ciência do Direito deveria definir as suas regras. A construção de uma ciência da legislação no século XVIII, bem como a definição da teoria geral da interpretação, deram uma contribuição decisiva para a atual concepção da metodologia jurídica, compondo o momento de transição mais determinante antes da codificação e do positivismo.¹⁶⁴

A ciência da legislação traduziria, o monopólio ou a tentativa de hegemonia da lei como fonte de direito, através de reformas legislativas, devendo ser a expressão de regras acerca da elaboração, interpretação e aplicação da lei. Contudo, a exequibilidade deste “programa iluminista”,¹⁶⁵ requeria a dissolução do entendimento do Direito como uma Arte, a condenação do direito prudencial, e um novo posicionamento do juiz face ao jugo das regras ou normas, como por exemplo, a que implicava o dever de fundamentar as sentenças.¹⁶⁶

¹⁶² Assim profere, Johann Gottlieb Fichte, um verdadeiro seguidor da filosofia crítica kantiana, in *Fundamento do Direito Natural segundo os Principios da Doutrina da Ciência*, Fundação Calouste Gulbenkian, 2012, pp. 13.

¹⁶³ Cfr. a mesma ob. cit. na nota anterior, pp. 13 e 14.

¹⁶⁴ Assim assinala, Sílvia Alves, in, *O Espírito das Leis – Para uma teoria da interpretação da lei no século XVIII*, RFDUL, Vol. XLII, n.º1, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, pp. 106.

¹⁶⁵ A expressão é da autora, Sílvia Alves, na ob., cit., em nota anterior, pp. 107.

¹⁶⁶ Cfr. de novo, ob., cit., de Sílvia Alves, *O Espírito das Leis – Para uma teoria da*

A positivação dos direitos ¹⁶⁷ em declarações e documentos jurídico-políticos, forma uma cultura de direitos naturais marcada por várias antíteses ¹⁶⁸. Desde logo a maior delas, direito natural *versus* direito positivo, ou seja universalidade vs. especificidade. A segunda contradição tem a ver com imutabilidade do direito natural e a mutabilidade do direito positivo. Note-se ademais, a diferença entre a fonte de direito que condiciona ambos.

Assim, direito natural – *natura* e direito positivo – *potestas populus*. O quarto critério tem a ver com o modo pelo qual o Direito é conhecido, e lastreia-se na antítese *racio vs. voluntas*. O derradeiro critério que costuma apontar-se concerne ao objecto dos dois direitos. Os comportamentos regulados pelo direito natural são bons ou maus por si mesmos, enquanto que os regulados pelo direito positivo são por si mesmo indiferentes. A última distinção estabelece que o direito natural é aquilo que é bom, o direito positivo, aquilo que é útil.

O que se pretende neste momento é detectar as raízes desta consciência filosófica intelectual, que viria a sustentar e a formar, os pilares da arquitetura da juridicidade moderna. ¹⁶⁹ Isto significa demonstrar histórico-filosoficamente o processo de construção dos direitos humanos, fruto da luta social e inte-

interpretação da lei no século XVIII, pp. 107.

¹⁶⁷ A presença dos valores, dos princípios e dos direitos, é entendida por grande parte da doutrina, como uma reafirmação do carácter jusnaturalista do fenómeno jurídico, embora para Gregorio Peces-Barba Martínez, *Derechos Sociales y Positivismo Jurídico (Escritos de Filosofía Jurídica y Política)*, Cuadernos “Bartolomé de las Casas, n.º 11, Editorial Dykinson, 2004, pp. 85, aqueles, sejam expressão da moralidade própria do Direito, da moralidade jurídica, mas não serão Direito, se não incorporarem o sistema jurídico através das portas pelas quais entra a moralidade no Direito: O Direito Legal e o Direito Judicial.

¹⁶⁸ Assim dispõe Norberto Bobbio, *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*, Trad. Marcio Pugliese, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues, S. Paulo: Ícone, 1995., pp. 22 e 23.

¹⁶⁹ Estudo aprofundado da razão como suprema autoridade intelectual, no surgimento da modernidade, em Max Horkheimer, *Eclipse da Razão*, Trad. Sebastião Uchoa Leite, S. Paulo: Centauro, 2002, pp. 22.

lectual, frente aos privilégios e desigualdades sociais que ainda hoje se não erradicaram.¹⁷⁰

Um importante passo na compreensão da dinâmica do poder e da necessidade de legiferar, julgar e executar, é o estudo da obra de Montesquieu, no século XVIII.¹⁷¹ O filósofo enfatiza a sua reflexão sobre a questão da participação da lei na formação arquitectónica do Estado. Os seus estudos insistem na evidente necessidade da tripartição de poderes, construída a partir do princípio da legalidade e objectividade de uma Constituição estadual que represente as forças sociais e interesses presentes na sociedade. Sem esta divisão de tarefas parece diluir-se a organicidade e comprometer-se a capacidade de produção da justiça. É esta concepção que o leva a afirmar que “*Há em cada Estado, três espécies de poderes: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o executivo, das que dependem do direito civil (...) Chamaremos a este último, o poder de julgar e, o outro, simplesmente o poder executivo do Estado*”.¹⁷²

Montesquieu (1689-1755) renovara os temas da limitação

¹⁷⁰ Vide as a obra de Paulo Ferreira da Cunha, *O Ponto de Arquimedes: natureza humana, direito natural, direitos humanos*, Coimbra, Almedina, 2001, pp. 94. “*Não há em suma um direito justo no céu dos conceitos platónicos, e um direito imperfeito e injusto no nosso pobre e imperfeito mundo sublunar. O problema do Direito Natural não é descobrir esse celestial livro de mármore onde, gravadas a caracteres de puro ouro, as verdadeiras leis estariam escritas, e que, ao longo dos séculos, sábios legisladores terrenos não conseguiram senão vislumbrar.*”

¹⁷¹ A sua obra mais emblemática, datada de 1748, *Do Espírito das Leis*, Edições 70, Lisboa, 2011. “Depois da criação do sol, esta obra é, na minha opinião, a que poderá mais iluminar o mundo”. Foi com estas palavras que um contemporâneo de Montesquieu saudou a publicação de *Do Espírito das Leis*. Exageros à parte, de resto próprios do chamado «Iluminismo» que a viu nascer, *Do Espírito das Leis* é a obra mais abrangente e variada da história da filosofia política europeia. Em nenhuma outra obra do cânone filosófico é possível encontrar uma reflexão articulada tão exaustiva sobre todos os grandes assuntos das ciências humanas: a religião e os costumes, a história e a guerra, a geografia e o clima, a economia e a fiscalidade, a demografia e a identidade nacional, a liberdade e o Direito, a grandeza e a decadência, a educação e a família, e, claro, a política.

¹⁷² Cfr. a ob. cit. na nota anterior, Livro XI, Capítulo VI.

do poder, do governo mínimo, base do modelo político liberal, de que nos ocuparemos mais adiante, e cujo principal precursor foi John Locke. O Barão de la Brède et de Montesquieu propugna o equilíbrio que deveria existir, entre por um lado, o Estado e os corpos intermédios (tais como grupos políticos, as cidades, as corporações, etc.) e, por outro, entre os poderes constitutivos do Estado (a sua teoria da separação e independência de poderes). Não se trata ainda de um governo limitado pelos direitos naturais individuais mas de um governo limitado pelos direitos particulares de origem histórica. Nutre uma adição pelo jusnaturalismo historicista por não admitir plenamente a solidão das leis positivas, cujo precedente seriam as leis naturais.
173

Quando a ideia de Constituição é transposta para a Europa Continental pelas escolas jusnaturalistas os direitos deixariam de ser entendidos como tendo aquela natureza histórica para se converterem em direitos naturais, inerentes ao estatuto ontológico do homem, com origem anterior ao poder constituinte. A sua constituição seria a própria natureza. Por isso a verdadeira Constituição, o núcleo essencial do Direito combinaria espontaneamente direitos individuais e a proibição de qualquer intromissão dos poderes constituídos no seu “*livre jogo*”¹⁷⁴, ainda que esta proviesse de um órgão representativo. A ideia liberal de um Estado mínimo, limitado às funções necessárias, para garantir os direitos naturais, pré-existentes, dos indivíduos, teve como é sabido, um grande acolhimento nos constitucionalismos europeu e norte-americano e acima de tudo constituiu uma limitação decisiva à soberania do povo.

¹⁷³ Sobre a liberdade humana escreve “*A liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem; se um cidadão pudesse fazer tudo o que elas proibem, não teria mais liberdade, porque os outros também teriam tal poder.*”, Livro XI, Capítulo, III, da ob. cit. em notas anteriores.

¹⁷⁴ Assim ensina, António Manuel Hespanha, *Cultura Jurídica Europeia*, Síntese de um Milénio, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 383.

5. A MODERNIDADE E OS DIREITOS HUMANOS:

O advento do Estado, separado da sociedade civil e “(...) pairando sobre ela como um elemento racionalizador e um árbitro imparcial dos conflitos particulares de interesses, aparecia como um momento marcante da história humana, como um estádio decisivo da modernização social.”¹⁷⁵ A centralização do poder político no Estado marcou a separação radical entre duas esferas da vida social – a esfera da sociedade civil, domínio anárquico de confronto de interesses particulares e a esfera do Estado, domínio da racionalidade, sede do interesse público, “(...) instância de composição neutral dos conflitos de interesse privados.”^{176 177} O império desta concepção do Estado, combinada com a influência de outros elementos político-ideológicos conjunturais, dá à historiografia da época “*um tom escatológico*”,¹⁷⁸ encarando a história política europeia como a paulatina preparação da chegada do Estado.

Seguindo este percurso, vislumbra-se a construção de uma relação genealógica entre o Rei, a coroa e o moderno poder estadual. O Rei passa a protagonista na história das funções que a ideologia liberal atribui ao Estado. Uma função, em primeiro lugar, de promoção e defesa do interesse nacional e patriótico. Seguidamente uma função de contensão das forças egoístas, em especial da nobreza (que na mitologia liberal, era símbolo das forças centrípetas, hostis à unidade política). Este

¹⁷⁵ Cfr. os ensinamentos de António Manuel Hespanha, na obra, *As vésperas do Leviathan*, Instituições e poder político, Portugal – Século XVII, Almedina, Coimbra, 1994, pp. 22.

¹⁷⁶ Ibidem...

¹⁷⁷ Para uma crítica rigorosa ao pensamento liberal clássico, desvendando as suas raízes e ramificações ideológicas, deve ler-se de Jacques Chevallier/Danièle Loschak, *Science Administrative, Théorie Générale de L'institution Administrative*, Paris, 1978 e ainda, dos mesmos autores, *Le Modèle Centre/Périphérie dans l'analyse politique*, em J. Chevallier & D. Loschak (Eds.), Centre, Périphérie, Territoire, Paris, 1978.

¹⁷⁸ António Manuel Hespanha, na obra, *As vésperas...*, pp. 22.

movimento realiza-se com o apoio da burguesia, a classe motora do progresso político e da racionalização social.

Finalmente, deve mencionar-se uma função de instância arbitral dos conflitos sociais e políticos, contrabalançando nessa arbitragem, as desigualdades políticas (apoando o povo) e realizando a racionalização social. Nos países em que o Rei desempenhava um papel fulcral e arbitral,¹⁷⁹ no interior do sistema constitucional liberal, o estabelecimento desta genealogia tornava-se ainda mais fácil, tendo a história servido, ao mesmo tempo como discurso legitimador das soluções monárquicas ou mesmo cesaristas.

Para o pensamento político, bem como para a história das ideias,¹⁸⁰ parece incontestável a consciência da exaltação do indivíduo, como unidade harmónica e perfeita, com um valor único, essencial, suculento, auto-suficiente, e que pode opor-se ao corpo social onde está integrado. O florescimento desta individualidade consubstanciou a construção da do conceito moderno de liberdade-autonomia.¹⁸¹ A perspectiva segundo a qual, os direitos humanos, se propagam a partir da modernidade, está obviamente vinculada à descoberta do direito natural, tal como ela o entende, isto é, apegado ao esforço por conciliar a moral e a razão, junto à separação entre moral e política e outros âmbitos da atividade homem¹⁸².

¹⁷⁹ Como sucedeu em Portugal no período cartistas, na França orleanista ou mesmo na Alemanha de Bismarck.

¹⁸⁰ Cfr. Simone Goyard-Fabre, *Philosophie Politique XVI ème-XXème Siècles* (Modernité et Humanisme), PUF, Paris, pp. 35 e 36, destacando os pensadores e as obras mais influentes da época em estudo.

¹⁸¹ Assim ensina Isabel Banond, *O Desafio da Liberdade Individual na Tormenta entre Reforma e Contra-Reforma*, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda, Vol. VI, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 165.

¹⁸² Deve ler-se obrigatoriamente a obra de Niccolò Machiavelli, *Il Principe*, a obra em português, da Editora Europa-América, 2000, uma “bíblia” a seguir na educação do príncipe, mas uma verdadeira crítica e retrato à sociedade de então. Ainda e sobre uma visão utilitarista da comunidade da época, *vide*, de Jeremy Bentham, cultivador do utilitarismo e eudemonismo social, a obra, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Vol.I-II London, 1823, que demonstra a ne-

Todos os esforços antropocêntricos da modernidade,¹⁸³ tentaram, como é notório, fundamentar a integração dos homens na sociedade, e toda a sua dinâmica de poder perante o soberano e perante a lei. Esta nova visão do Mundo viria a influenciar determinantemente a Revolução Francesa de 1789¹⁸⁴, isto é, “*a revolução do indivíduo*”,¹⁸⁵ especialmente a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão que ela mesma gestou. O seu artigo 2.º é prova viva disso mesmo: “*A finalidade de toda a associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Tais direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.*”

A luta desta nova sociedade iuscêntrica, (contra a sociedade medieval teocêntrica, obscura e dogmática), que recupera o direito romano, renovando-o, aplicando-o meticulosamente, mas também manipulando-o, de acordo com os interesses burgueses instalados, vê neste direito, uma fonte de ordenação, racionalidade e segurança.¹⁸⁶ À autocracia contrapõe-se agora a democracia; ao monocratismo, a separação de poderes estaduais, à demofilia, a racionalidade do indivíduo livre, isolado e igual; à *arcana praxis*, a publicidade.¹⁸⁷

Ficou bastante claro que o Renascimento trouxe duas coisas da maior importância: - o racionalismo e a Reforma.

cessidade, já na sua época, de se desenvolver a teoria da legislação, no Vol.II, pp. 271-277.

¹⁸³ Cfr. Alfred Dufour, *Droits de l'Homme, Droit Naturel et Histoire*, Presses Universitaires de France, 1991, pp. 11-37.

¹⁸⁴ As transformações políticas e sociais resultantes da Revolução Francesa iriam determinar uma brutal ruptura entre os tempos modernos e a época contemporânea. Neste sentido, John Gilissen, ob., cit., pp. 244.

¹⁸⁵ Cfr. de novo a expressão de Plínio Salgado, *Madrugada do Espírito...*, pp. 110.

¹⁸⁶ Acerca disto, Cfr. Manuel García Pelayo, *La Idea Medieval del Derecho*, in, *Del mito e de la Razón en el Pensamiento Político*, Revista de Occidente, Madrid, 1968, Ref. 54, pp. 97; Michel Villey, *La Formation de la Pensée Juridique Moderne*, Ed. Montchrestien, Paris, 1968, Ref. 320, pp. 460-465.

¹⁸⁷ Assim nos ensina Manuel Afonso Vaz, na ob. cit., *Teoria da Constituição*, pp. 29.

Estes tiveram como conseqüências, o naturalismo e o otimismo. O racionalismo produziu eficazmente a monarquia absoluta, apesar desta consubstanciar uma fase transitória. Os homens racionais e naturalmente bons cruzam-se com uma sociedade feita historicamente, de um modo imperfeito e paulatino, fundada na ideia de que aquela monarquia já não está viva, e numa tradição religiosa que havia perdido vigência social. Estes homens decidem derrubar este torre de babel para fazer melhor, racional e perfeitamente, de uma vez para sempre e para todos. E estamos por fim na Revolução Francesa. O Mundo começa a organizar-se de modo definitivo, geometricamente. A Razão vai imperar a partir daqui.

É à luz deste novo entendimento, que se haverão de abrigar e legitimar os direitos do homem e do cidadão, pois em boa verdade, a discussão sobre os direitos naturais fazia com que estes navegassem à deriva, apenas no plano dos “direitos pensados filosoficamente”,¹⁸⁸ mas não pudessem ser invocados como direitos socialmente efetivos. A Revolução Francesa transforma este ideário dos filósofos modernos, em “cartilha de cidadania”,¹⁸⁹ a partir da eclosão do movimento popular francês.

A legalidade torna-se assim um freio para as ações estaduais, requisito indispensável para o *laissez faire*, mas também, um meio de sacração de direitos decorrentes da natureza humana, que devem ser respeitados por todos, bem como reconhecidos pelo Estado e não por ele “concedidos”. A ligação estreita liberdade-legalidade, à moda do pensamento kantiano, assume que a liberdade de um, que se projeta sobre a dimensão da liberdade do outro, deve ter como único controlo o Estado, através da lei.¹⁹⁰

¹⁸⁸ A expressão é de Eduardo C. B. Bitar, ob., já cit., pp. 656.

¹⁸⁹ A expressão é igualmente do já cit. Eduardo Bitar, pp. 656.

¹⁹⁰ O artigo 4.º da referida Declaração invoca precisamente esta ideia: “A liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudique a outrem: em conseqüência, o exercício dos direitos naturais de cada homem só tem por limites os que assegurem

Com a positivação dos direitos reclamados dentro do ideário intelectual moderno, os direitos naturais acabam por se diluir nos recém-nascidos direitos do homem e do cidadão, o que representaria uma conquista porque estes direitos seriam garantidos pelo princípio da legalidade¹⁹¹. Vejamos para este efeito o artigo 6.º da mencionada Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que permitiu a formação de uma cultura de positivação dos direitos humanos: “*A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de recorrer pessoalmente, ou por meio de representantes, à sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, quer proteja, quer puna. Todos os cidadãos, sendo iguais aos olhos dos outros, são igualmente admissíveis a todas as dignidades, cargos e empregos públicos, segundo sua capacidade e sem outra distinção a não ser de suas virtudes e seus talentos.*”¹⁹²

Entre as Constituições Francesas posteriores à declaração merece destaque a *Charte Constitutionnelle*, de 04/06/1814 por Luis XVIII, que em vez de acolher amplas garantias dos direitos do homem e do cidadão, assegura apenas direitos de liberdade ainda muito limitados. Com base neste modelo, outras

aos demais membros da sociedade a fruição desses mesmos direitos. Tais limites só podem ser determinados pela lei.”

¹⁹¹ Vide Luc J. Wintgens, *Jurisprudence as a New Theory of Legislation*, Ratio Juris, 19 (2006), n.º 1, pp. 1-25, que entende o Direito como ferramenta para modelar a realidade, regulando também as relações jurídicas necessárias para a configuração do capitalismo. A norma surge como expressão de um ato de vontade. Neste sentido, Hans Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, Manz, Wien, 1979.

¹⁹² No entanto, esta declaração traria pouca novidade quando comparada com as declarações americanas. Destacam-se os mais importantes artigos da Declaração Francesa de 1789, são eles o artigo 1.º (liberdade do homem), 2.º (direitos naturais e imprescritíveis do homem), 4.º (liberdade e seus limites), 10.º (garantias da liberdade de confissão), 11.º (liberdade de expressão de opinião), e 17.º (propriedade). Esta declaração foi incorporada na Constituição Francesa de 1791 que acrescentou as liberdades de reunião e residência. A Constituição Republicana de 1793 e a Constituição do Diretório de 1795 reconfirmariam todas estas garantias, com pequenas modificações. Contudo, após um período de verdadeiro apogeu da liberdade em 1789 e 1790, tornar-se-iam “*mera fachada da tirania da Convenção e, mais tarde, do Directório*”. Cfr. a opinião de Reinhold Zippelius, ob., cit., pp. 428.

monarquias da época reconheceram constitucionalmente alguns direitos avulsos desta natureza.

A positivação passou a ser exequível através das legislações nacionais, das Constituições¹⁹³ e das Declarações Internacionais de Direitos, reconhecedoras de direitos naturais e imanentes à pessoa humana. Após essa conquista percebe-se que o processo de positivação dos direitos naturais em direitos humanos acaba por “trivializá-los”¹⁹⁴, o que levará ao desgaste das concepções de direitos humanos oriundas e praticadas desde o século XVIII até ao século XX.

No decurso do século XIX¹⁹⁵, no contexto da positivação de direitos, em especial de direitos naturais, surgem as escolas positivistas¹⁹⁶ (Histórica, Exegese¹⁹⁷, Pandectista, o positi-

¹⁹³ A Constituição cria o Estado desde a base *ab nihilo*. Merece a pena considerar as reflexões de Gustavo Zagrebelsky, *Storia e Costituzione*, em *Il Futuro della Costituzione*, ed. Zagrebelsky, G., Portinaro, P., Luther, J., Einaudi, Torino, 1966, acerca das ideias do filósofo Sieyès.

¹⁹⁴ A expressão é de Eduardo C. B. Bittar, ob. cit. pp. 658 e também de Ferraz Junior, *A Trivialização dos Direitos Humanos*, Novos Estudos, CEBRAP, Out. 1990, pp. 111, em especial na parte em que F.Junior afirma que “*A constitucionalização dos direitos do homem, no mundo contemporâneo, na forma de declarações conjugadas a garantias, torna-os pois, direitos triviais na proporção em que eles proliferam, se difundem e se alteram.*”

¹⁹⁵ A propósito, afirma Andrew Fitzmaurice, *Liberalism and Empire in Nineteenth-Century International Law*, in, *The American Historical Review*, Vol. 117, n.º 1, February, 2012, American Historical Association, pp. 125, “*Nineteenth-Century Liberalism was a loose consensus on the desirability of liberty, rights and duties, freedom of commerce, the rule of law, and the sanctity of property. One of the central divisions within liberalism and in political thought prior to the existence of a self-conscious liberal tradition, was precisely over the question of whether rights were the creation of states or whether certain fundamental rights belonged to humans in nature.*”

¹⁹⁶ Sobre o positivismo, que não aprofundaremos nesta exposição, *vide* mais em Robert Alexy, *The Argument from Injustice – a Reply to Legal Positivism*, Oxford, Clarendon, 2002, XVIII; José de Sousa e Brito, *O que é o Positivismo Jurídico, Como se autodefine e como se autosuspende*, RFDUL, V. 51. I, II, Coimbra: Coimbra editora, 2010, pp. 193-205 e ainda, a ob. já cit. de Michel Villey, ed. mais recente em português, *A formação do Pensamento Jurídico Moderno*, Martins Fontes, S. Paulo, 2005, pp. 674-755. Aqui Villey fala da importância da filosofia de Hobbes no desenvolvimento desta corrente.

¹⁹⁷ Acerca da Escola Histórica e da Escola da Exegese, para um estudo mais profun-

vismo lógico de R. Stammler (1856-1938)¹⁹⁸, a jurisprudência dos Conceitos com F. Puchta (1798-1846)¹⁹⁹ e outros, a jurisprudência dos interesses, preparada por Rudolf V. Jhering (1818-1892)²⁰⁰, o movimento do Direito livre com Hermann Kantorowicz (1877-1940)²⁰¹, e Ernst Fuchs (1859-1929), de notar ainda, a sociologia do Direito de cariz empírico teorizada por Max Weber (1864-1920)²⁰², e outros, e finalmente, a metodologia originária de Friedrich C. V. Savigny (1779-1861)),^{203 204}, criadoras de uma forte oposição ao jusnaturalismo, na medida em que defendem uma certa antinomia do direito positivo face aos direitos naturais.

Apesar do descrédito do jusnaturalismo durante o século XIX, é importante reconhecer que esta corrente, deixou algumas marcas na cultura jurídica contemporânea. A primeira delas é o logicismo radical que caracteriza a especulação filosófica do Direito a partir de então. O logicismo produziu um progressivo distanciamento da realidade, no sentido de que a concepção da natureza que acaba por impor-se, embebida de individualismo racionalista, dissolve a visão globalizante que do-

do, que não faremos nesta sede, *vide* J. Gilissen, ob. cit, pp. 513-520.

¹⁹⁸ Cfr. acerca disto, C. Muller, *Die Rechtsphilosophie des Marburger Neukantianismus*; Naturrecht und Rechtspositivismus in der Auseinandersetzung Zwischen Hermann Cohen, Rudolf Stammler and Paul Natorp, 1994.

¹⁹⁹ A respeito da sua filosofia, *vide*, Hans-Peter Haferkamp, *Georg Friederich Puchta und Die "Begriffsjurisprudenz"*, Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2004, vol. XVIII.

²⁰⁰ Para um conhecimento mais amplo de Jhering, M. G. Losano, *Der Briefwechsel zwischen Jhering und Gerber*, Studien zu Jhering und Gerber, Parte I, II, 1984

²⁰¹ Cfr. a sua obra, *La Definicion del Derecho*, Trad. J.M de la Vega, Revista del Occidente, Madrid, 1964, pp. 43-133.

²⁰² Deste autor e sobre esta corrente, deve ler-se *Conceitos Sociológicos Fundamentais*, Edições 70, 2012.

²⁰³ Sobre a pertinente questão das lacunas no Direito (que não trataremos aqui), muito discutida por este autor, *vide* em C. W. Canaris, *Die Feststellung von Lucken im Gesetz*, 2.^a Ed., Berlin, 1983. pp. 198 e ss.

²⁰⁴ Deve ler-se a obra de Friedrich Carl Von Savigny, *Vorlesungen Uber Juristische Methodologie, 1802-1842*, Herausgegeben und eingeleitet von Aldo Mazzacane, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1993, pp. 1-68.

minava até aos finais da Idade Média. A Modernidade correspondia à perda dessa perspectiva geral da natureza. O logicismo radical teve como manifestação externa a aparição de Códigos e Constituições modernas, uma das ressonâncias mais fortes dos sistemas racionalistas de direito natural.

A codificação foi resultado de uma pretensão jusnaturalista de estabelecer um direito intemporal e universalmente válido. Posteriormente, os Códigos converteram-se no instrumento mais eficaz para inaugurar e propagar o positivismo jurídico, e sobretudo, para assinalar o fim da Era do jusnaturalismo. O Direito na Era positivista, passa a representar apenas o fruto do arbítrio do legislador, um mero ato de vontade unilateral do poder. Para esta corrente, o direito positivo, seria Direito, ao contrário do direito natural.²⁰⁵ O direito natural estaria assim destinado a ser superado pela ciência positivo-legalista^{206 207}

As Constituições modernas, e especialmente as Declarações de direitos e liberdades fundamentais também são fruto das concepções jusnaturalistas. Não se pode esquecer que a aparição daquelas significou o momento em que nasceu a legalidade como o único critério político-jurídico para a justificação do exercício do poder. A contraposição entre legitimidade e legalidade é outra consequência directa das concepções jurídicas surgidas na modernidade.

A Escola de Direito Natural conseguiu deixar a sua marca na contemporaneidade sobretudo porque conseguiu legar um Direito concreto, ou melhor, um conjunto de normas emanadas do Estado, totalmente legisladas, codificadas, percebidas fundamentalmente através da sua letra impressa, com as seguintes

²⁰⁵ Cfr. N. Bobbio, ob. cit., pp. 26.

²⁰⁶ António Castanheira Neves, *A Crise Atual da Filosofia do Direito no Contexto da Crise Global da Filosofia do Direito: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação*, BFDUC, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 33.

²⁰⁷ Pode acrescentar-se que para “os positivistas legalistas, o Direito mais não é que um conjunto de regras e/ou normas estaduais, coercivas e visando a organização social”, Cfr. em P. Ferreira da Cunha, Ob. cit., *O Ponto de Arquimedes...*

limitações de percepção: linearidade, abstração, generalização, e visão segmentada.

Um outro legado do jusnaturalismo que não passa despercebido é o que exala das teorias contemporâneas de Direitos Humanos, clara consequência da exaltação da liberdade humana promovida pelo direito natural. Certamente que pretender construir um direito partindo do respeito quase absoluto e sacralizado da liberdade humana conduz inevitavelmente a contradições. O homem contemporâneo precisa de se relacionar com o Estado. Isto transforma-se no núcleo de um paradoxo: o principal garante institucional da liberdade do ser humano é, ao mesmo tempo, o principal limitador da mesma.²⁰⁸

Somente no pós-II Guerra Mundial, já no século XX, e depois do genocídio nacional-socialista²⁰⁹ em que “*o direito ficou pervertido até se tornar irreconhecível*”²¹⁰, houve uma forte atração pelo regresso ao direito natural. Este haveria de voltar à ribalta do debate jusfilosófico, porque só nesta altura, a busca pelo ideal de justiça toma conta do pensamento jurídico renascendo o direito natural como pretenso parâmetro da validade do ordenamento jurídico positivo.²¹¹

Contudo, a experiência histórica mostrara as falhas, quer das doutrinas clássicas de direito natural, quer do positivismo

²⁰⁸ De novo, Enrico Pascucci de Ponte, *La Escuela Europea de Derecho Natural...*, pp. 23.

²⁰⁹ Sob a ditadura nacional-socialista, a Constituição de Weimar de 11/08/1919 que conferiu pela primeira vez, vigor *expressis verbis*, para todo o Reich alemão, a um catálogo de direitos fundamentais, não foi abolida em termos formais, mas foi totalmente violada e infringida pela teoria do direito daquele Estado, que fazia assentar a sua governação em horribéis práticas exterminicas de membros de outras raças. Cfr. acerca desta temática os ensinamentos de R. Zippelius, ob., cit., pp. 430-432.

²¹⁰ A frase é de A. Kaufmann, ob. já cit., pp. 46.

²¹¹ Para Paulo Ferreira da Cunha, o Direito é uma realidade una, apesar de nele se poderem identificar duas componentes, direito natural e direito positivo. Acrescenta que o primeiro não é “*um trufo ou uma muleta*” a que se recorra quando a lei falha ou a queremos subverter. “*É, tem de ser uma presença omnipresente em todo o Direito. Assim como seria inconcebível uma ordem em que não houvesse direito positivo, mas somente direito natural*”, in *Direito natural e Jusnaturalismo*, O Direito, Ano 133.º, 2001, II, Abril-Junho, pp. 305.

jurídico. O primeiro, com um sistema rígido de normas, apenas pôde funcionar em estruturas sociais muito simples, tornando-se desadequado na modernidade. O segundo, foi responsável pelas grandes obras legislativas do início do século XIX, visto que aí, o legislador ainda se guiava por uma recta consciência moral, que mais tarde se desvanecera com as monstruosas ditaduras do século XX, produtoras de leis ignominiosas, sem qualquer resquício de padrão moral. “*A lei puramente formal fracassara.*”²¹²

A modernidade caracterizou-se por ser uma época que dá muita importância ao “espaço público”²¹³. Ela substancia aquela esfera de democracia na qual, as escolhas ético-jurídicas são exibidas, sujeitas à crítica e à discussão, na que o indivíduo é presumido inocente (base essencial da segurança, constituindo ela mesma, o direito do homem nos direitos do homem). Tudo o que respeita ao “político”, encontra agora cada vez mais mediações institucionais para se comunicar, numa atividade essencial para o Estado de Direito.

Se na sociedade é “*tudo uma relação de forças, esta força dos direitos do homem dá que pensar, pois que nela se entretecem indissolúvelmente moral e política, teoria e prática, convicção e responsabilidade.*”²¹⁴

6. BURKE vs. PAINE: NO ENCALÇO DO ESPÍRITO REVOLUCIONÁRIO E ANTIRREVOLUCIONÁRIO DOS DIREITOS HUMANOS:

A polémica²¹⁵ entre o irlandês Edmund Burke (1729-

²¹² Cfr. a afirmação de A. Kaufmann, ob. cit., pp. 46.

²¹³ A expressão é de Guy Haarscher, *A Filosofia dos Direitos do Homem*, Instituto Piaget, 1993, pp. 133.

²¹⁴ Cfr. a ob. cit. de Guy Haarscher..., pp. 140.

²¹⁵ Cfr. a obra de Robert B. Dishman, *Burke and Paine, On revolution and the rights of man*, Charles Scribner's Sons, New York, 1971, pp. 54-67.

1797)²¹⁶ e o britânico Thomas Paine (1737-1809)²¹⁷ ficaria para a história dos direitos humanos. O objecto do celeuma foi a própria Revolução Francesa, feito primacial da história uni-

²¹⁶ Iniciou sua carreira política em 1761 como primeiro-secretário particular do governador da Irlanda, William Gerard Hamilton. Rompe com Hamilton em 1765 e é nomeado, neste mesmo ano, secretário do Primeiro-Ministro e líder do partido Whig; Rockingham. Foi depois eleito para a Câmara dos Comuns, onde tornou-se conhecido por suas posições economicamente liberais e politicamente de cunho libertário: era favorável ao atendimento das reivindicações das colônias americanas, à liberdade de comércio, era contra a perseguição dos Católicos, etc. Chegou mesmo a denunciar as injustiças cometidas pela administração inglesa na Índia. No entanto, não podia aceitar facilmente os excessos da Revolução Francesa de 1789, expondo tais críticas na obra *Reflexões sobre a revolução em França*, de 1790. Burke acreditava que a revolução francesa foi um marco de ignorância e brutalidade, acusando principalmente a execução brutal de "homens bons" como Lavoisier e a opressão do chamado "Reino do Terror." Burke opôs-se à Revolução Francesa - para ele ela mais não era do que um edifício erguido sobre mentiras e violência. Segundo o mesmo, a democracia era capaz de expressar as mais cruéis opressões sobre a minoria. Apreciava a Constituição britânica, cuja sabedoria profunda, segundo ele, não reside num certo universo de regras e princípios gerais, mas em uma vasta e sutil harmonia de costumes, de preconceitos, de instituições concretas e estruturadas no decurso dos séculos. Essa antítese das duas constituições é o pano de fundo no qual Burke projeta, a propósito do início da Revolução Francesa, os principais temas de uma filosofia do conservadorismo. Burke é considerado, pelos conservadores, como o pai do conservadorismo anglo-americano.

²¹⁷ Viveu em Inglaterra até os 37 anos, quando imigrou para as colônias britânicas na América, em tempo de participar da Revolução Americana. As suas principais contribuições foram os amplamente lidos *Common Sense* (1776), que foi causa própria da independência Americana, advogando a independência colonial americana do Reino da Grã-Bretanha, e *The American Crisis* (1776-1783), uma série de panfletos revolucionários. Posteriormente escreveu *Rights of Man* (1791-1792), um guia das ideias Iluministas. Mesmo não falando francês, foi eleito para a Convenção Nacional Francesa em 1792. Os Girondinos viam-no como aliado, e os Montagnards, especialmente Robespierre, encaravam-no como inimigo. Em Dezembro de 1793, foi aprisionado em Paris, e solto em 1794. Tornou-se célebre por causa da obra, *The Age of Reason* (1793-94). Nela advoga o Deísmo, argumentando contra a religião intucionalizada, as doutrinas cristãs. Também promoveu a razão e o livre pensar, pelo qual ele foi bastante ridicularizado na América da época. Em França, escreve o panfleto *Agrarian Justice* (1795), uma discussão sobre as origens da propriedade, e em que introduz o conceito de renda mínima. Paine permaneceu nesse mesmo país durante o início da Era Napoleónica, embora condenasse a ditadura de Napoleão, a quem chamava de "o mais completo charlatão que já existiu". A convite do Presidente Thomas Jefferson, em 1802, Paine regressa aos Estados Unidos, o seu local de refúgio, onde acaba por ficar até ao fim da sua vida.

versal, mais concretamente, a forma de a entender no contexto intelectual e político da época em que nasceu. O fenómeno permitiu conhecer o percurso, da forma, da essência e do alcance dos direitos humanos. Simultaneamente, esta querela delineará as diretrizes orientadoras, marco absoluto do desenvolvimento de duas ideologias políticas, cujos postulados mais básicos orientaram a modernidade e que, persistem ainda hoje: são elas o liberalismo e o conservadorismo.²¹⁸

Começemos por Burke²¹⁹, que foi também ele membro do Parlamento britânico entre 1766 e 1794, destacando o seu merecido mérito, pois no fundo de muitas das polémicas em que interveio aparecem “*as pegadas de uma atitude coerente na relação com as bases doutrinárias que viriam a desembocar nas grandes Declarações de direitos do último terço do século XVIII*”²²⁰.

