

Os Direitos Humanos e o Impacto Conceitual de Suas Raízes Setecentistas

The Human Rights and the Impact of Its Eighteenth Century Roots

Sílvia Alves^{1*}
Cláudio Brandão^{2**}

Resumo: O conceito de Direitos Humanos, na pós-modernidade, tem um papel substancialmente identificado com o que ocupou o Direito Natural em tempos pretéritos, ressaltando que tal conceito possibilita a afirmação de uma Filosofia do Direito substancial. Todavia, os Direitos Humanos só podem ser ter seu conteúdo delimitado se estudado em sua contextualização histórica, em especial, na seara do pensamento jurídico setecentista. A existência de direitos reivindicáveis em face da condição humana é a pedra angular do pensamento dessa época, cuja análise crítica é o objeto da presente pesquisa.

-
- 1 Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Vice-presidente do Gabinete Erasmus de Relações Internacionais. Membro do Centro de Investigação THD – Teoria e História do Direito da Universidade de Lisboa.
 - 2 Professor Titular de Direito Penal e História do Pensamento Jurídico. Professor do Programa de Pós-graduação da PUC Minas, da Faculdade Damas da Instrução Cristã e da UFPE.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Locke. Rousseau. Paine

Abstract: The concept of Human Rights, in post modernity, has a role substantially identified with that was occupied by the Natural Law, noting that the concept allows the affirmation of a philosophy of law. However, the human rights can only be delimited in its historical context, especially in the eighteenth-century legal thought. The existence of rights vindicated in the face of the human condition is the cornerstone of the thought of that time, whose critical analysis is the object of the present research.

Keywords: Human Rights. Locke. Rousseau. Paine

1. Introdução: O poder primeiro e os homens depois ou o homem primeiro e o poder depois?

a. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 marca, como observou Norberto Bobbio, o início de uma nova era³. Certamente resulta sedutor e até reconfortante procurar as raízes mais remotas dos direitos do homem. O Digesto (533) registra a opinião de Ulpiano: no que respeita ao direito natural, todos os homens são iguais⁴. Os exemplos poderiam multiplicar-se. Mas a aparente continuidade das fórmulas ou até das ideias não pode obnubilar as profundas diferenças quanto ao seu sentido e o abismo das circunstâncias históricas. A mesma frase começa deste modo:

3 BOBBIO, Norberto, *A Era dos Direitos*, Rio de Janeiro: Elsevier, 10ª reimpressão, 2004, p.103.

4 D.50.17.32: “*Quod attinet ad ius civile, servi pro nullis habentur: non tamen et iure naturali, quia, quod ad ius naturale attinet, omnes homines aequales sunt*”.

“Se, pelo direito civil, os escravos não são pessoas, não é assim segundo o direito natural”⁵...

Uma observação encontra contudo apoio histórico: a construção teórica do poder soberano como *majestas* absoluta atrai a reflexão sobre os seus limites, gerando de certo modo um paradoxo. Depois de Deus, não há ninguém na terra maior que os príncipes soberanos, escreve Jean Bodin (1530-1596), em “Os Seis Livros da República” (1576)⁶. Mas Bodin, jurista e teólogo, não é, como Maquiavel, o “homo levissimus”⁷ que, no Prefácio da sua obra maior, acusa de não ter posto os olhos nos bons autores. Ao mesmo tempo que constrói juridicamente o conceito de soberania, como um poder “absoluto e perpétuo”, não deixa de definir as fronteiras de uma “república bem ordenada” (“république bien ordonnée”): o direito natural; as “leges imperii” ou leis fundamentais; o consentimento do povo para o levantamento de impostos; e uma esfera de direito privado que compreende os direitos sagrados da família e da propriedade. A família é a “verdadeira fonte e origem de toda a república” e a lei divina e natural exige que a propriedade dos bens seja respeitada. Quando se remove o direito de propriedade, quando se eliminam “estas duas palavras TEU e MEU”⁸, arruinam-se

5 Simone Goyard-Fabre considera que a ideia dos “direitos do homem” não cabe no pensamento antigo, não se encontrando esboço do seu conceito no *Corpus Iuris Civilis*. Vd. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*, São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.328.

6 *Les six livres de la republique*, Paris: Jacques du Puys, 1576.

7 A expressão “homo levissimus ac nequissimus” encontra-se no texto latino: *De Republica Libri Sex*, Paris: Jacques du Puys, 1586, p.694 (Livro VI, Cap.IV).

8 *Les six livres de la republique*, Paris: Jacques du Puys, 1576, p.682 (L.VI, Cap. IV): “Ôtant la propriété des biens, on ruine les Républiques. Mais le plus grand inconvénient est qu’en ôtant ces deux mots TIEN et MIEN, on ruine les fondements de toutes Républiques, qui sont principalement établies pour rendre à chacun ce qui lui appartient,

os fundamentos das repúblicas, estabelecidas para atribuir a cada um aquilo que lhe é devido e proibir os furtos. A verdadeira liberdade popular não reside senão em impedir que se ofenda a honra e a vida, de cada um e da sua família, regra que os próprios ladrões se esforçam por observar...

Não existe contudo em Bodin vestígio de confiança na igualdade dos homens e na democracia ou “estado popular”. Parece-lhe impossível ignorar que há homens com a capacidade de discernimento dos irracionais (“bestes brutes”). Bastaria atentar nas assembleias: os votos são contados e não pesados e o número de insensatos, velhacos e ignorantes é mil vezes maior que o das pessoas de bem...

b. Na angústia que tão dolorosamente caracteriza as épocas de transição, a “pós-modernidade”⁹ encontra nos “direitos humanos” um porto seguro, um lugar-comum que permite o regresso a uma filosofia do direito de conteúdo. Os direitos humanos parecem ser o direito natural da pós-modernidade.

No entanto, como observou Kaufmann, a universalização dos direitos humanos é em grande parte ilusória e mantém-se somente enquanto nos satisfazemos com fórmulas vazias de conteúdo¹⁰. De forma bem mais crítica, Michel Villey (1914-

et défendre le larcin, comme il est porté par la loi de Dieu, qui a disertement voulu que la propriété des biens fût gardée à chacun”.

9 Provavelmente o nosso tempo conhecerá uma designação própria; por ora, a pós-modernidade parece-nos designar apenas essa angústia de transição para um tempo que ainda não chegou. Mas pouco ou nada esclarecedora. Como pouco nos diriam as expressões “pós-antiguidade” ou “pós-idade-média”... Para uma caracterização da pós-modernidade vd. KAUFMANN, Arthur, *La Filosofía del Derecho en la Posmodernidad*, 3ª edição, Bogotá: Editorial Temis, 2007.

10 Na sua *Filosofia do Direito*, encontramos a mesma ideia: os direitos humanos são “o núcleo fundamental da ética e do direito que se pode universalizar e que possui, de fato, validade universal” mas “são universais quando pensados de forma abstrata; quanto mais referidos a dados reais e mais

1988) viu neles, através dos seus trágicos “frutos” históricos, um “instrumento para tudo fazer” - “nunca se viu na história do homem que os direitos dos homens fossem exercidos em benefício de *todos*”. Considera por isso fundada a crítica que Marx (1818-1883) lança na “Questão Judaica” (1844)¹¹. Mas, para Villey, a aparição dos direitos do homem testemunha ainda a decomposição do próprio conceito de direito e o colapso da ideia de justiça e da velha “*iurisprudentia*” como arte da justa repartição:

Estes *não-juristas* que foram os inventores dos direitos do homem sacrificaram a justiça, sacrificaram o direito. (...) Assim os filósofos modernos ofereceram-nos uma linguagem cujo resultado mais claro é um mergulho no nevoeiro. Linguagem imprecisa, perigosamente fluída, geradora de ilusões e de falsas reivindicações impossíveis de satisfazer. Se o seu triunfo é total no século XX, é porque a decadência da cultura é o reflexo do progresso técnico.¹²

A construção histórica dos direitos humanos teve sempre detratores mas em muitos é uma genuína preocupação com o homem que se encontra no centro das suas críticas.

c. O Século XVI representou um esforço para a tornar o Homem o próprio fim da ordem jurídica, o que deu a possibilidade da quebra o paradigma do teocentrismo

concretizados, tanto mais contingentes e relativos se tornam” (KAUFMANN, Arthur, *Filosofia do Direito*, 3ª edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, pp.267 e 268).

11 MARX, Karl, *Para a Questão Judaica*, Lisboa: Editorial Avante, 1997, p.85: “não são outra coisa senão os direitos do *membro da sociedade civil* [burguesa, *bürgerliche Gesellschaft*] i.e. do homem egoísta, do homem separado do homem e da comunidade”. Escreve José Barata-Moura, na Introdução: “É, pois, a figura do proprietário burguês que se desenha e assoma em qualquer caso, se bem que revestida de uma putativa dimensão de generalidade principal que a própria prática social, no seu quotidiano económico e político, rotundamente se encarrega de contradizer” (p.34).

12 VILLEY, Michel, *Le droit et les droits de l’homme*, Paris: PUF, 2008, p.154.

medieval e possibilitou, com isso, as incursões teóricas a partir do pensamento setecentista, objeto desse estudo. Dito século XVI foi palco do nascimento e do desenvolvimento do humanismo. A recompreensão do conhecimento antigo desprezado pelo mundo medieval possibilitou o nascimento dessa nova corrente de pensamento, que se emancipou das tradições medievais e que tinha preocupações práticas, valorizando o homem como centro e destinatário do conhecimento, pois ela se voltava para os problemas do seu centro, nomeadamente a pessoa humana. Essa emancipação em muito difere das escolas do medievo, cujo pensamento especulativo não raro se dissociava por completo da vida prática, deitando suas raízes na metafísica¹³.

O humanismo, portanto, não foi concebido como um pensamento original, mas sim representou um reencontro com elementos da filosofia antiga, mormente da antiguidade tardia, como o ceticismo, o epicurismo e, em alguma medida, o estoicismo, desprezados pela cultura medieval teocentrista. Nesta toada, o humanismo representou o reencontro e a recompreensão da cultura clássica¹⁴.

