

FILOSOFIA PENAL DE THOMAS HOBBS

THE PHILOSOPHY CRIMINAL OF THOMAS HOBBS

*Sílvia Alves*¹

Resumo: Este artigo tem como objetivo descrever os elementos essenciais da filosofia penal de Thomas Hobbes, as suas implicações políticas e no plano da teoria do direito, destacando a sua originalidade e o seu carácter precursor.

Palavras-chave: Thomas Hobbes; filosofia penal; “ius puniendi”; princípio da legalidade; poder discricionário dos juízes.

Abstract: This article aims to describe the essential elements of the penal philosophy of Thomas Hobbes, its political implications and regarding the theory of law, emphasizing its originality and its precursor character.

Keywords: Thomas Hobbes; penal philosophy; “ius puniendi”; principle of legality; judicial discretion.

Sumário: 1. O fundamento do “ius puniendi” ou o “último lobo” 2. Os fins das penas 3. A lei penal 3.1. A lei, a autoridade e a justiça 3.2. A lei, o direito e a

1 Professora na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa desde 2009.
E-mail: silviaalves@fd.ulisboa.pt.br

liberdade 3.3. As leis penais e os erros do soberano
3.4. O princípio da legalidade 4. Os juízes, quando o
“trunfo é paus” ... 5. O inimigo 6. O dever de obedecer
e a liberdade de resistir.

“Fortuna do sistema de Hobbes. – A teoria do direito de Hobbes traz consigo uma Revolução. Enquanto o seu programa político, favorável ao absolutismo, não encontrou poucos adversários no círculo dos ‘filósofos’ modernos, o esquema central do sistema, a crítica a Aristóteles, a negação da ‘natureza política’ do homem, a artificialidade do direito, a sua redução ao texto da lei – e também a libertação da tradição clerical – viriam a ter uma tal fortuna que ainda carregamos o seu peso.” (VILLEY, 2006: p.110)

Os traços de personalidade atribuídos a Hobbes (1588-1679) são já bem reveladores das ambiguidades e equívocos da sua obra e das interpretações muito divergentes que esta tem proporcionado. No homem que dizia de si próprio ter o medo como irmão gémeo, a audácia intelectual contrastava com o pânico físico (TRUYOL Y SERRA, 2007: p.218). Diderot (1713-1784), que dedicou um artigo da “Enciclopédia” ao “hobbismo”, prestou tributo à profícua originalidade do seu pensamento, reconhecendo que mesmo os seus erros serviram mais o progresso do espírito humano do que uma multidão de obras cheias de verdades comuns (1765: p.240). A doutrina penal de Hobbes desenvolve-se sobre o pano de fundo da sua “ciência” política, de que reclama a “fundação” na Epístola Dedicatória dos “Elementos do Direito Natural e Político” (pp.5 e 6), e da sua teoria jurídica que concebe o direito como uma produção do Estado, liberta dos constrangimentos de uma lei superior. Com efeito, o jusracionalismo hobbesiano apresenta-nos uma lei natural imutável que na realidade não considera verdadeiro direito porque, no estado de natureza, não há garantia do acatamento dos seus

princípios racionais de conduta. Os preceitos da lei natural têm um carácter meramente moral e não jurídico; eles “não são propriamente leis, mas qualidades que predisõem os homens para a paz e a obediência” (Leviatã, XXVI, p.219). Desaparece assim o principal impacto do direito supra-positivo: a limitação do poder político e do seu direito. Nem Hobbes concebe a relação entre o direito positivo e a lei natural de modo potencialmente antagónico, contrariando a tradição: “a lei civil e a lei natural não são diferentes espécies, mas diferentes partes da lei, uma das quais é escrita e chama-se civil, e a outra não é escrita e chama-se natural” (Leviatã, XXVI, p.219). A lei natural pode predispor os homens à obediência mas é a lei civil que transforma os seus preceitos em verdadeiro direito e garante a sua observância. Desvalorizando o conteúdo do direito, Hobbes converte-se em fundador (VILLEY, 2005: p.674) e defensor acabado do positivismo jurídico e, mais exatamente, de um positivismo legalista.