O ano de 1756 foi muito importante para este filósofo,

²¹⁸ Seguimos a obra colectiva de Gregorio Peces-Barba Martínez/ Fernández García, Eusébio/ Rafael de Asís Roig (Dir.), *Historia de los Derechos Fundamentales*, Tomo II, Vol.II, La Filosofía de los Derechos Humanos, Editorial Dykinson, Madrid, 2010, pp. 373.

²¹⁹ É difícil dizer se Burke é conservador ou é liberal. De facto, da análise da sua conduta política e defesa teórica das suas convicções podemos obter um Burke liberal e um Burke conservador. Do ponto de vista da sua obra sobressai o último deles, as de nos afastamos disso e principalmente se alheamos a suas ideias das dos seus seguidores, percebemos algo de liberal em Burke, mas não do liberalismo radical triunfante da Revolução Francesa. Burke esteve mais próximo de fundar um liberalismo conservador, tentando unir a ordem tradicional que lhe foi tão cara à liberdade económica que tanto respeitava. Mas o que não nos oferece dúvidas é que a sua postura em relação aos direitos humanos, colocou-o numa posição conservadora, céptica e receosa em relação a eles próprios. Muitos apresentarão Burke como o representante mais genuíno do pensamento conservador. Parece acertado dizer que Burke é o pai do conservadorismo moderno. Ele definiu pela primeira vez, consciência pública, discutiu os polos opostos, conservação-inovação. Cfr. Russell Kirk, *La Mentalidad Conservadora en Inglaterra y Estados Unidos*, Trad. Pedro Nacher, Ediciones Rialp, Madrid, 1959, pp. 15. Deve ler-se para o efeito, R. C. Macridis e M. L. Hulliung, *La Tradición Conservadora*, in, *Las Ideologías Políticas Contemporáneas*, Trad. Elena García Guitián, Alianza Editorial, Madrid, 1998, Ref. 9, pp. 98; Cfr. também

²²⁰ Idem, pp. 375. A tradução para castelhano é da nossa responsabilidade.

pois representa estreia da publicação da sua primeira obra, *A Vindication of Natural Society*.²²¹ À sua maneira, esta obra revela-se fundamental para compreender a por muitos suspeita consistência do percurso intelectual do autor das famosas, e influentes antirrevolucionárias, *Reflexões sobre a Revolução em França* de 1790. Mais, aquela primeira obra será o esboço (mais radical é certo) do seu nítido conservadorismo, daquilo que viria a ser inscrito nas suas *Reflexões*.

A grande diferença entre o conservadorismo de Burke e os reacionários em geral é que, apesar da crítica feroz que dirige à Revolução Francesa, o autor elogia a Monarquia parlamentar inglesa de 1688, enquanto os reacionários, por exemplo, Bonald e De Maistre, não aceitam e defendem o regresso total à Monarquia absoluta do Ancien Régime. Burke vivia bem adaptado à sociedade monárquica, aristocrática e religiosa, e em certa medida, ainda um pouco feudal, que provinha da Revolução Gloriosa de 1688-1689.

Para o filósofo, a sociedade, (com a desigualdade que lhe é intrínseca) e as suas instituições, tal como a moralidade, estão antes investidas de uma sabedoria acumulada por um longo, lento e caucionante percurso histórico, cujos fundamentos se encontram, em última instância, necessariamente marcados por uma aura de mistério e indemonstrabilidade. O instituto socio-moral possui, assim, um carácter imemorial, consagrado nos costumes vigentes.²²²

Na sua obra mais célebre, *Reflexões sobre a Revolução em França*²²³ um brilhante manifesto contra-revolucionário, dá

²²¹ Em português, consultámos, a Edição do Círculo de Leitores, de 2008, Coleção Clássicos da Política, *Defesa da Sociedade Natural*, Tradução, introdução e notas de Pedro Santos Maia. Esta obra foi originariamente publicada como uma obra anónima.

²²² Sobre este tema, Cfr. Russell Kirk, *Burke and The Philosophy of Prescription*, Journal of History of Ideas, New York, XIV, 3 (1953), pp. 365-380.

²²³ Consultamos esta obra na versão traduzida para português do Brasil, a cargo de R. A. Faria/D. F. S. Pinto/ C. L. R. R. Moura, n.º 51, Coleção Pensamento Político, Editora Universidade de Brasília, 1982.

resposta às ideias da ilustração, para ele erradas, sobre a natureza humana e social. Para Jacques Godechot, esta obra “*é o breviário da contra-revolução ocidental*”.²²⁴ A sua oposição à Revolução Francesa valeu-lhe o título de conservador, mas o que há a reter de mais importante naquela obra é que com ela Burke se coloca nos antípodas das ideias revolucionárias, que desejavam fazer da política uma atividade quase religiosa, com ideais redentores e convicções fanáticas, com uma atitude racionalista, isolando a razão e concebendo-o como único modo de criar, legitimar e aplicar instituições tendentes a alcançar a felicidade e emancipação humanas, e ainda, incentivando o exacerbado voluntarismo que confia no destino humano. O que mais o indignou na Revolução Francesa, não foi a tentativa de implantação das ideias de Locke ou Montesquieu, com que concordava, mas acima de tudo, a concretização das ideias republicanas, democráticas e igualitárias de Rousseau.

A sua inquietação não foi gerada pelo fim da Monarquia Absoluta, ou pela proclamação escrita dos direitos do homem (aliás, já em vigor e em voga nos EUA desde 1789)²²⁵, mas sim, pelo fim do Antigo Regime, do estatuto superior da Nobreza e do Clero, bem como pela lei de 4 de Agosto de 1789, que eliminou todos os privilégios e direitos feudais.

Para este autor, em antítese com aqueles ideais, surge mais do que evidente, a crença de que a condição humana se caracteriza pelos conflitos que podem ser atenuados, mas não banidos completamente. Eles derivariam da ação política, transformando-a numa atividade limitada. Assume sempre que o sofrimento e o mal em si mesmos são componentes indissociáveis da existência humana.

O legado de Burke nesta obra é um refute conservador à Revolução Francesa, em muitas passagens, apaixonado e até

²²⁴ Tradução nossa, *La Contre-Révolution. Doctrine et Action (1789-1804)*, PUF, Paris, 1984, 2.ª Ed., pp. 65.

²²⁵ Note-se que Burke foi, desde o início, um defensor da independência norte americana.

hiperbolizado. Nesta esteira, diz o próprio, “*esta é uma das revoluções que deu esplendor à obscuridade e distinguiu méritos insuspeitáveis*”²²⁶, mas que se mostraria muito coerente com aquilo que haveria de ser a história posterior dos direitos humanos.

O autor valoriza muito mais a herança e a tradição históricas, a hierarquia, e as instituições presentes na sociedade²²⁷, essenciais ao seu desenvolvimento, do que os aflorantes direitos individuais, construções que vê como artificiais e acima de tudo, com efeitos prejudiciais. Identifica e bem, o outro lado das tão importantes revoluções, isto é, os seus excessos retóricos põe a nu os erros, os horrores e miséria que esses experimentos revolucionários carregaram para a Europa. Sem dúvida que para Burke a referida Revolução era uma ameaça para o edifício da civilização cristã e europeia.²²⁸

Para mostrar que apesar de tudo, não menospreza aquele acontecimento, o filósofo assume que se encontra perante “*uma grande crise, não apenas francesa mas europeia, e, talvez mais do que europeia. Considerando-se bem as circunstâncias, a Revolução francesa é a mais extraordinária que o mundo já viu.*”²²⁹

O ponto mais alto e mais aceso da sua tese conservadora tem de ver com a opinião defendida por Richard Price, que se refere à interpretação de que da Revolução Inglesa derivaria o direito do povo à eleição do governo. Isto significa que da Revolução Inglesa produziria três princípios fundamentais: “1.

²²⁶ Cfr. *Reflexões sobre a Revolução em França*, ob. cit., pp. 49.

²²⁷ As instituições são para Burke o resultado orgânico de uma evolução histórica, daí a sua importância. Este entendimento da obra do autor é destacado pelo ilustrado jurista e político do século XX, Enrique Tierno Galván, no seu prólogo à citada obra de Burke, mas na edição castelhana, *Reflexiones sobre la Revolución Francesa*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1978, pp. 13.

²²⁸ Cfr. a opinião de Ian Hampsher-Monk, *Historia del Pensamiento Político Moderno, Los Principales Pensadores políticos de Hobbes a Marx*, Trad. Ferran Meler, Editorial Ariel, Barcelona, 1996, pp. 346.

²²⁹ Cfr. *Reflexões sobre a Revolução em França*, ob. cit., pp. 52.

*Escolher os nossos próprios governantes; 2. Depô-los por indignidade; 3. Estabelecer um governo para nós mesmos.”*²³⁰

Pois bem, para Burke “*é um erro grosseiro (...) supor que sua majestade (ainda que toda a nação a acompanhe com seus melhores votos) deva a sua coroa à eleição dos seus súbditos*”²³¹, assim como julga não existir uma declaração constitucional de direitos que inclua esses três.²³²

Mais, “*(...) o governo é uma invenção da sabedoria humana para atender às necessidades humanas. Os homens têm direito a que essas necessidades lhes sejam satisfeitas por meio daquela sabedoria*”,²³³ servindo para reprimir as paixões humanas e controlar a vontade dos homens. Para isso, defende um “*poder independente dos indivíduos*”²³⁴ admitindo que a “*limitação artificial e positiva sobre os direitos*”²³⁵ nos seio da sociedade, por exigência da sua subsistência, torna toda a organização governamental uma questão de conveniência.

Na verdade, Burke nunca pôs em causa os baluartes do pensamento liberal, a separação de poderes, a importância do parlamento, a Revolução Liberal Inglesa de 1688-1689, e a doutrina do liberalismo político de Locke. Os valores fundamentais do pensamento conservador do autor disseminam-se em vários planos, o filosófico, o plano político, o comportamental, o económico e o plano social.

No primeiro plano, dir-se-á que Burke não desejou cons-

²³⁰ Idem..., pp. 57.

²³¹ Idem..., pp. 56.

²³² Idem..., nas pp. 57-70, a sua preocupação é desmontar aquelas ideias artificiosas sempre tendo por base o desejo de “*(...) derivar do passado tudo aquilo que possuímos, como uma herança legada pelos nossos antepassados. Sobre o tronco velho da nossa herança, tivemos o cuidado de não enxertar nenhuma muda estranha à natureza da árvore primitiva. Todas as reformas que fizemos até hoje foram realizadas a partir de referências ao passado*”, em especial, pp. 67, da ob. cit. Portanto, para Burke, os verdadeiros direitos dos ingleses seriam o património legado pelos seus antecessores, instrumento primordial para a conservação das suas liberdades.

²³³ Idem..., pp. 89.

²³⁴ Ibidem...

²³⁵ Ibidem...

truir um Mundo melhor, bem pelo contrário, aceita o Mundo como ele é, como Deus o fez. Toda a mudança deve ser gerida com cautela. A nível político, defende a preferência que deve ser dada à tradição, aos costumes sociais e jurídicos, e aos grandes valores herdados do passado (patriotismo, honra, honestidade, serviço público e caridade), sobre as novas ideias, postas a descoberto pelo razão, “*endeusada como força capaz de arquitetar uma nova sociedade e um homem novo.*”²³⁶

No plano comportamental, claramente está convicto de que é melhor o velho do que o novo, é melhor a tradição do que a mudança. No plano económico, consegue catapultar para a sua obra, a influência de parte das ideias de Adam Smith, principalmente a visão de que o mercado assegura a riqueza das nações e a prosperidade dos indivíduos,²³⁷ porque “*as leis do comércio são leis da natureza e, conseqüentemente são leis de Deus.*”²³⁸ No plano social, Burke surge em defesa de um Estado mínimo, isto é, um Estado que apenas encoraje a indústria, garanta a propriedade, reprima a violência e elimina a fraude. O resto ficaria nas mãos de Deus.²³⁹

Mais interessante é o seu entendimento sobre os verdadeiros direitos humanos: “*se a sociedade civil foi criada para benefício do homem, todas as vantagens para a qual ela foi criada tornam-se direitos. Trata-se de uma instituição benéfica; e a própria lei é a beneficência regulamentada. Os homens têm direito á justiça dos seus irmãos (...), têm direito aos frutos da sua indústria, e aos meios de tornar a sua indústria frutífera, têm direito às aquisições dos seus pais, à nutrição e*

²³⁶ Cfr. as palavras de Diogo Freitas do Amaral, *História do Pensamento Político Ocidental*, Almedina, 2012, pp. 296.

²³⁷ Cfr. a obra de Adam Smith, *A Riqueza das Nações*, em especial o Vol. II, 5.^a Edição, Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.

²³⁸ Cfr. Introdução de Francis Canavan (Ed.) às *Reflections on the Revolution in France, Thoughts and Details on Scarcity*, in, *Selected Works of Edmund Burke*, Miscellaneous Writings, Vol. 2, Liberty Fund, Indianapolis, 1999, pp. 81.

²³⁹ Third letter on a Regicide Peace, in, *Selected Works of Edmund Burke*, Miscellaneous Writings, Vol. 2, Liberty Fund, Indianapolis, 1999, pp. 267.

*ao progresso dos seus filhos; à instrução em vida e ao consolo na hora da morte. Tudo o que cada homem individualmente pode fazer, sem lesar os outros, ele tem direito de realizar; e ele tem também direito a uma justa porção de tudo o que a sociedade, mediante as combinações da sua aptidão e da sua força, pode fazer em seu favor. Nessa associação, todos os homens têm direitos iguais, mas não às mesmas coisas.”*²⁴⁰

Mais adiante dir-nos-á que “os direitos que esses teóricos da Constituição pretendem obter são todos absolutos: em que pese a sua verdade metafísica, são moral e politicamente falsos. Os direitos do homem encontram-se numa espécie de meio caminho, impossível de ser definido, mas que se pode contudo, discernir.”²⁴¹

No último parágrafo da obra, Burke gaba-se da sua imparcialidade e longa observação, admitindo que “(...) elas partem de um homem que nunca foi o instrumento do poder nem bajulador dos poderosos e que não gostaria que um dos seus últimos atos viesse desmentir toda a sua vida. Elas partem de um homem cuja maior parte da vida pública foi um combate pela liberdade dos outros; um homem do qual apenas a tirania conseguiu inspirar um ódio veemente ou duradouro (...).”²⁴²

Sobre o pensamento de Burke, Freitas do Amaral disse que “(...) era a reação natural e expectável de um britânico, tradicionalista, monárquico, pragmático – à explosão violenta ocorrida no secular inimigo principal, a França – cartesiana, racionalista e amante das reformas bruscas introduzidas pela lei, em contraste com a política britânica dos pequenos passos, enquadrada pelos costumes e tradições do Reino.”²⁴³

Thomas Paine deixou à posteridade a figura exemplar de “apóstolo da liberdade”.²⁴⁴ Foi o primeiro cidadão inglês a

²⁴⁰ Reflexões sobre a Revolução em França, ob. cit., pp. 88.

²⁴¹ Idem..., pp. 91.

²⁴² Idem..., pp. 222.

²⁴³ Cfr. a ob. já cit. do autor, *História do Pensamento...*, pp. 297.

²⁴⁴ Palavras de Diogo Freitas do Amaral, *História do Pensamento...*, pp. 259.

preconizar a independência das 13 colônias americanas e a República democrática em Inglaterra, onde não teve êxito, antes tendo sido condenado por traição sediciosa. Não resistiu a apoiar a Revolução Francesa na sua fase liberal, tentando evitar a todo o custo o radicalismo de Robespierre, o que o acabaria por levar à prisão.

Na fase em que Paine já estava a viver do lado de lá do atlântico,²⁴⁵ defendia que a América tinha de passar da dependência colonial à independência nacional, que havia que substituir a Monarquia, absoluta ou limitada, por uma República democrática. Era urgente, na sua opinião, conciliar os direitos individuais, em especial a liberdade, com a justiça social, em concreto, a igualdade. Crê que o destino da América era a independência. A França e a Espanha não podiam ter a América aliada enquanto esta estivesse sujeita ao Rei de Inglaterra. Na sua obra, *Common Sense* de 1776, escreve assim: “*nós, americanos, não temos como mãe-pátria a Inglaterra, mas a Europa*”; “*não temos que ter como inimigos nossos, os inimigos de Inglaterra*”; e “*é totalmente absurdo pretender que um (grande) continente seja perpetuamente governado por uma (pequena) ilha*”.²⁴⁶ Nesta obra, Paine identifica a causa da América como a causa da humanidade²⁴⁷, no sentido em que a luta pelos direitos naturais dos americanos será uma luta pelo reconhecimento dos direitos naturais universais.

Estas ideias influenciaram, apenas seis meses depois, o principal redator da Declaração de Independência Americana, Thomas Jefferson, que lhes incrementou um forte motivo: as colônias, quando mal tratadas pela metrópole, tinham o direito

²⁴⁵ Cfr. a obra de Robert B. Dishman, *Burke and Paine, On revolution and the rights of man*, Charles Scribner’s Sons, New York, 1971, pp. 15-22.

²⁴⁶ *Common Sense*, Penguin Books, Middlesex, 1976, III. Também consultámos a versão desta obra em português do Brasil, com tradução de Vera L. De Oliveira Sarmiento, *O Senso Comum e a Crise*, n.º 45, Coleção Pensamento Político, Editora Universidade de Brasília, 1982, pp. 11-55.

²⁴⁷ Cfr. *O Senso Comum e a Crise*, n.º 45, Coleção Pensamento Político, Editora Universidade de Brasília, 1982, Introdução, pp. 7.

de se revoltar, tornando-se independentes.²⁴⁸

Os Direitos do Homem, escrita em 1791-1792, é a sua obra mais marcante, tão marcante que há quem lhe chame, “a *bíblia dos pobres*”,²⁴⁹ visto que foi a primeira obra da literatura política, escrita em língua inglesa, que defendia as causas das pessoas comuns do ponto de vista de uma pessoa comum, essa pessoa era Thomas Paine. Ele não era um académico, nem um filósofo, nem um politólogo, apenas um homem do povo empenhado nos direitos desse mesmo povo. Aquela obra gira em torno da “*defesa dos princípios da liberdade*” e da universalidade dos direitos do homem, segundo ele próprio afirma, no início da obra, na dedicatória dirigida a George Washington, Presidente dos EUA.²⁵⁰

Usou aquela obra para desferir um ataque feroz contra as ideias conservadoras que Burke expressara durante “*o inverno passado no Parlamento Inglês contra a Revolução Francesa e a Assembleia Nacional*” e refletidas nas suas *Reflexões sobre a Revolução em França*. Convém salientar que a obra de Paine contém vectores de enorme importância para a filosofia política e social e para a história dos direitos humanos. Ele construiu os precedentes ideológicos daquilo que hoje são os direitos económicos e sociais, sempre orbitando em torno do liberalismo progressista ou radical, apesar das suas preocupações irem muito além dos horizontes liberais.²⁵¹

Paine encarna convicto, a tradição jurídica do jusnaturalismo racionalista. Inclusivamente as teorias acerca da origem e

²⁴⁸ Cfr. Diogo Freitas do Amaral, *História do Pensamento...*, pp. 260.

²⁴⁹ De novo, Gregorio Peces-Barba Martínez/ Fernández García, Eusébio/ Rafael de Asís Roig (Dir.), *Historia de...*, pp. 398.

²⁵⁰ Reza assim a dedicatória: “(...) *Tenho o gosto de vos oferecer um pequeno Tratado em defesa daqueles princípios de liberdade que a vossa exemplar virtude contribuiu de maneira tão evidente para estabelecer: que os Direitos do Homem cheguem a ser tão universais como a vossa benevolência possa desejar e que desfruteis da felicidade de ver o Novo Mundo regenerando o Velho, é a oração (...)*”.

²⁵¹ Cfr. a ob. cit. de Gregorio Peces-Barba Martínez/ Fernández García, Eusébio/ Rafael de Asís Roig (Dir.), *Historia de los Derechos Fundamentales...*, pp. 395.

do exercício do poder político esgrimidas pelas escolas racionalistas dos séculos XVII e XVIII, alcançam com ele uma definitiva elaboração jurídica.

Um dos primeiros conceitos que surgem na obra, *Os Direitos do Homem*, é o de “consentimento”. Ele é para o autor, um princípio de legitimidade ou legitimação contínua. Esta situa-se na autoridade suprema do povo. A meta de todo o governo que se pretenda justo deve ser a de conseguir a felicidade do seu povo. “*Nunca existiu, nunca existirá e nunca pode existir um Parlamento, nem uma categoria de homens, nem uma geração de homens, em nenhum país, em posse do direito de vincular e controlar a posteridade até ao fim dos tempos, nem ordenar para sempre como se governará o Mundo, nem quem o governará (...)*”²⁵² Assim, cada idade e cada geração deve ter tanta liberdade para atuar por si mesma, em todos os casos, como as idades e as gerações anteriores. “*É aos vivos, e não aos mortos, a quem se deve satisfazer.*”²⁵³ E mais, “*o homem não tem direito de propriedade sobre o homem, e tão pouco tem nenhuma geração, direito de propriedade sobre as gerações que a sucederam (...)*”²⁵⁴

Como Burke nas suas *Reflexões*, desqualifica a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, Paine tende a superar esta depreciação com a procura da origem e conteúdo dos ditos direitos. Para ele, o nascimento dos direitos do homem coincide com a própria origem do homem. Se este tem origem no Criador, pode de facto falar-se em igualdade do género humano e em iguais direitos naturais: “*O princípio ilustrador e divino da igualdade de direitos do homem, não se refere só aos indivíduos viventes, mas às gerações sucessivas de homens. Cada geração têm iguais direitos em relação às gerações que a precederam, conforme a mesma norma de que cada*

²⁵² Thomas Paine, *Los Derechos del Hombre*, Fondo de Cultura Economica, México, 1944, (a tradução das linhas citadas é nossa), pp. 35.

²⁵³ Idem..., pp. 36 (a tradução das linhas citadas é nossa).

²⁵⁴ Idem..., pp. 35.

indivíduo nasce com iguais direitos que os seus contemporâneos.”²⁵⁵ Anuncia também aquilo que considera ser a “*unidade dos homens*”,²⁵⁶ a circunstância de os homens, todos eles pertencerem a uma só categoria e em consequência, que todos eles nasceriam iguais e com iguais direitos naturais.²⁵⁷

Contudo, Paine, avança, perguntando-se sobre a relação dos direitos naturais com os direitos civis, isto é, uma nova categoria de direitos derivada da sociabilidade dos seres humanos. Sobre este ponto afirma que “*(...) o homem não ingressou na sociedade para fazer-se pior do que era antes, nem para ter menos direitos que antes, mas para que aqueles direitos estivessem melhor assegurados. Os seus direitos naturais constituem a base de todos os direitos civis.*”²⁵⁸

No entanto, não se coíbe de estabelecer distinções: “*os direitos naturais são os que pertencem ao homem pelo simples facto de existir. Desse género são todos os direitos intelectuais (...) assim como todos os direitos de atuar para o seu bem-estar e felicidade próprios, sempre que não colidam contra os direitos naturais dos outros. Os direitos civis são os que pertencem ao homem pela sua condição de membro da sociedade. Cada direito civil tem a sua base nalgum direito natural pré-existente no indivíduo, mas para o gozo do qual as suas faculdades individuais não são, em todos os casos, suficientes. Desse género são todos os relacionados com a segurança e proteção.*”²⁵⁹

O nosso autor, reconhece abertamente que a imperfeição do indivíduo reclama a intervenção da sociedade, e que os direitos naturais necessitam dos direitos civis para a sua perfeita execução. A sociedade é assim vista como um bem e o governo

²⁵⁵ Idem..., pp. 60

²⁵⁶ Idem..., pp. 59 e 60.

²⁵⁷ Idem..., pp. 60.

²⁵⁸ Idem..., pp. 61.

²⁵⁹ Idem..., pp. 61 e 62.

como um mal necessário.²⁶⁰

A próxima questão que procura ver respondida é a da origem do governo.²⁶¹ Como filho pródigo do jusnaturalismo, uniu a ideia de sociabilidade com a de racionalidade. E ambas com a de direitos iguais e universais. Quanto à explicação da origem dos governos, Paine persiste fiel à teoria do contrato social.²⁶² As revoluções na América do Norte e em França são para Paine, uma renovação da ordem natural das coisas, um sistema de princípios tão universal, como a verdade e a existência do homem, que combina a felicidade moral e política com a prosperidade nacional.²⁶³

Nesta senda, conclui no final da primeira parte de, *Os Direitos do Homem*, que: “I. Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. As distinções sociais não podem fundar-se senão a utilidade comum. II. O fim de toda a associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Estes direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão. III. O princípio de toda a soberania reside essencialmente na nação. Nenhum corpo ou indivíduo pode exercer nenhuma autoridade que não emane expressamente dela.”²⁶⁴

Esforça-se para demonstrar que uma das grandes vantagens da Revolução norte-americana foi a de que conduziu à descoberta dos princípios, descortinando a impostura dos governos. Até então, todas as Revoluções operaram no reduzido

²⁶⁰ Idem..., pp. 151-155. E ainda, na obra já cit. *Common Sense*, edição em português já antes citada, *O Senso Comum e a Crise*, n.º 45, Coleção Pensamento Político, Editora Universidade de Brasília, 1982, em especial pp. 11, mas também pp. 12-15.

²⁶¹ T. Paine analisa as diversas fontes das quais surgiram os governos e nas que eles se fundaram: - a superstição (governo dos sacerdotes); - a força (governo dos conquistadores); - o interesse comum da sociedade e os direitos comuns do homem (governo da razão)... Ob. cit. nas notas anteriores, pp. 63.

²⁶² Idem..., pp. 63 e 64.

²⁶³ Idem..., pp. 133.

²⁶⁴ Idem..., pp. 133.

círculo de uma Corte e nunca num grande cenário de uma Nação. E remata proclamando “*que o Governo não é outra coisa que não uma associação nacional que atua segundo os princípios da sociedade.*”²⁶⁵

Paine era um liberal politicamente falando, mas não economicamente falando. Definiu como prioridade o propósito de colocar o Estado e o seu governo ao serviço dos mais pobres, embora sem nunca preconizar a eliminação dos mais ricos. Ele foi, juntamente com Condorcet, o precursor do moderno Estado Social, ou Welfare State.²⁶⁶ Ele próprio atestou que uma grande parte da humanidade nos países civilizados, se encontrava em estado de pobreza e desventura, situando-se abaixo da condição dos índios na América. Esta era a situação por toda a Europa. Entendia que as principais causas desta situação proviham da não aplicação universal e correta dos princípios da civilização.²⁶⁷

O meios de ação propostos por Thomas Paine para combater a pobreza, por via do reformismo social seriam: - providências para famílias pobres; - educação universal e gratuita para toda a juventude; - auxílios para pessoas idosas; - auxílios aos matrimónios e funerais de pessoas que padeçam longe da sua residência e dos seus familiares; - fomento do emprego para os mais pobres em Londres e Westminster, as zonas mais afectadas pela miséria; - substituição dos impostos proporcionais por impostos progressivos.²⁶⁸

Ficamos impressionados com uma tal visão, que tem nada mais nada menos do que 200 anos. O seu legado social e político está hoje perfeitamente integrado na maioria dos países europeus. Repare-se como Paine estava com a razão: este legado é de certo modo a herança das Revoluções Americana e Francesa. A descolonização, o liberalismo político, o reconhe-

²⁶⁵ Idem..., pp. 155.

²⁶⁶ Cfr. novamente, Diogo Freitas do Amaral, *História do Pensamento...*, pp. 260.

²⁶⁷ De novo, T. Paine, *Los Derechos del Hombre...*, pp. 191-229.

²⁶⁸ Idem..., pp. 229-253.

cimento e o respeito pelos direitos humanos e a defesa de um Estado social encarregado de tributar os privilegiados da fortuna para, com esse dinheiro poder ajudar os mais pobres e desprotegidos, sobretudo, as crianças, os idosos e os mais carenciados. Para o autor, o mal residia precisamente naqueles desequilíbrios que o Estado deveria suprir, tributando os mais ricos. O equilíbrio estaria, pois, na sinergia entre a política orçamental e a política de solidariedade social.²⁶⁹ Este sistema de segurança social teria por objectivo, na óptica do autor, “*livrar uma parte da sociedade da desgraça*” e “*proteger a outra parte do saque*”²⁷⁰

Freitas do Amaral, afirma que o Ocidente absorveu e percebeu aquelas ideias, já no século XX, construindo o Estado de Bem-Estar Social, ou Estado Providência, baseado no modelo social europeu, somente possível no pós-guerra, mediante um compromisso histórico entre os partidos do Socialismo Democrático e os da Democracia Cristã.²⁷¹

The age of The Reason, representa anos de estudo sobre o lugar da religião na sociedade. Deísta por convicção, depois de ter aplicado a luz da razão nas Revoluções políticas americana e francesa, percebeu que o próximo passo seria aplicar o mesmo racionalismo à religião: “*(...) I believe in one God, and no more; and I hope for happiness beyond this life. I believe in the equality of man; and I believe that religious duties consist in doing justice, loving mercy, and endeavoring to make our fel-*

²⁶⁹ No escrito, *Agrarian Justice* (1797), que consta da compilação castelhana de alguns escritos do autor, *El Sentido Común y otros Escritos*, Ramón Soriano y Enrique Bocardo, Editorial Tecnos, Madrid, 1990. Thomas Paine propunha já um sistema inovador de segurança social, através da criação de um fundo nacional que permitisse pagar a cada pessoa que tivesse cumprido 20 anos uma soma de 15 libras esterlinas, em compensação pela perda da sua herança natural pela introdução do sistema de propriedade da terra, bem como uma soma de 10 libras anuais, às pessoas de 50 anos (durante o tempo que vivam) e a todas aquelas que alcancem essa idade. Especialmente, pp. 107.

²⁷⁰ Idem..., vide pp. 108 e em especial, pp. 117.

²⁷¹ De novo, *História do Pensamento...*, pp. 261.

low creatures happy.”²⁷²

A melhor caracterização de Thomas Paine que encontramos foi precisamente a elaborada pelo próprio, na introdução à obra já mencionada, *Common Sense*, que transcrevemos em parte: “(...) *Para o público é inteiramente desnecessário saber quem é o autor desta obra, uma vez que o objecto de atenção é a doutrina em si e não o homem. Assim mesmo, pode não ser desnecessário dizer que ele não tem qualquer conexão com qualquer partido, e não está sob qualquer tipo de influência pública ou privada, mas sim a influência da razão e do princípio.*”²⁷³

II. O PARADIGMA DA CONCEPÇÃO LIBERAL DO ESTADO COM JOHN LOCKE E OS DIREITOS INDIVIDUAIS DO HOMEM:

*“Se o homem no estado de natureza é tão livre como se disse, se ele é senhor absoluto da sua própria pessoa e das suas posses, se ele é igual ao maior dos homens e não está sujeito a ninguém, porque razão renunciaria à sua liberdade, a esse império, e se sujeitaria ao domínio e controlo do outro poder?”*²⁷⁴

John Locke (1632-1704), nasceu em *Wrington*, perto de *Bristol*, no seio de uma família remediada. O seu pai combatera na Guerra Civil e toda a família apoiara a causa dos adversários de Carlos I. Locke estudou em *Westminster School*, em Londres e depois na Universidade de *Oxford*, um bastião da autori-

²⁷² Cfr. *The age of The Reason*, Thomas Paine, Introdução biográfica de Philip S. Foner, Carol Publishing Group, New York, 1991, pp. 50.

²⁷³ Ob. cit. *O Senso Comum e a Crise*, n.º 45, Coleção Pensamento Político, Editora Universidade de Brasília, 1982, pp. 7.

²⁷⁴ *Dois Tratados do Governo Civil*, Edições 70, 2006, II, § 123, pp. 315. É possível interpretar esta passagem no sentido da afirmação de que o homem não está sujeito a ninguém porque é senhor absoluto da sua pessoa. Neste caso, teríamos de admitir que Locke prescinde da tese segundo a qual o homem é propriedade de Deus e assume plenamente o homem como proprietário de si mesmo.

dade monárquica e da ortodoxia religiosa. Em 1652, ingresso no Colégio *Christ Church*, período em que a Universidade de *Oxford* foi sujeita a purgas político-religiosas, pelo poder político da época. Foi por esta altura que publica o seu primeiro texto, um poema de louvor a *Cromwell*, pela sua vitória na Guerra contra a Holanda, em 1653.

Em *Oxford*, recebeu a instrução tradicional da filosofia aristotélica. Porém, desenvolveu em paralelo um interesse pela medicina e pela filosofia “natural”, que nunca mais o abandonaria. Estes interesses intelectuais acabariam por transformar a sua vida pessoal.

Após a restauração da monarquia em 1660, Locke iniciou a sua carreira como autor, dedicando-se à composição de obras sobre temas que sempre o acompanharam: A lei natural, o governo civil, e a tolerância. Porém, nenhum destes escritos seria publicado. Em 1663, decide não professar votos religiosos, ficando assim para trás uma carreira académica em *Oxford*, pois eram raros os lugares disponíveis para leigos. Opta então por estudar medicina, o que viria a ser decisivo para a sua vida pessoal e intelectual. O primeiro momento da sua obra situa-se assim na juventude, onde escreveu oito *Ensaios sobre a Lei Natural*, redigidos em latim, entre 1660 e 1664. Estes mativeram-se inéditos até 1954.²⁷⁵

O ano de 1666, seria crucial. Locke foi convocado para examinar clinicamente o Conde de *Shaftesbury*, *Anthony Ashley Cooper*, grande figura política inglesa na pós-restauração, que padecia de uma doença de fígado. A partir desse momento, estabeleceu-se uma amizade que só terminaria com a morte de *Ashley*. John Locke instalar-se-ia em Londres, com a família do Conde, desempenhando funções de seu médico pessoal, secretário, conselheiro político e até tutor dos descendentes da casa *Ashley*. Este chegaria a *Lord Chancellor* de Carlos II, em 1672,

²⁷⁵ Pode consultar-se a edição castelhana, *Ensayos sobre la Lei Natural*, com crítica de Isabel Ruiz-Gallaedon Garcia de la Rasilla, Madrid, 1998.

mas não duraria muito tempo no cargo. Tornar-se-ia líder da oposição “*Whig*”, aos desígnios dos irmãos Stuart, que projetava o derrube da dinastia, que oprimia o povo inglês e as suas liberdades.

O agudizar da tensão política em Inglaterra ²⁷⁶ e da repressão da oposição às políticas do Monarca, num clima de conspiração muito perigoso, faz John Locke perceber que não estaria seguro em Inglaterra. Foi obrigado a passar à clandestinidade mesmo no país do seu exílio, a Holanda. Foi perseguido, porque mesmo nesse país, era vasta a presença de agentes, do agora Rei Jaime II. Foi durante este interregno que aprimorou o *Ensaio sobre o Entendimento Humano* (1690) e compôs as *Cartas sobre a Tolerância* (1689, 1690 e 1682), duas das suas obras mais influentes. Contudo, na Holanda, preparava-se a derradeira e grande conspiração contra o domínio Stuart.