Villey nos ensina, sobre essa época que:

Precisamente, no século XVI, renasce uma cultura profana. Um novo campo de investigação se abre diante de todos nós: todo o humanismo, Rabelais, Montaigne, Erasmo, Vivès, Justo Lísio; e à volta deles uma enorme quantidade de nomes mais ou menos esquecidos; e, por intermédio deles outros autores que eles fizeram reviver, pois o produto do esforço deles é um *Renascimento*.

13 Sobre o tema, consulte-se Villey: “Os nobres e burgueses que concorreram para a sua formação têm preocupações bem diferentes das dos clérigos da universidade medieval: mais práticas, menos especulativas. Não demonstram nenhum gosto pelas áridas discussões da metafísica. Mais próximos da vida ativa do vulgo, adotam um estilo de vida mais concreto” VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p.437.

14 MEDER, Stephan. *Rechtsgeschichte: eine Einführung*. Köln: Böhlau, 2008, p.191.

Mais que engendrar doutrinas originais, a obra do humanismo foi sobretudo a dos eruditos que reencontraram, dos filósofos que repensaram e revalorizaram filosofias antigas que a cultura medieval desprezara. Trata-se principalmente das doutrinas helenísticas, produtos tardios da Antiguidade, posteriores ao declínio de Atenas e às grandes conquistas de Alexandre, transmitidas pelos autores latinos – como o estoicismo, o ceticismo e o epicurismo.¹⁵

Ressalte-se que o pensamento humanista em muito transcendeu o Direito, verificando-se em diversos setores da enciclopédia do conhecimento. Entretanto, no plano jurídico, o primeiro impulso sistemático do humanismo foi dado na França e tinha como objetivo direto a crítica ao pensamento jurídico medieval, o qual se desenvolveu na Itália, tanto que foi denominado de *mos italicus*, que ganhou eco na escola medieval dos Pós-glosadores (1250-1400). O *mos italicus*, em sua fase final, caracterizava-se pelo abuso dos argumentos de autoridade, dispensando a justificação do pensamento pelos argumentos racionais e isso estava na raiz da crítica dos humanistas. Por ter surgido na França, o método de estudo do direito desta escola é chamado de *mos gallicus*¹⁶.

15 VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p.435.

16 Registre-se que os precursores dos humanistas são juristas italianos, dentre eles Petrarca e Bolognini. O método de estudo dos humanistas tem sua origem na Itália, mas o desenvolvimento da escola se deu, inegavelmente, na França. Por conta da importância dos predecessores do humanismo, há quem defenda que a escola se iniciou na Itália, embora reconheça que a sua fase áurea deu-se na França. *Verbis*: “*Mos gallicus* is the name given to a school of legal humanists who adopted a philological and historical approach in their study of Law. This school began in Italy with Petrarca, Ambrose of Camaldoli, Filelfo, Maffeo Vegio, Lorenzo Valla, Angelo Poliziano, Ludovico Bolognini, and others, but was raised to its greatest splendour by French authors like Andreas Alciatus and Jacques Cujas.” RIDDER-SYMOENS, Hilde de (editor). *A History of the University in Europe: Universities in the Middle Ages*. Cambridge: Cambridge University press, 1992, p.392

Os juristas da escola dos humanistas voltaram ao estudo das fontes do direito¹⁷. Assim, não mais se procuraria, como fim metodológico, a busca da opinião comum dos doutores, mas sim a compreensão tanto do contexto cultural quanto do significado textual da compilação justinianéia. Isto levou os referidos humanistas ao reencontro da cultura clássica, que fez com que o investigador se deparasse com um sistema de elaborada utilização de argumentos lógicos, expressados, desde os analíticos aristotélicos, como forma perfeita de raciocínio, que conduziram à busca da compreensão das instituições jurídicas com base na razão. O produto desta busca

foi uma mudança na mentalidade do jurista, que já não concebia o direito romano como direito atual, mas sim como elevada criação do gênio romano e, portanto, como expressão histórica da razão e da equidade, mas não necessariamente a única¹⁸.

O Direito Romano deixou de ser considerado como revelação de Deus e passou a ser tido como um conhecimento datado, que não mais pertencia àquela realidade histórica¹⁹, embora ainda fosse tido como um sistema altamente racionalizado, em face do próprio fim daquele direito: a busca da decisão boa e justa. A compilação justinianéia tinha um valor intrínseco enquanto conhecimento que conduzia à equidade, mas que não devia ser aceita como um dogma. É

17 BRANDÃO, Claudio. Introdução às idéias jurídicas da modernidade. *História do Direito e do Pensamento Jurídico em Perspectiva*. Cláudio Brandão; Ricardo Freitas; Nelson Saldanha (coords.). São Paulo:Atlas, 2012, p.156.

18 LEVAGGI, Abelardo. *Manual de historia del derecho argentino*. Buenos Aires:Depalma, 1991, p.98.

19 “Los humanista, en consecuencia, dejaron de considerar al *Corpus Iuris* un texto dogmático y lo miraron como una obra histórica, es decir, como una fuente de conocimiento del derecho clásico”. BRITO, Alejandro Guzmán. *Mos italicus y mos gallicus*. *Revista de derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*. V.2. Valparaíso:Pontificia Universidad Católica. 1978. P.36

a razão humana que possibilitará o uso do Direito Romano, o qual deverá ser utilizado como um instrumento na busca da justiça do caso concreto e da boa decisão, atividade racional, dirigida pelas faculdades do homem. Deste modo, defendiam que o conhecimento do direito não se adquire apenas através da lógica e da dialética, mas também através de meios filológicos, históricos, literários, em resumo: através das humanidades.²⁰

O humanismo se propagou nos países protestantes, como a Holanda e a Suíça. Entretanto, devemos registrar sua influência em países católicos como, em particular, a Espanha, e entre pensadores católicos, como o inglês Tomas More.

d. A determinação da exata linhagem da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 conduziu a controvérsias²¹ como a que eclodiu no início do século XX, confrontando Georg Jellinek (1851-1911) e Émile Boutmy (1835-1906).

O professor de Heidelberg²² pretendeu afastar a tese até então dominante, segundo a qual a Declaração francesa teria como inspiração principal o “Contrato Social” de Rousseau e a Declaração de Independência dos treze estados

20 BRITO, Alejandro Guzmán. *Mos italicus y mos gallicus*. *Revista de derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*. V.2. Valparaíso: Pontificia Universidad Católica, 1978, p.37

21 Aludindo a esta polémica, GOYARD-FABRE, Simone, *Les embarras philosophiques du Droit Naturel*, Paris: Librairie Philosophique J. Vrin, 2002, maxime pp.323-328.

22 *A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: contribuição para a história do direito constitucional moderno* é publicada em 1895 (*Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte. Ein Beitrag zur modernen Verfassungsgeschichte*, Leipzig : Duncker and Humbolt, 1895) e a tradução francesa em 1902 (*La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen. Contribution à l'Histoire du Droit Constitutionnel Moderne*, Paris: Albert Fontemoing Editeur, 1902).

americanos (Julho de 1776) como modelo. Admite uma certa influência do “Contrato Social” no estilo da Declaração de 1789 mas considera que a obra de Rousseau rejeita a hipótese de direitos originários que se possam configurar como limitações jurídicas do soberano (vontade geral). Procedendo a uma análise detalhada dos textos, conclui que a verdadeira inspiração francesa estaria nos “bills of rights” das colônias da América do norte como a Declaração da Virgínia (Junho de 1776), modelo por sua vez das outras declarações de direitos. A Declaração de Independência não configurava um sistema de direitos e era a consequência lógica de uma lenta evolução, enquanto a Declaração francesa constituía um agente ativo de destruição do passado.

As Declarações americanas teriam por sua vez uma matriz inglesa: a Magna Carta (1215); o “Bill of Rights” de 1689; o “Habeas Corpus” de 1679; a “Petition of Right” de 1627. Jellinek assinala, não obstante, que existe um abismo entre a Declaração da Virgínia e os textos ingleses. Enquanto estes reconhecem um direito ancestral, direitos antigos e incontestáveis do povo inglês, a Declaração da Virgínia pretende consagrar um direito natural e eterno. As leis inglesas consagram deveres para o governo e não (diretamente) direitos para os indivíduos. O saldo redundava na falta de originalidade da Declaração de 1789, apesar de Jellinek reconhecer que a influência durável dos princípios da Declaração da Virgínia na Europa se deve à redação francesa. Num caso e noutro, não estamos perante direitos concedidos aos cidadãos mas perante direitos naturais do homem.

Continuando em demanda da raiz histórica das leis inglesas, Jellinek encontra-se desafiadoramente com a influência germânica, através da conceção medieval de poder, contrastante com a conceção romana favorecedora de um modelo absolutista. A matriz germânica estaria ainda na

importância que assumiu a realização da liberdade religiosa nas colônias americanas (e através desta a reforma protestante), que teria levado à ideia de consagrar legislativamente os direitos do homem.

Não é difícil adivinhar a reação francesa e a “irritabilidade” de Boutmy, que conclui: a Declaração não nasceu mais de Rousseau do que de Locke, dos “bills of rights” americanos do que da Declaração de Independência; ela é o resultado de uma causa invisível, o grande movimento dos espíritos do século XVIII²³. Cremos que Boutmy estava certo²⁴ e é esse “ar do tempo” que agora procuramos capturar através de três autores que nos permitem demandar os fundamentos filosóficos dos direitos humanos no século XVIII. Todos aderem a uma visão consensualista ou pactuada do poder político.

e. O “contrato social” constitui indubitavelmente um dos tópicos mais presentes no pensamento das Luzes. Obsessivamente repetido e utilizado com resultados diametralmente opostos²⁵. De acordo com o contratualismo

23 O texto de Boutmy, “La Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen et M. Jellinek”, foi publicado no mesmo ano da tradução do texto de Jellinek in *Annales des Sciences Politiques*, École libre des Sciences Politiques, Ano XVIII (IV. 15 julho 1902), p.419 (pp.415-443).