O direito tem a sua origem no Estado - “em todos os Estados o legislador é unicamente o soberano” (Leviatã, XXVI, p.218) - e é a pura expressão da sua vontade. Nada é justo ou injusto em si mesmo mas uma criação artificial dessa vontade. De forma surpreendente no contexto do ordenamento jurídico coevo, inevitavelmente pluralista, Hobbes mantém com inteira coerência a identificação do direito com a lei, através de uma apresentação inovadora do quadro das fontes do direito. A doutrina e a jurisprudência são pura e simplesmente laminadas. O horror à variação das opiniões e à incerteza, tópico que seria tão benquisto ao pensamento setecentista, profetiza a identificação final do direito com o Estado. A lei do soberano desconhece ou elimina as contradições mas os prudentes “que estudam e observam com igual diligência e durante tempo igual são e sempre serão discor-

dantes” (Leviatã, XXVI, p.221). Em relação aos precedentes, não deixa espaço para dúvidas: todo o “juiz subordinado” pode errar e, “se posteriormente, em outro caso semelhante, considerar mais compatível com a equidade proferir uma sentença contrária, tem obrigação de fazê-lo”. O “erro de um homem nunca se torna a sua própria lei, nem o obriga a nele persistir” (Leviatã, XXVI, p.225). O costume, cuja força à época era inegável, é reconduzido à vontade (tácita) do soberano: “não é a grande duração que lhe dá autoridade, mas a vontade do soberano expressa pelo seu silêncio (pois às vezes o silêncio é um argumento de aquiescência), e só continua sendo lei enquanto o soberano mantiver esse silêncio” (Leviatã, XXVI, p.218). A doutrina penal de Hobbes é edificada para o Estado e através do seu direito.

1 O fundamento do “ius puniendi” ou o “último lobo”

a. “Qual é em cada caso a porta por onde entra o direito de punir?": Hobbes responde à sua pergunta configurando o direito de punir como um direito próprio do soberano, não sendo portanto transferido pelos indivíduos através do pacto social (Leviatã, XXVIII, p.247). Este é inquestionavelmente o entendimento que maior apoio encontra na letra dos seus textos, não faltando contudo quem tenha encontrado uma “fundação normativa” para o “ius puniendi”, seja através de uma “autorização” para punir os outros ou, numa posição assumidamente minoritária, de uma “autorização” para punir a si próprio (SCHROCK, 1991: p.859; YATES, 2012: p.153).

o direito de punir que pertence ao Estado (isto é, àquele ou àqueles que o representam) não tem o seu fundamento em qualquer concessão ou dádiva dos súbditos (...) não foram os súbditos que deram ao soberano esse direito. (Leviatã, XXVIII, p.247)

Apesar de não resultar de qualquer concessão ou “dádiva”, o fundamento do direito de punir é ainda de certo modo contratualístico. Ele radica no direito a tudo e no direito a fazer tudo aquilo que seja necessário à auto-conservação, que apenas o soberano preserva. Existe por isso já no estado de natureza e, não sendo uma criação do estado social, é transmutado pelo pacto ganhando uma natureza artificial. Semelhante metamorfose verifica-se aliás também em relação ao direito de fazer leis, puramente artificial. Afinal, o grande Leviatã, o Estado, a Cidade, a “Civitas” não é senão um “homem artificial”; a soberania é uma “*alma* artificial”; e a justiça e as leis, “uma *razão* e uma *vontade* artificiais” (Leviatã, Introdução, p.23). O “*ius puniendi*” exerce-se através da lei (civil) e sistematicamente Hobbes trata de apartar a punição dos actos de hostilidade. Pufendorf (1632-1694) assinala esta impossibilidade de exacta sobreposição entre o direito natural a tudo fazer para garantir a auto-preservação e o direito de punir ao criticar a opinião de Hobbes: estes direitos seriam diferentes, uma vez que o segundo se exerce sobre os súbditos, condição que não existe no estado de natureza. Também Pufendorf considera que o filósofo de Malmesbury recusa fundar o direito de punir no consentimento (1706: p.240).