Em Novembro de 1688, Guilherme de Orange invadiu a Inglaterra, Jaime II fugiu de Londres, e o *Convention Parliament* oferece a Guilherme e sua esposa Maria, a coroa inglesa. Após a consumação da “*Revolução Gloriosa*”, Locke regressa a Londres e neste ambiente de liberdade e segurança, publica as suas principais obras: *Ensaio sobre o Entendimento Humano* (1690) ²⁷⁷, *Dois Tratados do Governo Civil*, anonimamente (1689) ^{278 279}, *Alguns Pensamentos sobre a Educação*

²⁷⁶ Para que possamos compreender a evolução de todo o panorama constitucional inglês, devemos consultar na íntegra a obra, *The Constitutional History of Modern Britain, 1485-1951*, de Sir David Lindsay Keir, Fifth Edition, revised, Adam and Charles Black, London, 1955.

²⁷⁷ Edição em português, Vols. I e II, da Fundação Calouste Gulbenkian, 3.ª Ed. 2008.

²⁷⁸ Edição em português, das Edições 70, 2006. Distinguem-se duas partes nesta obra, a primeira das quais, de pura controvérsia com Filmer, é a menos importante. A segunda, é a que constitui o clássico ensaio, uma espécie de cartilha do liberalismo.

²⁷⁹ Deve analisar-se a este respeito, um estudo muito interessante sobre a temática do governo civil em Locke, de William Graham, *English Political Philosophy, from Hobbes to Maine*, 6.ª ed., Edward Arnold & CO., 1926, pp. 50-87.

(1693)²⁸⁰ e *The Reasonableness of Christianity*, anonimamente (1695)²⁸¹.

Em 1704, aos setenta e dois anos “(...) morria tranquilo e sem ostentação, Locke, este homem fraco, cujo espírito tão claro, tão engenhoso, mais claro e engenhoso do que profundo e poderoso, soubera trazer a um mundo fatigado de direito divino, de teologia e de sistemas metafísicos – exactamente o alimento intelectual do qual este mundo tinha necessidade.”²⁸²

Nos oito *Ensaio sobre a Lei Natural* escritos no século XVII, o pensamento de Locke revela-se um pouco imaturo e com um pendor escolástico-tomista, “(...) não só no modo formula os diversos problemas de que se ocupa como, também, nas respostas que lhes dá, embora subjacente a estas se encontre já a doutrina gnosiológica sensista que, um quarto de século mais tarde, virá a desenvolver na sua obra capital.”²⁸³

Locke parte da ideia de que as leis naturais, a que também o homem se encontra sujeito, expressam a vontade de Deus, criador e ordenador do Mundo. Direito natural e lei natural mereceriam uma distinção. O primeiro referiria-se ao livre uso das coisas, ideia fulcral do individualismo possessivo,²⁸⁴ que mais tarde, seria um postulado da sua filosofia. A lei natural, por seu lado, seria expressão da vontade divina que o ho-

²⁸⁰ Obra também em língua portuguesa, da Ed. Almedina, Coimbra, 2012.

²⁸¹ Cfr. esta obra, versão original, The Clarendon Edition, Oxford University Press, 1999. As doutrinas aqui expostas por Locke eram de molde a fortalecer as posições do racionalismo. Pode ser esta a razão que leva muitos historiadores a incluir o nome deste filósofo entre os deístas. Vide a respeito a obra de Leonel Franco, *A Crise do Mundo Moderno*, Pro Domo, Lisboa, MCMXLV, pp. 105, 107, 109, 110 e 120.

²⁸² Cfr. Jean-Jacques Chevalier/Yves Guchet, *As Grandes Obras Políticas, De Maquiavel à Actualidade*, Biblioteca das Ideias, Publicações Europa-América, 2004, pp. 106.

²⁸³ São as palavras de António Braz Teixeira, *Situação de Locke no Jusnaturalismo*, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor António de Sousa Franco, Vol. I, FDUL/Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 162.

²⁸⁴ A este respeito Cfr. a obra de C. B. Macpherson, *A Teoria Política do Individualismo Possessivo de Hobbes até Locke* (1962), Trad. Bras., Paz e Terra, Rio de Janeiro, 1979.

mem descobre pela luz natural e lhe prescreve o caminho mais de acordo com sua natureza racional. Deste modo, a razão seria “*intérprete e não criadora da lei natural, pois esta teria em Deus a sua fonte.*”²⁸⁵

Deste modo, para Locke, a lei natural não seria inata, nem estaria inscrita na mente dos homens, resultava sim, o seu conhecimento, das noções que a razão extraí, por via dedutiva, dos conhecimentos que lhe proporciona a experiência sensível. A razão estabeleceria as regras morais da lei natural, regras essas intrínsecas à própria natureza humana. Afinal quem criou o homem foi Deus. É por isto que todos os homens estariam moralmente vinculados à lei natural, cuja força obrigatória é perpétua e universal.²⁸⁶

Se a fonte originária da lei natural repousa na vontade divina, parece-lhe lógico afirmar que a força obrigatória de qualquer lei positiva advém do poder de obrigar da lei natural. Por isso identifica a justiça como a principal lei natural que obriga toda a sociedade.

O pensamento jusnaturalista do jovem Locke, acolhe nesta altura elementos da tradição medieval, em especial a destrição que faz entre dois tipos de preceitos da lei natural, os que considera absolutos e obrigam todos os homens por igual, e os que não o são e que, respeitam às diferentes condições dos homens e às relações entre eles, que apenas os vinculam na medida das funções que desempenham (públicas ou privadas).

Nesta concepção inicial, o autor ainda está distante da ideia de estado natural como o gérmen de todo o edifício pacifista e conseqüentemente, da construção da sociedade política. Nesta altura, sustenta ainda que aquilo que conduz os homens a

²⁸⁵ Braz Teixeira, *Situação de Locke...*, de novo, pp. 162. A lei natural seria a verdadeira lei dado que nela concorrem todos os elementos da lei. A lei como um imperativo de uma vontade superior, vontade divina, que obriga dos homens e determina o que devem ou não fazer, sendo apenas conhecida por eles através da luz natural, isto é, pelo uso correcto do entendimento, da razão e da percepção sensível.

²⁸⁶ Idem..., pp. 163.

procurar e a preservar a vida em sociedade é a experiência da vida e as necessidades tais como a inclinação da natureza que, tal como obriga cada homem a conservar-se a si próprio, o leva também a preservar e a manter a sociedade pelo dom da palavra e da linguagem.²⁸⁷ Como veremos mais à frente, no que respeita ao direito natural, o pensamento de Locke vai sofrer uma arguta metamorfose. Quando se debruça profundamente sobre a origem, extensão e fim do governo civil, a sua doutrina muda de rumo e atinge maturidade e sofisticação.

John Locke apaixonou-se perdidamente pela liberdade. O “*poder de suspender a execução e a satisfação*” dos desejos é a fonte da liberdade humana, pois segundo o próprio, permite “*considerar os seus objectos, examiná-los de todos os ângulos e compará-los*” É aqui que se baseia a liberdade que o homem possui.²⁸⁸ É o “*juízo*” racional que determina a conduta do homem livre.²⁸⁹

Por isso, podemos dizer, que a liberdade para Locke, repousa numa concepção da vontade que não é um poder exclusivamente activo, nem exclusivamente passivo, nem absolutamente determinado, nem isento de todo e qualquer condicionamento. Viver sob o império das leis²⁹⁰, que têm por missão proteger os direitos individuais essenciais do homem, é viver em paz, em liberdade e em igualdade. Só por causa disto valerá a pena, o homem consentir na formação da sociedade política e dar legitimidade a um governo que o preserve a si e à comunidade política.

Sílvia Alves diz deste filósofo que “*a preocupação om-*

²⁸⁷ Cfr. a ob. já cit., *Ensayos sobre la Lei Natural...*, pp. 81-161. Braz Teixeira, *Situação de Locke...*, de novo, pp. 164. Neste sentido, este autor cita ainda, N. Bobbio, *Locke e o Direito Natural*, Editora Universidade de Brasília, Brasília, 1997, pp. 109-131.

²⁸⁸ Cfr. a obra já antes cit. *Ensaio sobre o Entendimento Humano*, II, xxi.48.

²⁸⁹ *Idem...*, II, xxi.49-52, 71.

²⁹⁰ Esta parece uma das principais coordenadas a retirar da análise que Jeremy Waldron, faz da obra de Locke, em *The Dignity of Legislation*, Cambridge University Press, 1999, pp. 63-91.

nipresente em proteger os homens do poder político, reduzindo o campo de ação dos governos, assim como o entendimento segundo o qual o poder e o direito se alicerçam no consentimento, permitem, isso sim, considerar Locke como fundador do liberalismo democrático”²⁹¹

Dois Tratados do Governo Civil constitui a obra política cardeal na filosofia do autor. Sílvia Alves considera ainda que na mesma obra, “(...) *que exerceu uma influência indelével na Europa e na América, os direitos do homem permanecerão intransponíveis pelo poder político.*”²⁹²

O primeiro dos *Tratados do Governo Civil* é uma leitura obrigatória para quem quer compreender o liberalismo europeu. Apesar de ser uma refutação morosa e repetitiva dos princípios políticos de um autor, de nome *Robert Filmer* (1588-1653)²⁹³, que apenas foi salvo do esquecimento histórico graças precisamente à crítica de Locke. Em certo sentido, conhecer o patriarcalismo filmeriano^{294 295} é conhecer uma das grandes alternativas àquilo que, de forma simplificada podemos designar por liberalismo.

Acompanhar a crítica de Locke a *Filmer* permite decantar profundamente as origens intelectuais do liberalismo. Para compreender o liberalismo é preciso determinar e estudar os seus inimigos. No pensamento de Locke parece haver apenas duas grandes alternativas à teoria política da liberdade natural: o patriarcalismo e a força brutal exercida na conquista.

²⁹¹ Cfr. o artigo doutrinário da ilustre Professora, *As Raízes Setecentistas dos Direitos Humanos*, pp. 9, que ainda se encontra em processo de publicação, mas que gentilmente nos cedeu para o nosso estudo.

²⁹² Idem..., pp. 6.

²⁹³ A principal obra de Robert Filmer, *Patriarcha or the Natural Power of Kings*, Robert Chiswell, London, 1680.

²⁹⁴ Para conhecer os fundamentos desta corrente, que não vamos expor nesta sede, deve ler-se a introdução à obra, *Dois Tratados do Governo Civil*, das Edições 70, Lisboa, 2006, a cargo de Miguel Morgado (que também a traduziu), XV-XXI.

²⁹⁵ O seu sistema, segundo Locke (1.º Tratado, Cap. I, § 2.º, ob. cit. pp. 96), teria um alcance muito reduzido, não sendo mais do que isto: - “(...) *Que todo o governo é uma monarquia absoluta*”; - “(...) *Que nenhum homem nasce livre.*”

Locke dá-nos a hipótese de entender que a teoria política liberal se estruturou na consciência de que tinha rivais, de que havia caminhos alternativos à sua proposta de organização da vida política e moral. Cabral de Moncada descreve John Locke como “(...) o homem que, antes de nenhum outro, foi o portador mais autorizado e mais influente desta nova ideia - o pai espiritual do liberalismo moderno.”²⁹⁶ Locke é ao mesmo tempo um ponto de chegada e um ponto de partida. Nele “(...) a história contemporânea toma pela primeira vez consciência de si mesma.”²⁹⁷

Locke foi, de certo modo, muito antes de Kant, o primeiro entre os modernos a trocar as especulações metafísicas pela análise de uma questão prévia: a da origem, certeza e extensão do conhecimento humano. Esta questão, parece ser para o filósofo, o primeiro problema da filosofia. Concebia o conhecimento não era para ele, o mesmo que uma razão ilimitada. Pelo contrário, esta razão seria limitada no homem em face da vasta extensão de coisas que o rodeiam no universo. O conhecimento, do qual tentava averiguar a origem, a amplitude e a certeza, era mais modesto. Era aquele conhecimento que Deus tinha entendido dever dar ao homem só para as conveniências da vida e sua informação das virtudes que era preciso praticar. Aquilo que Deus pôs ao alcance do espírito humano foi só uma capacidade de prover à sua vida e de achar os meios para outra melhor.²⁹⁸

Nesta matéria o autor deixa bem assente a sua doutrina: - A mais nobre função e atividade do espírito humano é, a do entendimento ou conhecimento racional, com que o homem se eleva à posse das verdades especulativas; - a filosofia é vista

²⁹⁶ Cabral de Moncada, *Filosofia do Direito e do Estado*, Vol. I, Coleção Stvdium, Arménio Amado Editor, Coimbra, 1947.

²⁹⁷ É o que diz Armando Carlini, *La Filosofia di G. Locke*, 2.ª Ed., Vol. 2, Riveduta, Vallecchi Editore, Firenze 1928.

²⁹⁸ Cfr. a obra já cit. antes, *Ensaio sobre o Entendimento Humano...*, Liv. I, Cap. I, § 5.º.

como conhecimento das coisas. Mas esta acha-se sepultada sob “(...) *uma aluvião de pseudo-conceitos e de palavras em sentido (alusão à escolástica) que é preciso destruir, para que ela se torne digna do século que Locke vivia*”²⁹⁹, da “*Commonwealth of learning*”, ilustrada, como ele dizia, por nomes como os de Boyle, Huygens e do “(...) *incomparável Mr. Newton*”³⁰⁰.

Para isso, era necessário portanto averiguar qual a origem das nossas ideias. Ora, o objecto do *Ensaio sobre o Entendimento Humano* é precisamente tentar demonstrar que não há ideias inatas. Não tarda em concluir que todas as nossas ideias vão afinal beber a sua origem, aos sentidos e às sensações.³⁰¹ Sobre moral e religião, também aqui parte dum consumado empirismo na base da aquisição de todas as noções éticas e religiosas do nosso espírito como factos psicológicos. Aqui igualmente rejeita as ideias inatas. As verdades morais, atestadas pelo consenso universal dos povos, a começar pela ideia de Deus, nada teriam de inato, pois são identificadas como aquisições do espírito, nele lentamente gravadas através da educação, do hábito, e da tradição. Segundo ele existem povos que não possuem nenhuma ideia de Deus.³⁰²

Em busca das origens do entendimento humano, conclui que tudo se reduz afinal a um jogo de elementos simples e factos psicológicos rudimentares que, na sua combinação, expli-

²⁹⁹ Cfr. Cabral de Moncada, *Filosofia do Direito e do Estado...*, ob. cit. pp. 206.

³⁰⁰ Cfr. a obra já cit. antes, *Ensaio sobre o Entendimento...* na carta ao leitor que serve de introdução à obra referida.

³⁰¹ Locke classificava as ideias em simples e compostas e admitia como fontes das primeiras a sensação e a reflexão, a percepção externa e interna. Por sensação, entendia as nossas representações do mundo dos corpos, transmitidas pelos sentidos, e, por reflexão, o nosso saber algo acerca das atividades da alma, provocadas pelas sensações. Se, psicologicamente, as sensações eram assim condição e pressuposto para a reflexão, de facto, todo o conteúdo das nossas mais variadas representações provinha, em última análise, das sensações, não sendo a reflexão outra coisa senão a consciência que temos das funções exercidas sobre esse conteúdo.

³⁰² Cfr. a obra já cit. antes, *Ensaio sobre o Entendimento Humano...*, Liv. I, Cap. 2, § 8.º. Entre os exemplos aí citados a respeito, figuram os índios do Brasil.

cam depois, geneticamente, os conteúdos das formas superiores da vida da alma, elaborados através da sensação e da reflexão e como que selecionados por meio de um critério de utilidade da própria vida. Apesar do seu empirismo, não deixava de ser um intelectual, um racionalista e até há quem lhe chamasse um “*realista em metafísica*”.³⁰³ Acreditava em Deus e em valores absolutos. Era um crente sincero, educado no calvinismo. Estava distante do fenomenismo de Hume, do utilitarismo de Bentham ou do moderno pragmatismo americano. Não obstante, Cabral de Moncada considera que está na origem de todas estas doutrinas e é o “(...) *pai espiritual de todas elas, bem como de toda a psicologia associativista radical que, já representada anteriormente por Hobbes, se veio a desenvolver sobretudo depois dele. Admite ainda uma misteriosa reflexão como potência do espírito e fonte autónoma das ideias.*”³⁰⁴

A solução dada por Locke ao problema do conhecimento ficou sepultada em considerações de psicologia, sem atingir a crítica das próprias funções do intelecto. O seu realismo ficou hesitante sobre o seu idealismo subjetivo. Os seus intelectualismo e racionalismo entraram em conflito com todos os momentos empiristas, utilitários e pragmatistas do seu pensamento. No fundo, toda a metafísica ficou esmagada sob a aluvião das suas preocupações nominalistas e positivistas, próprias de um britânico burguês, cauteloso e de bom-senso. Da sua obra transparece uma dialéctica³⁰⁵ constante entre por um lado, o empirismo e por outro lado, o racionalismo. De novo neste ponto, a mesma dualidade da sensação-reflexão, emerge sob a forma de uma combinação ou justaposição entre o conceito de lei natural e eterna, com certos conteúdos éticos, e os postula-

³⁰³ Cfr. de novo, Cabral de Moncada, *Filosofia do...*, pp. 209.

³⁰⁴ *Ibidem...*

³⁰⁵ Cabral de Moncada, na ob. cit, em nota anterior, não lhe chama dialéctica mas chega mesmo a falar em “*contraditório*” existente na raiz do pensamento de Locke. *Vide* pp. 210.

dos do mais tenaz e radical individualismo.³⁰⁶

Enquanto que para Hobbes, os homens, ao fundarem a sociedade política, transferiram para o soberano, todos os seus direitos, o seu *jus in omnia*, despojando-se deles e originando a monarquia absoluta, em Locke isso não sucede. Para este, os homens têm certos direitos inalienáveis, e é só para melhor garantia de tais direitos, como fim, que eles consentem em transferir para a comunidade ou para o Estado, como meio, certos outros. Se as ideias de estado de natureza e contrato social serviram a Hobbes para fundar um Estado absoluto e totalitário, conforme referimos, estas mesmas ideias serviam agora a Locke para ele fundar um Estado Liberal e eminentemente limitado.

Se o primeiro fundava um Estado-máquina e uma liberdade política, só possível pela absorção dos indivíduos dentro dele, o segundo fundava um Estado, mero instrumento do indivíduo e uma liberdade política só definível, como limite inultrapassável da ação do mesmo Estado: “(...) o fim da lei não é abolir ou restringir a liberdade, mas preservá-la ou ampliá-la. Onde não há lei, não há liberdade (...), porquanto a liberdade consiste em não sofrer restrições e violência dos outros, o que é impossível na ausência da lei.”³⁰⁷ É justo que se diga de Locke, que é com ele, que começa verdadeiramente o entendimento moderno da lei.³⁰⁸

Esses direitos inalienáveis do indivíduo eram, antes de tudo, a propriedade privada, a vida e a segurança pessoal, o direito de resistência e a liberdade de consciência e religião.³⁰⁹ O homem não pode entregar-se ao Estado sem condições, por

³⁰⁶ Idem...pp. 211.

³⁰⁷ Cfr. ob., cit., *Dois Tratados do Governo Civil*, II. Cap. VI, § 57, pp. 271.

³⁰⁸ Neste sentido, Cfr. a obra já cit. de Manuel Afonso Vaz, *Lei e Reserva de Lei, A causa da lei na Constituição Portuguesa de 1976...*, pp. 91.

³⁰⁹ Cfr. ob., cit., *Dois Tratados do Governo Civil*, II. Cap. IX, § 123, pp. 316. O propósito da união dos homens no estado de sociedade é a “(...) preservação mútua das suas vidas, liberdades e bens, a que dou o nome genérico de propriedade.” No mesmo sentido situa-se o § 124, pp. 316.

ser já ele propriedade de Deus. Renunciar a este mínimo de liberdade seria destruir-se.³¹⁰

Locke vê no gozo pacífico e seguro da propriedade, a mais alta externalização da personalidade do homem através do trabalho, ou seja, da atividade económica do indivíduo.³¹¹ O fim do Estado não pode ser outro que não a paz, a segurança e a salvaguarda do bem comum.³¹² a primeira condição para que aqueles fins e pressupostos do Estado, possam ser respeitados, é que dentro dele não haja lugar para nenhum poder absoluto em benefício de um soberano, quer se trate de um poder absoluto divino, como pretendia Filmer e os teólogos, quer derivado da comunidade, como era intenção de Hobbes.

O verdadeiro soberano é a comunidade, ou antes, o indivíduo na sua livre razão, apenas submissa à lei. Porém, sendo esta soberania inalienável, apenas pode ser provisória e parcialmente delegada em certos homens, a título de representação: obedecendo-lhe, o homem não obedece mais do que a si mesmo. Uma outra condição, para o mesmo fim, é a de que todos os “associados” dentro do Estado aceitem e reconheçam como válidas apenas as leis votadas pela maioria.

No plano jurídico não há como negar que este filósofo surge fortemente influenciado pelas primeiras concepções tecidas na *Petition of Rights* de 1628 que definiu posições jurídicas nos conflitos latentes entre o rei e o parlamento. Diversos incidentes ocorridos na época, conduziram o Parlamento a dirigir uma petição ao rei solicitando que este garantisse o respeito pelos antigos direitos e pelas liberdades territoriais. Do ponto de vista formal a petição não era uma declaração de direitos fundamentais, na acepção moderna. Antes se solicitava ao rei

³¹⁰ Cfr. ob., cit., *Dois Tratados do Governo Civil*, II, Cap. IV, § 25 e Cap. II, § 6, pp. 235, dizendo que o homem “(...) não goza de liberdade para se destruir a si mesmo.”

³¹¹ Cfr. ob., cit., *Dois Tratados do Governo Civil*, II., Cap. V, § 25 a 51, pp. 250-268.

³¹² Cfr. ob., cit., *Dois Tratados do Governo Civil*, II., Cap. IX, § 131, pp. 318 e 319.

uma *confirmatio cartarum*, que o monarca concedeu contra a sua vontade. Evidencia-se neste sentido, uma mudança semântica destas antigas liberdades quando agora se reivindicam sob as vestes de uma mera corroboração, direitos para todos os ingleses.

Arriscamos a referir que igualmente aderiu ao culto das garantias oferecidas pelo *Habeas Corpus Act* de 1679, que certificou a proteção contra detenções arbitrárias, tendo como antecessor imperfeito, o artigo 39.º da *Magna Carta*.

Mas foi no *Bill of Rights* de 1689, que Locke encontraria a garantia da defesa da liberdade de expressão e de debate, tão cara à sua doutrina e tão indispensável ao funcionamento da democracia. Rendido à descoberta dos direitos universais de liberdade, foi o melhor intérprete dos instrumentos jurídicos que mencionámos. Eles acabariam por ser instrumentos do desenvolvimento não só da sua teoria da divisão de poderes, mas também da sua ideia de que aos homens caberiam direitos e liberdades originárias e inalienáveis.

Se no plano dos factos políticos a Revolução de 1688 representou a vitória dos parlamentaristas sobre os absolutistas, no plano da teoria política, a luta travada far-se-ia não só pelos direitos do parlamento mas também pelas liberdades individuais intangíveis.

Neste contexto histórico, Locke, dois anos depois da Revolução Inglesa, finalmente se afirmava como uma grande personalidade da vida pública e intelectual inglesa e europeia, muito por causa do *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*.³¹³

Este significou igualmente “*uma autêntica revolução gloriosa na História das Ideias Políticas*”.³¹⁴ Confortavelmente instalado na casa de *Sir Francis Masham*, no *Essex*, aos cui-

³¹³ Acerca do relacionamento entre Locke e a Revolução Inglesa, J. W. Gough, *John Locke's Political Philosophy*, Eight Studies, Oxford, Clarendon Press, 1973, pp. 134-153.

³¹⁴ A frase é de Diogo Freitas do Amaral, *História do Pensamento Político Ocidental*, Almedina, 2012, pp. 195.

dados da sua amiga Damaris Masham, desempenhou as funções de Commissioner of Appeals desde 1689 e em 1696, membro do recém fundado *Board of Trade*.³¹⁵ Durante esta época, Locke foi de novo muito bem acolhido, desta vez por uma das mais eminentes personalidades de Reino Inglês, *Lord Somers*, como seu protegido. Passou os últimos dias da sua vida no *Essex*, na mansão de *Sir Francis and Lady Masham*, falecendo em Outubro de 1704.

Ocupa um lugar de privilégio no santuário liberal, sendo unânime o seu reconhecimento como uma das principais fontes inspiradoras das Declarações de Direitos. Foi o primeiro filósofo político a sustentar que o homem é, no estado de natureza, detentor de direitos individuais naturais, que ele considera serem no mínimo os seguintes: direito à vida, à propriedade, à liberdade e à saúde³¹⁶. No plano garantístico, “*todo o homem tem direito a punir o transgressor, e de ser executor do direito natural.*”³¹⁷

No primeiro grupo, para além do direito à vida, à liberdade e à saúde, Locke inclui também o direito de propriedade. Se por um lado defende que o Estado existe para proteger a propriedade de cada um, a verdade é que por outro lado, afirma que a propriedade para si é o conjunto de bens e direitos essenciais de que um indivíduo é titular, porque com eles nasceu – vida, liberdade e saúde – ou porque legitimamente os adquiriu – terras, casas, e utensílios diversos.

As afirmações contidas na *Declaração de Independência Americana* de 04/07/1776^{318 319 320}, elaborada por Thomas

³¹⁵ Para saber mais sobre a relação de Locke com o Board of Trade, *John Locke’s The great recoinage, and the origins of the Board of Trade: 1695-1698*, by Peter Laslett, in, *John Locke: Problems and Perspectives, A Collection of New Essays*, John W. Yolton (Ed.), Cambridge, University Press, 1969, pp. 137-164.

³¹⁶³¹⁶ Cfr. ob., cit., *Dois Tratados do Governo Civil*, II. § 6, pp. 235 e 236.

³¹⁷ Cfr. ob., cit., *Dois Tratados do Governo Civil*, II. § 8, pp. 236 e 237.

³¹⁸ Para consulta em www.arqnet.pt

³¹⁹ *Declaração unânime dos treze Estados Unidos da América:*

“*Quando, no decurso da História do Homem, se torna necessário a um povo que-*

Jefferson ao proclamar que “*todos os homens são criados iguais, são dotados pelo seu criador, de certos direitos inalienáveis, entre os quais estão a vida, a liberdade e a busca da felicidade*”³²¹ soam como um reflexo da teoria lockeana, cujo

brar os elos políticos que o ligavam a um outro e assumir, de entre os poderes terrenos, um estatuto de diferenciação e igualdade ao qual as Leis da Natureza e do Deus da Natureza lhe conferem direito, o respeito que é devido perante as opiniões da Humanidade exige que esse povo declare as razões que o impelem à separação. Consideramos estas verdades por si mesmo evidentes, que todos os homens são criados iguais, sendo-lhes conferidos pelo seu Criador certos Direitos inalienáveis, entre os quais se contam a Vida, a Liberdade e a busca da Felicidade. Que para garantir estes Direitos, são instituídos Governos entre os Homens, derivando os seus justos poderes do consentimento dos governados. Que sempre que qualquer Forma de Governo se torne destruidora de tais propósitos, o Povo tem Direito a alterá-la ou aboli-la, bem como a instituir um novo Governo, assentando os seus fundamentos nesses princípios e organizando os seus poderes do modo que lhe pareça mais adequado à promoção da sua Segurança e Felicidade. É verdade que a sensatez aconselha que não se substituam Governos há muito estabelecidos por razões levianas e momentâneas; e de facto a experiência mostra-nos que, enquanto lhe for possível suportar as contrariedades, a Humanidade está mais disposta a sofrer do que a reparar os erros abolindo as formas a que se habituaram. Mas quando um extenso rol de abusos e usurpações, invariavelmente com um mesmo Objetivo, evidencia a intenção de o enfraquecer sob um Despotismo absoluto, é seu direito, é seu dever, destituir tal Governo e nomear novos Guardas para a sua segurança futura. Tal tem sido o paciente sofrimento destas Colónias; e tal é agora a necessidade que as obriga a alterar os seus anteriores Sistemas de Governo. A história do atual Rei da Grã-Bretanha é uma história de sucessivas injúrias e usurpações, todas com o Objetivo último de estabelecer um regime absoluto de Tirania sobre estes Estados. Para provar tudo isto, que se apresentem os factos perante o Mundo honesto.(...)”

³²⁰ Segue-se em 1787, a Constituição Federal Americana, que inicialmente não englobava qualquer declaração de direitos fundamentais. Apenas dois anos mais tarde, o Congresso viria a aprovar dez emendas à dita Constituição, ou seja, artigos suplementares que garantiam direitos fundamentais. Estas *amendments* entrariam em vigor em 1791, após ratificação por três quartos dos Estados da União, fazendo desde então parte integrante do património constitucional americano. Posteriormente foi ainda complementado por outras emendas entre elas a 13.º e 14.º que concederam a cidadania e a liberdade aos negros e que eram normas constitucionais cujo fundo era formado pelo drama histórico da guerra civil norte-americana. Assim ensina, Reinhold Zippelius, ob., cit., pp. 426.

³²¹ Vide a importância do contrato social de Rousseau na Declaração de Independência Americana, em Ernst Bloch, *Derecho Natural e Dignidad Humana*, Aguilar, Madrid, 1980, pp. 63-68. Principalmente por Rousseau fazer “hastear a bandeira” da inalienabilidade absoluta da pessoa humana, partindo em defesa da liberdade indivi-

suporte, lhes proporciona o carácter de verdades evidentes, com que são acolhidas naquele texto.

Mas não ficamos por aqui. Também na *Declaração de Direitos da Virgínia* aprovada em 12/06/1776³²², se reconhece que “*todos os homens são por natureza igualmente livres e independentes e têm certos direitos inerentes, dos quais ao entrarem em sociedade não podem, por qualquer forma, privar ou desinvestir a sua posterioridade*” e na *Constituição do Estado da Carolina do Norte*, de 18/12/1776³²³, nega-se a qualquer homem ou grupo de homens, o direito a privilégios, distintos ou exclusivos, embora se ressalva “*em consideração de serviços feitos ao público.*” Isto soa a Locke, claramente.

A *Constituição do Estado de Massachusetts* de 1780³²⁴, iria bem mais longe. No seu artigo 1.º 1.ª parte pode ler-se: “*Todos os homens nasceram livres e iguais, e tem certos direitos naturais, essenciais, e inalienáveis, e entre eles se deve contar primeiramente o direito de gozar da vida e liberdade, e o de defender uma e outra; depois destes, o direito de adquirir propriedades, possuí-las, e protege-las, em fim o direito de obter a sua segurança e a sua felicidade.*”

Neste três instrumentos Locke seria teria uma severa influência. Como refere Sílvia Alves, na principal obra política de Locke, *Dois Tratados sobre o Governo Civil*, “os direitos do homem permanecerão intransponíveis pelo poder político.”³²⁵

dual e do seu poder onnipotente, que penetra na vontade geral da comunidade. O filósofo não apenas ensina a revolução como também o controlo permanente das suas conquistas pelo povo, e isto justamente através da inalienabilidade dos direitos do homem.

³²²Para consulta em, <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-à-criação-da-Sociedade-das-Nações-até-1919/declaracao-de-direitos-do-bom-povo-de- virginia-1776.html>.

³²³ Ver na íntegra em <http://www.nhinet.org/ccs/docs/nc-1776.htm>.

³²⁴ Disponível em <https://malegislature.gov/laws/constitution>

³²⁵ Cfr. o artigo doutrinal de Sílvia Alves, *As Raízes Setecentistas dos Direitos Humanos*, pp. 6, que ainda se encontra em processo de publicação, e que a autora gentilmente nos cedeu para estudo.

Inicialmente movido pelo problema político da tolerância, escreve *as Cartas sobre a Tolerância*³²⁶, movido pelo cenário de perseguição religiosa que se vivera em Inglaterra. Locke embrenha-se numa narrativa percursora da tolerância religiosa, expressando a sua impaciência em relação a determinados grupos de cristãos e autoridades eclesiásticas que insistiam em impor as suas doutrinas e dogmas, prática contrária ao Evangelho. O ponto nodal, na sua doutrina da tolerância religiosa, é a autonomia da sociedade civil face à religiosa³²⁷. Defende o autogoverno do indivíduo, a sua liberdade de consciência, de corpo e a propriedade, como foro interno, individual e que apenas cabe a cada um o cuidado da sua alma e da sua salvação. O Estado deveria tão ocupar-se das questões terrenas e não de assuntos pessoais. Assume desta forma a liberdade de consciência e religião, como anticorpos do poder político na pós-modernidade. O que Locke espera do Estado neste domínio, é a neutralidade perante as questões da alma. A tolerância tal como a concebe, aplica-se ao exercício da liberdade, que não é “licença” para fazer tudo! A liberdade humana tem sentido, para o pensador, em relação à lei da natureza, que é uma lei racional.

Interessa-se posteriormente pela reflexão sobre os limites do poder da autoridade política, da sua legitimidade, e sobre a origem e conteúdo da lei da natureza, fundamento daquela autoridade. Assinala como principais deveres do homem, adorar a Deus, viver em Sociedade e a sua autoconservação – *Ensaio sobre a Lei da Natureza* (1660-1662)³²⁸. A lei natural é a pedra fundacional da filosofia política de Locke.³²⁹ Para Locke, antes do contrato social e da criação do Estado, já existia um

³²⁶ Vide a *Carta sobre a Tolerância*, Edições 70, 2004.

³²⁷ Cfr. *The Political Thought of John Locke*, de John Dunn, Cambridge University Press, 1969, pp. 33-40, especificamente sobre “*The Essay on Toleration*”.

³²⁸ Versão original, *Essays on The Law of Nature and associated writings*, Oxford, University Press, 2002.

³²⁹ Assim afirma J. W. Gough, *John Locke's Political Philosophy*, ob. cit., pp. 1.

começo de ordem social: direitos distintos, pré constituídos, já no estado de natureza. Com o contributo de Locke a teoria do contrato social “*sufre un giro muy radical*”³³⁰, ou seja, a visão do estado de natureza ou estado ou estado pré-social é muito mais positiva e o poder político resultante do contrato social sente-se mais limitado e comprometido com a garantia de certos direitos naturais, até ao ponto de derivar a sua legitimidade, em origem e exercício, desse compromisso.

Com John Locke estamos na presença de um teórico da monarquia constitucional e com um dos maiores percursores do credo liberal. A sua influência nas Declarações de Direitos americanas e francesas, no último terço do século XVIII, foi absoluta e determinante.

a. ORIGEM DO PODER POLÍTICO, ESTADO DE NATURAL E IGUALDADE:

*“Para compreender bem o poder político, e derivá-lo da sua origem, devemos considerar em que estado se encontram por natureza os homens, o qual é um estado de perfeita igualdade para ordenar as suas ações, dispor das suas posses e pessoas, como bem lhes aprouver, dentro dos limites da lei natural, sem ter de pedir licença, nem depender da vontade de qualquer outro homem.”*³³¹

Perante o problema do Direito e do Estado, Locke tem a mesma atitude que tivera perante o problema das ideias. Compreender o poder político é sabe-lo derivar da sua origem, decompô-lo e analisá-lo nos seus elementos mínimos, ponderando-os posteriormente. Compreender o poder político é igualmente reconstituir pela análise abstrata, a formação da sociedade, a partir do estado natural do homem, antes de tal poder

³³⁰ Cfr. Ob. cit. de Gregorio Peces-Barba Martinez/ Fernandez Garcia, Eusébio (Dir.), *Historia de los Derechos Fundamentales, Tomo I: Transito...*, pp. 25.