24 No mesmo sentido, GOYARD-FABRE, Simone, *Os princípios filosóficos do direito político moderno*, São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.331: “Até na Declaração francesa de 1789 que, no entanto, é o texto mais nítido e mais incisivo, transparece a origem complexa e multívoca da ideia dos direitos do homem, na qual se cristalizam temas cuja conjunção provoca uma inevitável indecisão conceitual”.

25 Um dos exemplos mais impressionantes da utilização reversível do contrato social é a pena de morte, cujo debate é agora verdadeiramente iniciado. Beccaria (1738-1794) recorre ao contrato social para defender a sua abolição: seria crível que os homens transferissem para o soberano o poder de os privar da vida? Ou como podem os homens alienar um direito de que não são detentores, uma vez que não podem privar-se da própria vida? Rousseau, pelo contrário, considera que a prática de certos crimes viola de tal modo

setecentista, o Estado nasce em resultado de um pacto e o homem é titular de direitos que o antecedem. Os direitos do homem são “naturais” e as leis limitam-se por isso a proceder à sua “Declaração”. O que explica o sucesso de uma ideia tão artificiosa? Que notícia existe de um estado de natureza? Os homens nascem iguais?!

Pascoal José de Mello Freire (1738-1798), autor do “Novo Código de Direito Público” (1789, publicado em 1844), não deixou dúvidas quanto à sua opinião sobre a ideia de um contrato social: “E o chamado pacto social é um ente suposto, que só existe na cabeça e imaginação alambicada de alguns filósofos.”²⁶

Esta afirmação é produzida em plena disputa que opôs o lente de Coimbra ao canonista António Ribeiro dos Santos (1745-1818), conhecida como “Questão do Novo Código”. Em 1783, Mello Freire fora encarregado de rever o Livro II das Ordenações Filipinas²⁷ e, no ano da Revolução Francesa, foi criada a Junta de Censura e Revisão, incumbida de apreciar trabalho realizado e integrada pelo seu antagonista. O “Novo Código de Direito Público” nunca chegaria a vigorar. Nesta polémica jurídico-constitucional, Mello Freire representa o passado, através da defesa de uma “monarquia pura e absoluta”, de acordo com a qual o reino de Portugal “não veio ao Rei por doação ou translação mas pelo direito de

o contrato social que o criminoso não pode beneficiar da sua proteção. Vd. ALVES, Sílvia, “A pena de morte no pensamento setecentista” in *História do Direito e do Pensamento Jurídico em Perspectiva*, São Paulo: Editora Atlas, 2012, pp.413-458.

26 *Notas ao Plano do Novo Código de Direito Público de Portugal*, Coimbra: Imprensa da Universidade, 1844. A observação de Mello Freire encontra-se na sua “Resposta à Primeira Censura”, p.88.

27 Cumprindo a incumbência que lhe fora atribuída, Mello Freire apresenta ainda um projeto de reforma do Livro V das Ordenações: *Ensaio do Código Criminal*, Lisboa: Typ. Maigrense, 1823; e “*Código criminal, intentado*”, Lisboa: Ofic. de Simão Thaddeo Ferreira, 1823.

sangue e de conquista”²⁸. Os “direitos supostos dos vassalos” são “imaginários e quiméricos”, “quando o rei não fez ajuste algum com os povos, nem deles houve o seu poder”²⁹. Para o censor régio, que anuncia o futuro através de um consensualismo proto-liberal, as leis fundamentais incluíam, para além dos “direitos sagrados da majestade”, os “direitos invioláveis da nação”³⁰. O manuscrito com as suas “Primeiras Linhas da Lei Fundamental da Monarquia Portuguesa” identifica como forma de governo a “monarquia hereditária temperada” e entre os “direitos dos cidadãos” inclui a igualdade, a liberdade, a disposição livre da propriedade, a liberdade de imprensa e a segurança pessoal³¹.

O nascimento dos direitos do homem e do cidadão ocorre sob o signo do contratualismo.

28 *Notas ao Plano do Novo Código de Direito Público de Portugal*, Coimbra: Imprensa da Universidade, 1844, p.66.

29 *Idem*, p.88: “Não se podendo pois deduzir os direitos supostos dos vassalos, como corpo da nação, das leis e constituições do Estado, porque as não temos; nem de outros monumentos autênticos de menor autoridade, quando fossem bastantes, porque também os não temos; nem de factos históricos e exemplos, porque todos são em contrário: também se não podem deduzir da origem e fim da sociedade, e dos princípios, que a este respeito inculcam os escritores de direito público e universal, por serem diversos e desencontrados”.

30 *Idem*, pp.21 e 22.

31 “Direitos dos Cidadãos

Igualdade perante as leis.

Liberdade para fazer tudo o que elas não proibem.

Disposição livre da propriedade real e pessoal, conformando-se com a determinação da lei.

Liberdade de imprensa com restrições que evitem o abuso.

Segurança pessoal: não podendo ser presos sem culpa formada; excepto nos casos declarados pela lei”.

O documento encontra-se disponível através da Biblioteca Digital da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa: <http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1042.pdf> (BIBLIOTECA NACIONAL/ ANTT, MNE, Cx. 78. Mº 4, doc. 28).

e. A concepção do poder largamente dominante até ao século XVIII tem uma origem aristotélica (384 a.C.-322 a.C.): o homem é um animal social. Mas, como escreveria S. Tomás (1226-1274), isso não significa que os homens vivam como um conjunto de pedras. Vivem sob uma ordem (“unitas ordinis”). Política e jurídica. Ou seja, o homem é também um animal político e um animal jurídico. O homem implica a trilogia: sociedade, poder e direito.

Ao longo do “antigo regime”, o poder está em primeiro lugar. Os homens vivem na sua sombra e os direitos dependem da graça e mercê do monarca³². O poder é natural; os direitos são artificiais. O homem é súbdito.

Na concepção setecentista, o Homem e os seus direitos (naturais) antecedem o poder, que não pode deixar de os reconhecer ou “declarar”. Os direitos são naturais, o poder é artificial. É contratualizado e depende portanto da vontade ou consenso dos homens. O homem é cidadão.

1. Locke – o defensor da liberdade e o “refúgio de Deus contra a força e a violência”

a. Locke (1632-1704) morreu nos primeiros anos do século a que pertenceu espiritualmente³³. Na sua principal

32 BOBBIO, Norberto, *A Era dos Direitos*, Rio de Janeiro: Elsevier, 10ª reimpressão, 2004, p.108: “Que os homens nasçam livres e iguais é uma exigência da razão, não uma constatação de fato ou de um dado histórico. É uma hipótese que permite inverter radicalmente a concepção tradicional, segundo a qual o poder político – o poder sobre os homens chamado de *imperium* – procede de cima para baixo e não vice-versa. De acordo com o próprio Locke, essa hipótese devia servir para ‘entender bem o poder político e derivá-lo de sua origem’. E tratava-se, claramente, de uma origem não histórica e sim ideal”.

33 TRUYOL Y SERRA, António, *História da Filosofia do Direito e do Estado*, Volume II: Do Renascimento a Kant, Lisboa: Instituto de Novas Profissões, 1990, p.231.

obra política, “Dois Tratados sobre o Governo” (1689)³⁴, que exerceu uma influência indelével na Europa e na América, os direitos do homem permanecerão intransponíveis pelo poder político. Defensor incondicional da liberdade³⁵ – “o fundamento de tudo o mais que um homem possa ser ou ter” (Cap. III, § 17) - não hesitará, coerentemente, na admissibilidade do direito de resistência.

O primeiro tratado, hoje considerado datado, tem como finalidade refutar o “Patriarca” (1680)³⁶, de Robert Filmer (1588-1653), e a tese segundo a qual Deus teria conferido a Adão o poder de governar assim como o direito de o transmitir pela via hereditária. Uma longa linha sucessória permitiria chegar aos monarcas contemporâneos. Em síntese, nessa perspectiva, todo o governo seria uma monarquia absoluta e nenhum homem nasceria livre (Cap. I, § 2). O segundo tratado constitui um ensaio sobre a origem, o alcance e a finalidade do governo civil. Foi considerado o fundamento ideológico da revolução norte-americana, inspiração da re-

34 Recorremos ao texto da sexta edição inglesa, de 1764, preparada por Thomas Hollis com as correções do próprio Locke e do seu secretário, Pierre Coste, à terceira edição de 1698, uma vez que as primeiras edições foram consideradas pelo seu autor como insatisfatórias (LOCKE, John, *Two Treatises of Government*, Londres: A. Millar et al., 1764). A mesma edição encontra-se na base da tradução promovida pela Fundação Calouste Gulbenkian, aqui utilizada nas citações em português (LOCKE, John, *Segundo Tratado do Governo*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007).

35 A sua defesa da liberdade religiosa, nas “Cartas sobre a Tolerância” (1689, 1690 e 1692), se bem que tenha colocado as almas fora do alcance do Estado, revelou-se menos incondicional, uma vez que contemplava exclusões como os ateus e os católicos ou “papistas”: “That church can have no right to be tolerated by the magistrate, which is constituted upon such a bottom, that all those who enter into it, do thereby *ipso facto*, deliver themselves up to the protection and service of other prince.” (LOCKE, John, *Letters concerning Toleration*, Londres: A. Millar et al., 1765, p.59).

36 FILMER, Robert, *Patriarcha or the natural power of kings*, Londres: Robert Chiswell, 1680.

volução francesa e da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

b. Para Locke, o estado de natureza é pré-político mas não pré-jurídico. É jusnaturalístico ou governado por uma lei da natureza que a todos obriga e que não é mais do que a razão. Esta lei ensina que “todos os homens”, “obra de um mesmo criador onnipotente”, são “iguais e independentes”; “nenhum deve molestar qualquer outro na sua vida, na sua saúde, na sua liberdade, ou nos seus haveres.” (Cap. II, § 6). O estado de natureza é assim um “estado de liberdade perfeita” e também um “estado de igualdade” (Cap. II, § 4). Os homens são, em suma, detentores de direitos individuais naturais - “livres, iguais e independentes” (Cap. VIII, § 95).