Mas também já mostrei que, antes da instituição do Estado, cada um tinha direito a todas as coisas, e a fazer tudo o que considerasse necessário para a sua própria preservação, podendo com esse fim subjugar, ferir ou matar a qualquer um. E é este o fundamento daquele direito de punir que é exercido por todos os Estados. (Leviatã, XXVIII, p.247)

Uma vez que esse direito a tudo fazer subsiste somente no soberano, não é uma transmissão mas uma deserção que explica o direito de punir no estado social. Ou um “vacuum” de poder (YATES, 2012: p.118). O soberano é o “último lobo” (BLOCH, 2011: p.156), o único que conserva intacto o

direito de lobo a tudo e a tudo fazer – “ele não lhe foi dado, foi-lhe deixado” (Leviatã, XXVIII, p.247). A passagem ao estado social ocasiona assim uma mudança fundamental: com a sua renúncia, os homens reforçam dramaticamente a posição do soberano. É precisamente essa abdicação que faz desaparecer a igualdade originária e os coloca em segurança. Porque a igualdade natural não permite que qualquer um possa reclamar uma vantagem a que outro não possa aspirar (Leviatã, XIII, p.109). Não obstante as diferenças entre os homens, ninguém está em condições de não temer sequer o mais fraco. Herbert Hart (1907-1992) não deixaria de assinalar esta “igualdade aproximada” entre os homens ao desenhar o “conteúdo mínimo” do direito natural (2007: pp.211 e 212).

Porque não foram os súbditos que deram ao soberano esse direito; simplesmente, ao renunciarem ao seu, reforçaram o uso que ele pode fazer do seu próprio, da maneira que achar melhor, para a preservação de todos eles. (Leviatã, XXVIII, p.247)

O “*ius puniendi*”, se bem que juridicamente transformado pela alquimia do contrato social, permanece como um resíduo do estado de natureza e da própria guerra. Como foi observado, uma funda contradição pode ser apontada: ou bem que a retenção do poder que se transforma em direito de punir é implícita ou tacitamente aprovada pelos homens, ou bem que, não havendo consentimento, como formalmente reclama Hobbes, toda a punição é uma regressão ao estado de natureza. A principal função do Estado é a protecção dos homens mas também uma “arma de guerra”. Ele é, afinal, um “agente duplo” (NORRIE, 1984: p.308). Não obstante, a deserção que o deixa tão poderoso tem ainda subjacente, em parte, um fundamento jurídico através da autorização de punir os outros. O próprio Hobbes, ao elencar os direitos dos soberanos afirma que lhes é “confiado” o direito de punir

(Leviatã, XVIII, p.153). Punir é simultaneamente direito e facto ou acto de violência (RISTROPH, 2009: p.613).

b. O contrato social implica para os indivíduos a renúncia ao direito de defender os outros e a obrigação de ajudar o soberano a puni-los. Não supõe todavia a renúncia ao direito de se defenderem. Conservam deste modo o direito a resistir à violência.

ninguém é considerado obrigado pelo pacto a abster-se de resistir à violência (...) cada um renuncia ao direito de defender os outros, mas não de se defender a si próprio. (Leviatã, XXVIII, p.247)

Cada homem obriga-se a ajudar o soberano na punição dos restantes mas não na sua própria. Com efeito, ninguém tem o direito de se punir. Não sendo titulares de semelhante direito, os indivíduos nunca poderiam operar a sua transmissão.

prometer ajudar o soberano a causar dano a outrem só poderia equivaler a dar-lhe o direito de punir se aquele que assim promete tivesse ele próprio um tal direito. (Leviatã, XXVIII, p.247)

Qual o sentido e as consequências da conservação do direito de resistir à violência e portanto à punição do Estado? O direito a defender-se parece anulado pelo direito do soberano a tudo fazer e a receber o apoio dos restantes. É o mero e total desequilíbrio entre a posição do Estado e dos indivíduos que viabiliza o poder efectivo de punir (os outros). Trata-se de um poder exclusivo e quase ilimitado: “tão completo (com excepção dos limites estabelecidos pela lei natural) como na condição de simples natureza, ou de guerra de cada um contra o seu próximo” (Leviatã, XXVIII, p.248).

Uma dificuldade contudo se levanta: se o direito a resistir à violência permanece nos indivíduos e se a punição resulta de uma impossibilidade meramente fáctica de efec-

tivar essa resistência, o estado social é ainda no que respeita à punição dos crimes um estado de guerra que não eclode simplesmente porque a posição dos contendores é muito desigual. O súbdito é punido como o exército que se rende e submete perante a visão das forças avassaladoramente superiores do inimigo. O direito de punir e o direito de resistir à violência igualam juridicamente a posição do Estado e do condenado e é o desequilíbrio total entre as forças que se concentram no poder de castigar (os outros), recebido e contando com a colaboração de todos, e o direito de resistir à violência que preside à administração da justiça penal. A punição representa o embate entre dois mortais com direitos idênticos (RISTROPH, 2009: p.615). Neste duelo entre o súbdito e o soberano parece gorar-se o esforço de Hobbes para apartar a punição da guerra e as penas dos actos de hostilidade.