³³¹ Cfr. a obra já cit., *Alguns Pensamentos sobre a Educação*, § 105.

existir. Este estado natural, não era para John Locke como era para Hobbes, um Estado necessariamente de guerra, mas um estado de perfeita liberdade.

Melhor ainda, seria a liberdade de os homens dirigirem as suas ações e disporem dos seus bens como entenderem, observando simplesmente os limites da lei natural que lhes preceitua, acima de tudo, a sua conservação e a dos outros. Tal estado não exclui certos sentimentos de benevolência entre eles, sendo essa lei tão clara e inteligível como a própria luz da razão. Mais fácil de se entender do que as imaginações e os artifícios dos homens. Neste estado todos os homens são livres e iguais, como se constatará mais adiante, a nenhum pertencendo qualquer poder sobre os demais.

Mas este mesmo estado de natural traz consigo inúmeros inconvenientes, derivados das paixões humanas e o remédio para os combater, na óptica do filósofo, é a existência do Estado ou se quisermos, do governo civil. Tal governo é entendido por ele como o direito de fazer as leis dotadas de sanção, incluindo a pena de morte, com o fim de conservar e regular a propriedade; organizar uma força comum e finalmente, defender a república contra os inimigos externos, garantindo o bem público.

O ato pelo qual este governo se funda, pondo termo ao estado natural é o contrato social. É por meio dele que os homens mutuamente concordam em se unir numa comunidade e formar um corpo político. Assim nasce o Estado.

No primeiro Tratado sobre o Governo Civil, afirma que *“Deus criou o Homem e plantou nele, (...)um forte desejo de preservação de si mesmo, (...) Pois o desejo, o forte desejo de preservar a sua vida e o seu ser foi plantado no homem como um princípio de ação do próprio Deus; assim, a razão, que era a voz de Deus no homem, ensinou-lhe e assegurou-lhe que, ao prosseguir esta inclinação natural do seu ser, (...) estaria a*

corresponder à vontade do seu Criador (...).”³³² Como os dois Tratados bem demonstram, o filósofo quer afirmar o homem como propriedade de Deus (fundamentando a proibição de suicídio) e como propriedade de si mesmo (sustentando a inviolabilidade pessoal de todos os indivíduos) gerando-se incongruências entre os dois conceitos. No entanto, esta última premissa, torna-se mais transparente em termos de direitos individuais do que de obrigações impostas pela lei natural.

Portanto, o estado de liberdade para o Locke, não é um estado de “*licenciosidade*”³³³, ou seja, apesar de o homem ter liberdade para dispor da sua pessoa, não goza de liberdade para se destruir a si mesmo. O fim nobre da autoconservação é aqui, mais do que evidente. “*O estado de natureza é governado por uma lei natural a que todos estão sujeitos. A razão que é essa mesma lei, ensina a Humanidade inteira (...) que, sendo todos iguais e independentes, ninguém deve lesar outro na sua vida, na sua saúde, na sua liberdade, nem nas suas posses.*”^{334 335}

A diferença entre licenciosidade e liberdade, reside na existência de um regra que condiciona a ação. A igualdade jurídica, assegurada, como veremos, pelo império da lei, permite a ação livre da interferência de terceiros, criando e protegendo a esfera de autodeterminação. A lei surge como elemento constitutivo de liberdade, pois fornece regras que velam e vedam a conduta individual.³³⁶ A razão é o meio de conhecimento dessa lei. É assim que se adquire a liberdade política. Viver sob o governo das leis é o único caminho da existência política livre

³³² Cfr. ob., cit., *Dois Tratados do Governo Civil*, I. § 86, pp. 165.

³³³ Cfr. ob., cit., *Dois Tratados do Governo Civil*, II. § 6, pp. 235.

³³⁴ Cfr. ob., cit., *Dois Tratados do Governo Civil*, II. § 6, pp. 235 e 236.

³³⁵ Veja-se comparativamente o Artigo 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de Agosto de 1789: - “*A liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique outrem, assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela Lei.*”

³³⁶ Cfr. ob., cit., *Dois Tratados do Governo Civil*, II. § 222, pp. 376-378.

e racional. Neste sentido cada homem irá procurar “(...) *asilo debaixo da alçada das leis estabelecidas pelos governos.*”³³⁷

Neste sentido, a teoria da lei civil é o reflexo da teoria abrangente da liberdade que o autor expôs ao longo da sua obra, em especial, no *Ensaio sobre o Entendimento Humano* em que se repete a ideia de que o homem é um ser livre, por oposição ao conceito de necessidade, que ocorre quando aquele não atua de acordo com a sua volição.^{338 339}

O homem que vive em estado de natureza, poderá executar a lei natural que ordena a paz e a preservação da Humanidade, justamente impedindo que outrem, viole os seus direitos. Por causa deste facto se admite o castigo e a punição aos transgressores da lei natural.³⁴⁰ Implicitamente aceita que isto conduzirá à insegurança e à injustiça:³⁴¹ “(...) *no estado de natureza, todo o homem tem o poder para matar um homicida, tanto para dissuadir outros de cometer a mesma injúria, que não pode ser compensada por nenhuma indemnização através do exemplo do castigo (...). O infractor pode, portanto ser destruído por um leão ou por um tigre, um desses animais selvagens com os quais o homem não pode viver em sociedade, nem em segurança.*”³⁴²

³³⁷ Idem..., II, § 127, pp. 317.

³³⁸ Vide II. xxi.8.

³³⁹ Também aqui neste Ensaio, o “*poder de suspender a execução e a satisfação dos desejos é a fonte da liberdade humana, pois permite considerar os seus objetos, examiná-los de todos os ângulos e compará-los.*”; “*Aqui se baseia a liberdade que o homem possui.*”, II. xxi.48. É o “*o julgamento racional que determina a conduta do homem livre*”, II, xxi.49-52, 71.

³⁴⁰ Cfr. ob., cit., *Dois Tratados do Governo Civil*, II, § 7 e 8, pp. 236 e 237.

³⁴¹ Sobre os deveres naturais, em especial, um dos mais fundamentais, a justiça, vide John Rawls, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1971 pp. 108-117.

³⁴² Cfr. ob., cit., *Dois Tratados do Governo Civil*, II, § 11, pp. 238 e 239. Vide ob., cit., J. W. Gough, *John Locke's Political Philosophy*, pp. 25 e 26, em que Locke usa o Livro dos Génesis 9:6 para sustentar a legitimidade da tese do direito de retaliação ou punição. Para ele, esta tese era tão clara e a lei natural tão fundamental, que até Caim, o primeiro assassino de outros homem (seu irmão) estaria convencido disto mesmo. A esta ideia se faz referencia na obra cit., *John Locke: Problems and Per-*

O estado de natureza é assim, “(...) *inseguro e intranquilo*”.³⁴³ “*Cada transgressão pode ser punida até ao grau, e com a severidade, que for suficiente para tornar o crime um mau negócio para o infractor, para lhe dar causa de arrependimento e aterrorizar os outros que tencionem agir de forma semelhante.*”³⁴⁴ Esta é a doutrina do poder executivo da lei natural, que quer dizer, que naquele estado, cada um é simultaneamente juiz e executor da lei natural.³⁴⁵ “*O homem nasce, (...), com um título à liberdade perfeita e ao gozo ilimitado de todos os direitos e privilégios da lei natural, em igualdade com qualquer outro homem ou grupo de homens no mundo; tem por natureza o poder não só de proteger a sua propriedade, isto é, a sua vida, a sua liberdade e os seus bens.*”³⁴⁶

A liberdade e a igualdade naturais³⁴⁷ aparecem como a única premissa, capaz de sustentar o desenvolvimento da individualidade e da ética que a acompanha. Defende-se que o homem que vive em Estado de Natureza (a lei divina ou moral é a lei que o rege), sem leis nem governação, à sua mercê, não tardará a conduzir-se à insegurança e à injustiça.³⁴⁸ “(...) *Todos os homens estão por natureza nesse estado*³⁴⁹, e aí permanecem,

spectives,..., “*The State of Nature and The Nature of The Man*”, artigo de Hans Aarsleff, pp. 129 e 130.

³⁴³ Cfr. ob., cit., *Dois Tratados do Governo Civil*, II, § 131, pp. 319.

³⁴⁴ Cfr. ob., cit., *Dois tratados do Governo Civil*, II, § 12, pp. 239 e 240. Locke acaba por admitir que as ofensas cometidas no estado de natureza, podem também ser punidas no estado de natureza com um castigo igual e tão severo como no seio de uma comunidade política. Talvez se pergunte, com a morte? Parece que sim.

³⁴⁵ Cfr. ob., cit., *Dois Tratados do Governo Civil*, II, § 125, pp. 316.

³⁴⁶ Cfr. ob., cit., *Dois Tratados do Governo Civil*, II, § 87, pp. 289 e 290 e especificamente sobre o direito de propriedade tal como o entende, *vide* o Cap. V, pp. 250 a 268, cujo esforço principal do autor é justificar a sua origem natural.

³⁴⁷ Cfr. ob., cit., *Dois Tratados do Governo Civil*, II, § 4 e 5, pp. 233 e 234.

³⁴⁸ Deve ler-se “*The State of Nature*”, em ob., *supra* cit., *The Political Thought of John Locke*, de John Dunn..., pp. 96-119.

³⁴⁹ Mais, afirma que “(...) *todos os príncipes e governantes dos governos independentes, em todo o mundo, estão no estado de natureza, o que evidencia que o mundo nunca esteve, nem jamais estará destituído de um grande número de homens nesse estado.*” *In*, *Dois tratados do Governo Civil*, II, § 13, pp. 240 e 241.

até que, pelo seu próprio consentimento, se façam membros de alguma sociedade política”.³⁵⁰ ³⁵¹Nesta senda, julga necessário um sistema de poder, protetor do próprio homem. Em face das condições sociológicas e tendências anárquicas que vivenciou, a existência de um poder político, aparece como indispensável à ordem e conservador da paz e da vida social.

A razão indica o caminho da constituição da sociedade política³⁵², sob a pressão do perigo ameaçador do estado de natureza. Antes da criação do poder público, o homem em estado natural é regido pelos imperativos com origem em Deus, que pautam (moralmente) as nossas ações, e que são conhecidos através da razão. John Locke assume que com a constituição da sociedade, os homens não pretendem apenas garantir a sua preservação, mas também a sua liberdade e propriedade. Esta sociedade política, deve ser é um corpo formado por pessoas voluntariamente unidas que dispõem de uma lei comum

³⁵⁰ Veja-se o paralelo que podemos estabelecer com o Artigo 2º, da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, de 26 de Agosto de 1789: “O fim de toda a associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses Direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.” De facto, soa demasiado à teoria de Locke, como iremos constatando.

³⁵¹ Mello Freire (1738-1798), por exemplo, evita assumir a posição de que o homem nasce livre, preferindo dizer, “*hodie nemo servus nascitur*”. Sílvia Alves, na ob. já anteriormente cit. *Para uma Teoria da Interpretação da Lei na Obra de Mello Freire*, BFDUL, Lisboa, 1993, § 12, pp. 189, ensina que, segundo aquele autor, a liberdade será conferida ou outorgada pelo Poder político, ou seja, pelo Rei, que se não limita a reconhecê-la e a proporcioná-la. Mais, está na sua disponibilidade a norma que a constitui. “*neste sentido, a liberdade é adquirida pelo homem através da vida em sociedade.*” Este dado opõe-se claramente à tese iluminista e liberal de Locke. No entanto, de forma aparentemente contraditória, Mello Freire admite uma “*voz da natureza*” que expressaria “*uma predisposição natural do homem para a liberdade (ou um seu entendimento possível)*”, constatando concomitantemente que aquela “*voz da natureza*”, se incompatibiliza com “*as razões civis e políticas*”. Aqui, a ilustre Professora reconhece, pelo contrário, as teorias iluministas segundo as quais a sociedade compromete a liberdade natural e originária do homem, e portanto, Freire estaria mais próximo da filosofia lockeana.

³⁵² Cfr. ob., cit., *Dois Tratados do Governo Civil*, II. §§ 94, 124, 134, 136, 138 e 222.

estabelecida e de uma judicatura à qual podem apelar.³⁵³ No fundo, o que eles esperam desta sociedade política é que ela seja um “árbitro”.

Os indivíduos renunciam³⁵⁴ a dois poderes ou direitos, ou se quisermos, duas liberdades, de que gozam em estado de natureza. Primeiramente, o homem renuncia ao poder de fazer tudo o que ache conveniente para a autoconservação³⁵⁵. Por outras palavras, ao ingressar na sociedade civil, prescinde do direito a assegurar a sua preservação, submetendo-se a uma lei civil efetiva³⁵⁶ que regule as relações entre os homens. Em segundo lugar, os homens que se associam politicamente, deixam de lado, o exercício do direito natural de execução da lei natural, transferindo esse direito para a nova sociedade política.³⁵⁷ Não é apenas o consentimento, mas também a derivação do poder político, que cunham individualisticamente a teoria do Estado de Locke. Já o governo, esse é instaurado pela comunidade política constituída e portanto, fundado no consentimento expresso³⁵⁸. É este pormenor que lhe dá legitimidade.

³⁵³ Cfr. ob., cit., *Dois Tratados do Governo Civil*, II. § 87, pp. 289 e 290.

³⁵⁴ Renúncia individual em benefício da sociedade, *Dois Tratados do Governo Civil*, II. § 131, pp. 318 e 319. Mais, “*O poder legislativo é aquele que tem o poder de determinar como a força da comunidade política, será empregue na preservação da comunidade e dos seus membros*”, 2.º Tratado, §143, pp. 209. É o poder legislativo que segundo Locke, supera o estado de natureza, porquanto esse poder “*é a alma que dá forma, vida e unidade à comunidade política.*”, 2.º Tratado, § 212, pp. 372. No fundo sair do estado de natureza e constituir uma sociedade civil é essencialmente formar uma assembleia legislativa!

³⁵⁵ Cfr. ob., cit., *Dois Tratados do Governo Civil*, II. § 128, pp. 317.

³⁵⁶ Cfr. ob., cit., *Dois Tratados do Governo Civil*, II. § 130, pp. 318.

³⁵⁷ Cfr. ob., cit., *Dois Tratados do Governo Civil*, II. § 127, pp. 317. É aqui que reside toda a origem do poder político. Tanto o poder legislativo como executivo, resultam da transferência daquele direito de punição, que por natureza, pertence aos indivíduos. O poder político, incluindo o poder “supremo” de legislar, é originariamente um poder executivo e tem na sua essência, um resíduo intrinsecamente judicial, porque cada indivíduo, no estado de natureza, é executor e juiz.

³⁵⁸ Vide a problemática levantada pelos §§ 100-104, *Dois Tratados do Governo Civil*, ob., cit., adicionando o autor uma solução, o consentimento tácito, que não compromete politicamente o indivíduo nem o Estado por oposição consentimento expresso, que o faz, obrigatório para a formação da sociedade.

A passagem do Estado de natureza ao Estado de Sociedade, implica necessariamente a restrição da liberdade natural. De um certo ponto de vista, os indivíduos que aderem a esta comunidade política, subordinam a sua auto-preservação à preservação da colectividade. Daí que a sua sujeição aos poderes políticos legítimos e confiáveis não possa ser posta em causa. Cria-se deste modo, um Estado que edifica a ideia de um poder político limitado.

Qual o alcance legítimo do poder político? Em termos contratualistas, que porção de liberdade deve ser cedida pelos indivíduos ao Estado para a construção da sociedade política? O Homem deve ceder a sua liberdade ou parte dela? Na resposta a estas questões radica a diferença entre a postura autoritária e a postura liberal.

Em sùmula, impera a construção de um poder limitado, a partir da renúncia voluntária de um *quantum* de direitos e liberdades naturais que possibilitam a formação do Estado da dita sociedade política. Estamos diante duma renúncia de cada um, ao seu direito natural (subjectivo) de repressão de infracções do direito natural (objectivo), delegando no Estado, o poder de legislar, de executar as Leis, de julgar os litígios civis e punir os criminosos – Justiça Pública – inversa à privada, típica do Estado de Natureza e do feudalismo medievo. Esta delegação de poderes far-se-á no contrato social.

Constituída a comunidade política, falta instituir o governo civil.³⁵⁹ Locke atribui ao conjunto da comunidade política,

³⁵⁹ Locke, quer distinguir claramente a comunidade política do governo civil, para escapar à teoria dos dois pactos (de associação e de sujeição) de Pufendorf (deste autor, veja-se as duas obs. já cit. em notas 46, 47 e 48). O *Segundo Tratado do Governo Civil* pretende refutar e superar o horizonte absolutista. Se por um lado, Locke aceita uma das regras fundamentais dos teóricos da soberania, a saber, que em todas as sociedades tem de existir um poder supremo, soberano (legado de Bodin e Hobbes), por outro lado, a concepção da tripartição de poderes e a luta pela moderação do poder político, levam-no a resistir à aceitação de outras regras fundamentais incluídas no conceito de soberania - § 3, pp. 232. Para ele o poder legislativo é supremo, até porque corrige Bodin e Hobbes ao isolar praticamente “o poder de

à maioria dos seus súbditos, a faculdade não só de escolher os seus governantes, mas também a forma de governo. Todas as escolhas livres, são para o filósofo, cobertas pela preocupação do desejo de auto-preservação e propriedade. Facilmente se apercebe que existem formas de governo mais compatíveis com a proteção dos direitos individuais do que outras.

O preâmbulo da *Constituição de Massachusetts de 1780*³⁶⁰, acolhe na íntegra as ideias de Locke sobre o fim da sociedade política e do governo instituído por consentimento dos súbditos: “*The end of the institution, maintenance, and administration of government is to secure the existence of the body-politic, to protect it, and to furnish the individuals who compose it with the power of enjoying, in safety and tranquillity, their natural rights and the blessings of life; and whenever these great objects are not obtained the people have a right to alter the government, and to take measures necessary for their safety, prosperity, and happiness.*”

A *Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã*³⁶¹, um texto jurídico produzido em Setembro de 1791, pela escritora Marie Gouze conhecida por Olympe de Gouges, exige *status* de completa assimilação jurídica, política e social das mulheres. Também o seu artigo II dispõe que “*a finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis da mulher e do homem: estes direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança, e sobretudo a resistência a opressão.*” O espírito e a letra dos instrumentos internacionais que fomos indicando, incluindo esta singela Declaração contêm no seu espírito e letra, fortes ressonâncias das teorias do contrato social e dos direitos naturais, inatos, inalienáveis e

fazer leis que determinam a vida e a morte” como “marca da soberania” e ao excluir esta propriedade, do pronunciamento da sentença de morte, Primeiro Tratado, §129, pp. 197 e 198.

³⁶⁰ Disponível em <http://www.nhinet.org/ccs/docs/ma-1780.htm>

³⁶¹ Em francês, *Déclaration des Droits de la Femme et de la Citoyenne*, disponível em <http://www.eselx.ipl.pt/ciencias-sociais/tratados/1789mulher.htm>.

imprescritíveis do homem, chamados a remover a estrutura social, política e jurídica das sociedades do seu tempo e a conquistar um passo em direção ao futuro, irreversível, como se verá, na história dos direitos humanos.³⁶²

E principalmente, chega finalmente à conclusão de que existem formas de governo, como a monarquia absoluta, que jamais podem reivindicar o consentimento dos homens³⁶³. Tece, pois, a necessidade de estabelecer um juiz comum a todos quantos fazem parte da comunidade política, para melhor assegurar a proteção dos direitos individuais pré-políticos. Contudo, também infere que nem sempre “há jurisdição neste mundo para decidir as controvérsias que surgem entre os homens”³⁶⁴ Em Locke a diferenciação de poderes serve mais o seu equilíbrio do que separação propriamente.³⁶⁵

As leis positivas, emanadas do poder legislativo³⁶⁶, devem ser atualizações ou interpretações da lei natural. “*muitas das leis civis dos países (...) só são justas na medida em que estejam fundadas na lei natural (...).*”³⁶⁷ O poder legislativo “*não tem outro fim senão a preservação e portanto, jamais tem o direito de destruir, escravizar ou empobrecer deliberadamente os seus súbditos. As obrigações da lei natural não cessam na sociedade; (...) a lei natural permanece como a regra*

³⁶² Cfr. a ob. já cit. de Gregorio Peces-Barba Martínez/ Fernández García, Eusébio/ Rafael de Asís Roig (Dir.), *Historia de los Derechos Fundamentales...*, pp. 38.

³⁶³ Cfr. ob., cit., *Dois Tratados do Governo Civil*, II, § 90, pp. 291 e 292, concluindo, embora “tardiamente”, que a monarquia absoluta, “*é, na realidade, incompatível com a sociedade civil, e portanto, não pode ser considerada sequer como forma de governo civil.*”

³⁶⁴ Cfr. ob., cit., *Dois Tratados do Governo Civil*, II, § 241, pp. 392. Assim, do facto dos homens, do homem no Mundo, do político e das suas forças, pode este julgar, mas o direito (a lei natural, a lei da razão) é-lhe indisponível enquanto tal.

³⁶⁵ Neste sentido, de Rui Guerra da Fonseca, *Montesquieu e a moderna identidade do poder administrativo*, in, *Direito & Política*, Vol. 01, Out.-Dez./2012, pp. 97, nota n.º 29, *in fine*.

³⁶⁶ Ainda sobre o poder legislativo em Locke, vejamos as palavras de Simone Goyard-Fabre, *Les Grandes Questions de la Philosophie du Droit*, Presses Universitaires de France, 1986, pp. 69 e 70.

³⁶⁷ Cfr. ob., cit., *Dois Tratados do Governo Civil*, II, § 12, pp. 239 e 240.

*eterna de todos os homens, sem exceptuar os legisladores. As regras a que estes submetem as ações dos outros homens, à semelhança das suas próprias ações, têm de se conformar à lei natural, isto é, à vontade de Deus, da qual essa lei é uma manifestação. E sendo a lei natural fundamental para a preservação do género humano, toda a sanção humana que se lhe oponha é inválida e não tem valor.”*³⁶⁸

Resulta inequívoco para John Locke o seguinte: as leis civis, emanadas da vontade do poder legislativo, quando legítimo, traduzem as opções políticas a que todos os súbditos estão sujeitos. São padrão de Direito político. A submissão de todos os súbditos é a fórmula da liberdade política.³⁶⁹

No que tange à tripartição de poderes, embora Locke não possa reclamar o título de seu descobridor, a sua exposição contribuiu fortemente para as teorizações posteriores.³⁷⁰ De facto, a discussão acerca das componentes da soberania, já havia adquirido um grau elevado de sofisticação antes dele. Apesar do debate não ser tipicamente inglês, a sua configuração constitucional e a relativa decadência do prestígio da noção de governo misto, dariam à Inglaterra um lugar cimeiro no debate institucional segundo o critério dos poderes políticos.

Este autor distingue três poderes, o legislativo, o executivo e o federativo. Tendo em conta que o poder político provém diretamente do poder executivo da lei natural, e que este continua um elemento judicial e outro plenamente executivo, podemos constatar que quando esse poder de julgar é confiado pela sociedade civil a uma assembleia temos o poder legislativo. Este é “o poder supremo da comunidade política.”³⁷¹ Indepen-

³⁶⁸ Cfr. ob., cit., *Dois Tratados do Governo Civil*, II. § 135, pp. 202.

³⁶⁹ Cfr. ob., cit., *Dois Tratados do Governo Civil*, II. § 22, pp. 247 e 248, no Capítulo dedicado à escravatura.

³⁷⁰ Vide o exemplo de Montesquieu, ob. já cit., *Do Espírito das Leis*, XI, Cap. VI, início.

³⁷¹ Cfr. ob., cit., *Dois Tratados do Governo Civil*, II. § 134, pp. 321 e 322 e, § 132, pp. 319 e 320.

dentemente da sua forma, o poder legislativo deve ser sempre representativo, pois dada a sua missão de fazer as leis, ninguém deve ser obrigado a obedecer a regras que não consentiu. *Ex positis*, quando o poder de executar é confiado pela sociedade civil a um magistrado (ou vários), aí estará o poder executivo (e federativo).

A representação política no poder legislativo, institucionaliza o consentimento sem o qual, nenhum governo pode reivindicar legitimidade. O governo civil legítimo é *ipso facto*, um governo limitado. Encontra os seus limites bem definidos pelos direitos individuais dos súbditos, pelo seu consentimento, e pelas leis positivas e naturais, às quais, todos estão submetidos, incluindo os magistrados.³⁷² A ação governativa pressupõe um ponderação do bem público, requer por vezes, que a letra da lei seja silenciada ou que o direito de propriedade deste ou daquele súbdito, seja restringido.³⁷³

Podemos dizer, com base na filosofia política de Locke que o governo civil encontra o seu derradeiro limite no “poder do povo”.³⁷⁴ Neste caminho, o direito à revolução é exercido legitimamente contra os poderes políticos tirânicos. A natureza contratual da sociedade política e a natureza fiduciária do governo civil, concedem robustez e densidade moral ao direito de defesa dos direitos inalienáveis, admitindo-se nesta sede, um direito de resistência.

O povo, que adensa e comunidade política é o verdadeiro “Tribunal Constitucional” da teoria política de Locke. Tal como é inegável o contributo da sua filosofia na evolução da sociedade política e na construção, que ainda hoje decorre, do Direito Internacional dos Direitos Humanos, eterno edifício inacabado, também é certo, que o individualismo do seu pensamento, apesar de ser de origem democrática, catapultou para

³⁷² Cfr. ob., cit., *Dois Tratados do Governo Civil*, II, § 66, pp. 145 e 146.

³⁷³ Cfr. ob., cit., *Dois Tratados do Governo Civil*, II, § 159, pp. 340 e 341.

³⁷⁴ Cfr. ob., cit., *Dois Tratados do Governo Civil*, II, § 149, pp. 331 e 332.

a realidade da época, um homem egoísta, isolado, que procurava as virtudes apenas em si mesmo, numa pequena sociedade onde se insere, para seu próprio uso, que reclama autossuficiência.

Para a concepção individualista, os valores culturais e colectivos, acham-se ao serviço dos valores da personalidade. A ideia suprema do individualismo, é a liberdade. O Estado e o Direito, não passam de instituições para a segurança e promoção do bem-estar dos indivíduos.³⁷⁵ Aqui jaz o paradigma do liberalismo. O Estado liberal mais não seria que um instrumento ao serviço dos interesses dos indivíduos, originariamente soberanos. No entanto, tendo em vista a sua própria garantia, o Estado e o Direito podem comprimir um tanto os direitos de cada um (quantum de direitos e liberdades cedidos parcialmente e com reserva para a constituição da sociedade pactística), na medida em que isso seja exigido pela salvaguarda dos direitos dos outros.

Os direitos naturais dos indivíduos são fruto do casamento do sistema de Hobbes e da Escola de Direito Natural. Locke inaugura uma orientação jusnaturalista “*demoliberal*”³⁷⁶ e mistura ao sistema de Hobbes³⁷⁷, um argumento emprestado de Grócio, que se dedicara a deduzir da lei natural a existência de direitos subjetivos naturais ao indivíduo. Assim, se Deus impôs a cada homem, por meio da lei natural (confirmada nas escrituras), o dever de conservar, de crescer, e de se multiplicar. Daqui se deduzirá que o homem recebeu os meios de crescer e de prosperar, ou seja, os direitos indispensáveis ao exercício destes deveres.³⁷⁸

³⁷⁵ Neste sentido, Gustav Radbruch, *Filosofia do Direito*, Coleção stvdivm, Arménio Amado Editor, Coimbra, 1974, pp. 130 e 131.

³⁷⁶ A expressão é de A. M. Hespanha, ob., cit., pp. 318.

³⁷⁷ Thomas Hobbes foi representante originário do jusnaturalismo de cariz absolutista e Samuel Pufendorf seu posterior precursor, servindo a sua obra de base ao despotismo iluminado europeu, desde a Prússia e a Áustria até Portugal. Assim refere A. M. Hespanha, ob., cit., pp. 318, nota n.º 588.

³⁷⁸ No mesmo sentido, Michel Villey, *Filosofia do Direito*, Definições e fins do

Nas suas profundas e lustrosas considerações, John Locke promulga em definitivo, parece-nos, alguns dos elementos precípuos de um regime democrático^{379 380}, tal como é entendido hoje: - a origem e o fundamento do poder político no povo; - a separação entre poder legislativo e poder executivo, ambos em mãos diferentes; - o poder legislativo como o principal dos poderes do Estado, constituído por representantes do povo, eleitos democraticamente; - decisões daquele eleitorado e do parlamento tomadas por maioria, devendo-lhes todos estrita obediência; - O Estado como guardião e garante do bem comum e interesse público, sempre limitado ao respeito pelos direitos fundamentais dos particulares; - Por isso dos atos arbitrários, injustos ou lesivos, praticados pelo Rei ou pelo seu executivo contra estes direitos, pode deles apelar-se para os tribunais, constituídos por juízes independentes.

direito; Os Meios do Direito, Martins Fontes, S. Paulo, 2008, pp. 147 e 148.

³⁷⁹ Embora a interpretação democrática do contrato social assuma que o fundamento da consociação dos homens é um contrato de sociedade cujo conteúdo depende da vontade dos contraentes e de nada mais, de modo que a Constituição e as leis não estão sujeitas a nenhum limite superior. Para o liberalismo que Locke promulga, aquele contrato não pode contrariar nem a natureza de quem o contratualizou, nem as finalidades para que se contratou. Se a natureza humana e os seus objetivos naturais forem afetados pelos termos estabelecidos no dito contrato, este não poderá valer nesses termos. Por isso, tanto a Constituição como as leis terão de estar limitadas pelos direitos naturais do homem, pela sua própria natureza, natureza esta que é prévia e superior ao direito proveniente do pacto. Locke reconhece ainda que implicitamente que o direito voluntário (direito positivo) está subordinado ao direito natural, como direito correspondente à natureza do homem e das sociedades humanas. Esta concepção, ninguém duvida, é a base da descoberta e reconhecimento dos direitos humanos. Este é para António Manuel Hespanha “o legado dourado do direito moderno”, ob., cit., pp. 342-344.

³⁸⁰ Vide, da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, de 26 de Agosto de 1789, os Artigos 3º: *O princípio de toda a soberania reside essencialmente em a Nação. Nenhuma corporação, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que aquela não emane expressamente*; 12º: *“A garantia dos direitos do Homem e do Cidadão carece de uma força pública; esta força é, pois, instituída para vantagem de todos, e não para utilidade particular daqueles a quem é confiada*”; e artigo 16º: *“Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição*”. É evidente a influência da filosofia de Locke, neste histórico instrumento.

O otimismo social e filosófico de Locke fá-lo pensar que, tendo o homem tendência para a felicidade e para a utilidade, era possível instaurar uma ordem social dirigida aos instintos hedonistas dos homens. Tal seria o estado de natureza, que “*longe der ser uma hipótese, era um ideal realmente possível, e que, para Locke, correspondia à idealização da sociedade burguesa da Inglaterra do seu tempo.*”³⁸¹ Os direitos subjetivos mantinham-se deste modo na sociedade civil e deveriam ser respeitados na sua organização, sob ameaça de os indivíduos poderem pôr termo ao governo tirano que assim se distanciava dos fins para que fora constituído.

Para a salvaguarda do Direito, Locke pretendia a separação entre deliberação e efetivação, que constituía a regra, mas autorizava a exceção no seio do poder executivo, como mecanismo corretivo fundado na lei natural, apresentando-se ambas, regra e exceção, numa relação dialéctica, como essenciais à preservação do Direito. O conceito de lei no iluminismo é importante porque compatibiliza *ratio* e *auctoritas*. Neste sentido, a lei surge enquanto norma geral e abstrata com origem na vontade geral. Esta concepção irradiou para o artigo 6.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, formando a base teórica ao necessário congraçamento entre a supremacia da vontade geral e a separação de poderes.

A separação de poderes é entendida por Locke como uma exigência da razão, deduzida do próprio propósito da lei. A lei no período em questão significou pois, um momento muito especial: a racionalização do Estado.

Com as ideias fundamentais de Locke penetra no campo da reflexão teórico-política, o elemento individualista em toda a sua significação. O indivíduo torna-se o ponto de partida e o momento final, teleológico, tanto do pensamento como de toda a vida pública.³⁸² Este é o novo significado que nelas assume o

³⁸¹ Cfr. as palavras de A. M. Hespanha, ob., cit., pp. 319-320, nota n.º 590.

³⁸² Cfr. a respeito, Werner Naef, *La Idea del Estado en la Edad Moderna*, Nueva

contrato social. A sua filosofia está carregada de individualismo ético, isto é, de um puro princípio de compreensão teórica, este individualismo passa a ser também um princípio de ação ética e ético-política.

Existem dois aspectos importantes da sua filosofia, relativas à gênese do Estado Democrático Moderno. Uma delas consiste num elemento a que podemos chamar positivo, a sua concepção do direito natural. A outra, num elemento negativo, a sua total carência de espírito universalista. Devido ao seu apego “calvinista”, acreditava na existência de uma lei natural e divina transcendente, servindo de limite, não só à vontade do indivíduo no estado de natureza, como à vontade das maiorias no estado político e de sociedade. O pensamento democrático em que se estriba a sua obra, foi a antítese de todas as tendências totalitárias e absolutistas do Estado. Parece que John Locke teme, inclusivamente, os excessos da vontade das maiorias, reconhecendo acima dessa vontade, um poder mais alto,³⁸³ o do povo, e para além desse, ainda o da lei natural.³⁸⁴

A maioria é para o filósofo é um critério prático, uma conveniência, um caminho natural. No entanto ele nunca identificou a vontade das maiorias nem com a vontade do povo nem com a vontade de Deus. Nunca fez dela uma norma, ou

Epoca, Madrid, 1947, pp. 104.

³⁸³ Cfr. ob., cit., *Dois Tratados do Governo Civil*, II, Cap. XI, § 135, pp. 323. “(...) a lei natural permanece como a regra eterna de todos os homens, sem excetuar os legisladores.”

³⁸⁴ Cfr. ob., cit., *Dois Tratados do Governo Civil*, II, Cap. XIII, § 149, pp. 332. “(...) o poder legislativo é apenas um poder fiduciário para agir em vista de determinados fins, permanece ainda no povo um poder supremo de remover ou alterar o poder legislativo quando se considera que este poder agiu contrariamente à missão que lhe foi confiada. Pois tendo em conta que todo o poder que é confiado para realizar um certo fim está limitado por esse fim, sempre que esse fim é manifestamente negligenciado ou contrariado, é forçoso que se ponha um termo à missão confiada e que o poder retorne aos que o tinham conferido, que poderão atribuí-lo de novo a quem considerem que melhor servirá a sua proteção e a sua segurança. Assim, a comunidade retém perpetuamente um poder supremo de se salvar das tentativas e desígnios de qualquer pessoa, incluindo os seus legisladores (...)”

uma realidade metafísica. Deixou-se ficar perante uma dualidade irreduzível, difícil de sanar dentro do seu sistema, que em certos aspectos lembra a anterior dicotomia sensação-reflexão, na sua teoria acerca da origem das ideias. Entre o que havia de significado imanentista e de autonomia da vontade política do povo na base do seu Estado Liberal e Democrático, em que só o indivíduo é o verdadeiro soberano e que havia de vestígios do transcendentalismo cristão na sua concepção de Deus e do direito natural, dava-se um estado de tensão, para não dizer de contradição, que não podia manter-se por muito tempo.