A liberdade lockeana pode ser perfeita mas não é ilimitada. Não é um “estado de licenciosidade” (Cap. II, § 6). O seu limite encontra-se na lei natural racional. Deste modo, a liberdade consiste no “poder de fazer tudo aquilo que, no seu entender, for conveniente para a sua própria preservação, bem como para a dos demais, dentro dos limites estabelecidos pela lei da natureza.” (Cap. IX, § 128).

c. A propriedade entra rapidamente em cena para assinalar que o homem não é apenas beneficiário da liberdade e que esta não desce sobre si como uma graça ou mercê. O homem é proprietário da sua liberdade. Se o homem é “proprietário da sua própria pessoa” isso significa que sobre ele “mais ninguém detém direito algum” (Cap. V, § 27). Proprietário de si próprio, é livre e independente. A ideia de propriedade é usada por Locke para definir o território soberano da liberdade individual.

A propriedade não é, contudo, somente uma manifestação de liberdade; na verdade, é um conceito que serve também a Locke para limitar a liberdade ou, mais exatamente,

para distinguir a liberdade da licenciosidade. O homem é “propriedade” do seu Criador, infinitamente sábio. Carece de liberdade para se destruir a si próprio; está obrigado a preservar-se. É “sempre que a sua preservação não estiver em perigo, deve igualmente, e na medida do possível, preservar o resto da humanidade, não podendo retirar ou prejudicar, seja a vida dos outros, seja tudo aquilo que conduza à preservação da vida, da liberdade, da saúde, dos membros ou dos bens alheios.” (Cap. II, § 6).

Os limites da liberdade têm um fundamento teológico, tal como os direitos do homem, e não implicam qualquer fragilização face ao poder. Porque todos são filhos de Deus, os homens são iguais. Porque são propriedade do seu Criador, ficam protegidos de si próprios e dos restantes homens.

A exaltação da propriedade não toca a proeminência atribuída por Locke à liberdade e à igualdade. É certo que algumas passagens do “Segundo tratado” parecem favorecer uma interpretação que permitiu a alguns considerá-lo como um precursor do liberalismo burguês ou do individualismo possessivo e um ideólogo do capitalismo moderno emergente: “não podemos esquecer que a única finalidade do governo se prende com a preservação da propriedade” (Cap. IX, § 94). Os homens reúnem-se em sociedades para garantir a preservação das suas propriedades: “A razão pela qual os homens se reúnem em sociedades, não é outra senão a preservação das suas propriedades.” (Cap. XIX, § 221). Estaria assim em preparação uma sociedade de proprietários, excluindo “proletários” ou “sem terra”. Nem todos os homens nem todos os direitos estariam na sua mente.

No entanto, Locke faz uso de um conceito amplo de propriedade³⁷. O homem possui por natureza o poder de

37 Vd. FREITAS DO AMARAL, Diogo, “Nota sobre o conceito de propriedade

“preservar a sua propriedade, isto é, a sua vida, a sua liberdade e os seus bens.” (Cap. VII, § 87). A sociedade política e o governo têm por fim a “preservação mútua das suas vidas, das suas liberdades e dos seus bens, a que me tenho vindo a referir com o nome genérico de propriedade” (Cap. IX, § 123). Quando densifica a ideia de propriedade, o património ou os “haveres” dos homens são mesmo relegados para o final da enumeração dos bens protegidos pela lei natural.

A propriedade tem ínsita, finalmente, o respeito pelo trabalho do homem “industrioso e racional” (Cap. V, § 34).

A preocupação omnipresente 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. O homem que disse de si próprio ter vivido satisfeito com a mediania³⁸ não pensou nos proprietários mas em todos os homens.

d. A “sociedade política” tem a sua origem num “pacto originário” (Cap. VIII, § 97: “original compact”). Os homens renunciam à sua liberdade natural e abdicam da força - “entregam nas mãos da sociedade a igualdade, a liberdade e o poder executivo” (Cap. X, § 131) - para garantir a proteção eficaz dos seus direitos.

Ao contrário do que defendera Hobbes (1588-1679), a renúncia não é nem completa nem incondicional. Cada homem procede a uma renúncia parcial: “terá de renunciar

em Locke” in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, I Volume, Coimbra: Almedina, 2002, pp.795-799.

38 O epitáfio que escreveu para o seu túmulo começa deste modo: “Siste viator, Hic juxta situs est Joannes Locke. Si qualis fuerit rogas, mediocritate sua contentum se vixisse respondet.” (“Viajante. Aqui repousa John Locke. Se perguntares como viveu, responderá que viveu satisfeito com a mediania”).

a uma parcela da liberdade natural de cuidar de si mesmo que antes detinha, precisamente aquela parcela que vier a ser exigida pelo bem, pela prosperidade e pela segurança da sociedade.” (Cap. IX, § 130). Pela paz, segurança e bem público do povo (§ 131).

Antevendo Rousseau, a alienação justifica-se porque todos procedem do mesmo modo: “Tudo isto é necessário, como é também é justo, uma vez que todos os outros membros da sociedade também o fazem” (§ 130). E “jamais se poderá supor que o poder da sociedade, ou do legislativo que ela venha a constituir, se possa estender para além do bem comum.” (§ 131).

O estado social providencia um ordenamento jurídico positivo, um padrão reconhecível e reconhecido para as condutas dos homens: “um sistema de direito estabelecido com firmeza e conhecido de todos, recebido e aceite por consentimento comum para servir de padrão do bem e do mal, medida comum para a decisão de todas as controvérsias que possam surgir entre os homens” (§ 124).

O poder deve ser exercido “segundo as leis vigentes estabelecidas, promulgadas e conhecidas pelo povo” (§ 131). Adotadas por “aqueles a quem uma tal tarefa foi confiada pelo consentimento e nomeação popular” (§ 212), são os “laços da sociedade” que mantêm cada membro do corpo político no seu lugar e nas suas funções (§ 219), “quais guardiões e muralhas de proteção das propriedades de todos os membros da sociedade” (§ 222). Limitam o poder e moderam a capacidade de domínio de cada um dos seus membros (§ 222). Um “governo sem leis” é um autêntico “mistério político, inconcebível para as capacidades do homem, e incompatível com as sociedades humanas” (§ 219).

Os direitos do homem radicam no direito natural e alcançam uma proteção efetiva através do direito positivo.

A frágil perspectiva subjetivada do estado de natureza é superada através de um processo de positivação e objetivação. Os direitos humanos tornam-se direitos fundamentais. Comparativamente, o estado de natureza afigura-se então uma “condição muito má”: os homens procurarão “asilo debaixo da alçada das leis estabelecidas pelos governos” (§ 127).

Em suma, o direito positivo limita o poder e garante os direitos dos homens. Deste modo, Locke aponta o caminho do futuro: o Estado de direito.

e. Para Locke, a liberdade dos indivíduos permanece o alfa e o ómega do poder político. A subordinação não tem outro fundamento que não seja a proteção da liberdade.

O direito de resistência é provavelmente o tema em relação ao qual Locke faz prova de maior coerência e de maior coragem, levando até às últimas consequências a natureza consensual do poder. Refere-se a essa arma tão temida como o “refúgio de Deus”.

O último capítulo do “Segundo tratado do governo” (Cap. XIX) é dedicado à “dissolução do governo”, que pode ocorrer quando se “dissolve” a própria sociedade. A invasão e conquista por parte de uma força estrangeira é a maneira mais frequente de “dissolver esta união, para não dizer a única possível” (§ 211). Mas os governos podem também ser destruídos “a partir do interior”. Em primeiro lugar, quando é alterado o legislativo, a “alma que enforma e que imprime vida e unidade a uma comunidade política” (§ 212). O governo dissolve-se também quando o legislativo ou o príncipe atuam ao arrepio do encargo que lhe foi confiado. Atraiçoando a confiança que neles foi depositada: quando é invadida a propriedade dos súbditos ou quando alguém se eleva à condição de dono e senhor arbitrário “das liberdades ou dos bens do povo” (§ 221). É violado o mandato que lhe foi confiado.

As sociedades civis e os governos existem para proteger as liberdades e os direitos inatos e inalienáveis dos homens. Não podem portanto destruir precisamente aquilo que devem salvaguardar. Assim, quando se verificam “atentados contra as suas liberdades” (§ 230), o povo fica dispensado de qualquer dever de obediência (§ 222). Se os governos não respeitam a propriedade do povo ou o reduzem à escravidão; se, por ambição, medo, loucura ou corrupção, pretendem obter “um poder absoluto sobre as vidas, as liberdades e as propriedades do povo”, colocam-se num estado de guerra perante toda a comunidade (§ 222).

Então, “todos os laços sociais se dissolvem, todos os direitos se desintegram, e cada homem passa a ter o direito de se defender a si próprio e de resistir ao agressor” (§ 232). O poder é de novo transferido para o povo, que reassume a sua liberdade original e readquire o “poder supremo” (§ 243). Cessa o dever de obediência e “terá plena liberdade para resistir à força de todos aqueles que, sem qualquer autoridade, lhes pretenderem impor o que quer que seja” (§ 212). É a guerra e o direito de resistência, “o refúgio comum que Deus concedeu a todos os homens contra a força e a violência” (§ 222: “the common refuge, which God hath provided for all men, against force and violence”).

Locke não é complacente com fórmulas ambíguas que tentam compatibilizar a resistência com a “reverência”, como havia proposto William Barclay (1546-1608), o “grande defensor da monarquia absoluta” (§ 239), autor do tratado “De regno et regali potestate” (1600), onde arremete contra os “monarcómacos” ou defensores da monarquia contratual e limitada: “quem for capaz de reconciliar pancadas com reverência merecerá uma boa tarefa, civilizada e respeitosa, sempre que surja a oportunidade de lha administrar” (§ 235).