2 Os fins das penas

a. A modernidade de Hobbes evidencia-se quando anuncia o preventismo e o utilitarismo que dominariam o pensamento jus-penalístico a partir da segunda metade do século XVIII (CATTANEO, 1965: p.289; TZITZIS, 1984: p.303). Embora não falte quem tenha visto na sua obra o simultâneo e contraditório esboçar do moderno retributivismo e do utilitarismo e, por consequência, a centralidade do seu pensamento no posterior desenvolvimento da filosofia da punição (NORRIE, 1984: pp.319 e 320). Numa leitura pelo menos mais literal, Hobbes desinteressa-se da retribuição e portanto do passado, a que se associa aliás a memória do estado selvagem e brutal (TZITZIS, 1984: p.297). A “vingança é vingança contra o tempo” (ZAFFARONI, 2007: p.48) mas Hobbes entende que a lei natural impõe às penas uma fina-

lidade prospectiva ou um “bem futuro” (Leviatã, XXVIII, p.251).

Um dos preceitos da lei da natureza expressamente enunciados determina que na vingança - ou retribuição do mal com o mal - não se olhe ao mal passado mas ao bem futuro: a correção do ofensor e o exemplo para os outros (Leviatã, XV, p.131; XXX, p.274; Do Cidadão, III, XI, p.67; Elementos, II, I, III, 10, pp.117 e 118). As penas destinam-se a “predispôr o delinquente, ou outros homens, através do exemplo, à obediência às leis” (Leviatã, XXVIII, p.248). Não são compreendidas, no que têm de essencial, como uma exigência da justiça, cuja balança se reequilibraria, de acordo com a imagem tradicional. A vítima é esquecida. Ou até a própria sociedade, enquanto ofendida. Todas as punições são ditadas em função do “benefício do Estado”, ou seja, “para que a vontade dos homens seja conformada à observância da lei” (Leviatã, XXVIII, p.251). O sistema penal integra a disciplina da obediência.

Se, por um lado, esta perspectiva concorre perigosamente para um transpersonalismo político que ameaça olhar os homens como mero instrumento do poder, por outro lado, é inquestionável que Hobbes não deixa de ter presente a preocupação com os limites da actuação do detentor do “ius puniendi” e, uma vez mais, com a segurança dos súbditos. Com efeito, a finalidade primordial das penas identifica-se de tal forma com a sua essência que o desvio à sua realização acarreta como consequência a desconsideração de outros castigos como verdadeira pena e a sua classificação como acto de guerra - “sem tal finalidade nenhum dano merece receber esse nome” (Leviatã, XXVIII, p.248). Ou seja, o utilitarismo preventivista desenha a fronteira do próprio poder. Os males inúteis ou desnecessários que são impostos aos homens representam a guerra. As penas integram o mundo da paz e do direito.

b. Para Hobbes, a prevenção cumpre-se através do medo. Não se afasta aqui da perspectiva tradicional. O direito penal do “antigo regime” atribuía às penas uma finalidade essencialmente retributiva mas não desconhecia a prevenção especial, (através da emenda ou correcção de matriz religiosa) e, sobretudo, a prevenção geral. Mesmo com o reformismo humanitarista, o “salutar terror” das penas (BECCARIA, 1998, p.120; ALVES, 2014: pp.33 e 34) conservaria a sua vocação: manter os homens numa conduta “pacífica e virtuosa” (Elementos, II, I, V, 11, p.133).

a finalidade da punição não é a vingança, mas o terror. (Leviatã, XXVIII, p.248)

O medo é a paixão que menos faz os homens tenderem à prática de crimes. O seu potencial político reside portanto no facto de ser o motor do cumprimento das leis e a razão da sua eficácia. Sempre escassamente optimista, Hobbes declara: “exceptuando algumas naturezas generosas, é a única coisa que leva os homens a respeitá-las (quando a violação das leis não parece poder dar lucro ou prazer)” (Leviatã, XXVIII, p.238). Como um relojoeiro, o legislador deve ter um conhecimento preciso dos mecanismos da natureza humana. Paradoxalmente, o medo da pena, instilado em alguns, deveria garantir a tranquilidade dos restantes (TZITZIS, 1984: p.297). O sistema penal não é em grande parte dirigido aos criminosos e aos potenciais prevaricadores mas a todos os outros.