A evolução posterior das ideias políticas consistiu precisamente no suprimento das limitações apontadas. Por um lado, consistiu em erigir a vontade popular em lei, acentuando o conceito de soberania nas mãos do povo, oferecendo à democracia um laivo de imanentismo e totalitarismo, ou como refere Cabral de Moncada, de *“panpolitização do povo”*³⁸⁵, por outro, emprestar a essas concepções uma coloração e um *pathos* de mística racionalista, que *“(...) havia de fazer delas uma autêntica religião de força irresistível.”*³⁸⁶

b. A PROPRIEDADE PARA JOHN LOCKE:

“Uma outra coisa em que (as crianças) mostram o seu amor pelo domínio é o seu desejo de ter coisas que lhes pertencem: gostariam de ter Propriedade e Posse, retirando prazer do Poder que isso parece conferir e do Direito que detêm de dispor das coisas como querem (...) e querem pensar que ainda é cedo para arrancar estas duas raízes de quase toda a injustiça e desentendimento, que tanto perturbam a vida humana, e para introduzir hábitos que as contrariem, negligência e altura apropriada para lançar as bases de um homem bom e valoroso.”

A propriedade ocupa um lugar principal na filosofia de

³⁸⁵ Cfr. Cabral de Moncada, *Filosofia do Direito e do Estado...*, ob. cit. pp. 221.

³⁸⁶ Cfr. *Ibidem...*

Locke, visto que, desde o início da sua obra, fica bem claro que ela é elemento essencial do próprio conceito de poder político.³⁸⁷ Portanto, o poder político existe, na ordem interna, para regular a preservar a propriedade, por meio de adequada legislação.³⁸⁸ percorrendo o *Segundo Tratado do Governo Civil*, pode constatar-se que Locke vai repetindo aquela ideia acentuando a ideia da necessidade do poder político, porque sem ele o povo acharia a sua propriedade insegura, acrescentando que “(...) o governo não tem outro fim que não a preservação da propriedade”³⁸⁹

Dalí, Locke infere três corolários importantes: - o poder legislativo não pode ser nem absoluto nem arbitrário³⁹⁰; - o mesmo poder deve agir por meio de legislação adequada, a aplicar por juízes autorizados³⁹¹; - o poder supremo não pode retirar a nenhuma homem, qualquer parte da sua propriedade sem o consentimento do próprio³⁹², daí que os impostos tenham que ser votados com o consentimento do povo, diretamente ou através dos seus representantes.³⁹³ Para justificar o direito de propriedade, vai baseá-lo no direito natural fundamental. O direito de propriedade enquanto direito confunde-se com o direito natural.

Na verdade, o direito natural de propriedade e o direito natural de auto-preservação constituem um só e mesmo direito.

³⁸⁷ Este será no entendimento do filósofo, “ o direito de fazer as leis sancionadas com pena de morte, e por conseguinte com todas as penas menores, para a regulação e preservação da propriedade, e o direito de empregar a força da comunidade na execução dessas leis e na defesa da comunidade política contra as injúrias externas, e tudo isto apenas para servir o bem público.” Cfr. *Dois Tratados do Governo Civil*, II, § 3, pp. 232.

³⁸⁸ Seguimos Diogo Freitas do Amaral, *Nota sobre o Conceito de Propriedade em Locke*, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 796.

³⁸⁹ Cfr. *Dois Tratados do Governo Civil*, II, Cap. VII, § 94, pp. 295.

³⁹⁰ Idem..., Cap. XI, § 135, pp. 322.

³⁹¹ Idem..., Cap. XI, § 136, pp. 324 e 325.

³⁹² Idem..., Cap. XI, § 138, pp. 326 e 327.

³⁹³ Idem..., Cap. XI, § 140, pp. 327 e 327-329.

³⁹⁴ Contudo, Locke enuncia que o homem é proprietário de si mesmo. Do ponto de vista político isto faria toda a diferença.

Freitas do Amaral alerta para o facto de vários autores, já no século XX, terem interpretado erradamente a obra de Locke, no que concerne à matéria da propriedade, embora à primeira vista, essas interpretações pareçam bem apoiadas na própria letra dos textos do autor.³⁹⁵ Daí que que Locke seja visto como pai do individualismo burguês, e inúmeras vezes ligado ao capitalismo.³⁹⁶ Deste modo, a sua teoria política não teria, pois, validade universal, ou não seria verdadeiramente democrática pois atenderia apenas ao interesse da classe dominante, isto é, a burguesia.

De facto, concordamos com Freitas do Amaral quando afirma que “*só uma leitura apressada e desatenta do Segundo Tratado do Governo Civil, poderia fundamentar semelhantes conclusões*”³⁹⁷, e isto porque Locke, quando constrói a sua sociedade política, tem sempre presente, não apenas o direito de propriedade mas todos os direitos fundamentais do homem: “*sendo todos iguais e independentes, ninguém deve lesar outro na sua vida, na sua saúde, na sua liberdade, nem nas suas poses.*”³⁹⁸

A construção dessa sociedade política pelos indivíduos e a respectiva renúncia feita por estes, à igualdade, à liberdade e ao poder executivo que detinham em estado de natureza, só

³⁹⁴ Cfr. o primeiro Tratado da obra cit., *Dois Tratados do Governo Civil*, § 86, pp. 165.

³⁹⁵ De novo, Freitas do Amaral, *Nota sobre o Conceito...*, pp. 796, quando afirma que a obra fundamental destes autores é a seguinte “(...) se a finalidade do poder político é a regulação e a preservação da propriedade, e se é a defesa desta que justifica e limita o Estado, então Locke está a pensar apenas numa sociedade de proprietários, onde só conta e só tem direitos protegidos pela lei e defendidos pelo Estado quem for titular de propriedade, nomeadamente os proprietários da terra “, todos os outros ficariam assim de fora da sociedade política de Locke.

³⁹⁶ Cfr. C. B. Macpherson, *A Teoria Política do Individualismo Possesivo de Hobbes até Locke* (1962), Trad. Bras., Paz e Terra, Rio de Janeiro, 1979, pp. 205 e ss.

³⁹⁷ *Nota sobre o Conceito...*, ob. cit., pp. 797

³⁹⁸ *Dois Tratados do Governo Civil*, Cap. II, § 6, pp. 235.

tem um único propósito “(...) a melhor salvaguarda das suas pessoas, das suas liberdades e das suas propriedades (já que não se pode supor que uma criatura racional mude de condição com a intenção de ficar pior).”³⁹⁹

O capítulo V do *Segundo Tratado do Governo Civil*, corresponde a um dos momentos mais importantes da história do pensamento jurídico. Aí Locke responde simultaneamente a *Filmer*, Hobbes, Grócio, Pufendorf, e também às Sagradas Escrituras. Queremos com isto dizer que quando Locke descobre um direito natural de apropriação fundado no trabalho humano, refuta Hobbes, Grócio, Pufendorf, os quais indicavam com diferenças, a origem essencialmente convencional da propriedade. Nessas páginas emergem muito significativamente a verdadeira relação do homem com a natureza.

Locke inicia o capítulo V invocando a razão natural e a autoridade das escrituras, para fundamentar a ideia de que o Mundo foi dado em comum a todos os homens, contrariando a tese de *Filmer* que defendia a doação do Mundo apenas a Adão. Num aspecto crucial, Locke demarca-se da tradição bíblica: o Mundo que foi dado aos homens é menos valioso do que se supunha, isto porque, entregue a si mesma, a natureza produz muito pouco daquilo que o homem precisa para as conveniências da vida e para uma existência confortável.

É a presença do homem no Mundo, com as suas necessidades, e a sua ação transformadora – o trabalho – que valoriza a matéria bruta praticamente inútil.⁴⁰⁰ É o trabalho humano articulado com a utilidade revelada com os desejos humanos que cria o “valor intrínseco das coisas.”⁴⁰¹

Poder-se-ia, contudo, pensar que nenhuma destas reflexões abala a narrativa bíblica. Pois bem, Locke sabia, com toda a certeza que essa suposição não é rigorosa. E demonstra-o

³⁹⁹ *Dois Tratados do Governo Civil*, Cap. IX, § 131, pp. 318.

⁴⁰⁰ *Idem...* § 40-41, pp. 261 e 262.

⁴⁰¹ *Idem...*, § 37, pp. 258.

com sagesa: “*Deus quando deu o Mundo em comum a todo o género humano, também comandou o homem a trabalhar, tal como a penúria da sua condição exigia. Deus e a razão comandaram-no a subjugar a terra, isto é, a melhorá-la para o benefício da vida e que o fizesse investindo nela algo que lhe pertencesse, o seu trabalho.*”⁴⁰² Mas, segundo as Escrituras, o homem apenas foi comandado a trabalhar depois da desobediência que provocou a condenação de Deus. Todas as necessidades eram providas a Adão, pela abundância da natureza, puro dom do seu Criador.⁴⁰³

Quando o filósofo, a certo ponto afirma que “*a propriedade, cuja origem reside no direito de cada homem tem de usar qualquer criatura inferior para a subsistência e conforto da sua vida, existe para o serviço e benefício exclusivo do proprietário, de tal forma que este pode até, quando a necessidade o exige, destruir a coisa sobre a qual tem propriedade pelo uso que dela faz*”⁴⁰⁴, interpretamos que o direito de propriedade para ele consiste, em certo sentido, no direito de negar o império da natureza, da natureza criada por Deus.

A maior inovação de Locke, em matéria de propriedade, vem das suas palavras: “*Todo o homem tem a propriedade da sua pessoa*”, ou seja, o homem é proprietário de si mesmo. Por isso, “*o trabalho do seu corpo e a obra das suas mãos (...) são propriamente dele. Sempre que ele retira, seja o que for do estado em que a natureza o colocou, e aí o deixou, misturou o seu trabalho com esse objeto, e acrescentou-lhe algo que lhe é próprio, e assim converte-o em propriedade sua.*”⁴⁰⁵

Afirmar desta maneira o trabalho do homem enquanto faculdade individual que inequivocamente lhe pertence é no fundo reiterar que aquele “*tem em si mesmo o grande funda-*

⁴⁰² Idem..., § 32, pp. 255.

⁴⁰³ Livro dos Génesis, 3:17-19.

⁴⁰⁴ Cfr. o primeiro Tratado da obra cit., *Dois Tratados do Governo Civil*, § 92, pp. 169 e 170.

⁴⁰⁵ Cfr. de novo, *Dois Tratados do Governo Civil*, II, § 27, pp. 251.

mento da propriedade.”⁴⁰⁶ Trabalhar a natureza é “misturar o trabalho” com os seus objetos. O indivíduo trabalhador acrescenta “algo que lhe é próprio” aos objetos da natureza e, assim, se apropria legitimamente daquilo que sofreu o seu trabalho.⁴⁰⁷ Se um determinado objeto sofreu a ação do trabalho de um indivíduo, então segundo Locke, deixou de estar em comum e à disposição dos outros homens: foi apropriado por esse indivíduo. Esta será uma apropriação legítima, nos limites impostos pela lei natural,⁴⁰⁸ dispensando por isso o consentimento dos outros indivíduos.⁴⁰⁹

É sobretudo nas seguintes passagens, que John Locke deixa perfeitamente esclarecida a sua noção ampla de propriedade: “O homem nasce, (...), com um título à liberdade perfeita e ao gozo ilimitado de todos os direitos e privilégios da lei natural, em igualdade com qualquer outro homem ou grupo de homens no mundo; tem por natureza, o poder, não só de proteger a sua propriedade, isto é, a sua vida, a sua liberdade e os seus bens, contra as injúrias e investidas dos outros homens (...)”⁴¹⁰ e ainda, interrogando-se acerca das razões que levam os homens a querer abandonar o estado de natureza e a abraçar o estado de sociedade, explica que “o usufruto da propriedade” que o homem possui no estado de natureza é “muito inseguro e mal salvaguardado”, levando-o a querer abandonar o estado de natureza, “o qual, por muito livre que seja, está cheio de medos e perigos contínuos”.

O homem tem por isso razões para abandonar o estado

⁴⁰⁶ Idem... § 44, pp. 264.

⁴⁰⁷ Idem... § 27, pp. 251.

⁴⁰⁸ No entanto, de acordo com a lei natural, a apropriação individual está sujeita a dois limites: - o da suficiência de recursos para a apropriação alheia (II, § 27, pp. 251-252); - o da proibição de desperdício (II, § 31, pp. 254-255); a referida legitimidade advém do cumprimento destas premissas.

⁴⁰⁹ “Se tal consentimento fosse necessário, os homens morreriam de fome apesar da abundância que Deus lhes deu.” Cfr. de novo, *Dois Tratados do Governo Civil*, II, § 28 e 29, pp. 252 e 253.

⁴¹⁰ Idem..., II, § 87, pp. 289 e 290.

de natureza, unindo-se a outros homens numa sociedade, “*com o propósito da preservação mútua das suas vidas, liberdades e bens*”, a que dá “*o nome genérico de propriedade*”⁴¹¹

Terá de concluir-se que Locke usa a palavra “*propriedade*” em dois sentidos: umas vezes, em sentido restrito, como equivalente a património, possessões e bens materiais; outras vezes, em sentido amplo, como significando todos os direitos fundamentais do homem, em particular, o direito à vida e o direito de liberdade, para além dos direitos de conteúdo patrimonial.

Para Freitas do Amaral Locke não foi de todo “*um defensor do capitalismo burguês e dos interesses da sua classe dominante – os proprietários – mas antes um verdadeiro fundador do liberalismo político democrático. Democrático no duplo sentido de que, por um lado, preconiza que o Estado defenda todos os direitos fundamentais do homem (e não apenas a propriedade) e de que, por outro lado, o poder político tenha sempre um fundamento e por limite o consentimento voluntário de todos os cidadãos (e não apenas de uma classe social).*”⁴¹²

Para além disto, Locke introduz ainda uma nova dimensão da vida económica no estado de natureza que desativa as duas cláusulas restritivas de acumulação de propriedade privada: - a dimensão do dinheiro e o acordo tácito dos homens de lhe atribuir valor.⁴¹³

⁴¹¹ Idem..., Cap. IX, II, § 123, pp. 315 e 316.

⁴¹² Cfr. Diogo Freitas do Amaral, *Nota sobre...*, pp. 799.

⁴¹³ Cfr. *Dois Tratados do Governo Civil*, II, § 37, 46 e 47, pp. 258-259, 265-266. É o “*desejo de ter mais do que cada um precisa*” (II, § 37), que conduz à procura de uma reserva de valor que permita a acumulação da propriedade. Ora, o contentamento nesta acumulação é o maior incentivo à vida produtiva que se pode encontrar. Por outro lado, podem adivinhar-se como consequências deste processo, as desigualdades entre os homens, no que concerne às posses privadas. Mas Locke apresenta dois argumentos que inviabilizam a censura moral destas ideias. Em primeiro lugar, se o dinheiro foi o catalisador destas novas relações, e se o valor do dinheiro, por ser puramente convencional, pressupõe o consentimento de todos (pelo menos de todos aqueles que o usam, então as relações de desigualdade económica foram avalizadas pelo consentimento de todos. Em segundo lugar, pela acumulação desigual de pro-

Locke estabelece assim os fundamentos do direito natural de propriedade, sem deixar notar que, com a instituição da sociedade civil, a aquisição de propriedade e a sua acumulação são reguladas pelas leis positivas, que o poder legislativo decidir.⁴¹⁴ Como é o trabalho que produz as conveniências da vida, e como os homens trabalharão apenas se virem protegidos os frutos do seu trabalho, e como o exercício das faculdades humanas revela a desigualdade entre os homens, a proteção, a acumulação e assimetria no que respeita à propriedade privada constitui a união mais propícia à realização do bem de todos ou à maximização da utilidade geral.

Esta ligação estreita é importante porque Locke não hesita em afirmar que o grande propósito da fundação das sociedades civis é precisamente a salvaguarda e o aumento da propriedade. Com efeito, isto também quer dizer que no estado de natureza, o gozo da propriedade individual está sujeito a vários inconvenientes,⁴¹⁵ por isso a união dos homens em comunidades políticas e a submissão a um governo trará a preservação da mesma propriedade.⁴¹⁶ Ao trabalho, Locke acrescenta outros dois elementos que estruturam a aquisição de propriedade e a sua acumulação. Para além do uso do dinheiro, que apesar de preceder o estabelecimento da sociedade civil, perdura nela, este autor adiciona o direito natural de transmissão e recepção da herança⁴¹⁷

Um dos grandes objetivos do filósofo inglês é definir o lugar exemplar da vida racional e elaborar as suas condições. Não vê a liberdade sem o exercício da razão, sem uma vida racional. Mais, a vida racional e a vida livre, são para ele, uma

priedade é condição necessária para a produção do valor, então todos ganham em conveniências da vida, em conforto e em progresso material, com a referida desigualdade. Todos conseguem ver que um Rei dos territórios americanos “*se alimenta, aloja e veste pior do que um jornaleiro em Inglaterra.*” (Cfr. II, § 41, pp. 262)

⁴¹⁴ Idem..., II, § 50, pp. 267.

⁴¹⁵ Idem..., II, § 34, pp. 255-256.

⁴¹⁶ Idem..., II, § 124, pp. 316, e § 94, pp. 294-296.

⁴¹⁷ Idem..., I, § 88-89, pp. 166-167 e § 97, pp. 172-173, II, § 190, pp. 358.

e a mesma coisa: “*Nascemos, pois, livres da mesma maneira que nascemos racionais.*” À nascença somos apenas livres e racionais em potência, não dispondo “*imediatamente do exercício da liberdade e da razão.*”⁴¹⁸ “*Assim, a liberdade do homem e a liberdade de agir de acordo com a sua própria vontade fundamentam-se no facto de que está dotado de razão.*”⁴¹⁹

As sensações que se exprimem em prazer ou dor, constituem para Locke “o poder” que leva o homem à ação.⁴²⁰ Refere-se à dor que “um homem experimenta pela ausência de qualquer coisa que lhe causaria prazer se estivesse presente e que é acompanhado pela ideia de deleite.” A “*inquietação*” é o “*principal, embora não seja o único, estímulo da indústria e atividade humana.*”⁴²¹ É a fome ou a carência em geral que mobiliza o homem para a ação e para essa forma de ação, o trabalho, que desperta a racionalidade e transforma o mundo segundo as conveniências humanas. É a carência que transporta até à abundância. Na medida em que a segurança da existência não é dada gratuitamente, não se pode ignorar que “*a ação é a grande preocupação da humanidade.*”⁴²²

John Locke entende a propriedade enquanto extensão do “eu” sobre o mundo exterior, o reduto necessário da afirmação viril da individualidade contra ameaças do poder arbitrário. Com a propriedade, o homem adquire um domínio cuja defesa é equivalente à defesa de si mesmo. Ser proprietário, para este autor, é ser defensor por excelência das liberdades individuais contra o exercício do poder político tirânico: o se proprietário é

⁴¹⁸ Idem..., II, § 61, pp. 274.

⁴¹⁹ Idem..., II, § 63, pp. 275. Contudo, a racionalidade ou a vida de acordo com a razão não é um dom gratuito, antes se trata de uma aquisição esforçada, de um trabalho. É por isso, que o tipo humano desenvolvido por Locke é formado por “*industriosos e racionais*” (II, § 34, pp. 256.). Nenhum homem terá uma vida racional se ela não for também industriosa.

⁴²⁰ Cfr. a obra já cit. *Ensaio sobre o Entendimento Humano*, II.xxi.31.

⁴²¹ Ibidem..., II.xxi.33, II.xx.6.

⁴²² Ibidem, II.xxiii.10.

o contrário de ser servil.⁴²³ Este apoio mútuo entre a forma de domínio e a liberdade percorre toda a obra de Locke.

c. REVOLUÇÃO E DIREITO DE RESISTÊNCIA EM LOCKE: O “REFÚGIO DE DEUS”

“Quem não admiraria a paz celebrada entre os poderosos e os fracos, quando o cordeiro, sem resistir oferecesse a sua garganta ao lobo imperioso para que ele a rasgue?”⁴²⁴

A doutrina do direito de resistência do povo contra o abuso de poder dos governantes é, ao lado da teoria da propriedade e da tolerância religiosa, um dos temas mais originais e influentes de toda a filosofia lockeana, diríamos mesmo que constitui o seu bálsamo. A essência daquela doutrina encontra-se no facto de que os homens possuem certos direitos naturais, existentes até antes da instituição do governo civil, que surge justamente para melhor garanti-los. O direito de resistência é assim o direito que os cidadãos têm de depor *“um governo quando o poder político se degenera em poder despótico, violando os direitos naturais dos mesmos, ao se impor pela força, e não mais pelo consentimento, afastando-se portanto, da sua função precípua, qual seja, proteger os indivíduos e as suas propriedades.”⁴²⁵*

Além disso, a resistência é legítima tanto para cessar as violações internas quanto as violações externas. Destarte, o direito de resistência constitui-se num legítimo direito do cidadão, para não permitir que a sociedade civil se afaste dos fins para os quais fora estabelecida, através da defesa contra governos que agem fora dos limites da lei. Como resulta evidente, o

⁴²³ Cfr. Harvey C. Mansfield, Jr., *Taming the Prince: The Ambivalence of Executive Power*, Free Press, Macmillan, New York, 1989, pp. 194 e 198.

⁴²⁴ Cfr. *Dois Tratados do Governo Civil*, II, § 228, pp. 381.

⁴²⁵ Cfr. Edgard J. Jorge Filho, *Moral e História em John Locke*, Loyola, S. Paulo, 1992, pp. 177.

direito de resistência faz retornar ao povo aquilo que de facto lhe pertence, a saber, o poder político, por ele estabelecido, para a manutenção dos seus direitos naturais.

O direito de resistência dos homens, em geral, aparece quando o governo se mostra incapaz de atender ao direito de propriedade (este entendido por Locke, *lato sensu*⁴²⁶) do povo. Nesse caso, a “rebelião” torna-se necessária e coloca os indivíduos de novo em estado de natureza. É conveniente lembrar, que o direito de “rebelião” a que Locke se refere, nos quatro últimos capítulos do *Segundo Tratado do Governo Civil* é um direito à revolução e não uma teoria da desobediência civil.⁴²⁷ E afinal “rebelde”, é quem não cumpre a lei.⁴²⁸ A sua teoria acerca da rebelião respondia tanto a *Filmer*,⁴²⁹ que via na rebelião todos os males do Mundo, considerando-a inclusive um pecado, como a Hobbes, para quem só existia duas alternativas, a anarquia (liberdade sem ordem) ou o Estado absoluto (ordem sem liberdade)

⁴²⁶ Precisamente porque Locke estabelece no *Segundo Tratado do Governo Civil* dois sentidos diferentes para a mesma palavra propriedade. Num primeiro sentido, ele significará o direito à posse de bens e riquezas. Num sentido mais abrangente, também usado no corpo do texto, ele significará para o autor, a vida, a liberdade e os bens.

⁴²⁷ Autores como Rawls falam em desobediência civil e nunca em revolução. Para este autor a desobediência civil é um ato político, público e não violento, contrário à lei, feito com o objetivo de promover a mudança das leis e da política governamental. Cfr. Celso Lafer, *A Reconstrução dos Direitos Humanos – um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*, Companhia das Letras, S. Paulo, 2006, pp. 234.

⁴²⁸ “(...) quer quando o legislativo é alterado, quer quando os legisladores agem de forma contrária ao fim para cuja consecução foram instituídos, os responsáveis são culpados de rebelião.” Cfr. II, § 227, pp. 380. Os homens ao ingressarem na sociedade e governo civil, excluíram a força e introduziram as leis para a conservação da propriedade, da paz, e da unidade entre eles; aqueles que novamente estabeleceram a força em oposição às leis são rebeldes, ou seja, promovem o estado de guerra. Cfr. II, § 226, pp. 380. Neste sentido, todo aquele que usa a força sem direito coloca-se em estado de guerra com aqueles contra os quais a usar e, em tal estado, todos os antigos vínculos são rompidos, todos os direitos cessam e cada qual tem o direito de defender-se e de resistir ao agressor. Cfr. II, § 232, pp. 383.

⁴²⁹ Cfr. o § 17.º da sua obra, *Patriarcha or The Natural Power of The Kings*, para consulta em <http://www.constitution.org/eng/patriarcha.htm>.

O direito de resistência em Locke é remetido, quanto aos seus fundamentos, para os clássicos textos monárquicos⁴³⁰, que tinham o objetivo de justificar a resistência diante da realeza,⁴³¹ de um ponto de vista religioso. Nesse sentido aquele direito encontra acolhimento e funda-se na herança medieva e renascentista.⁴³²

Esta doutrina do direito de resistência está intrinsecamente ligada à ideia de degeneração da sociedade civil. A defesa do próprio indivíduo faz parte da lei da natureza e não pode ser negada à comunidade, nem mesmo contra o próprio Rei. Esse estado de guerra, na verdade, nivela as partes e faz de todos os indivíduos, iguais, perante a necessidade de defender as suas propriedades. A propósito, Locke analisa quatro formas de degeneração da sociedade civil: a conquista⁴³³, a usurpação⁴³⁴, a

⁴³⁰ Simone Goyard-Fabre, na ob. cit., *Philosophie Politique...*, fala um pouco acerca dos por ela apelidados de “*Monarchomaques Catholiques*”, movimento de ação religiosa da Contra-Reforma impulsionadores do direito de revolução em si mesmo. Cfr. pp. 118-121.

⁴³¹ No *Dicionário de Política*, de N. Bobbio/N. Matteucci/G. Pasquino, 11.^a Ed., UnB Editora, Brasília, 1998, pp. 280, é explicado que “(...) Cabe ao povo e, em seu nome, aos éforos, que não de agir colegialmente, o *jus resistantiae et exauctorationis* contra o monarca ou magistrado republicado que houvesse violado o contrato. Este direito de resistência ao Governo e da sua deposição quando no uso do poder, desrespeitar a lei, foi elaborado depois pelo pensamento político inglês, nomeadamente por Milton e Locke. Para Locke, o povo conserva um direito em relação tanto ao príncipe como ao poder legislativo: o de julgar se eles procedem contrariamente à confiança que neles se depositou; não havendo na terra um juiz superior às partes, só resta o apelo ao céu, isto é, o direito à revolução, para mudar de Governo ou instituir novo legislativo.”

⁴³² Cfr. Quentin Skinner, *As Fundações do Pensamento Político Moderno*, Companhia das Letras, S. Paulo, 1996, pp. 415. O autor chega a afirmar que a teoria da revolução popular desenvolvida pelos calvinistas radicais, na década de 1550, estava destinada a dar início àquela que seria a corrente dominante no pensamento constitucional moderno.

⁴³³ A conquista não é uma das origens do governo. Isto porque o consentimento obtido pela força, de facto não obriga. Cfr. II, § 186, pp. 357. É preciso para a instituição de um governo civil, um contrato em que exista consentimento comum entre todos. Além disso, a conquista que é realizada por guerra tem diferentes resultados para Locke, dependendo da guerra ser justa ou não. A conquista por guerra injusta não trás direitos à sujeição e à obediência dos conquistados. A conquista por guerra

tiranía ⁴³⁵ e a dissolução do governo ⁴³⁶.

Sobressai da obra de Locke que o governo legítimo é o governo limitado, ou ainda melhor, encontra os seus limites definidos pelos direitos individuais dos súbditos, pelo seu sentimento e pelas leis positivas e naturais, às quais todos estão submetidos, incluindo os magistrados. Como já vimos, a ação governativa requer por vezes que a letra da lei seja silenciada

justa (poder despótico) dá direito sobre a vida dos conquistados, mas não sobre as suas propriedades. Cfr. II, § 182, pp. 354. Assim, os filhos continuam a ter o direito à herança dos pais cativos. Isto porque os homens, segundo Locke, têm um duplo direito de nascença: a liberdade e a herança. Cfr. II, § 190, pp. 358.

⁴³⁴ A usurpação é uma espécie de conquista interna. A diferença é que o usurpador jamais pode ter o direito a seu lado, pois só existe usurpação quando alguém se apodera do que outrem tem direito. Se o usurpador estender o seu poder para além daquilo que por direito pertencia aos príncipes ou ao governante de uma sociedade civil, teremos uma tirania associada a uma usurpação. Cfr. II, § 197, pp. 362. Parece óbvio que aquele que alcançou o poder através de uma outra forma que não a disposta na Constituição de uma sociedade civil não pode obrigar de qualquer maneira o povo. Cfr. II, § 198, pp. 362 e 363. O desrespeito da legalidade leva à ilegitimidade.

⁴³⁵ Tal como a usurpação é o exercício de um poder a que outrem tem direito, a tirania é o exercício do poder além do Direito, a que ninguém pode ter direito. Cfr. II, § 199, pp. 363. Em sentido estrito, segundo a linguagem de Locke, tirano é quem recebeu o poder legitimamente, portanto não se trata do usurpador, mas o exerce, não para o bem comum do povo, mas para a sua vantagem pessoal. A tirania é caracterizável essencialmente pelo abuso de poder, que na óptica do nosso autor, pode acontecer em todas as formas de governo. Esse abuso decorre não do encargo mas sim da autoridade, que dá o direito de agir; e contra as leis não pode haver autoridade. Nesse caso, Locke propõe a sua doutrina da legitimidade de resistência ao uso ilegítimo do poder, fazendo algumas concessões. Ele insiste em dizer que o direito de resistência não perturba necessariamente o governo. Cfr. II, § 208, pp. 369. Isto porque em geral, os atos ilegais cometidos pelo magistrado, não alcançam todo o povo, indo apenas até alguns homens particulares.

⁴³⁶ A dissolução interior do governo pode ocorrer por culpa do legislativo ou por culpa do executivo. Locke elenca cinco casos como exemplo de dissolução do governo por culpa do executivo: 1.º o príncipe substitui as leis de forma arbitrária, sem o consentimento do legislativo; 2.º o príncipe impede a assembleia legislativa de se reunir; 3.º o príncipe altera as regras eleitorais dispostas na constituição; 4.º o príncipe submete o povo à dominação de uma potencia estrangeira; 5.º o príncipe deixa de aplicar as leis aprovadas pelo legislativo. Como exemplo de dissolução do governo por parte do legislativo, Locke dá apenas o da violação da confiança efectuada pelo legislativo. Ela ocorre, principalmente, quando o legislativo acaba por intervir na propriedade (em sentido lato) dos súbditos.

ou que o direito de propriedade deste ou daquele súbdito seja restringido.

A realização do bem público prima sobre esses limites, ou seja, a ação governativa pressupõe uma certa interpretação do bem público na ausência de regras estabelecidas. No entender de Locke só resta um “juiz” para decidir sobre questões que confluem com o bem público: é o povo.⁴³⁷ Seguindo este fio condutor, Locke vê no poder do povo o derradeiro limite ao governo civil.⁴³⁸

O direito de resistência é exercido legitimamente contra poderes políticos assumidamente tirânicos. A natureza contratual da comunidade política e a natureza fiduciária do governo civil concedem toda a robustez lógica e toda a densidade moral ao direito de defesa dos direitos inalienáveis. O governo civil, repita-se, só existe para proteger os direitos individuais e tem nessa proteção a sua única justificação. Quando se desvia dessa missão e a contraria, perde a razão da sua existência.

⁴³⁷ Alguns autores argumentam que a noção de “Povo” em Locke era algo restrita, isto é, subentendem da sua obra que por povo ele não entendia a massa de súbditos, mas sim a sociedade de proprietários que muito tinham a perder com abusos (como a tributação excessiva) do governante. Cfr. Norberto Bobbio, *Locke e o Direito Natural*, Editora Universidade de Brasília, Brasília, 1997, pp. 245. Tanto assim é que o governante não pode elevar os impostos sem o consentimento do povo. Cfr. II, § 142, pp. 328 e 329. C. B. Macpherson, na obra, *A Teoria Política do Individualismo Possessivo – de Hobbes a Locke*, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1979, pp. 236 e 239, chega mesmo a defender que o direito de resistência de Locke excluía a classe operária: “ela é incapaz de ação política racional, enquanto o direito à revolução dependia essencialmente de decisão racional.” Seria como depreender da obra do autor que os pobres “estavam na sociedade civil mas a ela não pertenciam”. James Tully, na obra, *A Discourse on Property – John Locke and his adversaries*, New York, Cambridge University Press, 1980, pp. 173, admite que o critério convencional para o direito de voto no século XVII em Inglaterra era a posse de propriedade. Assim, os que não podiam votar, também não poderiam logicamente se rebelar. E por abuso de poder Locke entendia os casos em que inexistia a violação do direito de propriedade. Cfr. II, § 222, pp. 376-378.

⁴³⁸ “(...) a comunidade é sempre o poder supremo, mas sob condição de não considerá-la como submetida a uma forma de governo específica, porque este poder do povo jamais pode ser exercido antes da dissolução do governo.” Cfr. *Dois Tratados do Governo Civil*, II, § 149, pp. 331 e 332.

Não é suficiente dizer que esse governo foi consentido. O consentimento não vincula os súbditos para a perpetuidade. Apenas o consentimento pode conferir legitimidade aos atos do governo e à existência da sociedade política, aquele não é condição suficiente da obrigação política. O direito de resistir a atos tirânicos tem sempre prioridade sobre a obrigação derivada do consentimento. Locke rejeita a tese de *Filmer* afirmando que o consentimento livre e racional não é uma condição suficiente da legitimidade do governo civil.

O direito de resistência necessariamente se agiganta no direito de revolução, pois o direito de autopreservação inclui o direito a todos os meios para garantir a autopreservação: se a ameaça provém dos poderes políticos instituídos, então o direito de homem de conservar a sua pessoa, engloba o direito de dissolver (pela força) os poderes ameaçadores.

Contudo, se Locke já previra que os indivíduos não perdem a faculdade de julgar por si próprios, em circunstâncias de risco repentino para a sua vida ou integridade física, e que excluam a possibilidade de intervenção atempada por parte das autoridades constituídas⁴³⁹, agora é admitido que não se pode renunciar ao julgamento coletivo sobre o carácter da ação governativa.

Tanto assim é que, quando o conflito estala entre os poderes políticos e o povo/comunidade, o governo deixa de poder desempenhar a sua função primordial, que é a de juiz das controvérsias, precisamente porque é parte da querela. Como os poderes públicos, repetimos, detêm somente a autoridade confiada pelo povo, essa confiança só pode ser retirada ou mantida, pela autoridade cuja proteção justifica a relação fiduciária que estabelece os poderes políticos organizados.⁴⁴⁰

A revolução dissolve o governo mas não dissolve a sociedade instituída pelo contrato social, que criou um vínculo de

⁴³⁹ Cfr. *Dois Tratados do Governo Civil*, II, § 19, pp. 244 e 245.

⁴⁴⁰ Cfr. *Dois Tratados do Governo Civil*, II, § 240-242, pp. 391 e 392.

obediência indissolúvel. A distinção entre sociedade e governo já estabelecida por Locke torna-se agora decisiva. A revolução dissolve os poderes políticos, mas como não destrói a sociedade – a conquista por um inimigo externo dissolve a sociedade⁴⁴¹ É graças a esta distinção entre sociedade e governo, que Locke pode colocar a primeira como independente em relação ao aparelho governativo. O filósofo pode por fim conferir à sociedade, “(...) o direito nativo e originário de se preservar”,⁴⁴² que é concomitante com o direito do indivíduo de garantir a sua própria preservação.