O povo tem o “poder de procurar continuamente a sua própria segurança” (§ 226). Tem o direito de escapar à tirania

e, antes ainda, o direito de a impedir. Para que não seja tarde de mais... De outro modo, seria o mesmo que pedir que se deixe escravizar antes de se tentar libertar (§ 220).

Locke recorda o grande argumento que era arremessado contra a doutrina que admitia o direito de resistência: era sediciosa porque atuava como “um fermento para rebeliões frequentes” (§ 224); estabelecia “um quadro de legitimação da rebelião”, “um convite para guerras civis e para lutas intestinas” (§ 228). E, de facto, como condescende, existe “gente facciosa e de má disposição” (§ 240)...

Na verdade, este argumento tinha subjacente a falta de confiança na capacidade do povo ajuizar cabalmente sobre a forma como o poder era exercido. A ironia das palavras acusa mesmo nessas críticas um certo desprezo: “alicerçar os governos no povo, ignorante e sempre insatisfeito, na sua opinião inconstante e nos seus humores incertos, equivaleria a expô-lo à ruína” (§ 223).

Locke responde a esta desconfiança com otimismo e respeito pelas características do povo inglês. A experiência da história demonstrava uma preferência pelo poder, ainda que pelo mau poder. Porque pior que uma tirania era a ausência de poder: “as pessoas não abandonam as suas velhas formas de governo com facilidade” (§ 223). O apreço pela tradição e um certo conservadorismo manifestavam-se através dessa “lentidão” e “aversão que o povo evidencia, quando se trata de abandonar a sua velha constituição, que nos tem mantido unidos”. Com paciência e abnegação, os povos suportam “erros graves dos seus dirigentes, muitas leis iníquas e inconvenientes, bem como todos os deslizes de que a fragilidade humana é capaz, sem motim, sem murmúrio.” (§ 224). O povo dispõe-se a resistir somente em situações extremas: “é mais disposto a sofrer do que fazer justiça” (§ 230).

De acordo com a tradição, a resistência configura-se para Locke como o último recurso face a uma tirania intolerável. As “revoluções” não resultam de um “desgoverno menor” mas de “uma cadeia longa de abusos, prevaricações e artifícios” (§ 225). Se o povo vive tão mal ou pior do que no “estado dissoluto de natureza” (§ 221) ou de “anarquia pura” (§ 225); se é “atirado para a miséria e exposto aos abusos do poder arbitrário” (§ 224) a resistência torna-se inevitável.

Por isso, *os legisladores que tentarem violar ou assenhorear-se da propriedade do povo, ou reduzi-lo à escravidão sob um poder arbitrário, estarão a colocar-se num estado de guerra perante toda a comunidade. E, numa tal circunstância, o povo fica dispensado de qualquer dever de obediência, restando-lhe o refúgio comum que Deus concedeu a todos os homens contra a força e a violência. Assim, sempre que o legislativo transgredir esta regra fundamental da sociedade, e levado pela ambição, pelo medo, pela loucura ou pela corrupção, procurar obter, para si próprio ou para outros, um poder absoluto sobre as vidas, as liberdades e as propriedades do povo, estará a violar o mandato que lhe foi confiado.* (§ 222)³⁹

Finalmente, a admissibilidade do direito de resistência atuava como a “melhor defesa contra a rebelião” (§ 226); prevenia os abusos porque advertia sobre os perigos em que incorrem aqueles que cedem à tentação...

Locke vira o jogo da sedição contra os seus adversários. A rebelião é uma oposição à “autoridade, que se situa

39 LOCKE, John, *Two Treatises of Government*, Londres: A. Millar et al., 1764, p.392 e 393: “(...) whenever the legislators endeavour to take away, and destroy the property of the people, or to reduce them to slavery under arbitrary power, they put themselves into a state of war with the people, who are thereupon absolved from any farther obedience, and are left to the common refuge, which God hath provided for all men, against force and violence. Whensoever therefore the legislative shall transgress this fundamental rule of society; and either by ambition, fear, folly or corruption, endeavour to grasp themselves, or put into the hands of any other, an absolute power over the lives, liberties, and estates of the people; by this breach of trust they forfeit the power the people had put into their hands (...)”.

exclusivamente na constituição e nas leis de um governo” (§ 226). Rebeldes são assim aqueles que abusam da confiança neles depositada (§§ 226 e 227). Não é a desobediência que conduz à desordem mas a opressão (§ 230).

Uma questão sobrevivia ainda: quem será o “juiz” (§ 240) deste momentoso problema? Quem determinará se existe realmente um “abuso de confiança” (§ 222: “breach of trust”) do príncipe ou do legislativo? O povo, enquanto corpo (§ 242).

Se esta arbitragem terrestre fracassa, é a guerra. Cada homem julgará por si, cada homem será juiz de si próprio... Bem podem todos entregar-se aos céus... Afinal, Deus “é o único juiz de direito” (§ 241). Locke mantém-se fiel à defesa da liberdade individual. Mesmo quando se entregam ao céu, os homens não deixam de agir na terra.

2. Rousseau – ser livre é obedecer

a. Nunca será demais assinalar o impacto e a sedutora complexidade do “Contrato Social” (1762): o “Evangelho da Revolução Francesa”, “uma das obras mais notáveis da história das ideias políticas” e talvez a “mais enigmática e contraditória de todos os tempos”⁴⁰.

Rousseau (1712-1778) revela uma concepção do homem que levou a considerá-lo como um “otimista-mor da Criação”⁴¹. A antropologia rousseauniana seria a antítese do pessimismo cristão, quando este identifica uma natureza humana corrompida pelo pecado original. O homem é bom por natureza. Com efeito, na carta (1763) dirigida ao

40 CABRAL DE MONCADA, Luís, *Filosofia do Direito e do Estado*, Volume I: Parte Histórica, reimpressão da 2ª edição de 1955, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, pp.229 e 242.

41 Idem, p.229.

Arcebispo de Paris, Christophe de Beaumont, depois da condenação do “*Émile*” (1762), escreve: “o homem é um ser naturalmente bom”, ama “a justiça e a ordem” e não existe “perversidade original no coração humano”⁴². Nos seus tardios “*Diálogos*” (1772-1776), evoca a “bondade original do homem” - “a natureza fez o homem feliz e bom”⁴³.

Incomparavelmente menos otimista é a visão da história apresentada pelo genebrino. O homem pode ser naturalmente bom mas a sociedade corrompe-o. A história do homem é por isso a história de um tempo em que o homem não é feliz nem livre. O “Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens” (1755) evidencia este contraste de saldo desalentador: “Os homens são maus; uma triste e contínua experiência dispensa da prova; contudo o homem é naturalmente bom, creio que o demonstrei”⁴⁴.

Enfim, o “homem nasceu livre” mas não é livre: “por todo o lado se encontra a ferros”⁴⁵. Dificilmente se poderá

42 ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Jean Jacques Rousseau, Citoyen de Genève, a Christophe de Beaumont*, Amesterdão: Marc Michel Rey, 1763, pp.15 e 16: “Le principe fondamental de toute morale, sur lequel j’ai raisonné dans tous mes Ecrits, & que j’ai développé dans ce dernier avec toute la clarté dont j’étois capable est, que l’homme est un être naturellement bon, aimant la justice & l’ordre; qu’il n’y a point de perversité originelle dans le coeur humain, & que les premiers mouvements de la nature sont toujours droits”.

43 ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Rousseau, Juge de Jean-Jacques*. Dialogues, Tomo II, Londres: 1782, pp.223 e 224: “Dans cette seconde lecture, mieux ordonnée & plus réfléchie que la première, suivant de mon mieux le fil de ses meditations, j’y vis par-tout le développement de son grand principe, que la nature a fait l’homme heureux & bon, mais que la société le déprave & le rend misérable. *L’Émile*, en particulier, ce livre tant lu, si peu entendu & si mal apprécié, n’est qu’un traité à montrer comment le vice & l’erreur, étrangers à sa constitution, s’introduisent du dehors, & l’altèrent insensiblement”.

44 ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Discours sur l’origine et les fondements de l’inégalité parmi les hommes*, Amesterdão: Marc Michel Rey, 1755, p.205: “Les hommes sont méchants; une triste & continuelle experience dispense de la prevue; cependant l’homme est naturellement bon, je crois l’avoir démontré (...)”.

45 ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Du Contrat Social*, Amesterdão: Marc Michel Rey,

ver aqui um verdadeiro otimismo mas o problema principal fica então colocado e é um problema de natureza política: como pode o homem voltar a ser livre e feliz? Como pode o homem regressar a essa origem tão remota e indeterminada? Através do “Contrato Social”, Rousseau procura conceber um modelo político que realize um regresso à beatitude original, ou seja, que permita ao homem preservar a sua liberdade no estado social.

‘Encontrar uma forma de associação que defenda e proteja de 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.’ Este é o problema fundamental a que o contrato social dá solução (L.I, Cap.6)⁴⁶

b. A ideia de um contrato social não é certamente original mas, daqui em diante, o contrato não cessará de ganhar importância. As relações entre os homens serão explicadas através do consenso, no domínio público e no domínio privado. As convenções constituem a “base de toda a autoridade legítima entre os homens” (L.I, Cap.4).

Ao contrário do Hobbes, Rousseau não parece configurar através da celebração do contrato social uma alienação total. Há liberdades e direitos não alienáveis sob pena de o homem perder a sua qualidade de homem ou a sua própria humanidade. A convenção que estipula uma autoridade absoluta e uma obediência sem limites será “vã e contraditória” (L.I, Cap.4). “Renunciar à sua liberdade

1762, p.3.

46 Idem, p.27: “‘Trouver une forme d’association qui defende & protege de toute la force commune la personne & les biens de chaque associé, & par laquelle chacun s’unissant à tous n’obéisse pourtant qu’à lui-même & reste assi libre qu’auparavant?’ Tel est le problème fondamental dont le contract social donne la solution”.