c. A obediência, que integra a observância das leis, é correlativa da protecção. O poder é instituído para garantir segurança e esta é providenciada enquanto existir obediência.

todo o poder soberano originalmente é dado pelo consentimento de cada um dos súbditos, a fim de que por ele sejam protegidos, enquanto se mantiverem obedientes. (Leviatã, XXVIII, p.251)

Enquanto uma “paz constante” entre as nações não pode ser alcançada porque não existe um super-Leviatã ou um poder comum (“common power”) neste mundo para punir as suas injustiças, uma paz interior (“peace at home”) durável pode ser alcançada se as pessoas (“common people”) estiverem convencidas das vantagens da obediência e dos males que lhes podem advir da adesão aos que as enganam com promessas de reforma ou de mudança do governo (Diálogo, p.8). Para realizar esta paz durável mas precária e interesseira (utilitarismo), Hobbes não espera um individual cálculo de vantagens e desvantagens mas antes que o clero assuma esta particular incumbência: a educação para a obediência.

A paz não constitui portanto uma pura consequência do contrato social mas uma conquista permanente resultante do interesse e da ameaça. Não é olhada de modo estático mas dinâmico, como constante problema político. A obediência e a segurança são assim as duas peças essenciais do grande contrato social sinalagmático: o poder oferece segurança e recebe obediência; os súbditos dão obediência e recebem protecção. As penas são o garante da paz e um instrumento de controlo social. A segurança de todos e o cimento do poder.

3 A lei Penal

3.1 A lei, a autoridade e a justiça

a. O conceito hobbesiano de lei é essencialmente voluntarista e relativista. A lei é uma manifestação de vontade do soberano, uma ordem ou comando (Do Cidadão, XIV,

I, p.168). Daí que seja apartada do mero conselho (Leviatã, p.217). Mais exactamente, é definida como um comando daquele ou daqueles que detêm o poder soberano, dirigido àquele ou àqueles que são os súbditos, declarando pública e claramente aquilo que podem fazer ou de que devem abster-se (Diálogo, p.26). De modo exaustivo, Hobbes esclarece qualquer dúvida quanto ao entendimento de que a lei constitui uma produção exclusiva do soberano: “ninguém pode fazer leis a não ser o Estado”; “o Estado é o único legislador” (Leviatã, p.218). O voluntarismo acarreta como consequência uma desassomburada indiferença quanto ao conteúdo da lei (relativismo) que constitui a marca d’água do positivismo. Não é a sabedoria ou a verdade mas a autoridade que faz a lei (Diálogo, p.5).

Esta total entrega do direito ao Estado, pura obra humana liberta dos condicionamentos políticos de uma lei superior a que se deveria conformar, não é contudo gratuita ou sem limites. A lei permanece como uma peça essencial do equilíbrio no jogo político porque é o instrumento ou o meio necessário para assegurar a paz e o bem-estar do homem no mundo presente (Diálogo, p.9). O fim de toda a lei humana é a paz e a justiça entre os homens de cada nação e a defesa contra os inimigos estrangeiros (Diálogo, p.8). Hobbes reconhece a visão tradicional do poder político como poder-dever ou poder funcional, dissociando o titular daquele que beneficia do seu exercício, o povo - “Deus fez os reis para o povo e não o povo para os reis” (Diálogo, p.13). Se bem que seja o soberano que vai ajuizar o que é melhor para o seu povo; se bem que o soberano responda somente perante Deus todo-poderoso (Diálogo, p.14). O medo de Deus é por isso o único freio dos reis de Inglaterra (Diálogo, p.32).

b. Hobbes afasta o conceito aristotélico de lei que a reconduz ao produto de um pacto (“covenant”) ou do consentimento (“common consent”). Semelhante concepção não se aplicaria, em primeiro lugar, à lei divina e à lei natural. Se assim fosse, essas leis seriam abrogáveis e alteráveis pela via consensual, hipótese que é afastada pela sua natureza imutável. A ideia de pacto não se aplica também à lei civil porque o fundamento da obrigatoriedade daquele é a promessa. O contrato é uma promessa que se pode expressar através da fórmula “eu farei isto” (“I will do this”); ao invés, a lei é um comando que impõe “faz isto” (“Do this”). Enquanto o contrato obriga em si mesmo, a lei “ata o súbdito à sua obrigação” (“Contracts oblige us, Laws tie us fast, being obliged”). Ata ou amarra, ou seja, força-o ao cumprimento através da ameaça do uso da força ou do medo da pena. Através dos contratos, somos obrigados; através da lei, estamos amarrados à nossa obrigação. Nesta passagem, que Hobbes sentiu necessidade de aclarar em nota, aproxima, quanto à lei, a causa do acatamento e o fundamento da obrigatoriedade, como se o contrato obrigasse pela promessa e a lei pela ameaça da força ou coercibilidade, quando esta na realidade garante a sua eficácia.