Se a sociedade foi formada pelos indivíduos para a proteção da sua propriedade, no sentido lato do termo, então a sociedade como um todo tem o direito de se preservar contra todas as ameaças, incluindo os seus poderes políticos. Mais, tal como o direito individual de auto-conservação inclui o direito aos meios de a garantir, o que passava pelo direito à ação defensiva preventiva, também a sociedade dispõe de um direito de revolução preventiva: “(...) os homens jamais estarão protegidos da tirania senão dispuserem de meios de a evitar antes de estarem completamente subjugados por ela. Têm, portanto, não só o direito de livrar-se da tirania mas também o direito de a prevenir.”⁴⁴³

O que é verdadeiramente difícil, denota Locke, é tentar persuadir o povo, naturalmente “(...) mais disposto a sofrer do que a resistir para fazer justiça”⁴⁴⁴, e aponta que “(...) é preciso corrigir os defeitos da estrutura política a que está acostumado.”⁴⁴⁵ Curiosamente John Locke força o leitor a constatar que o povo nunca se revolta senão por boas razões, e que historicamente, a ação popular preventiva peca sempre por defeito.

⁴⁴¹ Idem..., II, § 211, pp. 371, “(...) a causa habitual e quase única da dissolução desta União reside na invasão de uma força externa que a conquista.”

⁴⁴² Cfr. *Dois Tratados do Governo Civil*, II, § 220, pp. 375.

⁴⁴³ Cfr. *Dois Tratados do Governo Civil*, II, § 220, pp. 375 e 376.

⁴⁴⁴ Cfr. *Dois Tratados do Governo Civil*, II, § 230, pp. 382.

⁴⁴⁵ Cfr. *Dois Tratados do Governo Civil*, II, § 223, pp. 378.

O povo conservador dispõe-se para a revolução quando “(...) *uma longa sequência de abusos, prevaricações e artifícios, apontando todos na mesma direção*”, fornece “*provas manifestas*” que expressam claramente a ameaça que sobre ele paira.⁴⁴⁶ É por estas razões que o julgamento do povo se torna tão legitimado, e Locke, lança com base nesta ideia, um desafio para os mais cépticos: se há desordem no Mundo, não será mas rigoroso atribuir a sua causa à “*insolência dos governantes*” e à vontade de opressão do que à “*licenciosidade*” e à “*desobediência*” do povo?⁴⁴⁷

O uso da força ou a ameaça do uso da força por parte de quem não tem autoridade traz consigo o estado de guerra. Ora, no estado de guerra as regras resumem-se à luta pela sobrevivência e os magistrados que conduziram a esta situação devem ser tratados como “*rebeldes*” e punidos adequadamente⁴⁴⁸: “(...) *Quem assim age merece ser considerado como o inimigo comum e a peste do gênero humano, e deve ser tratado como tal.*”⁴⁴⁹

O direito à revolução é encarado no *Segundo Tratado do Governo Civil* como um direito de legítima defesa. No estado de guerra entre o povo e os governantes que agiram sem autoridade e que violaram as suas obrigações, não resta outra solução senão opor a força com autoridade à força sem autoridade. Como a sociedade permanece intacta, o poder não é devolvido

⁴⁴⁶ Cfr. *Dois Tratados do Governo Civil*, II, § 225 e 230, pp. 379-380 e pp. 382-383, respectivamente. Vide ainda, no II Cap. os § 169 e 208, pp. 344-345 e pp. 369, respectivamente.

⁴⁴⁷ Cfr. *Dois Tratados do Governo Civil*, II, § 230, pp. 382-383.

⁴⁴⁸ Idem...,II, § 232, 226-227, pp. 383 e 384 e pp. 380 e 381 respectivamente.

⁴⁴⁹ Idem...,II, § 230, pp. 383. Locke também chega a admitir que a lei natural reconhece o tiranicídio: “(...) *No estado de natureza quando um homem pretende privar alguém da liberdade que lhe pertence nesse estado deve atribuir-lhe a intenção de privar essa pessoa de tudo o resto, visto que tudo assenta na liberdade; do mesmo modo se deve supor uma intenção idêntica naquele que, na sociedade civil, pretende retirar a liberdade que pertence aos membros dessa sociedade ou comunidade política; por isso, deve ser tratado como um inimigo no estado de guerra.*” Cfr. II, § 17 e 168, pp. 243 e 344 e 345, respectivamente.

aos indivíduos, mas ao corpo da comunidade política.⁴⁵⁰ O poder colocado nas mãos do poder político é devolvido ao povo para que possa “*retomar a sua liberdade originária*” e, sem regressar ao estado de natureza, “*estabelecer um novo poder legislativo*”⁴⁵¹ Constitucionalmente, o ato de revolta consubstancia a reafirmação dos princípios que deram origem à sociedade civil.

Locke considera que o direito à revolução tem um aspecto pedagógico importante. A mera coincidência de que o povo detém este direito e este poder constitui uma importante limitação ao abuso do poder político, funcionando como disciplinador da ação governativa. O filósofo deixa bem claro que o caráter exclusivamente defensivo ou reativo da revolta popular atribui aos governantes toda a responsabilidade pela erosão e colapso das relações entre a sociedade e o governo.

Os governantes que não se deixam tentar pela ambição e pela insolência terão sempre ao seu dispor um povo obediente e a sua própria segurança garantida. Os príncipes sabem ou aprendem que o governo moderado e protetor dos direitos individuais é o mais seguro para todas as partes da comunidade política, e não esquecem que o “*poder supremo*”⁴⁵², ainda que de forma residual, habita sempre no povo.

Locke é bastante convicto e firme quando diz que “*(...) o povo que se vê maltratado e governado contrariamente ao Direito aproveitará a primeira ocasião para se libertar de um fardo que lhe pesa muitíssimo*”, e adianta que, “*(...) não é qualquer pequena falta cometida na administração dos assuntos públicos que provoca tais revoluções. O povo suportará sem motins nem murmúrios, grandes erros dos seus governantes, muitas leis injustas e inconvenientes e todos os deslizos da fragilidade humana. Mas se uma longa sequência de abusos,*

⁴⁵⁰ Idem...,II, § 243, pp. 392 e 393.

⁴⁵¹ Idem, II, § 222, pp. 377.

⁴⁵² Idem, II, § 243, pp. 392 e 393.

prevaricações e artifícios, apontando todos na mesma direção, revelar manifestamente ao povo o desígnio que o ameaça, ele sentirá aquilo a que está sujeito e verá o que o espera;”⁴⁵³ ou mesmo “(...) *quando se afoga o povo na miséria e este se encontra exposto aos maus usos do poder arbitrário (...).*” Com tudo isto, parece não ser surpreendente para o autor, que o povo se subleve e conduza ao poder, homens que possam assegurar o cumprimento dos fins para os quais o governo foi originalmente erigido. A resistência torna-se inelutável.

Depurando aquelas palavras de Locke, não resistimos a sublinhar o seu paralelo com a Declaração da Independência Americana, de 04 de Julho de 1776, que reza o seguinte: “(...) *Na verdade, a prudência recomendará que não se mudem os governos estabelecidos há muito tempo por motivos ligeiros e transitórios; e por isso toda a experiência têm mostrado que o género humano está mais disposto a sofrer, enquanto os males são suportáveis, do que a se desagrar, abolindo as formas a que se acostumaram. Mas quando uma longa sequência de abusos e prevaricações, prosseguindo invariavelmente o mesmo objeto, revela o desígnio de reduzi-lo ao despotismo absoluto, é seu direito, é seu dever, abolir tais governos e instituir novos guardiões para a sua segurança futura.*”⁴⁵⁴ São óbvias as afinidades inegáveis com a filosofia política lockeana.

Finalmente, dir-se-á que para John Locke, resistir é a derradeira arma contra a tirania: “(...) *os homens jamais estarão protegidos da tirania, se não dispuserem de meios de a evitar (...)* Têm, portanto, não só o direito de livrar-se da tirania, mas também o direito de a prevenir.”⁴⁵⁵ A estas ideias junta ainda uma outra, não menos importante: “(...) *sempre que estes (os legisladores instituídos pelo povo) tentam tomar e destruir a propriedade do povo ou reduzi-lo à escravatura de um poder*

⁴⁵³ Idem, II, § 225, pp. 379.

⁴⁵⁴ A tradução para a língua portuguesa é nossa. A Versão original está para consulta em http://www.arqnet.pt/portal/teoria/declaracao_vorig.html

⁴⁵⁵ Cfr. *Dois Tratados do Governo Civil*, II, § 220, pp. 376.

*arbitrário, colocam-se num estado de guerra com o povo, o qual está, a partir de então, absolvido de toda e qualquer obediência, não lhe restando outro recurso senão o refúgio comum que Deus providenciou a todos os homens contra a força e contra a violência.”*⁴⁵⁶

Assim, “(...) se o poder executivo ou legislativo, quando têm o poder nas suas mãos, planeiam ou se lançam na tarefa de escravizá-lo ou destruí-lo, neste caso, como em todos os outros em que não há um juiz sobre a terra, o povo não tem outro remédio senão apelar para o céu.”⁴⁵⁷ A vontade de evitar este estado de guerra, em que não há outro apelo que não ao céu, e ao qual a mais pequena disputa pode conduzir (quando não existe uma autoridade para decidir em caso de conflito entre as partes), constitui para o autor, a grande razão pela qual os homens abandonam o estado de natureza e se unem em sociedade.⁴⁵⁸

Mais, “(...) os governantes exercem um poder que o povo jamais colocou nas suas mãos (pois não se pode supor que o povo consente que alguém o governe para seu mal) e atuam sem direito.” Ainda, “(...) sempre que o conjunto do povo, ou um único homem⁴⁵⁹, é privado do seu direito, ou está sujeito ao exercício de um poder ilícito, e não tem a quem apelar na terra, então tem a liberdade de apelar ao céu, se a importância da causa lhes parecer suficientemente grave.”⁴⁶⁰

E confiante, Locke conclui: “(...) Quando há não jurisdição neste mundo para decidir as controvérsias que surgem entre os homens, Deus no céu é o juiz. É verdade que só ele é juiz de Direito.” Mas não fica por aqui, junta ademais a ideia de que “(...) o uso da força entre pessoas que não reconhecem

⁴⁵⁶ Idem, II, § 222, pp. 376

⁴⁵⁷ Idem, II, § 21, pp. 246.

⁴⁵⁸ Idem, II, § 21, pp. 246.

⁴⁵⁹ Note-se que o direito de revolução, ou se preferirmos, de revolta contra um domínio injusto, pode ser para o autor, coletivo e individual.

⁴⁶⁰ Cfr. *Dois Tratados do Governo Civil II*, § 168, pp. 344.

um superior sobre a terra, ou em condições que não permitem o recurso a um juiz terrestre, constitui propriamente o estado de guerra, no qual o último recurso é apelar para o céu."⁴⁶¹

Segundo Bobbio, a construção política de Locke encerra-se, portanto, com um apelo à resistência, isto é, ao direito que tem os cidadãos de não se deixarem oprimir por governantes sem escrúpulos. O esforço de Locke era o de encontrar uma fórmula de governo em que a ordem não fosse uma antítese da liberdade, mas sim a sua garantia, em termos tais, que a liberdade natural devia preceder a ordem, pois esta era concebida não como um fim último, mas como um meio destinado a salvar a liberdade de todos.⁴⁶²

É normal que na posição jusnaturalista que Locke assume, o mesmo procure limitar o poder político e, por conseguinte, vincular a norma jurídica à ideia de uma lei natural, fundamento legítimo tanto do direito positivo quanto da sociedade civil. O direito de resistência assume-se assim como o modo legítimo de salvaguardar os direitos naturais individuais contra os abusos do governante.⁴⁶³ A constituição de um poder civil, não retira aos indivíduos, os direitos de que gozam no estado natural. A justificação para aquela constituição consiste na sua eficácia para garantir aos homens, pacificamente aqueles direitos.

Além do que, o consenso dos cidadãos a partir do qual se origina o poder civil faz com que tal poder seja um poder escolhido pelos próprios cidadãos e, por isso, concomitantemente, um ato e uma garantia de liberdade dos cidadãos. Se o governo agir de modo a violar a garantia dessa liberdade, ou melhor, a

⁴⁶¹ Cfr. *Dois Tratados do Governo Civil*, II, § 242, pp. 392.

⁴⁶² Cfr. Norberto Bobbio, *Locke e o Direito Natural*, Editora Universidade de Brasília, Brasília, 1997, pp. 244-246.

⁴⁶³ Sobre a legitimidade da resistência e o exercício ilegal do poder pelo governante, Cfr. a análise de Leonel Itaussu A. Mello, *John Locke e o individualismo Liberal*, in, Weffort, Francisco F. C. (org.), *Os Clássicos da Política*, Vol. 2, Ática, S. Paulo, 2006, pp. 88 e ss.

desvirtuar a sua finalidade originária, o povo pode resistir face à ilegitimidade governamental. Sendo esse o caso, o direito de resistência não se baseia no direito subjetivo de resistir mas no direito natural, o qual pode ser conhecido pela razão e coincidir com as normas morais intersubjetivas apuradas racionalmente.

Captura-se a ideia de que a revolução é a última defesa contra a emergência do poder absoluto de um membro da sociedade sobre o outro, que, porque nega ao indivíduo a sua propriedade, é inconsistente com a sociedade civil. De qualquer modo, a relação entre a limitação do poder do soberano através das leis e o direito de resistência que visava a proteção da propriedade acabaram por moldar a teoria do Estado de Locke. Uma vez mais, os alicerces dos primeiros passos do liberalismo, que se inaugurava com John Locke foram elaborados a partir da concepção jusnaturalista: o indivíduo tem um direito natural de se rebelar quando o governo não fornece a total proteção da propriedade.⁴⁶⁴

III. ALGUMAS NOTAS CRÍTICAS AO LIBERALISMO:

A principal luta do liberalismo⁴⁶⁵ foi a da dissolução do Antigo Regime. Isto representou inegavelmente um ruptura com a estruturas medievais, que se encontravam desgastadas e obsoletas. A ruptura foi um progresso enorme, visto que permitiu a construção do atual Estado de Direito Democrático. Este quebra as amarras anteriores rompendo com as supervivências individualistas, o neocapitalismo opressor e alguns privilégios que ensombavam o Estado Liberal.

O sentimento de liberdade de consciência, reclamada pelos dissidentes calvinistas franceses, holandeses e sobretudo,

⁴⁶⁴ Cfr. James Tully, *An Approach to Political Philosophy: Locke in Contexts*. Cambridge University Press, Cambridge, 1993, pp. 137.

⁴⁶⁵ Para compreender os defensores do liberalismo é imprescindível ler a obra de D. A. Lloyd Thomas, *In Defense of Liberalism*, Basil Blackwell, Oxford, 1988, em especial, pp. 1-17.

ingleses, depois das lutas religiosas dos séculos XVI e XVII, durante a emigração e fundação pelos últimos das colónias da América, e a Revolução Inglesa de 1688, com o seu *Bill of Rights* e a expulsão dos *Stuarts*, substituídos por Guilherme de Orange e por um governo liberal e parlamentar, foram os momentos decisivos da afirmação do liberalismo. A isto devem adicionar-se as causas económicas relacionadas com a Revolução Industrial e o desenvolvimento do capitalismo moderno.

Este foi o conspecto geral do espírito europeu à entrada do século XVIII. É impossível compreendê-lo, sem ter presentes estes factos de ordem religiosa, política e económica e o papel dominante que neles desempenha a Inglaterra. Este país foi, ao iniciar-se o século, e até, pelo menos, cerca de meados dele, o principal precursor do espírito europeu, como Espanha o fora à entrada do século XVII, ou a Itália à entrada do século XVI. Toda a evolução das ideias políticas do continente europeu se acha sob esse signo. O século XVIII carregou o liberalismo com todas as suas fórmulas filosóficas e jurídicas, pondo a descoberto os primeiros elementos da democracia moderna.

Cabe-nos fazer algumas críticas sobre o paradigma liberal, destacando imediatamente o facto de encontrarmos nele, algumas sementes repressivas e totalitárias. Manifestações antagónicas à essência liberal, explicam-se pelos fundamentos socioeconómicos do individualismo liberal: - o respeito quase sagrado pela propriedade privada. Herbert Marcuse⁴⁶⁶, quando coteja o Estado liberal com o Estado Totalitário, afirma até que “(...) a transformação do Estado Liberal no Estado Total-autoritário se realiza dentro da mesma ordem social. (...) é o liberalismo, ele mesmo que ‘gera’ o Estado totalitário, como se fosse a sua realização final, em estágio avançado de desenvolvimento. O Estado Total-autoritário proporciona a organi-

⁴⁶⁶ Cfr. Herbert Marcuse, *La lucha contra el Liberalismo en la Concepción Totalitaria del Estado*, em, *La Sociedad Opressora*, Editorial Tiempo Nuevo, Caracas, 1970, pp. 107.

zação e a teoria da sociedade que corresponde ao estádio cosmopolita do capitalismo.”

Lucas Verdú adiciona a isto a ideia de que “(...) *os primeiros socialistas foram liberais desencantados.*”⁴⁶⁷ Acreditamos que com isto quer significar que, a investida liberal contra as arbitrariedades e privilégios do Antigo Regime embora tenha prosperado no campo jurídico-institucional, a saber, no que concerne à limitação de poder, às liberdades e igualdade formal perante a lei, já no campo socioeconómico, falha, em grande parte devido às desigualdades reais e à situação de exploração em que se encontravam as classes trabalhadoras indefesas, sujeitas às condições da burguesia triunfante.

Não é excessivo insistir na ideia de que o Estado liberal redundava em benefício desta burguesia. No entanto é de louvar e reconhecer o seu mérito e tenacidade na construção das instituições liberais, o qual não oculta as suas evidentes imperfeições, que são, entre outras: - o desconhecimento do direito de associação por temor, crê-se, que através delas se restabelessem as corporações de artes e ofícios entorpecedoras da livre iniciativa económica e profissional; - o abandono do mercado aos economicamente poderosos, com todas as penas injustiças que isso implica; - o relativismo e quase-agnosticismo do Estado Liberal, que contribuiu para o seu desmantelamento pelos extremismos de direita e esquerda.

Não obstante, se corroborar tudo isto também é primordial observar o avanço que supõe o Estado Liberal frente ao absolutismo e à insegurança que o precedeu. A par disto fazemos a devida vénia à notável obra legislativa deixada pelo liberalismo. O postulado do Estado de Direito aplicou-se a diversos ramos de Direito: controlo jurisdicional de atos administrativos, princípio da legalidade no Direito penal, as garantias pro-

⁴⁶⁷ Cfr. a expressão de Pablo Lucas Verdú, *La Lucha por el Estado de Derecho*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1975, pp. 133.

cessuais doa acusados, e a legalidade de taxas e impostos.⁴⁶⁸

Uma das críticas que se vem fazendo ao Estado Liberal, e que não nos parece fundada, é a do seu carácter abstrato, entendendo-se este como generalidade. Ora, isto está longe de ser um defeito, pois quanto a nós constitui antes uma virtude, com respeito às singularidades e privilégios do *Ancien Régime*⁴⁶⁹ que obviamente se repulsam. Se aquela abstração importa um certo desconhecimento da realidade concreta, um retoricismo, ou alheamento social, importa esclarecer o seguinte: - o constitucionalismo liberal reagiu, e muito bem, contra certos abusos e arbitrariedades. Manifestou-se de uma forma bastante proeminente, face à insegurança jurídica e à ameaça das *Lettres de Cachet*,⁴⁷⁰ outorgando segurança às pessoas, inviolabilidade do seu domicílio, da sua correspondência e liberdade de circulação. Contra o despotismo régio, impôs-se a limitação pela Constituição e separação de poderes. Contra o dogmatismo religioso, prevaleceu a liberdade de consciência. Se por abstração se entende o desconhecimento consciente das novas realidades e transformações socioeconómicas, ou melhor, os direitos dos trabalhadores, a justa redistribuição da riqueza, então é certo que o Estado Liberal foi imperfeito.

No entanto, apesar de se admitir que a luta liberal foi notável, pois não se duvida que ela desenhou a arquitetura normativo-institucional do Estado que herdámos,⁴⁷¹ seja modificando-a, seja contraditando-a, mas mantendo-a presente nos dias

⁴⁶⁸ Idem, pp. 136.

⁴⁶⁹ A propósito, de Luciano Amaral, deve ler-se o interessante artigo doutrinário, *Institutions, Property, and Economic Growth: Back to the passage from Ancien Régime to Liberalism in Portugal*, Revista do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, Análise Social, n.º 202, Vol. XLVII, 1.º Trimestre, Ano de 2012, em especial, pp. 31-52, que analisa a passagem do Antigo Regime ao liberalismo no caso português.

⁴⁷⁰ O seu significado e explicação histórica em <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/87796/lettre-de-cachet>.

⁴⁷¹ Cfr. a doutrina de Norberto Bobbio, *Il Futuro della Democrazia*, n.º 281, Einaudi Tascabili, Torino, 1995, no capítulo dedicado ao “*Liberalismo Vecchio e nuovo*”, pp. 115-139.

de hoje, é pertinente percebermos que a religião liberal era sobretudo uma religião para os ingleses, refratária de todo o espírito sistemático e universalista. Relembremos as suas ideias sobre a tolerância religiosa, não aplicáveis aos católicos e aos ateus e, finalmente, a legitimidade da suspensão de todo o seu sistema político em benefício do poder federativo, em caso de necessidade, para fins de defesa ou de conquista.⁴⁷²

Contudo, as críticas à sua filosofia emanam principalmente dos marxistas, dos reacionários antiliberais, e dos liberais anti-religiosos. Os primeiros afirmam que John Locke não foi nem socialista nem comunista. Aliás, é óbvio que no século XVII, antes da Revolução Industrial, antes dos primórdios do capitalismo, ninguém o poderia ter sido.

O que deve ser acrescentado é que este filósofo, defensor da propriedade privada, o faz na convicção de ser ela, uma garantia constitucional, de um direito fundamental de qualquer cidadão contra possíveis desapossamentos e expropriações ilegais de terras ou casas, ordenados pelo Monarca e não por ser concebida como instrumento de exploração capitalista. Para os reacionários antiliberais, adeptos da monarquia absoluta ou de uma ditadura moderna, a oposição a Locke é perfeitamente aceitável, pois este pretendeu desde o início, provar a ilegitimidade daqueles regimes. Os liberais anti-religiosos, procuram minimizar a importância do carácter liberal da doutrina de Locke, apelidando-o de “mero descendente da linhagem clássica do pensamento político”⁴⁷³.

Esta última crítica é profundamente injusta e errada.

⁴⁷² Em matéria religiosa, diga-se que Locke associava a uma maneira racionalista de encarar a religião, perscrutora do deísmo, um sobre-naturalismo moderado que mantinha a fé nos dogmas, nos milagres e na revelação. Isto presente-se na sua obra capital, *The Reasonableness of Christianity*, já mencionada. Preconizava a tolerância, embora dela estivessem excluídos, os católicos e os ateus. Vide a igualmente mencionada *Carta ou Epístola da Tolerância*.

⁴⁷³ Cfr. Leo Strauss, *Natural Right and History*, Chicago U. P., 1953 e *Locke's Doctrine of Natural Law*, *American Political Science Review*, LII, 2 (1958), pp. 490-501.

Locke foi um verdadeiro revolucionário, pois fundou, contra o absolutismo de direito divino, o liberalismo político baseado na soberania popular e na doutrina dos direitos individuais face ao Poder: “*todos os homens são naturalmente livres, iguais e independentes*”. Isto foi tão novo e tão revolucionário, que provocou, em menos de quinze anos, as duas maiores revoluções liberais da História Ocidental, na América e em França.^{474 475} Ainda hoje ouvimos o eco da sua brilhante teoria.⁴⁷⁶

IV. A GENEALOGIA DOS DIREITOS HUMANOS: EM BUSCA DA MATRIZ INGLESA E FRANCESA:

Encontrar a casta dos direitos humanos só será possível mediante uma abordagem plurisecular dos mesmos. É necessário recuar no tempo e muito, de preferência, até aos grandes textos jurídicos romanos, para encontrar aí depositada a verdadeira ascendência dos direitos humanos. A emancipação do homem afirmada pelos direitos humanos, coincide com a alienação colectiva e com o reforço do papel do Estado. Foi difícil, recompor uma sociedade a partir dos indivíduos.⁴⁷⁷ O decorrer do século XVIII, onde o indivíduo se inventou, funda uma ordem social que se inclina para a ordenação a partir do poder elevado do Príncipe, a compor-se desde as bases sociais sustentadas pelos indivíduos. Quanto maior se revelou a autonomia do indivíduo mais aumentou a heteronomia da colectividade como afirmação de todos.

A consequência deste teorema é um maior império do Es-

⁴⁷⁴ Cfr. ob. cit., de Diogo Freitas do Amaral, *História...*, pp. 195.

⁴⁷⁵ Cfr. a obra de Augusto Messer, *La Filosofia Moderna, Del Rinascimento a Kant*, 3.^a ed. Revista de Occidente, pp. 140 e 141.

⁴⁷⁶ Rasgados elogios são também tecidos por alguns autores nas suas diversas contribuições para a obra *The Cambridge Companion to Locke*, Cambridge U. P., 1994, Vere Chappell (Ed.), University of Massachusetts, Amherst, a mais completa, sobre o pensamento político do autor.

⁴⁷⁷ Marcel Gauchet, *La Démocratie contre Elle-Même*, Paris, Gallimard, 2002, pp. 15.

tado como organização burocrática do conjunto da sociedade. Nas vésperas da Revolução, o desprendimento do indivíduo, de todos os poderes intermédios – familiares, religiosos, e corporativos – propicia a sua abstração como um universal adequado à concepção dos direitos do homem como património de uma oligarquia estadual. Os direitos do homem só começam a ser exercitáveis quando se separam da autonomia individual.

Os direitos humanos só passam a ser uma política quando se separam da dinâmica alienadora do individualismo. As fases cíclicas de esplendor do indivíduo, alienação da colectividade e exaltação da soberania do Estado coincidem, com os marcos criativos de formação da democracia liberal: 1789, 1900-1914, 1945-1970.⁴⁷⁸

Merece a pena, contudo, fazermos uma paragem neste itinerário, aproximando-nos da época da Revoluções americana e francesa. Para compreender a importancia destes momentos na história de vida dos direitos humanos, somos quase coagidos a fazer uma incursão pela querela⁴⁷⁹ que opôs, em pleno século XX, Georg Jellinek (1851-1911) e Émile Boutmy (1835-1906).

Em 1895, Jellinek, um reputado filósofo do Direito, Professor na Universidade de Heidelberg, publica pela primeira vez a obra, *A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: contribuição para a história do direito constitucional moderno*.⁴⁸⁰ Este estudo despertou desde logo um elevado interesse intelectual. Com efeito, no fascículo de 15 de Julho de

⁴⁷⁸ Idem..., pp. 333 e 334, 343 e 344.

⁴⁷⁹ Cfr. Eduardo García de Enterría, *La Lengua de los Derechos. La formación del Derecho Público Europeo tras la Revolución Francesa*, Alianza Universidad, Madrid, 1994, pp. 66-88.

⁴⁸⁰ Resolvemos estudar esta obra de Georg Jellinek, através de uma outra versão, com tradução castelhana a cargo de Adolfo Posada e estudo preliminar de Miguel Carbonell, publicada pela Universidad Nacional Autónoma de México, México, em 2000, e intitulada, *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*. O autor encara esta obra como um estudo preparatório para a sua obra de maior envergadura, *A Teoria Geral do Estado*.

1902, dos *Annales des Sciences Politiques*, de Paris,⁴⁸¹ um dos mais ilustres constitucionalistas franceses, Émile Boutmy, fundador e director da *École Libre de Sciences Politiques*, dedicara ao livro do professor alemão, um vasto estudo, no qual se discutia, com grande eloquência e fervor, a tese defendida por Jellinek.

O mencionado Professor alemão concentra a sua exposição convicto nas seguintes ideias: - a incompatibilidade entre a doutrina do contrato social de Rousseau e as Declarações de Direitos; - a influência directa das Constituições das 13 colónias norte-americanas sobre os conteúdos da Declaração Francesa de 1789; - e a concepção da liberdade religiosa nas colónias dos Estados Unidos da America como precedente da consagração dos direitos universais do homem.

Para Jellinek, a origem da Declaração Francesa de 26 de Agosto de 1789, não se encontra em França, nem no pensamento francês, mas nos Estados Unidos da América e sobretudo, no desenvolvimento constitucional das 13 colónias. O nosso autor não deixa de sublinhar a importância daquele instrumento jurídico, admitindo que sob a sua influência se formou uma noção de direitos subjectivos públicos do indivíduo no direito positivo dos Estados do Continente europeu.⁴⁸² Nem tão pouco retira à França o mérito de ter levado a cabo uma empreitada de enorme valor civilizacional.⁴⁸³

Uma das primeiras coisas que este autor trata de clarificar é a visão de que foi a obra, *O Contrato Social*, de Rousseau que inspirou a Declaração Francesa de Direitos de 1789. Refuta esta ideia sustentando que o próprio contrato social representa

⁴⁸¹ Cfr. t. XVII, pp. 415-443. Para apreciar no geral a obra de Boutmy, consulte-se a página, <http://www.sciencespo.fr/bibliotheque/sites/sciencespo.fr.bibliotheque/files/pdfs/sciences-po.pdf>

⁴⁸² Cfr. a ob. já cit. de Jellinek, *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano...*, pp. 82.

⁴⁸³ Idem..., pp. 83 e 84.

justamente o contrário dos direitos do indivíduo, isto é, os membros da comunidade, unidos pelo contrato, alienam à *volonté générale* todos os seus direitos. Os princípios do pacto social, afirma o autor, são contrários a uma declaração de direitos, porque do primeiro se depreende a onipotência da vontade geral, juridicamente sem limites, ou melhor, o sacrifício dos direitos individuais.⁴⁸⁴

Estes argumentos não nos parecem descabidos mas excessivos. Apesar desta possível contradição de conceitos, o que é facto é que existem poderosos e inegáveis ecos rousseauianos naquela declaração. Basta contemplar o seu artigo 6.º: “*A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos.*”

Depois de descartar a influência de Rousseau na Declaração Francesa, Jellinek propõe-se ir em busca dos seus antecedentes. Encontra-os nas ideias americanas. Em primeiro lugar na pioneira Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de 1776, a primeira exposição de uma série de direitos do homem, ainda que de forma implícita e tão universalmente concebida.⁴⁸⁵

O mesmo não sucede com as Constituições dos Estados Americanos, as quais, segundo Jellinek, iam precedidas de declarações de direitos, com força obrigatória para os representantes do povo. O exemplo que dá, citando Cordocet, é a Declaração de Direitos da Virgínia.⁴⁸⁶ Depois desta, o autor ex-

⁴⁸⁴ Idem..., pp. 85-87.

⁴⁸⁵ Idem..., pp. 89 e 90.

⁴⁸⁶ Idem..., pp. 90.

plica que se formularam declarações expressas de direitos nas Constituições da Pensilvânia, em 1776, em Maryland, e na Carolina do Norte, no mesmo ano, em Vermont em 1777, em Massachusetts em 1780 e em New Hampshire, em 1783, a vigorar no ano seguinte, entre muitas outras que também menciona.⁴⁸⁷

Neste ponto, não cremos que Jellinek estivesse com a razão. A inspiração e influências da Declaração de Direitos Francesa não vem do outro lado do atlântico, mas indubitavelmente, dos textos e documentos jurídicos ingleses anteriores (*Bill of Rights*, *Habeas Corpus Act* e *Magna Charta Libertatum*) e da própria atmosfera que se desenvolvera a partir das obras de Locke⁴⁸⁸, Montesquieu, Voltaire e Rousseau, entre outros.

Estes dados, não impedem Jellinek de afirmar que existe uma grande diferença entre os documentos históricos ingleses e os desenvolvidos pelas colónias, concluindo que seriam estes últimos, os que haveriam influenciado os membros da Assembleia Francesa.⁴⁸⁹

O Professor Jellinek faz ainda uma ressalva curiosa, aludindo para a diferença essencial entre direitos e lei. Segundo o direito inglês, sustenta, o Parlamento é onipotente e todas as

⁴⁸⁷ Idem..., pp. 94 e 95. Estabelece ainda um cotejo entre as Declarações francesas e americanas, pp. 96-104.

⁴⁸⁸ Locke não passou imune às críticas de Jellinek. Este chega a afirmar que a doutrina de Locke não atribui aos homens que vivem no Estado, direitos fundamentais estritamente determinados, apenas assinalando que para o autor inglês, o poder legislativo está limitado pelo fim do próprio Estado. Estes limites, não são para Jellinek, o reconhecimento inequívoco e expresso de direitos do homem, mas tão só as proposições mais essenciais do *Bill of Rights*. Cremos que estava errado acerca de John Locke. Ninguém, antes de Locke, compreendeu tão bem os direitos individuais mais elementares e essenciais, como o próprio. A sua teoria sobre a origem do poder, já é, ela mesma, um reconhecimento expresso de que estes direitos fazem parte da essência e dignidade humanas, anteriores à sociedade política e insuperáveis pelo Poder. O Direito e o Estado terão somente o dever de os respeitar (e não o dever de os reconhecer visto serem inatos ao homem), porque é essa a justificação do Direito e o fim do Estado.

⁴⁸⁹ De novo, *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano...*, pp. 105-107.

leis por ele aceites ou elaboradas têm idêntico valor. As declarações americanas, pelo contrário, contêm regras que estão acima do legislador ordinário. Isto é pertinente na medida em que irá dar lugar, nos Estados Unidos da América, ao surgimento de um peculiar modelo de controlo da constitucionalidade das leis, que não se chegou a desenvolver em Inglaterra.⁴⁹⁰

Outra diferença importante que é apontada, entre o *Bill of Rights* Inglês e as Constituições das colónias americanas é que o primeiro comporta poucos direitos, ou melhor, em abono da verdade, assinala antes deveres do governo, enquanto que as ditas Constituições, pelo contrário, enumeram uma porção maior de direitos, tomando-os como inatos e inalienáveis.⁴⁹¹

Facilmente nos apercebemos de que aquilo que realmente distingue a consagração originária destes direitos em França e nos colónias americanas é sem dúvida o momento da constitucionalização, a partir de três momentos essenciais: A inserção das declarações de direitos nos textos constitucionais; Nos recentes Estados Unidos, os direitos estavam sujeitos ao poder de revisão constitucional, podendo por isso ser modificados através do procedimento estabelecido pelos respectivos textos constitucionais, o que era impensável na Europa dessa época; finalmente, a existência de controlo jurisdicional da constitucionalidade das leis, o chamado *Judicial Review*, que se inicia antes ainda da promulgação da Constituição Federal de 1787. França e o resto da Europa estariam de fora deste movimento, aliás, assistem ao fracasso da constitucionalização, durante todo o século XIX.

Atente-se a duas importantes questões que servem para sufragar a ideia de que a Declaração Francesa se afasta ostensivamente dos documentos jurídicos de direitos norte-americanos e conseqüentemente para desmentir a tese de Jellinek sobre a influência preponderante destes naquela Declaração. Uma de-

⁴⁹⁰ Idem..., pp. 108 e 109.

⁴⁹¹ Idem..., pp. 113.

las é a concepção radical da sociedade e do Estado como um fruto da simples coexistência das liberdades e a outra é o papel central reservado à lei pela Declaração Francesa, o qual explicará a sua decisiva influência na origem do direito publico europeu, uma construção que não chegou a produzir-se no século XIX na América.

Por último, para Jellinek, a origem dos direitos universais do homem há-de encontrar-se nas lutas travadas para alcançar a liberdade religiosa, tanto em Inglaterra, como mais tarde nas colónias norte-americanas.⁴⁹²

De facto, justiça seja feita, esta obra de Jellinek constitui um valioso elemento para o estudo da história do constitucionalismo mundial, que originariamnete mais não é do que a história das lutas pela liberdade, igualdade e dignidade humanas contra a tirania e a opressão. Oferece-nos um importante ponto de vista histórico e uma excelente oportunidade de ficarmos mais perto desse monument dos direitos humanos que é a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* de 1789.