é renunciar à sua qualidade de homem, aos direitos de humanidade, mesmo aos seus deveres” (L.I, Cap.4)⁴⁷

Contudo, ao definir o pacto social, Rousseau formula a única cláusula do contrato social: os homens, todos os homens, alienam, sem reservas, todos os seus direitos a favor de todos.

Essas cláusulas bem entendidas reduzem-se a uma única, a saber, a alienação total de cada associado com todos os seus direitos a toda a comunidade. (L.I, Cap.6)⁴⁸

Nessa alienação de todos a favor de todos o que se perde é igual ao que se ganha. Ou, na realidade, cada um acaba por adquirir mais força – “ganhamos o equivalente a tudo o que perdemos e mais força para conservar o que temos.” (L.I, Cap.6).

O contrato social realiza uma estranha alquimia, que transfigura o homem e a liberdade. O homem natural transforma-se em homem civil. Sem esboçar qualquer nostalgia em relação ao estado de natureza e sem deixar qualquer dúvida quanto às vantagens do estado social, Rousseau afirma que o animal estúpido e limitado cede o lugar a um ser inteligente, ao próprio homem (L.I, Cap.8). Participará na autoridade soberana enquanto cidadão; estará sujeito às leis enquanto súbdito; e com os restantes “associados” integrará o povo. Pode perder um direito ilimitado a tudo o que tentava e podia alcançar mas converte-se em proprietário (L.I, Cap.8).

A liberdade natural transforma-se em liberdade política, “convencional” ou “civil” (L.I, Caps.6 e 8). E em

47 Idem, p.16: “Renoncer à sa liberté c’est renoncer à sa qualité d’homme, aux droits d’humanité, même à ses devoirs”.

48 Idem, p.28: “Ces clauses bien entendues se réduisent toutes à une seule, savoir l’aliénation totale de chaque associé avec tous ses droits à toute la communauté (...)”.

liberdade “moral”, a única que verdadeiramente torna o homem senhor de si mesmo (L.I, Cap.8). A liberdade sofre ainda com o contrato social outra transmutação. Deixa de ser pensada somente na sua face negativa, enquanto oposição face ao Estado ou espaço que não se deixa invadir. A liberdade de Rousseau é sobretudo uma liberdade positiva; significa integração e colaboração no todo, no Estado, na vontade geral.

A relação entre liberdade e obediência não deixará de causar perplexidades. O homem é livre quando obedece à vontade geral. Ser livre é portanto obedecer. Se a vontade geral usa a força, ela estará somente a obrigar o homem a ser livre.

Para que não seja uma fórmula vã, o pacto social encerra tacitamente este compromisso que confere força aos restantes: quem recusar obedecer à vontade geral será a isso obrigado por todo o corpo, o que não significa outra coisa senão que será forçado a ser livre (...). (L.I, Cap.7)⁴⁹

c. Original é a ideia de “vontade geral”, que tenta realizar a harmonização da vontade de cada um com o bem comum. A expressão ecoará muito para além do século XVIII. Mas a vontade geral é também um enigma. Rousseau não a define com clareza e sem ambiguidade – “daí todo o mal e todo o equívoco”⁵⁰.

A vontade geral é a vontade soberana; a República; o Estado; um “corpo político”, “moral e coletivo” (L.I, Cap.6).

49 Idem, p.36: “Afin donc que le pacte social ne soit pas un vain formulaire, il renferme tacitement cet engagement qui seul peut donner de la force aux autres, que quiconque refusera d’obéir à la volonté générale y sera contraente par tout le corps: ce qui ne signifie autre chose sinon qu’on le forcera d’être libre (...)”.

50 CABRAL DE MONCADA, Luís, *Filosofia do Direito e do Estado*, Volume I: Parte Histórica, reimpressão da 2ª edição de 1955, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p.238.

Indestrutível, constante, inalterável e pura (L.IV, Cap.1), a sua característica mais impressionante é, sem dúvida, a infalibilidade. Ela é sempre reta e justa. Porque ninguém dispõe contra si próprio. Aliás, “o soberano, pelo mero facto de o ser, é sempre tudo o que deve ser” (L.I, Cap.7). Não obstante, Rousseau observa: o povo nunca se corrompe mas é frequentemente enganado (L.II, Cap.3) ...

O direito será de ora em diante a expressão da vontade geral. E o direito, no século do progresso e do reformismo, do “espírito das leis” (Montesquieu, 1748) e da “ciência da legislação” (Filangieri, 1780-1788), será a lei. Nela se depositarão todas as esperanças. Sem surpresa, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 define a lei como a expressão da vontade geral⁵¹.

Comprendemos imediatamente que não é necessário perguntar a quem pertence fazer as leis, já que elas são atos da vontade geral; nem se o Príncipe está acima das leis, uma vez que é membro do Estado; nem se a lei pode ser injusta, uma vez que ninguém é injusto para consigo mesmo; nem como se é livre e submetido às leis, uma vez que elas não são mais do que a expressão das nossas vontades. (Livro II, Cap.6)⁵²

d. A soberania, poder absoluto dirigido pela vontade geral, é inalienável (L.II, Cap.1) e indivisível (L.II, Cap.2). E insuscetível de representação (L.III, Cap.15). O sistema inglês é por isso olhado por Rousseau como um sistema de

51 Art. 6.º: “La Loi est l’expression de la volonté générale. Tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation. (...)”.

52 ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Du Contrat Social*, Amesterdão: Marc Michel Rey, 1762, p.78: “Sur cette idée on voit à l’instant qu’il ne faut plus demander à qui il appartient de faire des lois, puisqu’elles sont des actes de la volonté générale; ni si le Prince est au dessus des lois, puisqu’il est membre de l’Etat; ni si la loi peut être injuste, puisque nul n’est injuste envers lui-même; ni comment on est libre & soumis aux lois, puisqu’elles ne sont que des registres de nos volontés”.

escravos. Os ingleses são livres apenas durante a eleição dos membros do parlamento. E não resiste a uma ironia cáustica: o uso que fazem desse breve momento faz merecer que a percam...

Rousseau não deixa de assinalar os limites do poder soberano: os direitos do homem e do cidadão. Mas esses direitos tornam-se alienáveis na medida em que for útil e necessário ao bem comum. Quem será o juiz desse cálculo de utilidade e de necessidade? Somente o soberano!

Trata-se portanto de bem distinguir os direitos respetivos dos Cidadãos e do Soberano, e os deveres daqueles na qualidade de súbditos, do direito natural de que devem gozar na qualidade de homens.

Consideramos que tudo o que cada um aliene através do pacto social, do seu poder, dos seus bens, da sua liberdade, seja somente a parte que importe à comunidade; mas é necessário também convir que só o Soberano é juiz dessa importância. (L.II, Cap.4)⁵³

Eis que, na obra do “menos coerente e harmónico de todos os homens”⁵⁴, o ponto de partida liberal e individualista se converte num ponto de chegada que se parece demais com um autoritarismo totalitário.

Para o campeão da vontade geral a democracia (L.III, Cap.4) não existe nem nunca existirá; ela é própria dos deuses – “um governo tão perfeito não convém aos homens” ...

53 Idem, p.61: “Il s’agit donc de bien distinguer les droits respectifs des Citoyens & du Souverain, & les devoirs qu’ont à remplir les premiers en qualité de sujets, du droit naturel dont ils doivent jouir en qualité d’hommes. On convient que tout ce que chacun aliene par le pacte social de sa puissance, de ses biens, de sa liberté, c’est seulement la partie de tout cela dont l’usage importe à la communauté, mais il faut convenir que le Souverain seul est juge de cette importance”.

54 CABRAL DE MONCADA, Luís, *Filosofia do Direito e do Estado*, Volume I: Parte Histórica, reimpressão da 2ª edição de 1955, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p.239.

3. Thomas Paine – “senso comum” e contra-senso

a. O progressismo assume na obra do inglês Thomas Paine (1737-1809) uma feição cosmopolita, revolucionária e panfletária. A sua obra e a sua turbulenta existência encontram-se vinculadas à defesa da independência dos Estados Unidos e da Revolução Francesa. Provavelmente a mais notável contribuição deste cidadão honorário da França (1792), naturalizado americano (1794), reside na perscrutadora defesa dos direitos económicos e sociais e no anúncio do Estado Social. As suas preocupações sociais resultarão, não obstante, difíceis de conciliar com o seu claro pendor liberal e com a profunda desconfiança que manifestou em relação aos governos.

b. Na sua obra “Senso Comum” (1776), oportunamente publicada no ano da independência americana, de que chegou a ser considerada causa próxima, Thomas Paine abre uma distinção, que é também um significativo abismo, entre sociedade e governo⁵⁵. Nesta diferenciação encontramos uma certa proximidade com o jesuíta Francisco Suárez (1548-1617), cujo contratualismo de matriz tomista se desdobra num pacto de união (“pactum unionis”), que dá origem à sociedade, e num pacto de sujeição (“pactum subjectionis”), que transfere o poder para os governantes.

A sociedade e a civilização são sempre um bem (“a blessing”) e geram felicidade. O governo, ao invés, é causa de infelicidade. Na melhor das hipóteses, um “mal necessário”

55 PAINE, Thomas, *Common Sense*, Filadélfia: R. Bell, 1776. No frontispício da obra, o nome do Autor é omitido, aparecendo apenas: “Written by a Englishman”.

“necessary evil”). Na pior, um mal “intolerável”⁵⁶. Se, para Paine, a vida social é naturalmente boa e harmônica, o governo, pelo contrário, é artificial e perigoso. Se a sociedade é o resultado das nossas necessidades, o governo procede da nossa perversidade. A sociedade protege; o governo reprime os vícios e pune.

Nos “Direitos do Homem” (1791 e 1792)⁵⁷, que escreve como resposta às “Reflexões sobre a Revolução Francesa” (1790) de Edmund Burke (1729-1797)⁵⁸, encontramos a mesma perspectiva: o homem bem pode ser uma criatura social (“is so naturally a creature of society”) mas terá todas as razões para rejeitar os governos, que encerram em si mesmos o perigo da perturbação de uma pacífica ordem social natural. Assim sucedia com os excessos e as desigualdades na tributação, causa tão compreensível da infelicidade pública. A competência do governo é, por isso, escassa e meramente residual; quanto mais perfeita for a civilização mais se governará a si própria⁵⁹.

56 Idem, p.1: “Some writers have so confounded society with government (...) Society in every state is a blessing, but Government even in its best state is but a necessary evil; in its worst state an intolerable one (...)”.

57 PAINE, Thomas, *Rights of Man*, Parte Segunda, Londres: J. S. Jordan, 1792, pp.8 e 9: “No one man is capable, without the aid of society, of supplying his own wants; and those wants, acting upon every individual, impel the whole of them into society, as naturally as gravitation acts to a center. (...) his propensity to society (...) In short, man is so naturally a creature of society, that it is almost impossible to put him out of it.”.

58 FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio, “La polémica Burke-Paine” in PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio (et.al), *Historia de los Derechos Fundamentales*, Tomo II, Volume II, Madrid: Dykinson, 2010, pp.369-416.

59 *Rights of Man*, Parte Segunda, Londres: J. S. Jordan, 1792, p.10: “The more perfect civilization is, the less occasion has it for government, because the more does it regulate its own affairs, and govern itself (...)”.

No momento em que o governo formal é abolido, a sociedade começa a agir. Uma associação geral tem lugar e o interesse comum produz a segurança geral.”⁶⁰

Os Estados norte-americanos justificavam todo o seu otimismo: governo justo, poucos impostos, felicidade geral. E, apesar da diversidade da sua população, a guerra não impedira a prevalência da ordem e da harmonia. Em suma, o bom exemplo era representado por um governo conforme aos princípios da sociedade⁶¹.

c. Também para Thomas Paine o poder e o próprio direito encontram o seu fundamento no consentimento. Contudo, não se satisfaz com a ideia segundo a qual o governo resulta de um pacto (“compact”) entre os governantes e os governados. Na sua opinião, a fórmula contratualista coloca a consequência antes da causa. Os homens existem antes dos governos. Há um momento em que existem homens mas não governos. Foram os próprios indivíduos que, exercendo o seu direito pessoal e soberano (“personal and sovereign right”), contrataram uns com os outros para criar um governo⁶².

A constituição não é assim um acto do governo: anterior a este, é o acto do povo e o governo é a “criatura” da constituição.

A constituição é *anterior* ao governo e o governo é apenas a criatura de uma constituição. A constituição de um país não é o ato do seu

60 Idem, p.9: “The instant formal government is abolished, society begins to act. A general association takes place, and common interest produces common security.”

61 Idem, p.14: “That government is nothing more than a national association adding on the principles of society”.

62 *Rights of Man*, Londres: J. S. Jordan, 1791, pp.55 e 56: “The fact therefore must be, that the *individuals themselves*, each in his own personal sovereign right, *entered into a compact*, with each other to produce a government: and this is the only mode in which governments have a right to arise, and the only principle on which they have a right to exist.”.

governo mas do povo constituindo um governo.⁶³

O consentimento permanece “in continuum” como o fundamento do poder, que transporta a tradição mas igualmente o inalienável direito a conformar o futuro⁶⁴. O homem não pode ser proprietário de outro homem, nem as gerações passadas poderão capturar as gerações futuras. Cada geração é igual em direito pela mesma razão que todo o homem nasce igual em direitos, independentemente do momento histórico. Com ironia, Paine considera a vaidade e a presunção de governar para além do túmulo como a mais ridícula e a mais insuportável de todas as tiranias. Pretende defender os direitos dos vivos e impedir que sejam alienados ou diminuídos pela autoridade usurpada dos mortos. Os parlamentos não o podem fazer e todas as determinações nesse sentido são nulas. As circunstâncias do mundo mudam continuamente e o mesmo sucede com as opiniões dos homens. Ao contrário do que afirmaria Comte, os mortos não governariam os vivos; os governos seriam para os vivos.

O direito natural autoriza todos os povos a que se governem a si próprios: “Ter um governo próprio é nosso direito natural”⁶⁵

Paine chega deste modo à defesa universal do direito à autodeterminação (“doctrine of separation and independence”⁶⁶) e do direito à revolução. A causa da América, para a qual se propõe oferecer “simple facts,

63 Idem, p.56: “A constitution is a thing *antecedent* to a government, and a government is only the creature of a constitution. The constitution of a country is not the act of its government, but of the people constituting a government.”.

64 Idem, maxime pp.11,12, 16 e 49.

65 *Common Sense*, Filadélfia: R. Bell, 1776, p.58: “A government of our own is our natural right”.

66 Idem, p.45.

argumentos chãos e senso comum”⁶⁷, é por isso a causa de toda a humanidade⁶⁸. E a causa do povo francês é a causa não apenas de toda a Europa mas do mundo inteiro⁶⁹.

d. A desconfiança em relação aos governos não tem somente uma expressão liberal; anda por vezes próxima de uma visão institucionalista, em que a sociedade permanece dotada de autopilotagem, no plano político e no plano jurídico⁷⁰.

O agricultor, o artesão, o comerciante e em geral todos os profissionais prosperam pela ajuda que recebem de cada um e de todos (“by the aid which each receives from the other, and from the whole”). O interesse comum regula os seus negócios e produz espontaneamente o direito.

Quanto mais perfeita é a civilização menos necessário é o governo porque mais preparados estão os homens para conduzir os seus negócios e governarem-se a si próprios. A sociedade faz praticamente tudo aquilo que é atribuído ao governo. A um poder mínimo corresponderia também um direito mínimo: o estado social e civilizado não precisa senão de um pequeno número de leis. E todas as grandes leis da sociedade são leis da natureza. Ao invés, a ampliação dos poderes dos governos seria própria dos governos “antigos” ou absolutos.

Thomas Paine faz prova de um incontestável otimismo em relação ao estado social que, antes e independentemente

67 Idem, p.29: “nothing more than simple facts, plain arguments, and common sense”.

68 Idem, Introdução, in fine.

69 A afirmação encontra-se no prefácio da edição francesa dos *Direitos do Homem: Droits de l’Homme*, Paris: F. Buisson, 1791 (p.vii); e *Droits de l’Homme*, Parte Segunda, Paris: Buisson, 1792.

70 *Rights of Man*, Parte Segunda, Londres: J. S. Jordan, 1792, maxime pp.7, 10 e 11.

de qualquer governo, gera a harmonia e a paz. As leis produzidas pelo uso comum (“common usage”), como as que regulam o comércio, têm mais influência do que as leis do governo. Expressam um interesse “mútuo e recíproco” e, por consequência, todos terão interesse em obedecer-lhes.

Apesar de defender o direito de revolução, rejeita o direito de resistir pela força a uma lei má. De acordo com o princípio secular, uma má lei é preferível à ausência de lei. No século em que nasce a opinião pública, confia no debate como forma de expor os defeitos das leis, incluindo as constituições, e dos governos, impulsionando a sua reforma ou regeneração. Os defeitos do governo e da constituição devem ser objeto de discussão. Tal como a lei injusta. Mas desobedecer à lei fragiliza a lei. Todas as leis; mesmo as boas leis.

Sempre fui de opinião (e dela fiz a minha prática) de que é melhor obedecer a uma má lei, fazendo uso de todos os argumentos para mostrar os seus erros e conseguir a sua revogação, do que violá-la pela força; porque o precedente de violar a má lei pode quebrar a força e conduzir à discricionária violação daquelas que são boas.⁷¹

O governo é, também para Paine, um governo pelas leis. Afinal, nas monarquias absolutas, o rei é lei. Mas, nos países livres, a lei reina⁷².

71 Idem, Prefácio, p.xi: “If a law be bad it is one thing to oppose the practice of it, but it is quite a different thing to expose its errors, to reason on its defects, and to show cause why it should be repealed, or why another ought to be substituted in its place. I have always held it an opinion (making it also my practice) that it is better to obey a bad law, making use at the same time of every argument to show its errors and procure its repeal, than forcibly to violate it; because the precedent of breaking a bad law might weaken the force, and lead to a discretionary violation, of those which are good.”

72 *Common Sense*, Filadélfia: R. Bell, 1776, p.57: “For as in absolute governments the king is law, so in free countries the law ought to be king; and there ought to be no other.”

e. De acordo com um princípio iluminado e divino (“illuminating and divine principle”⁷³), todos os homens nascem iguais e são naturalmente iguais em direitos⁷⁴. A sociedade não concede ao homem direito algum (“society grants him nothing”⁷⁵) e por isso uma declaração de direitos não é uma “criação” ou “doação”⁷⁶.

Thomas Paine distingue os direitos naturais (“natural rights of man”) dos direitos civis do homem (“civil rights of man”)⁷⁷. Os direitos naturais pertencem ao homem pela simples razão da sua existência. Incluem os direitos intelectuais ou do espírito, como a liberdade de religião, e todos os direitos que lhe permitem agir livremente, para a sua própria satisfação e felicidade, na condição de não ofender os direitos naturais de outrem.

Os direitos civis pertencem ao homem enquanto membro da sociedade e derivam invariavelmente de um direito natural que necessita de segurança e proteção.

73 *Rights of Man*, Londres: J. S. Jordan, 1791, p.49.

74 *Idem*, p.49: “Every history of the creation, and every traditionary account, whether from the lettered or unlettered world, however they may vary in their opinion or belief of certain particulars, all agree in establishing one point, *the unity of man*; by which I mean that men are all of *one degree*, and consequently that all men are born equal, and with equal natural right (...)”.

75 *Idem*, p.53.