E nós não desvalorizamos a importância que aquele autor dá aos instrumentos jurídicos das colónias norte-americanas. É certo que a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, os *Bill of Rights* dos diferentes Estados que acompanharam as Constituições estaduais e a Constituição da União de Estados Confederados de 1787, foram desenvolvendo uma cultura participativa democrática que não se dava dentro da tradição aristocrata francesa. A América tinha pretensões a ser a terra prometida da tolerancia religiosa. Foi isso que levou Thomas Paine a adoptá-la como terra de exílio.

Muito bem, para Boutmy, as principais ideias que Jellinek nos expõe na sua obra são discutíveis e portanto, ele discute-as, no seu eloquente artigo *supra* referenciado. Para o sábio publicista, as afirmações do professor alemão podem reduzir-se aos seguintes tópicos: 1.º As Declarações de Direitos não pro-

⁴⁹² Idem..., pp. 115-125.

cedem do contrato social, melhor, contradizem-no; 2.º A Declaração francesa pela sua substância e forma, imita a dos Estados particulares americanos. 3.º A liberdade religiosa é o elemento mais antigo destas declarações, podendo estimar-se que dela provêm, enquanto que a afirmação da mesma como um direito natural, sugere, por imitação a de outros direitos.

Analisando em separado cada preposição Boutmy faz os seguintes reparos: - a Declaração de Direitos não contradiz o contrato social. A “cláusula” deste, aparentemente anulatória do indivíduo, não impede a possibilidade de uma Declaração de Direitos. Existe no contrato social, alguma coisa fixa e fora da arbitrariedade do soberano. Este *quantum* corresponde ao conteúdo substancial do dito contrato: a igualdade de direitos de todos os cidadãos; a exigência de que a lei se funde na necessidade de manter a isonomia entre eles e o seu carácter geral e abstrato.

Com efeito, Boutmy recorda, a nosso ver, com razão, a necessidade de ter presente a ideia do povo como soberano, acrescentando que o povo está acostumado a conceber o soberano como um monarca, isto é, como um indivíduo à parte da comunidade. Não estamos habituados a vê-lo como parte do povo. E no fim, assume que a Declaração de Direitos não provêm de Rousseau nem de Locke, nem dos Bill of Rights americanos, nem da Declaração de Independência. Ela seria resultado de uma causa invisível: o grande movimento dos espíritos do século XVIII.

Boutmy suspeita do cotejo feito por Jellinek às declarações francesa e americana e ao contrário deste autor, acredita que os princípios praticados em Inglaterra no século XVIII influenciaram directamente a Declaração de Direitos Francesa, sem esquecer a influência do fluxo de ideias alimentado por Locke, Montesquieu, Voltaire, Rousseau, o qual se estendeu a todo o mundo civilizado, e como é óbvio às colónias americanas. Considera e bem, em nosso entender que os *Bill of Rights*

americanos são uma simples transcrição da Common Law. Aí estará uma verdadeira relação de filiação.

Sobre a origem religiosa dos direitos do homem, dirá que foi o século XVIII, que, livre do fervor religioso, encontrou a verdadeira tolerância. O espírito do século XVIII, por um lado, e as causas económicas e a Reforma, por outro, são quem fez germinar e desenvolver rapidamente a liberdade religiosa na América. Para Boutmy, as liberdades civis e políticas alcançadas pelos colonos ingleses transportam consigo algo do espírito livre de Inglaterra e a tradição inspiradora das lutas religiosas em pró da consciência livre. Quanto às liberdades que entranharam os direitos de reunião e associação, a liberdade de imprensa, e por fim, a liberdade religiosa, resultam da natureza do Estado baseada em elementos racionais, tropeçando indiscutivelmente na corrente de direito natural.⁴⁹³

Entendemos que o ponto de partida da discussão sobre a origem dos direitos humanos centra-se inequivocamente nas revoluções burguesas e no direito natural racionalista. Por essa razão, Jellinek estava errado. A abordagem realizada pelo constitucionalismo francês é a “juridificação” dos direitos humanos na Constituição de 3 de Setembro de 1791, que garante a proteção dos direitos naturais e civis publicados na declaração que a antecede.⁴⁹⁴

Até à Constituição de 4 de Novembro de 1848, produz-se esta “juridificação” da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. É inegável o lugar que este instrumento ocupa no “*bloc de constitutionnalité*”, como reforça Georges Vedel.⁴⁹⁵

⁴⁹³ Pouco depois de ser publicada a refutação de Boutmy, o Professor Jellinek, num artigo sobre a sua obra, *A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, a partir da *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, Paris, t. XVIII, pp. 385-400, fundada e dirigida então por M. Larnaude, replicou, defendendo-se das críticas do publicista. Esta crítica também pode ser lida na versão castelhana, constante da obra cit. *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano...*, pp. 143-157.

⁴⁹⁴ Cfr. García de Enterría, *La Lengua de los Derechos...*, pp. 226.

⁴⁹⁵ *La Place de la Déclaration de 1789 dans le “bloc de constitutionnalité”*, in, la

Os direitos surgem salvaguardados pela Constituição, mas o constitucionalismo francês não origina a ideia de direitos do homem e do cidadão, de raiz, realmente protestante. O contrato social de Rousseau não cria direitos. Aliás, nega a existência de direitos do indivíduo acima do contrato, firmado pelo mesmo. O Rousseauianismo que impregna e percorre todo o processo revolucionário francês considera até que, os direitos humanos são de conteúdo vago e de uma anarquia perigosa.

França errou porque não deu prioridade à formação de um poder colectivo. Os revolucionários declaram os direitos sem garantir o seu exercício. Os direitos humanos na França revolucionária foram menos garantias do indivíduo do que critérios de legitimação dos constituintes franceses. Os próprios quiseram livrar-se do peso de catorze séculos de governo hereditário, oito séculos prosseguidos pela mesma dinastia.⁴⁹⁶ O importante não é tão só a origem dos direitos humanos, mas a mutação teológico-política que se avizinhou desde o século XVI em torno de novos conceitos de soberania do Estado e representação política.

Em Inglaterra, os direitos individuais não foram originalmente concebidos como garantias e liberdades a reclamar, mas como exigências de recomposição do espaço público. Os direitos humanos seriam o apuramento do exercício do poder constituinte.

V. A EVOLUÇÃO DA PROTEÇÃO DO INDIVÍDUO NO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS: A HERANÇA DE LOCKE?

O Mundo Antigo legou à humanidade, uma grande parte do seu património moral e intelectual, em matéria de igualdade.

Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen et la Jurisprudence, Conseil Constitutionnel, Recherches Politiques, PUF, 1989, pp. 35-64.

⁴⁹⁶ Marcel Gauchet, *La Révolution des Droits de l'Homme*, Gallimard, Paris, 1989, pp. 49 e 50.

Martin de Albuquerque identifica como consequência disto, as seguintes proposições: - todos os homens são naturalmente iguais; - a igualdade é a essência da justiça; - a igualdade presuppõe a comparação e não tem sentido entre coisas incomparáveis; - a igualdade obriga a tratar igual o que é igual, desigualmente o desigual; - a igualdade não é necessariamente aritmética, podendo (e devendo) em certos casos ser geométrica; - a igualdade é a base da democracia; - igualdade como participação das oportunidades.⁴⁹⁷ Contudo, não deixa de salientar a existência da afirmação da desigualdade natural por Aristóteles ou mesmo a admissão da escravatura.

Recuando até aos grandes textos jurídicos romanos, detectamos que o Digesto (533) que expressa a opinião de Ulpiano, que no que tange ao Direito natural, considera que todos os homens são iguais: “*Quod ad jus naturale attinet, omnes homines aequales sunt.*”⁴⁹⁸

No Séc. XIII podemos identificar a primeira concretização anglo-saxónica de catalogação de direitos fundamentais: a *Magna Carta* (1215). No século XVII a *Petition of Rights* (1628), o *Habeas Corpus Act* (1679) e o *Bill of Rights* (1689). De facto, ao serem transplantados para os territórios coloniais, estes “direitos dos ingleses”, vão crescer na revolução americana como direitos dos homem. Eis os primeiros instrumentos internacionais tendentes a limitar o exercício do poder soberano.

Em meados do século XVI, Espanha era alvo de debates, inovadores para a época, sobre o tratamento dos nativos no Novo Mundo, entre os freires dominicanos Batolomeu de Las Casas e Juan Ginés de Sepúlveda. Também aqui se inflamava a tertúlia acerca dos pretensos direitos dos nativos. A ideia de igualdade e dignidade humana começavam a ter repercussão

⁴⁹⁷ Martin de Albuquerque, *Na Lógica do Tempo*, Ensaios de História das Ideias Políticas, FDUL/Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 146.

⁴⁹⁸ D. 50. 17. 32.

nos meios intelectuais.

No Séc. XVIII assistimos a uma explosão de afirmações dos direitos do homem nos EUA, veja-se como exemplo, a Declaração de Direitos da Virgínia de 1776, que instaura uma linguagem nova, onde se estreou a declamação ou melhor, a declaração de direitos.

O fim da Guerra dos Trinta Anos, com a paz de Vestefália ⁴⁹⁹, representou um ponto fulcral na afirmação da soberania estadual e na relação entre os Estados. No século XVIII, a ideia de limitação do poder do Estado, com vista à proteção da pessoa humana começa a difundir-se sob a influência do iluminismo, e pela mão de autores como Rousseau e Montesquieu.

Em França, a constitucionalização dos direitos fundamentais apareceu na Revolução Francesa, dela nascendo a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão adoptada pela Assembleia Constituinte francesa em 1789. Aqui os direitos do homem surgem originariamente plasmados como limites ao poder político do Estado.

O progresso dos direitos do homem a partir daquela matriz foi irresistível. *“A garantia dos direitos do homem e do cidadão (...) carece de força pública, para o que é indispensável contribuição comum, a qual deve ser igualmente repartida por todos os cidadãos em razão das suas possibilidades.”* ⁵⁰⁰

⁵⁰¹ *“(...) Todos os cidadãos, sendo iguais aos seus olhos, são igualmente admissíveis a todas as dignidades, a todos os lugares e cargos públicos, segundo as suas capacidades, e sem*

⁴⁹⁹ Cfr. Ronald Dworkin na sua obra, *Justiça para Ouriços*, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 341, chega mesmo a afirmar que *“Os direitos humanos são aqueles que se sobrepõem não só aos objetivos nacionais coletivos, mas também à soberania nacional, compreendida de uma modo particular. (Esta é, geralmente, chamada a concepção vestefaliana da soberania, pois foi importante na compreensão do sistema de Estado-Nação, desenvolvida pelos Tratados de Vestefália.)”*

⁵⁰⁰ Cfr. Martim de Albuquerque, *Na Lógica do Tempo*, ob. cit., pp. 179 e 180.

⁵⁰¹ Cfr. a respeito destas ideias, os artigos 12.º e 13.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

outra distinção que a das suas virtudes e talentos. ^{502 503}

O constitucionalismo moderno invade a história através das Constituições do final do século XVIII – a americana de 1787 e a francesa de 1791. Consagra-se plenamente no decurso do século XIX e somente se torna um fenómeno global, na segunda metade do século XX. É depois de 1945, quando termina a Guerra Mundial, sobretudo nos anos 80, que atinge a plenitude da sua expansão.⁵⁰⁴

Entre finais do século XVIII e inícios do século XX, multiplicam-se movimentos com vista à promoção da igualdade e dignidade humanas, em vários domínios, designadamente com o objectivo de abolir a escravatura, defender os direitos das mulheres, e promover condições de trabalho justas para todos.

Historicamente, pode dizer-se que a protecção do Ser Humano pelo Direito Internacional não se inicia no pós-II Guerra mundial, antes existe um primeiro impulso que não pode passar despercebido. Antes da II Guerra Mundial, existem alguns resquícios que marcam a internacionalização daquela protecção.⁵⁰⁵ São eles, a intervenção humanitária, a inserção de disposições relativas à protecção de certos direitos, em alguns Tratados, a liberdade religiosa e de culto, a proibição de tráfico de escravos, entre outras.

O aparecimento do Direito Internacional Humanitário, impulsionado pela criação do comité internacional da cruz vermelha em 1863, como garante da protecção das vítimas dos conflitos armados, teve um papel determinante na salvaguarda da vida, saúde e dignidade de combatentes, prisioneiros e civis. Já no quadro da Sociedade das Nações, deve notar-se, a prote-

⁵⁰² Cfr. Martim de Albuquerque, *Na Lógica do Tempo...*, pp. 180.

⁵⁰³ Cfr. o artigo 6.º da referida Declaração.

⁵⁰⁴ Nesta linha, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *O Paradoxo da Justiça Constitucional*, Separata da Revista da FDUL, Vol. LI, n.ºs 1 e 2, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 17.

⁵⁰⁵ Assim nos ensina Ana Maria Guerra Martins, *Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 97-100.

ção das minorias e trabalhadores e o sistema de mandatos, a proteção de estrangeiros, a tutela do direito à autodeterminação dos povos e a proteção diplomática e consular. O Tratado de Versalhes, que pôs fim à I Guerra Mundial é parco em normas relativas à proteção da pessoa humana, embora contenha disposições sobre o direito à autodeterminação e os direitos das minorias.

Se a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT) tem claramente preocupações político-económicas, já o Pacto da Sociedade das Nações, pouco avança nesse domínio, limitando-se a afirmar a importância de um tratamento justo para as pessoas sujeitas à jurisdição dos Estados-Parte. A falência da Sociedade das Nações, teve consequências devastadoras já sobejamente conhecidas. Por isso, ficou estabelecido na Carta das Nações Unidas que um dos seus principais órgãos, o Conselho Económico Social (ECOSOC), criaria uma Comissão para a proteção dos direitos humanos. A esta Comissão instituída logo em Janeiro de 1946, foi confiada a tarefa de elaboração de uma Carta Internacional de Direitos Humanos, composta no entendimento do primeiro Comité de Redação por uma Declaração e uma Convenção de Direitos Humanos. A Declaração chamou-se Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) e foi negociada e adoptada em tempo recorde, a 10 de Dezembro de 1948.⁵⁰⁶

O período pós-II Guerra Mundial é de facto, o marco para a internacionalização da proteção do indivíduo. Estamos num momento de pura “anestesia”, marcado pela reação aos horrores cometidos por Hitler e pelo flagelo de uma Guerra, que deixaria marcas profundas em todo o mundo. O governo do Estado teria de deixar de ser um governo mínimo ao jeito liberal, para necessariamente se transformar num governo forte

⁵⁰⁶ Cfr. a opinião de Pasquale Policastro, no artigo doutrinal, *Dignidad de la Persona y Principios Constitucionales en la Época de la Globalización*, Revista Persona y Derecho, n.º 64 (Enero-Junio), Universidad de Navarra, Pamplona, 2011, pp. 197 e 198.

no plano das instituições sociais. Este esforço construtivista do Estado, característico de um neoliberalismo emergente na época, em especial na Alemanha e na América tenderia a (re)construir os valores da sociedade. Ao Estados cada vez seriam exigidas mais tarefas, mais proteção, mais regulamentação, e mais intervencionismo. Assim, o liberalismo que tendia a “congelar a dinâmica social em nome da distribuição de direitos”⁵⁰⁷, vê-se perante uma sociedade com imensas necessidades e dramas sociais, os quais só podiam ser satisfeitos, sacrificando alguns direitos estabelecidos. Tudo isto haveria de motivar mais tarde, a passagem paulatina para um novo modelo estadual, o Estado Social de Direito, capaz de suportar o encargo da reconstrução desta sociedade despontante.

O reconhecimento da universalidade dos direitos humanos é a razão para a convergência da Comunidade Internacional. Do ponto de vista normativo, o Direito Internacional dos Direitos Humanos teve como base o Direito Consuetudinário e o Direito Convencional.⁵⁰⁸

O primeiro grande impulso viria da Carta das Nações Unidas de 1945⁵⁰⁹, através do seu preâmbulo e artigos. 1.º/3, 13.º, 55.º, 56.º, 62.º, 68.º e 76.º. Daí se retira o princípio do respeito pelos direitos humanos, ponto de partida para o seu reconhecimento jurídico posterior em numerosos instrumentos internacionais.

No âmbito universal, são apontadas doutrinariamente, quatro fases ao Direito Internacional dos Direitos Humanos. A primeira fase identifica-se com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) aprovada em 1948.⁵¹⁰ É o primeiro catálogo internacional de direitos humanos, contendo além

⁵⁰⁷ Cfr. ob. cit. de A. M. Hespanha, *Cultura Jurídica Europeia*, Síntese de um Milénio, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 387.

⁵⁰⁸ Ob. cit. nota anterior, pp. 100.

⁵⁰⁹ Consultado em www.un.org

⁵¹⁰ Exaltando a sua importância, *Direitos do Homem, de João XXIII a João Paulo II*, de Giorgio Filibeck, Principia, 1.ª Ed., 2001, pp. 473-490.

de direitos civis e políticos, direitos económicos, sociais e culturais. Esta declaração de princípios destina-se a ser completada por outros textos, que infelizmente, tardaram.⁵¹¹ Ainda neste período, devem destacar-se o surgimento da Convenção sobre a prevenção e Punição do Crime de Genocídio em 1948 e da Convenção n.º 87 da Organização Internacional de Trabalho, sobre a liberdade de associação e proteção do direito de organização.⁵¹²

A segunda fase culmina em 1966, com a adopção dos dois Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas (ONU). O Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos⁵¹³, a vigorarem apenas desde 03/01/1976 e 23/03/1976, respectivamente.

Entre a DUDH e estes Pactos existem diferenças. A DUDH dirige-se aos indivíduos, os pactos nem por isso, consagram antes, uma “colectivização de direitos”⁵¹⁴, por influência dos Estados de Leste. Devemos mencionar ainda que esta fase foi muito fértil em matéria de Convenções. Adoptou-se a Convenção respeitante ao Estatuto dos Refugiados de 1951, aos Direitos Políticos da mulher de 1953, a de Eliminação da Discriminação Racial de 1965, a Declaração sobre os Direitos da Criança de 1959, a Declaração sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial de 1963 ou a Declaração sobre a Eliminação de Discriminações em relação às Mulheres de 1967.

A terceira fase identifica-se com o período que decorre entre 1967 a 1989, intensamente marcada pela Conferência Internacional dos Direitos do Homem de Teerão, de 22 de Abril a 13 de Maio de 1968. Em 1976 entrou em vigor o primeiro Protocolo opcional aos Pactos, em 1979, adopta-se a

⁵¹¹ A mesma ob. já cit. anteriormente de Ana M. G. Martins, pp. 101.

⁵¹² Ambas para consulta em www.un.org

⁵¹³ Para consulta no *supra* cit. *site*

⁵¹⁴ Iguualmente Ana G. Martins, ob. cit., pp. 102.

Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher e em 1984, contra a tortura e outros tratamentos cruéis ou degradantes. Em 1989, surge a Convenção sobre os Direitos da Criança.⁵¹⁵

A quarta e derradeira fase é comumente identificada a partir de 1989, até à atualidade. Assim, o desanuviamiento Leste/Oeste e a tensão Norte/Sul, leva à preocupação de proteger os direitos humanos, em especial nos Estados da Europa Central e do Leste, e África do Sul, ao mesmo tempo que avultam os conflitos nessas zonas da Europa e em alguns países africanos (ex. da Nigéria, Ruanda e Angola).⁵¹⁶

No âmbito regional, a proclamação dos direitos humanos dá os primeiros passos na Europa e América, e só depois se alarga ao continente africano e ao mundo árabe, com exceção da Ásia, que até hoje ainda não tem um sistema de proteção dos direitos humanos.

A nível europeu, é no domínio do Conselho da Europa, criado pelo Tratado de Londres em 1949, que se atinge o principal avanço. Em 1950, é no quadro desta Organização Internacional, que se adoptaria a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), a vigorar a partir de 1953. O seu sistema era à data, inovador. Pela primeira vez, o Estado poderia ser posto em causa e curvar-se diante dos direitos do indivíduo, formalmente reconhecidos. As violações de direitos humanos por parte de um determinado Estado. por ação ou omissão, estariam sujeitas ao controlo e sancionamento dos órgãos internacionais instituídos para proteger os indivíduos, desde que tais Estados tivessem ratificado a CEDH. Além de reconhecer a competência do Comité de Ministros do Conselho da Europa, nesta matéria, criou uma Comissão Europeia e um Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, cujo papel é receber e analisar queixas, julgando-as violações ou não dos direitos huma-

⁵¹⁵ Todas as Convenções em www.un.org

⁵¹⁶ Assim conclui Ana G. Martins, ob. cit., pp. 102 e 103.

nos.^{517 518}

Na América, a Convenção Americana relativa aos Direitos Humanos (CADH) em vigor desde 1978, inspirou-se na CEDH. Aprovada pelos Estados-membros da Organização dos Estados Americanos, em S. José, foi ratificada apenas por 25 Estados e completada por dois protocolos adicionais, um deles tem de ver com a pena de morte, e foi adoptado no Paraguai em 1960, estando a vigorar tão só entre os oito Estados que o ratificaram. O outro protocolo é relativo aos direitos económicos, sociais e culturais. Foi adotado em S. Salvador em 1988 e a está a vigorar desde 1999, contando hoje com 13 Estados.⁵¹⁹

Também o continente africano conta atualmente com um sistema de proteção internacional dos direitos humanos, embora algo tímido, diga-se. A Carta da Unidade Africana de 25 de Maio de 1963, espelha as preocupações africanas no que tange à sua independência, à ajuda a outros países africanos na libertação do “jugo colonial”⁵²⁰, embora se tenha manifestado insuficiente em matéria de direitos humanos. Daqui surgiu a necessidade de adoptar a Carta Africana de Direitos do Homem e dos Povos, de 27/06/1981, de Nairobi. A vigorar desde 1986, conta hoje com 53 ratificações.⁵²¹ É uma peculiar Carta de direitos, mas também de deveres, em que os direitos do homem aparecem relacionados com o direito dos povos. O indivíduo não é encarado singularmente mas em consonância com a comunidade ou o grupo em que se insere. É aí que se realiza e é aí que se justifica a proteção dos seus direitos fundamentais.

Por último, mas muito importante, no plano do Direito da

⁵¹⁷ Cfr. António José Fernandes, *Proteção e Salvaguarda dos Direitos do Homem*, Almedina, 2004, pp. 72 e 73.

⁵¹⁸ A Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) e toda a informação respeitante ao Tribunal Europeu do Direitos do Homem (TEDH) em www.echr.coe.in/

⁵¹⁹ Esta Convenção e seus protocolos, para consulta em www.oea.org

⁵²⁰ Expressão da autora, Ana G. Martins, pp. 105.

⁵²¹ Informação disponível em www.african-union.org

União Europeia ⁵²², recorde-se a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE) de 07/12/2000, com as adaptações introduzidas em 12/12/2007, em Estrasburgo. Esta, surge após o Tratado de Lisboa, assinado em 13/12/2007 e em vigor desde 01/12/2009. Reconhecida no seu artigo 6.º/1 ⁵²³, como tendo o mesmo valor jurídico do Tratados da União Europeia, ou seja, a Carta, constitui agora *hard law*, existindo por isso uma sujeição, do exercício dos poderes públicos da União e das suas tarefas, executados em nome do povo europeu, à *rule of law* e ao respeito pelos direitos individuais dos cidadãos que a compõem.

É verdade que a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi e continua a ser a musa inspiradora de todas as cartas de direitos humanos existentes até hoje. Nela se continua a congregar toda uma “gramática de direitos” ⁵²⁴ naturais, humanos e morais, que acabou por irradiar para todo o Direito Inter-

⁵²² Sobre os valores da União Europeia perante os valores constitucionais dos Estados-Membros, vide, o artigo já citado de Pasquale Policastro, pp. 200-206.

⁵²³ Vide o *Tratado de Lisboa*, Miguel Gorjão Henriques (ORG.), Almedina, 2011, 3.ª Ed.

⁵²⁴ A expressão é de John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Law Series, Oxford, 1980, pp. 205. Nesta obra, o autor oferece elementos valiosos para uma defesa racional dos direitos humanos. Finnis faz uma renovação crítica ao jusnaturalismo, acolhendo o conceito de direitos humanos e, usando a linguagem dos direitos como instrumento que expressa adequadamente as exigências da lei moral natural sobre a justiça. Se isto é possível, como pensa, podemos falar em direitos naturais na medida em que os direitos subjetivos formulados pelas fontes jurídicas e internacionais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, possam interpretar-se como fórmulas jurídicas positivas que reconhecem, albergam e salvaguardam alguns direitos subjetivos universais, imutáveis, inalienáveis e imprescritíveis, próprios do ser humano pelo simples facto da sua pertença à espécie humana (vide em pormenor o capítulo VIII, da ob. cit., referente aos direitos, pp. 198-226). O pensamento de Finnis permite enquadrar aqueles direitos numa filosofia prática que remontando a Platão, reconhece algo devido ao homem por natureza, isto é, por uma exigência racional, fundada na prioridade ontológica do homem em relação ao resto do universo e na estrutura imutável dos seus fins ou bens básicos. Tudo isto vem também desenvolvido na sua obra, *The Priority of Persons*, Jeremy Horder (ed.), Oxford Essays in Jurisprudence, Fourth Series, Oxford University Press, Oxford, 2000, pp. 1-15.

nacional dos Direitos Humanos.

VI- CONCLUSÃO:

O Estado de Direito que hoje conhecemos é, no aspecto doutrinário e ideológico, “*expressão conclusiva da filosofia política moderna de Locke a Kant*”⁵²⁵, sob o prisma estrutural, Martim Albuquerque afirma que está conexas com a ascensão da classe burguesa, surgida com os primórdios do capitalismo.⁵²⁶ O século XIX propiciaria todas as condições políticas e sociais para o nascimento histórico do Estado de Direito Moderno. A autonomia de uma sociedade, de estrutura burguesa, considerada separadamente do Estado, está evidentemente nas bases das garantias de liberdade e da organização do Estado de Direito.⁵²⁷

Sobre esta nova sociedade disse Adriano Moreirao o seguinte: no interior dos Estados, “*(...) a teoria do pacto social deu uma base à construção do sistema jurídico. O que se encontrava nas relações entre os príncipes soberanos, era o Estado de natureza definido por Locke: todos e cada um orientados pelos princípios da legítima defesa e da própria conservação. Na ordem interna reina o Direito na externa reina a força.*”⁵²⁸

Nos tempos que se seguiram, as atrocidades cometidas nas duas Guerras Mundiais, viriam a convencer a Humanidade – esperemos que definitivamente – da necessidade de admitir um conhecimento que não provenha unicamente dos sentidos, sobretudo no que concerne aos valores morais do homem.⁵²⁹ E

⁵²⁵ Cfr. Giuseppe Marchello, *La Teoria dello Stato come Libertà. Interpretazione Storica della Formula e Analisi dei suoi Contenuti Ideologici*, Milão, Giuffrè, 1965, pp. 121 e também pp. 1231.

⁵²⁶ Cfr. Martim de Albuquerque, *Na Lógica do Tempo*, ob. cit., pp. 128.

⁵²⁷ Ibidem...

⁵²⁸ Cfr. Moreira, Adriano, *A Comunidade Internacional em Mudança*, 3.^a Ed., Alameda, Coimbra, 2007, pp. 180 e 181.

⁵²⁹ Cfr. Miguel Villorio Toranzo, *Lecciones de Filosofía del Derecho*, Ed. Porrúa,

porque as violações de direitos humanos, agridem a consciência colectiva da Humanidade, devemos estar atentos à ocorrência de assassinatos, tortura, repressão policial ou cerceamento das liberdades individuais, mas também, não sermos apenas expectadores de situações em que as pessoas ficam privadas de alimentação, cuidados de saúde ou simplesmente de um local para viver – que em boa verdade ocorrem todos os dias –no nosso mundo, comprometendo gravemente a segurança de um Estado, a sua coesão social e o desenvolvimento humano e económico sustentável.

John Locke assumiu desde sempre a conveniência da união dos homens sob um governo civil, para salvaguardar todos os que o compõem, da agressão e invasividade alheias, protegendo, através das suas próprias leis e autoridade, os direitos dos seus membros, de forma a alcançar-se uma sobrevivência harmoniosa e pacífica.

Verdadeiramente, foi o Estado absoluto que criou a Nação e colocou o indivíduo em diálogo com o poder. O carácter “supraclassista do poder absoluto”⁵³⁰, que pretendia defender os interesses de todos acabaria por redundar, no plano económico, numa grande empresa capitalista, respondendo mais directamente aos interesses burgueses do que das restantes camadas sociais. O absolutismo fomentava assim a luta de classes.⁵³¹ O efeito ideológico das relações capitalistas daria origem a uma imagem de separação entre a sociedade civil e o Estado, a imagem de um Estado neutro e isolado em relação à luta de classes e a imagem do homem em geral e do cidadão, como sujeito da economia, da política e da História.^{532 533} Isto teria consequên-

México, 1973, pp. 185.

⁵³⁰ Cfr. A.D. Lublinskaya, *La Crisis del Siglo XVII y la Sociedad del Absolutismo*, Editorial Crítica, 1983, pp. 178.

⁵³¹ Acerca da história do absolutismo e da ilustração europeia, vide, *Historia Universal, La Época del Absolutismo (1660-1789)*, Walter Goetz (dir.), Trad. Castellhana, Manuel Garcia Morente, Tomo VI, Madrid, 1934, pp. 13-363.

⁵³² Cfr. António Manuel Hespanha, *O Estado Absoluto, Problemas de Interpretação Histórica*, BFDUC, Coimbra, 1979, pp. 28 e 29.

cias a nível do Estado.

O Estado absoluto intervêm no plano económico social de um modo diferente do Estado Feudal. Existe uma desolidarização em relação às classes feudais (substituição do seus privilégios por direito igual e expropriação dessas classes, quanto aos seus poderes político-administrativos), assumindo o Estado Absoluto, o papel de representante ideológico da unidade nacional, sob o signo do interesse geral e bem comum.⁵³³

Foi o imperialismo, destrutor das independências, que obrigou a sociedade civil, os povos alienados, e encarar o Estado como um sistema que pode ser dominado, alterado, substituído, dispensado e participado.⁵³⁵ Foi a imposição da lei estrangeira, que viria a criar os mecanismos necessários para que se revelasse a precedência da moral sobre a lei, que obrigou a repensar os valores anteriores e superiores ao Estado. Possivelmente a definição dos direitos humanos que ora está em movimento, possa referir-se aos seguintes antecedentes fundamentais: o reconhecimento da diferença entre a sociedade e o Estado; a diferenciação entre o direito privado e o público; o reconhecimento das comunidades intermediárias; a validade do conceito de direito subjetivo; a função instrumental do Estado e os seus direitos de participação no poder, com o seu corolário das liberdades públicas.⁵³⁶

De facto, Locke parecia mais próximo da verdade, do que qualquer outro filósofo contratualista. Entendeu melhor a soci-

⁵³³ Na mesma ob. cit., de A. M. Hespanha, em nota 51, pp. 28 e 29, o autor refere que “*os privilégios*”, nomeadamente nas relações sociais de produção, ligadas à terra, domínio então decisivo, subsistem durante todo o período do Estado Absoluto, e só vão sendo abolidos no século XIX. Também a abolição decisiva dos poderes administrativo-judiciais, só se verifica no termo do antigo regime. Quanto ao plano ideológico, podemos falar em permanência das estruturas de privilégio ainda nos fins do século XVIII e inícios do século XIX. A nobreza é o principal esteio das monarquias, em uso até fins do século XVIII.

⁵³⁴ Cfr. a ob. cit., de António Manuel Hespanha, *O Estado Absoluto...*, pp. 29.

⁵³⁵ Assim nos ensina Adriano Moreira, *Ciência Política*, 3.^a Ed., Almedina, Coimbra, 2012, pp. 295.

⁵³⁶ Cfr. a ob. *supra* cit. de Adriano Moreira, pp. 297.

idade sem o Estado: a liberdade natural consistindo em ter apenas como limite de ação, o direito natural, ou seja, a ética que pregam todos os messiânicos ou não messiânicos, das sociedades párias, todos eles, mais ou menos estoicos: a tensão moral de cada um, é que assegura o interesse de todos. A liberdade civil consistindo no direito a fazer tudo o que as leis permitirem. As leis, vistas como um direito positivo, decretado por um poder legislativo controlado pelos destinatários. Do ponto de vista político, a liberdade é assim, um voto que deve assegurar a participação no uso do poder.⁵³⁷ O poder é para J. Locke, o conjunto de meios capazes de impor a obediência, num Estado livre e cujo desvio, pode levar à insurreição.

A doutrina liberal teve como fontes principais o liberalismo inglês de Locke e o liberalismo francês de Montesquieu. Nenhum pensador teve tanta influência no século XIX, como Locke. Foi ele que averiguou as origens e a forma da matriz teórica liberal. Montesquieu, é conhecido como o primeiro sociólogo da política, pois ele próprio, em *L'Esprit des Lois*, explica que tem intenção de racionalizar a pluralidade de usos, costumes, práticas, instituições, governos, que a História oferece ao observador. Esta racionalização vem a encontrá-la na natureza das coisas, descoberta quando se detectam as causas profundas que determinam a direção geral dos acontecimentos.

Tipologia que lhe ocupará os treze primeiros livros e que termina na definição dos três tipos de governo: república, monarquia e despotismo. Em suma, em Montesquieu *“encontra-se a raiz argumentativa moderna da necessidade de espaços de liberdade da administração pública, sendo esse um dos aspectos do seu pensamento que mais incolumemente – mas também mais velada e talvez mais desavisadamente – chegaram à atualidade.”*⁵³⁸

⁵³⁷ Cfr. a ob. *supra* cit. de Adriano Moreira, pp. 308.

⁵³⁸ Cfr. as palavras de Rui Guerra da Fonseca, *Montesquieu e a moderna identidade do poder administrativo*, in, *Direito & Política*, Vol. 01, Out.-Dez./2012, pp. 106.

Em comum com Locke, Montesquieu tem bastante: o homem, é a personagem principal da sociedade civil, a bondade do governo aferia-se pela capacidade que detinha para proteger o respeito pelos direitos do homem, desvelados através da razão. A liberdade é para os dois, um valor social essencial e básico. A doutrina da divisão de poderes, seria um precioso instrumento na luta contra o despotismo. Por isso, liberalismo é sinónimo de controlo de poder⁵³⁹ e orienta-se pelo princípio de que governa melhor, o governo que governa menos.

A internacionalização da sociedade civil, a mundialização das interdependências, a aparição do património comum da Humanidade, a indivisibilidade da paz e segurança, tudo aponta, refere Adriano Moreira, para um Mundo de *“soberanias cooperativas, para a presença ativa nos órgãos internacionais de consulta, gestão e decisão, para compatibilizar os civil rights das Constituições com os direitos do homem das Declarações, para o fortalecimento das comunidades no contexto da globalização, para o reconhecimento das nações como a forma mais perfeita de vizinhança cívica, para encontrar remédio para a crise do Estado soberano (...)”*.⁵⁴⁰

A universalidade dos direitos do homem provém da unidade da natureza humana. Em todas as civilizações, estava presente uma qualquer ideia de justiça. Já a tomada de consciência da dignidade humana, que acarreta os seus direitos fundamentais, tem as suas raízes no pensamento greco-romano e no pensamento cristão. *“A noção moderna de direitos do homem deve ser reconduzida a raízes teológicas. A Revelação judaico-cristã exalta a dignidade do homem.”*⁵⁴¹ A consciência colectiva dos direitos do homem, provém da convicção profunda,

⁵³⁹ Cfr. Zília Osório de Castro, *Ideias Políticas (séculos XVII-XIX)*, Livros Horizonte, 2002, pp. 31-53.

⁵⁴⁰ Cfr. Moreira, Adriano, *A Comunidade Internacional em Mudança*, 3.ª Ed., Alameda, Coimbra, 2007, pp. 259.