76 *Dissertation on First Principles of Government*, Londres: Daniel Isaac Eaton, 1795, p.27. Nas “Observações” à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, considera que os três primeiros artigos encerram o essencial. Quanto ao facto de não se encontrar acompanhada de uma declaração de deveres, questão que havia sido agitada na Assembleia Nacional, entende que uma declaração de direitos é também uma declaração de deveres recíprocos. O meu direito é também o direito de outro homem e é portanto meu dever garantir o seu direito, tal como o meu. Vd. *Rights of Man*, Londres: J. S. Jordan, 1791, p.120.

77 *Rights of Man*, Londres: J. S. Jordan, 1791, pp.51 e 52.

O poder civil resulta da reunião dos direitos naturais cujo gozo os indivíduos por si não conseguem assegurar; e tal poder não pode ser exercido de modo a invadir os direitos naturais do homem que não são alienados.

Quando reflete sobre as fontes do poder – a força, a superstição e a razão – considera que a “dignidade natural do homem” exige que não seja governado pela força ou pela fraude⁷⁸. A monarquia hereditária havia coberto de sangue e de cinzas não apenas a Inglaterra mas toda a humanidade⁷⁹. No prefácio da edição francesa dos “Direitos do Homem”, perspectiva mesmo que a monarquia e a aristocracia não durariam mais de sete anos nos países iluminados⁸⁰. O atributo do poder fundado na razão é precisamente a realização do interesse comum da nação e o respeito pelos direitos do homem⁸¹.

As preocupações sociais de Paine determinaram um largo conjunto de propostas que antecipam o Estado Social: a educação universal e gratuita; uma reforma fiscal (com a abolição das “poor rates” ou “taxas dos pobres” e a criação de um imposto progressivo); a proteção dos mais pobres e dos idosos; a criação de empregos públicos; o apoio aos novos casais e subsídio de maternidade... Um problema contudo terá ficado por resolver: como concretizar um programa de reforma social com governos mínimos...

78 Idem, p. 55.

79 *Common Sense*, Filadélfia: R. Bell, 1776, p.27.

80 *Droits de l'Homme*, Parte Segunda, Paris: Buisson, 1792, p.11.

81 PAINE, Thomas, *Rights of Man*, Londres: J. S. Jordan, 1791, p.54: “In casting our eyes over the world, it is extremely easy to distinguish the governments which have arisen out of society, or out of the social compact, from those which have not; but to place this in a clearer light than what a single glance may afford, it will be proper to take a review of the several sources from which governments have arisen and on which they have been founded. They may be all comprehended under three heads. First, Superstition. Secondly, Power. Thirdly, The common interest of society and the common rights of man. The first was a government of priestcraft, the second of conquerors, and the third of reason.”

4. Nota final

No século das Luzes, os direitos deixam de cair sobre os súbditos como uma mercê dos monarcas. O “grande movimento dos espíritos” desenvolve uma fundamentação filosófica dos direitos humanos ainda hoje atuante, incluindo nas antinomias que se anunciam quanto à relação da liberdade com o poder.

Para John Locke, incondicional defensor da liberdade, o governo existe para proteger os direitos inalienáveis dos homens, permanecendo o direito de resistência como um “refúgio de Deus”. Para um nostálgico da liberdade natural como Jean-Jacques Rousseau, que é também um crente na infalibilidade da vontade geral, ser livre será simplesmente obedecer. Através de Thomas Paine, percebemos o advento dos direitos sociais. E, imediatamente, um dilema: terão os homens que ceder uma parte da sua liberdade para realizar a igualdade?

Esses direitos do indivíduo tiveram um papel fulcral no período da Revolução Francesa, sendo suas principais bases inseridas na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Conforme aponta Nelson Saldanha, a Revolução Francesa conferirá a esses direitos a imagem de alicerce da própria constituição, pois tais direitos “foram um recurso indispensável, porém não inteiramente completo, de que lançaram mão os pensadores europeus, notadamente franceses e ingleses, para que não ficassem sem uma explicação racional as indagações sobre o direito ‘legítimo’ e as suas respectivas respostas”⁸².

82 SALDANHA, Nelson. *Historiografia da constituição e os direitos fundamentais. Direitos humanos e fundamentais em perspectiva*. (Cláudio Brandão, org.), São Paulo:Atlas, 2014, p. 185.

Neste contexto, será defendida a existência de direitos reivindicáveis em face da *condição humana* e, por isso, pertencentes a todos e cada um dos homens. Assim, a afirmação dos direitos humanos, dentro da cultura euro-americana⁸³, derivou da busca dos *direitos do indivíduo*, assim entendido o ser enquanto portador de um feixe de direitos adquiridos pela sua pertença ao gênero humano, o que confere uma especial dignidade a sua existência.

Com efeito, o contexto antropocêntrico que esteia a condição humana é conceitualmente aberto e interdisciplinar. A luz desse dito contexto serão direitos humanos as exigências cuja satisfação é condição de possibilidade para que um ser seja reconhecido como homem pelo direito e é por isso que integram a sua condição. Ressalte-se que a extensão dessas exigências foram objeto de várias normas de Direito Internacional e ainda pautam novas normas, que têm na sua substância a questão do *direito legítimo*, pois volta-se para a dignidade que deve ser conferida ao Homem, visto como centro e destinatário do próprio direito.

Referências

ALVES, Sílvia, "A pena de morte no pensamento setecentista" in *História do Direito e do Pensamento Jurídico em Perspectiva*. Cláudio Brandão; Ricardo Freitas; Nelson Saldanha (coords.). São Paulo: Editora Atlas, 2012.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, Rio de Janeiro: Elsevier, 10^a reimpressão, 2004.

BODIN, Jean. *Six livres de la republique*, Paris: Jacques du Puys, 1576.

83 LOHMANN, Georg. Zur Verständigung über die Universalität der Menschenrechte: Eine Einführung. *Gelten Menschenrechte universal? Begründungen und Infragestellungen* (Günter Nooke; Georg Lohmann; Georg Wahlers, coord.) Freiburg: Herder, 2008, p.47.

BRANDÃO, Claudio. Introdução às ideias jurídicas da modernidade. *História do Direito e do Pensamento Jurídico em Perspectiva*. Cláudio Brandão; Ricardo Freitas; Nelson Saldanha (coords.). São Paulo:Atlas, 2012.

BRITO, Alejandro Guzmán. *Mos italicus y mos gallicus*. *Revista de derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*. V.2. Valparaíso: Pontificia Universidad Católica. 1978.

CABRAL DE MONCADA, Luís. *Filosofia do Direito e do Estado*, Volume I: Parte Histórica, reimpressão da 2ª edição de 1955, Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio. “La polémica Burke-Paine” in PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio (et.al), *Historia de los Derechos Fundamentales*, Tomo II, Volume II, Madrid: Dykinson, 2010.

FILMER, Robert. *Patriarcha or the natural power of kings*, Londres: Robert Chiswell, 1680.

FREITAS DO AMARAL, Diogo. “Nota sobre o conceito de propriedade em Locke” in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, I Volume, Coimbra: Almeida, 2002.

GOYARD-FABRE, Simone. *Les embarras philosophiques du Droit Naturel*, Paris: Librairie Philosophique J. Vrin, 2002.

GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*, São Paulo: Martins Fontes, 2002.

KAUFMANN, Arthur. *La Filosofía del Derecho en la Posmodernidad*, 3ª edição, Bogotá: Editorial Temis, 2007.

LEVAGGI, Abelardo. *Manual de historia del derecho argentino*. Buenos Aires: Depalma, 1991.

LOCKE, John. *Two Treatises of Government*, Londres: A. Millar et al., 1764

LOHMANN, Georg. Zur Verständigung über die Universalität der Menschenrechte: Eine Einführung. *Gelten Menschenrechte universal? Begründungen und Infragestellungen* (Günter Nooke; Georg Lohmann; Georg Wahlers, coord.) Freiburg: Herder, 2008.

MARX, Karl. *Para a Questão Judaica*, Lisboa: Editorial Avante, 1997

MEDER, Stephan. *Rechtsgeschichte: eine Einführung*. Köln:Böhlau, 2008.

MELLO FREIRE, Pascoal. *Notas ao Plano do Novo Código de Direito Público de Portugal*, Coimbra: Imprensa da Universidade, 1844.

PAINE, Thomas. *Common Sense*, Filadélfia: R. Bell, 1776.

PAINE, Thomas. *Dissertation on First Principles of Government*, Londres: Daniel Isaac Eaton, 1795

PAINE, Thomas. *Droits de l'Homme*, Parte Segunda, Paris: Buisson, 1792.

RIDDER-SYMOENS, Hilde de (editor.). *A History of the University in Europe: Universities in the Middle Ages*. Cambridge: Cambridge University press, 1992.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Amesterdão: Marc Michel Rey, 1755.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Du Contrat Social*, Amesterdão: Marc Michel Rey, 1762.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Jean Jacques Rousseau, Citoyen de Genève, a Christophe de Beaumont*, Amesterdão: Marc Michel Rey, 1763.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Rousseau, Juge de Jean-Jacques*. Dialogues, Tomo II, Londres: 1782,

SALDANHA, Nelson. *Historiografia da constituição e os direitos fundamentais. Direitos humanos e fundamentais em perspectiva.* (Cláudio Brandão, org.), São Paulo:Atlas, 2014.

TRUYOL Y SERRA, António. *História da Filosofia do Direito e do Estado*, Volume II: Do Renascimento a Kant, Lisboa: Instituto de Novas Profissões, 1990.

VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno.* São Paulo:Martins Fontes, 2009.

VILLEY, Michel. *Le droit et les droits de l'homme*, Paris: PUF, 2008.

Recebido em 09/05/2016.

Aprovado em 05/09/2016.

Sílvia Alves

Faculdade de Direito Universidade de Lisboa
Cidade Universitária.
1649-014 Lisboa, Portugal
E-mail: silviaalves@fd.ulisboa.pt

Cláudio Brandão

Faculdade Damas
Av. Rui Barbosa, 1426
52050-000 Recife, PE
E-mail: brandaoclaudio@hotmail.com