⁵⁴¹ Cfr. Michel Villey, *Le Droit et les Droits de L'Homme*, 1.ª Ed., Paris, PUF, 1983, pp. 105.

progressivamente formada ao longo dos séculos ⁵⁴², sobre o respeito da natureza humana, respeito esse, que foi pregado pela moral cristã.

Da anatomia dos direitos do homem, também faz parte o século XX. Ele está povoado de atrocidades: o genocídio arménio de 1915, os massacres de Esmirna de 1922, o holocausto judeu, Genocídio do povo cambodjano, perpetrado por Pol Pot ou os horrores sucedidos na ex.Jugoslávia. Depois destes acontecimentos, os direitos humanos teriam necessariamente outro registo, novo alcance. Toda aquela perversidade, constituía um crime, não apenas contra o indivíduo, mas contra a toda a humanidade. Simultaneamente estaríamos diante de um crime contra a totalidade dos homens, porque humanamente solidários uns com os outros. Estaríamos perante um novo direito do homem, um direito do homem universal. ⁵⁴³

As guerras do século XXI, no Estado pós-moderno ⁵⁴⁴, são guerras de escassez de recursos, são “conflitos de caos”, conflitos que tendem a mergulhar as amplas zonas afectadas no caos, com o colapso do Estado e da autoridade, degenerando alguns deles em catástrofes humanitárias imensas. ⁵⁴⁵ *“Olhando à nossa volta, podemos entender o custo da apatia geral da sociedade, sabemos e acreditamos que as coisas estão mal, que*

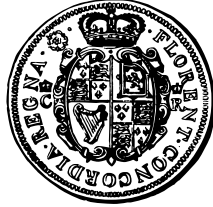
⁵⁴² Contudo, existem de facto vários prismas e altitudes na hora de encarar o nascimento e a evolução conceptual dos direitos humanos, desde Aristóteles e Platão, a Nietzsche, Foucault ou Geuss. Esta análise é feita por Veronica Rodriguez-Blanco, em *Towards a Concept of Human Rights: Inside and Outside Genealogy*, ARSP, Vol. 98, 2012, 3, pp. 346-358. Conclui dizendo: “*Genealogy asks us to be courageous and to look at our concepts carefully, but we need something to look at. Either if we are inside or outside genealogy, we need a unifying view as a target of philosophising to avoid triviality or conformism.*” Cfr. estas palavras na pp. 358.

⁵⁴³ Vide o contributo do artigo de Stamatios Tzitzis, *Direitos do Homem e Direito Humanitário*, na obra, *Direitos Humanos, teorias e práticas*, Paulo Ferreira da Cunha (Org.), Almedina, 2003, pp. 151-172.

⁵⁴⁴ Sobre a evolução até ao Estado pós-moderno, como é designado, deve ler-se na íntegra a obra de Jean-Jacques Chevalier, *L'État Post-Moderne*, Droit et Société, Vol. 35, L.G.D.J., 2003.

⁵⁴⁵ Cfr. artigo de António José Telo, *Multipolar ou Apolar? Um Desconcertante Mundo Novo*, in, *Relações Internacionais – R:I - 31, Set./2011*, pp. 19.

existem situações de limite de pobreza e miséria, mas somos incapazes de alterar o ciclo. Não é fácil. Não é de um dia para o outro. Passa, em primeiro lugar, por entender que valores merecem ser construídos, edificados. Só depois nos poderemos realmente dedicar à tarefa de construir verdadeiramente uma sociedade de sentido.”⁵⁴⁶



BIBLIOGRAFIA:

- Aarsleff, Hans, *The State of Nature of the Man*, in, John Locke: Problems and perspectives. A Collection of New Essays, John W. Yolton (Ed.), Cambridge, University Press, 1969.
- Afonso Vaz, Manuel, *Lei e Reserva de Lei, A causa da lei na Constituição Portuguesa de 1976*, Teses, Universidade Católica Lusitana, Porto, 1996.
- Agesta, Luis Sánchez, *El Principio de Función Subsidiaria*, *Revista de Estudios Politicos*, n.º 121, Janeiro-Fevereiro, 1962.
- Albuquerque, Martin de, *Na Lógica do Tempo, Ensaios de História das Ideias Políticas*, FDUL/Coimbra Editora, Coimbra, 2012.
- Alexy, Robert, *The Argument from Injustice – a Reply to Legal Positivism*, Oxford, Clarendon, 2002.
- Allen, J. W., *A History of Political Thought in The Sixteenth Century*, Methuen & CO. Ltd., London, 1977

⁵⁴⁶ Palavras de Bernardo Vaz Pinto, *Arquitectura: O tempo para um novo Humanismo?*, in, Brotéria, Vol. 173, n.º 6, Dezembro/2011, pp. 486.

- Alves, Sílvia Anjos, Para uma Teoria da Interpretação da Lei na Obra de Mello Freire, BFDUL, Lisboa, 1993; O Espírito das Leis – Para uma teoria da interpretação da lei no século XVIII, RFDUL, VI. XLII, n.º 1, Coimbra: Coimbra Editora, 2001; A Pena de Morte no Pensamento Setecentista, *in*, História do Direito e do Pensamento Jurídico em Perspectiva, Editora Atlas, São Paulo, 2012; As Raízes Setecentistas dos Direitos Humanos (que ainda se encontra em processo de publicação, e que a autora gentilmente nos cedeu para estudo).
- Amaral, Luciano, Institutions, Property, and Economic Growth: Back to the passage from Ancien Régime to Liberalism in Portugal, Revista do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, Análise Social, n.º 202, Vol. XLVII, 1.º Trimestre, Ano de 2012.
- Arendt, Hannah, Lições sobre a Filosofia Política de Kant, Trad. André Duarte de Macedo, Rio de Janeiro, Relume Dumará, 1993; A Promessa da Política, Antropos, Relógio D'Água, 2007.
- Banond, Isabel, O Desafio da Liberdade Individual na Tormenta entre Reforma e Contra-Reforma, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda, Vol. VI, Coimbra Editora, Coimbra, 2012.
- Barbas Homem, António Pedro, História das Relações Internacionais, O Direito e as Concepções Políticas na Idade Moderna, Almedina, Coimbra, 2003.
- Barros, Alberto Ribeiro, A teoria da Soberania de Jean Bodin, Unimarco, FAPESP, 2001.
- Bataillon, Marcel, Erasmo e España, Fondo de Cultura Económica. México, 1956, 2ª ed.; Erasmo y el Erasmismo, nota prévia de Francisco Rico ; trad. castellana de Carlos Pujol, Barcelona, Crítica, 1983.
- Bechi, Paolo, La Dignità umana nella Società Post-Secolare, RIFD, Serie V., anno LXXXVII, n.º 4, Otto-

- bre/Dicembre, 2010.
- Bentham, Jeremy, *An Introduction to the principles of Morals and Legislation*, Vol. I, II, London, 1823; *Sophismes Parlementaires*, Trad. Elias Regnault, Pagnerre Éditeur, Paris, 1840.
- Biral, Alessandro, *Il Contratto nella Filosofia Politica Moderna*, in, *Il Il Contratto Sociale nella Filosofia Politica Moderna*, Bologna, 1987.
- Bittar, Eduardo C. B., *O jusnaturalismo e a Filosofia Moderna dos Direitos*, BFDUC, LXXX, Coimbra, 2004.
- Bloch, Ernst, *Derecho Natural e Dignidad Humana*, Aguilar, Madrid, 1980.
- Bobbio, Norberto, *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*, Trad. Marcio Pugliese, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues, S. Paulo: Ícone, 1995; *Il Futuro della Democrazia*, n.º 281, Einaudi Tascabili, Torino, 1995; *L'Età dei Diritti*, n.º 478, Einaudi Tascabili, Torino, 1997; *Locke e o Direito Natural*, Trad. de Sérgio Bath, Editora Universidade de Brasília, Brasília, 1997.
- Bobbio N. /Matteucci, N. /Pasquino, N., *Dicionário de Política*, 11.ª Ed., UnB Editora, Brasília, 1998.
- Boccaccio, Giovanni, *Decameron*, Vol. I e II, Trad. de Urbano Tavares Rodrigues, *Relógio de Água*, 2006
- Bodenheimer, Edgar, *Teoria del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1946.
- Bodin, Jean, *Exposé du Droit Universal*, Trad. de Lucien Jerphagnon, PUF, Pris, 1985; *Los Seis Libros de la República*, Trad. de Gaspar de Añasto Isunza Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992; *Les Six Livres de la République*, 6 vols., Fayard, Paris, 1986.
- Braz Teixeira, António, *Situação de Locke no Jusnaturalismo*, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor António de Sousa Franco*, Vol. I, FDUL/Coimbra Editora, Coimbra, 2006.

- Brierly, J. L., *Direito Internacional*, 4.^a Edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1979.
- Burke, Edmund, *Reflexões sobre a Revolução em França*, tradução de R. A. Faria/D. F. S. Pinto/ C. L. R. R. Moura, n.º 51, Coleção Pensamento Político, Editora Universidade de Brasília, 1982; *Reflexiones sobre la Revolución Francesa*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1978; *Defesa da Sociedade Natural*, Tradução, introdução e notas de Pedro Santos Maia, Coleção Clássicos da Política, Edição do Círculo de Leitores, 2008.
- Cabral de Moncada, Luís, *Filosofia do Direito e do Estado*, Vol. I, Coleção *Stvdivm*, Arménio Amado Editor, Coimbra, 1947.
- Calvino, Juan, *Institución de la Religión Cristiana*, Ed. Castellana de C. de Valera, 1595, Reed. Luis de Ursoz y Rio, 1858, Tomo II.
- Canaris, C. W., *Die Feststellung von Lucken im Gesetz*, 2.^a ed., Berlin, 1983.
- Carlini, *La Filosofia di G. Locke*, 2.^a Ed., Vol. 2, Riveduta, Vallecchi Editore, Firenze 1928.
- Carpintero Benítez, Francisco, *Una Introducción a la Ciencia Jurídica*, Civitas, Madrid, 1989.
- Cassirer, Ernst, *The Philosophie of the Enlightenment*, Princeton University Press, EUA, 1968.
- Castanheira Neves, António, *O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*, Coimbra: Coimbra Editora, 1983; *A Crise Atual da Filosofia do Direito no Contexto da Crise Global da Filosofia do Direito: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação*, BFDUC, Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- Castelar, Emilio, *La Revolucion Religiosa*, Tomo II, Barcelona: Montaner y Simon Editores, 1880, Livro I, Cap. I.
- Chapell, Vere (Ed.), *The Cambridge Companion to Locke*, Cambridge University Press, 1994.

- Chevalier, Jean-Jacques, *História do Pensamento Político*, Vol. I, Trad. Roberto C. de Lacerda, Rio de Janeiro, Guanabara, 1982.
- Chevalier, Jean-Jacques, *L'État Post-Moderne, Droit et Société*, Vol. 35, L.G.D.J, 2003.
- Chevalier, Jean-Jacques/ Yves Guchet, *As Grandes Obras Políticas, De Maquiavel à Actualidade*, Biblioteca das Ideias, Publicações Europa-América, 2004.
- Chevallier/ Jean-Jacques/Danièle Loschak, *Science Administrative, Théorie Générale de L'institution Administrative*, Paris, 1978; *Le modèle centre/périphérie dans l'analyse politique*, em J. Chevallier & D. Loschak (Eds.), *Centre, Périphérie, Territoire*, Paris, 1978.
- David, René, *Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo*, Trad. Hermínio A. Carvalho, 3.^a Ed., S. Paulo, Martins Fontes, 1996.
- De las Casas, Bartolomeu, *Historia de las Indias*, Vol. II, in, *Bartolomé de las Casas Tratados*, Trad. Castelhana A. Millares y R. Moreno, Fondo de Cultura Económica, México, 1965.
- Descartes, René, *O Discurso do Método*, Edições 70, 2011.
- Dilthey, Wilhelm, *Hombre e Mundo en los Siglos XVI e XVII*, Fondo de Cultura Económica. México, 1947
- Dishman, Robert B., *Burke and Paine, On revolution and the rights of man*, Charles Scribner's Sons, New York, 1971.
- Dufour, Alfred, *Droits de l'Homme, Droit Naturel et Histoire*, Presses Universitaires de France, 1991.
- Dunn, John, *The Political Thought of Jonh Locke*, Cambridge University Press, 1969.
- Fasso, Guido, *Il Diritto Naturale*, Eri-Edizioni Rai Radiotelevisione Italiana, Torino, 1964
- Fernandes, António José, *Proteção e Salvaguarda dos Direitos do Homem*, Almedina, 2004.
- Ferreira da Cunha, Paulo (org.) e outros, *Direitos Humanos*,

- Teorias e Práticas, Almedina, 2003; O Ponto de Arquimedes: natureza humana, direito natural, direitos humanos, Coimbra, Almedina, 2001; Direito Natural e Jusnaturalismo, *in*, O Direito, Ano 133.º, 2001, II, Abril/Junho.
- Filmer, Robert, Patriarcha or the Natural Power of Kings, Robert Chiswell, London, 1680.
- Filibeck, Giorgio, Direitos do Homem, de João XXIII a João Paulo II, Principia, 1.ª Ed., 2001.
- Finnis, John, Natural Law and Natural Rights, Clarendon Law Series, Oxford, 1980; The Priority of Persons, Jeremy Horder (ed.), Oxford Essays in Jurisprudence, Fourth Series, Oxford University Press, Oxford, 2000.
- Fitche, Johann Gottlieb, Fundamento do Direito Natural segundo as os Princípios da Doutrina da Ciência, Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.
- Fitzmaurice, Andrew, Liberalism and Empire in Nineteenth-Century International Law, *in*, The American Historical Review, Vol. 117, n.º 1, February, 2012, American Historical Association.
- Franco, Leonel, A Crise do Mundo Moderno, Pro Domo, Lisboa, MCMXLV.
- Frank S. J., Carolo, Philosophia Naturalis, In Usum Scholarum, Herder & CO., Friburgo Brisgoviae, 1925.
- Freitas do Amaral, Diogo, Nota sobre o Conceito de Propriedade em Locke, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2002; História do Pensamento Político Ocidental, Almedina, 2012
- Galilei, Galileu, Frammenti, *in*, Obras Completas, XX Tomos, A. Farmo (Org.), Barbèra, Florencia, 1890-1909, Reimpressão de 1968.
- García de Enterría, Eduardo, La lengua de los Derechos. La formación del Derecho Público Europeo tras la Revolución Francesa, Alianza Universidad, Madrid, 1994.

- Garcia Pelayo, Manuel, *la Idea Medieval del Derecho*, in, *Del Mito e de la Razón em el Pensamiento Político*, Revista de Occidente, Madrid, 1968.
- Garzón Valdés, E., *La Polémica de la Justificación Ética de la Conquista*, in, *Sistema*, 1989, n.º 90.
- Gauchet, Marcel, *La Démocratie contre Elle-Même*, Paris, Galimard, 2002.
- Gilissen, John, *Introdução Histórica ao Direito*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1988.
- Godechot, Jacques, *La Contre-Révolution. Doctrine et Action (1789-1804)*, 2.ª Ed., PUF, Paris, 1984.
- Gonçalves Ferreira Filho, Manoel, *O Paradoxo da Justiça Constitucional*, Separata da Revista da FDUL, Vol. LI, n.ºs 1 e 2, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.
- Gorjão Henriques, Miguel (Org.), *Tratado de Lisboa*, Almedina, 2011, 3.ª Ed.
- Gough, J. W., *John Locke's Political Philosophy, Eight Studies*, Oxford, Clarendon Press, 1973; *The Social Contract, A Critical Study of its Developments*, Oxford, University Press, 1936.
- Goyard-Fabre, Simone, *Les Grandes Questions de la Philosophie du Droit*, Presses Universitaires de France, 1986; *Jean Bodin et le Droit de la République*, PUF, 1989; *Philosophie Politique, XVI-XX Siècle*, 1.ª Ed., PUF, 1987.
- Graham, William, *English Political Philosophie, from Hobbes to Maine*, 6.ª Ed., Edward Arnold & CO., 1926.
- Grotius, Hugo, *On The Law of War And Peace*, Translated from the original latin, *De Juri Belli ac Pacis* and slightly abridged by A.C. Campbell, A.M. Batoche Books, 2001, ou *Del Derecho de Presa, Del Derecho de la Guerra e de la Paz*, Trad. Primitivo Mariño Gomez, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.
- Guerra da Fonseca, Rui, *Montesquieu e a moderna identidade do poder administrativo*, in, *Direito & Política*, Vol. 01,

Out.-Dez./2012.

- Guerra Martins, Ana Maria, *Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Almedina, Coimbra, 2006.
- Haarscher, Guy, *A Filosofia dos Direitos do Homem*, Instituto Piaget, 1993.
- Haferkamp, Hans-Peter, *Georg Friederich Puchta und Die "Begriffsjurisprudenz"*, Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2004, vol. XVIII
- Hampsher-Monk, Ian, *Historia del Pensamiento Político Moderno, Los Principales Pensadores Políticos de Hobbes a Marx*, Trad. Ferran Meler, Editorial Ariel, Barcelona, 1996
- Hans Gombrich, Ernst, *The Story of Art*, Phaidon Press, 1995.
- Hespanha, António Manuel, *O Estado Absoluto, Problemas de Interpretação Histórica*, BFDUC, Coimbra, 1979; *As vésperas do Leviathan, Instituições e poder político, Portugal – Século XVII*, Almedina, Coimbra, 1994; *Cultura Jurídica Europeia, Síntese de um Milénio*, Almedina, Coimbra, 2012.
- Hessen, Johannes, *Lutero Visto pelos Católicos*, Trad. L. Cabral de Moncada, Coleção Studivm, Arménio Amado Editor, Coimbra 1951.
- Hobbes, Thomas, *Leviatã*, Ed. Moya y Escotado, Editora Nacional, Madrid, 1980; *El Ciudadano*, Capítulo X, 1., Edição Bilingue de Joaquín Rodríguez Feo (introducción, traducción y notas), Editorial Debate y Consejo Superior de Investigadores Científicas, Madrid, 1993.
- Hooker, Richard, *The law of the Ecclesiastical Polity*, 1594, Reimpressão Morley's Universal Library, 1888.
- Horkheimer, Max, *Eclipse da Razão*, Trad. Sebastião Uchoa Leite, S. Paulo: Centauro, 2002.
- Hume, David, *Ensayos Políticos*, Estudio Preliminar de José M. Colomer y Traducción de César Armando Gómez, Editorial Tecnos, Madrid, 1987; *Tratados Filosóficos*, II

- Dissertação sobre as Paixões, Investigação sobre os Princípios da Moral, tradução de João Paulo Monteiro e Pedro Galvão, Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2005.
- Jellinek, Georg, Teoria General del Estado, Trad. de Fernando de los Rios, Editorial Albatros, Buenos Aires, 1981; La Declaración de Derechos del Hombre e del Ciudadano, Ed. Castellana com traducción e introducción de Adolfo G. Posada, Victoriano Suarez, Madrid, 1908; ou La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, com tradução, também a cargo de Adolfo Posada, com estudo preliminar de Miguel Carbonell, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000.
- Jorge Filho, Edgard J., Moral e História em John Locke, Loyola, S. Paulo, 1992
- Junior, Ferraz, A Trivialização dos Direitos Humanos, Novos Estudos, CEBRAP, Out. 1990.
- Kant, Immanuel, Crítica da Razão Prática, Edições 70, Lisboa, 2011; Fundamentação da Metafísica dos Costumes, Edições 70, Lisboa, 2011; Metafísica dos Costumes, Parte I – Princípios Metafísicos da Doutrina do Direito, Edições 70, Lisboa, 2004.
- Kaufmann, Arthur, Filosofia do Direito, Fundação Calouste Gulbenkian, 4.^a Ed., 2010.
- Kantorowicz, Hermann, La Definición del Derecho, Trad. J.M. de la Vega, Revista del Occidente, Madrid, 1964.
- Kelsen, Hans, Allgemeine Theorie der Norme, Manz, Wien, 1979
- Kirk, Russell, La Mentalidad Conservadora en Inglaterra y Estados Unidos, Trad. Pedro Nacher, Ediciones Rialp, Madrid, 1959; Burke and The Philosophy of Prescription, Journal of History of ideas, New York, XIV, 3 (1953).
- Lafer, Celso, A Reconstrução dos Direitos Humanos – um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt, Companhia das Letras, S. Paulo, 2006.

- Laslet, Peter, John Locke's The great recoinage, and the origins of the Board of Trade, *in*, John Locke: Problems and perspectives. A Collection of New Essays, John W. Yolton (Ed.), Cambridge, University Press, 1969.
- Lessnoff, Michael, Social Contract, Macmillan, London, 1986.
- Lima, Carlos, O Estado e a Evolução do Direito, Bertrand, 1914.
- Lindsay Keir, David, The Constitutional History of Modern Britain, 1485-1951, Fifth Edition, revised, Adam and Charles Black, London, 1955.
- Locke, John, Ensayos sobre la Lei Natural, com crítica de Isabel Ruiz-Gallardon Garcia de la Rasilla, Madrid, 1998; Ensaio sobre o Entendimento Humano, II vols. Fundação Calouste Gulbenkian, 3.ª Ed. 2008; Dois Tratados do Governo Civil, Edições 70, 2006; Alguns pensamentos sobre a Educação, Almedina, 2012; The Reasonableness of Christianity, The Clarendon Edition, Oxford, University Press, 1999; Essays on The Law of Nature and associated writings, Oxford, University Press, 2002.
- Losano, M. G., Der Briefwechsel zwischen Jhering und Gerber, Studien zu Jhering und Gerber, Parte I, II, 1984.
- Lublinskaya, A. D., La Crisis del Siglo XVII y la Sociedad del Absolutismo, Editorial Crítica, 1983, pp. 178.
- Lucas Verdú, Pablo, La Lucha por el Estado de Derecho, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1975.
- Lutero, Martin, Obras Seleccionadas, Debates e Controvérsias, II, 4.ª Vol., Ed., Sinodal, Porto Alegre, Concórdia, 1993.
- Machiavelli, Niccolò, Il Principe, obra em português, Editora Europa América, 2000.
- Macpherson, C. B., A Teoria Política do Individualismo Possesivo de Hobbes até Locke (1962), Trad. Bras., Paz e Terra, Rio de Janeiro, 1979.
- Macridis, R. C./M. L. Hulliung, La Tradición Conservadora, *in*,

- Las Ideologías Políticas Contemporáneas, Trad. Elena García, Guitián, Alianza Editorial, Madrid, 1998.
- Mansfield, Jr., Harvey C., *Taming the Prince: The Ambivalence of Executive Power*, Free Press, Macmillan, New York, 1989.
- Marchello, Giuseppe, *La Teoria dello Stato come Libertà. Interpretazione Storica della Formula e Analisi dei suoi Contenuti Ideologici*, Milão, Giuffrè, 1965.
- Marcuse, Herbert, *La lucha contra el Liberalismo en la Concepción Totalitaria del Estado*, em, *La Sociedad Opresora*, Editorial Tiempo Nuevo, Caracas, 1970.
- Marías, Julián, *Historia de la Filosofía*, 15.º Edición, *Manuales de la Revista de Occidente*, Madrid, 1962.
- Maritain, J., *Humanisme Intégral*, Aubier, Paris, 3.ª Ed. 1965.
- Martin, P., *Décadas del Nuevo Mundo*, 2 Tomos, Méjico, 1964.
- Martinez, Gregorio Peces-Barba/ Fernandez Garcia, Eusébio (Dir.), *Historia de los Derechos Fundamentales*, Tomo I: *Transito a la Modernidade, Siglos XVI e XVII*, Editorial Dykinson, Madrid 1998; e de Gregorio Peces-Barba Martínez, *Derechos Sociales y Positivismo Jurídico (Escritos de Filosofía Jurídica y Política)*, Cuadernos “Bartolomé de las Casas, n.º 11, Editorial Dykinson, 2004; Gregorio Peces-Barba Martinez/ Fernández García, Eusébio/ Rafael de Asís Roig (Dir.), *Historia de los Derechos Fundamentales*, Tomo II, Vol.II, *La Filosofía de los Derechos Humanos*, Editorial Dykinson, Madrid, 2010.
- Mattoso, José, *História de Portugal, No Alvorecer da Modernidade*, Vol. III e, *O Liberalismo*, Vol. V, Editorial Estampa, 1994.
- Melgaré, Plínio Saraiva, *Juridicidade: Sua Compreensão Político-Jurídica a partir do Pensamento Moderno-Iluminista*, *Boletim da FDUC, Stvdia Ivridica*, 69, Coimbra Editora, 2003.
- Mello, Leonel Itaussu A., *John Locke e o individualismo Libe-*

- ral, *in*, Weffort, Francisco F. C. (org.), Os Clássicos da Política, Vol. 2, Ática, S. Paulo, 2006.
- Merêa, Paulo, Suárez, Grócio, Hobbes, Editor Arménio Amado, Coimbra, 1941.
- Messer, Augusto, La Filosofia Moderna, Del Renascimento Kant, 3.^a Ed., Revista de Occidente.
- Michelet, Jules, La Renaissance, *in*, Histoire de France, Tomo VII, Ed. Des Equateurs. Col. Memoires, Reimpressão 2008.
- Mirandola, Pico della, Discurso sobre a Dignidade Humana, Coleção Textos Filosóficos, Edições 70, 2001.
- Moliner, Marcelino Rodríguez, Derecho Natural e Historia en el Pensamiento Europeo Contemporáneo, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1973.
- Montaigne, Ensayos, Edição Castelhana de Ricardo Saenz Hayes, Aguilar, Madrid, Buenos Aires, México, 1962, ou Essais, de P. Michel, Gallimard, 1965, Paris
- Montesquieu, Do Espírito das Leis, Edições 70, Lisboa, 2011.
- More, Thomas, Utopia, Trad. Francesa de V. Stouvenel, Coleção Scripta Manent, Paris, 1927.
- Moreira, Adriano, A Comunidade Internacional em Mudança, 3.^a Ed., Almedina, Coimbra, 2007; Ciência Política, 3.^a Ed., Almedina, Coimbra, 2012.
- Muller, C., Die Rechtsphilosophie des Marburger Neukantianismus; Naturrecht und Rechtspositivismus in der Auseinandersetzung Zwischen Hermann Cohen, Rudolf Stammler and Paul Natorp, 1994.
- Nader, Filosofia do Direito, 8.^a Ed., Rio de Janeiro, Forense, 2000.
- Naef, Wener, La Idea del Estado en la Edad Moderna, Nueva Epoca, Madrid, 1947.
- Newton, Isaac, Princípios Matemáticos da Filosofia Natural, 2.^a Ed., Tecnos, 1997.
- Ortega e Gasset, José, Obras de José Ortega e Gasset, Vol.II, ,

- 2.ª Ed., Espasa-Calpe, Madrid, 1936.
- Osório de Castro, Zília, *Ideias Políticas (séculos XVII-XIX)*, Livros Horizonte, 2002.
- Pacheco Amaral, Carlos, *Autonomia: Uma Aproximação na Perspectiva da Filosofia Social e Política*, Universidade dos Açoes, Ponta Delgada, 1995.
- Paine, Thomas, *Common Sense*, Penguin Bokks, Middlesex, 1976, III; *O Senso Comum e a Crise*, n.º 45, Coleção Pensamento Político, Editora Universidade de Brasília, 1982; *Los Derechos del Hombre*, Fondo de Cultura Económica, México, 1944; *The age of The Reason*, Introdução biográfica de Philip S. Foner, Carol Publishing Group, New York, 1991; *El Sentido Común y outros Escritos*, Ramón Soriano y Enrique Bocardo, Editorial Tecnos, Madrid, 1990.
- Pallieri, Giorgio Balladore, *A Doutrina do Estado*, Vol. I e II, Coimbra Editora, Coimbra, 1969.
- Pardo, Jesús Espeja, *Como Entender el Humanismo?*, Ciencia Tomista, Tomo 139, Enero-Abril, 2012/1.
- Pascucci de Ponte, Enrico, *La Escuela Europea de Derecho Natural*, Saberes, Revista de Estudios Jurídicos, Económicos y Sociales, Vol. I, Universidad Alfonso X, El Sábio, Madrid, Ano 2003.
- Passerin D'Entreves, A. *Derecho Natural*, trad. de M. Hurtado Bautista, Editorial Aguilar, Madrid, 1972.
- Pina Martins, José Vitorino, *Humanismo e Erasmismo na cultura portuguesa do século XVI*, Centro Cultural Português da Fundação Calouste Gulbenkian, Paris, 1973; *Dicionário de História Religiosa de Portugal*, Carlos Moreira Azevedo, C-I, Círculo de Leitores, Lisboa, 2000.
- Policastro, Pasquale, *Dignidad de la Persona y Principios Constitucionales en la Época de la Globalización*, Revista Persona y Derecho, n.º 64 (Enero-Junio), Universidad de Navarra, Pamplona, 2011.

- Pufendorf, Samuel, *De Iure Naturae et Gentium*, Lund, 1672; *De officio Hominis et Civis iuxta Legem Naturalem*, in *Textos y Documentos sobre Derecho Natural*, Angel Sánchez de la Torre (Selec.), Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1974, 2.ª Ed.; *De la Obligación del Hombre y del Ciudadano según La Ley Natural en Dos Libros*, Trad. Leila B. V. Ortiz, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina, 1980.
- Quoc Dinh, Nguyen/ Daillier, Patrick/ Pellet, Alain, *Direito Internacional Público*, 2.ª Edição, Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.
- Rabelais, Gargantua, *Edição das suas obras completas em Du Seuil*, (L'intégrale), Paris, 1973.
- Racine, Jean, *Andrômaca*, Trad. de Vasco Graça Moura, Bertrand Editora, 2006.
- Radbruch, Gustav, *Filosofia do Direito*, Coleção *Stvdivm*, Arménio Amado Editor, Coimbra, 1974.
- Rawls, John, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1971.
- Reis Novais, Jorge, *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito – do Estado de Direito Liberal ao Estado Social e democrático de Direito*, Coimbra Editora, Coimbra, 1987.
- Riley, Patrick, *Contrato social*, em *Enciclopedia del Pensamiento Político*, D. Miller (Dir.), traducción de María Teresa Casado Rodríguez, Alianza Editorial, Madrid, 1989.
- Robles, Gregorio, *Introducción a la Teoría del Derecho*, Debate, 3.ª Ed. 1993.
- Rodriguez-Blanco, Veronica, *Towards a Concept of Human Rights: Inside and Outside Genealogy*, ARSP, Vol. 98, 2012, 3.
- Roterdão, Erasmo de, *Elogio da Loucura*, Guimaráes Editores, Lisboa, 1996.

- Rousseau, Jean-Jacques, *O Contrato Social*, 4.^a Edição, Publicações Europa-América, 1999; *Discurso sobre a Origem da Desigualdade entre os Homens*, Publicações Europa-América, Lisboa, 1995.
- Salgado, Plínio, *Madrugada do Espírito*, Cultura Política 11, Pro Domo, Lisboa, MCMXLVI, 1946.
- Saner, Kant's Political Thought, Its Origins and Development, The University Chicago Press, Chicago, 1973.
- Savigny, Friedrich Carl Von, *Vorlesungen Über Juristische Methodologie, 1802-1842*, Herausgegeben und eingeleitet von Aldo Mazzacane (Hg.), Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1993.
- Smith, Adam, *A Riqueza das Nações*, em especial o Vol. II, 5.^a Edição, Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.
- Sproccati, Sandro, *Guia da História da Arte*, n.º 8, Coleção Biblioteca da Arte, 6.^a Ed. Presença, 1999.
- Skinner, Quentin, *As Fundações do Pensamento Político Moderno*, Companhia das Letras, S. Paulo, 1996.
- Sousa e Brito, José de, *O que é o Positivismo Jurídico, Como se autodefine e como se autosuspende*, RFDUL, V. 51. I, II, Coimbra: Coimbra editora, 2010.
- Strauss, Leo, *Natural Right and History*, Chicago U. P., 1953; *Locke's Doctrine of Natural Law*, *American Political Science Review*, LII, 2 (1958).
- Tavares, Raquel, *Direitos Humanos, De onde vêm, o que são e para que servem?*, INCM, 2012.
- Telo, António José, *Multipolar ou Apolar? Um Desconcertante Mundo Novo*, in, *Relações Internacionais – R:I - 31*, Set./2011.
- Thomas, D. A. Lloyd, *In Defense of Liberalism*, Basil Blackwell, Oxford, 1988.
- Toranzo, Miguel Villorio, *Lecciones de Filosofia del Derecho*, Ed. Porrúa, México, 1973.
- Truyol y Serra, António, *La Filosofia Juridica e Politica en los*

- Siglos XVII y XVIII, Separata da Revista da FDUL, Vol. XX, Lisboa, 1966; *Historia de la Filosofia del Derecho e del Estado II. Del Renascimento a Kant*, Revista de Occidente, Madrid, 1975.
- Tully, James, *A Discourse on Property – John Locke and his adversaries*, New York, Cambridge University Press, 1980; *An Approach to Political Philosophy: Locke in Contexts*. Cambridge University Press, Cambridge, 1993.
- Vallet de Goytisolo, Juan Berchams, *Metodologia de la Determinación del Derecho*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S. A, Madrid, 1994.
- Vaz, Manuel Afonso, *Teoria da Constituição, O que é a Constituição, hoje?*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012.
- Vecchio, Giorgio del, *Lições de Filosofia do Direito*, Trad. António José Brandão, Coimbra: Arménio Amado, 1979; *Sobre la Teoria do Contrato Social*, *in Persona*, Estado Y Derecho, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957.
- Vedel, Georges, *La Place de la Déclaration de 1789 dans le “bloc de constitutionnalité”*, in, *la Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen et la Jurisprudence*, Conseil Constitutionnel, Recherches Politiques, PUF, 1989.
- Verdross, Alfred, *La Filosofia del Derecho del Mundo Occidental. Visión panorâmica de sus fundamentos e principales problemas*, Centro de Estudios Filosóficos, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1962.
- Villey, Michel, *La Formation de la Pensée Juridique Moderne*, Ed. Montchrestien, Paris, 1968, ed. mais recente em português, *A formação do Pensamento Jurídico Moderno*, Martins Fontes, S. Paulo, 2005; *Leçons d’Histoire de la Philosophie du Droit*, Dalloz, Paris, 1962; *Filosofia do Direito, Definições e fins do direito; Os Meios do Direito*, Martins Fontes, S. Paulo, 2008; *Le Droit e les Droits de L’Homme*, 1.^a Ed., Paris, PUF, 1983.
- Waldron, Jeremy, *The Dignity of Legislation*, Cambridge Uni-

- versity Press, 1999.
- Welzel, Hans, *Introducción a la Filosofía del Derecho, Derecho Natural e Justicia Material*, Aguilar, Madrid, 1971.
- Wintgens, Luc J., *Jurisprudence as a New Theory of Legislation*, *Ratio Juris*, 19 (2006), n.º 1.
- Xavier, Maria Leonor, *Questões de Filosofia na Idade Média*, Edições Colibri, Forum Ideias, Lisboa, Maio/2007
- Yolton, John W.(ed.), *John Locke: Problems and Perspectives, A Collection of New Essays*, Cambridge, University Press, 1969.
- Yovel, Yirmiahu, *Kant and the Philosophy of History*, Princeton University Press, New Jersey, 1980.
- Zagrebelsky, Gustavo, *Storia e Costituzione*, em *Il Futuro della Costituzione*, ed. Zagrebelsky, G., Portinaro, P., Luther, J., Einaudi, Torino, 1966.
- Zippelius, Reinhold, *Teoria Geral do Estado*, 3.ª Ed., Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.