A lei prende-o à sua obrigação, ou seja, compele-o a cumprir a sua promessa, por medo da punição estabelecida na lei [“Law tyes him being obliged, that is to say, it compells him to make good his promise, for fear of the punishment appointed by the Law.”] (Do Cidadão, XIV, II, p.170)

Não obstante, Hobbes refere-se também ao pacto geral de obediência (ao poder e às suas leis) através do qual o súbdito está obrigado, antes ainda de saber quais serão as suas obrigações. E, de facto, a lei em sentido próprio existe somente com o poder soberano (“Supreme Power”). A coercibilidade é a amarra que prende o súbdito à lei. A ordem

que a lei encerra é acatada em virtude da ameaça, porque o súbdito é compelido pelo medo da pena. As leis em sentido próprio são “vivas e armadas” (Diálogo, p.10). É a força e não a justiça dos seus preceitos que lhe garantem eficácia: não é o que a lei diz (“the word of the law”) mas o poder de um homem que tem a força da nação que torna as leis eficazes (“effectual”). A lei emerge da vontade, obriga em virtude de um pacto geral de obediência - “universal Contract of yeelding obedience” (Do Cidadão, XIV, II, p.169) - e impõe-se pela força.

c. Hobbes inverte a ancestral relação entre a justiça e a lei. As naturais controvérsias a propósito do “meu e do teu, do justo e do injusto, do bom e do mau” (“meum and tuum, right and wrong, good and bad”) são superadas através da lei civil que determina o “estalão” (“common measure”) a seguir (Elementos, II, II, I, 10, p.148; II, II, X, 8, p.235).

A conformidade entre a lei natural - paradigma do direito justo - e a lei civil decorre do específico preceito da lei natural que impõe o respeito pela palavra dada. Através do pacto social, os súbditos ficaram obrigados a obedecer ao soberano e às suas leis. Antes mesmo da sua promulgação e de conhecerem as suas determinações (Do Cidadão, X, pp.173 e 174). A possibilidade de contradição entre razão e lei escrita é afastada “porque nada é mais razoável para o homem do que obedecer à lei à qual ele mesmo deu o seu assentimento”. Não é o problema da conformidade entre o conteúdo de uma lei escrita e o conteúdo da lei natural que realmente interessa a Hobbes. O seu desiderato é antes evidenciar que a lei natural impõe a obediência à lei civil. E que à lei civil subjaz o assentimento dos indivíduos (Diálogo, p.64).

O pacto social permite tornar claro que o legislador e o dever de obediência são anteriores às leis. E que as leis são

anteriores à justiça e à injustiça (Diálogo, p.29). Por outras palavras, a prioridade da lei significa que é esta a determinar o que é justo (justiça humana). O que é uma boa lei, pergunta-se no *Leviatã*: “por boa lei entendo apenas uma lei justa, pois nenhuma lei pode ser injusta” (XXX, pp.272 e 273). Não há nada que seja considerado injusto e que não seja contrário a alguma lei: “onde não há poder comum não há lei, e onde não há lei não há injustiça” (*Leviatã*, XIII, p.113). Não é uma prévia ideia de justiça que condiciona o conteúdo da lei mas o conteúdo da lei que permite distinguir o justo do injusto. Através da lei civil, o soberano transmite aos súbditos as regras que serão usadas como critério de distinção entre o bem e o mal (*Leviatã*, XXVI, p.217).

as leis são as regras do justo e do injusto. (*Leviatã*, XXVI, p.218)

Como observaria John Austin (1790-1859), a justiça e a injustiça passam a ter um significado variado e relativo e a lei civil será o critério e si própria: nenhuma lei positiva é (juridicamente) injusta.

Nos seus magistrais tratados políticos, Hobbes afirmou que ‘nenhuma lei pode ser injusta’, afirmação que muitos consideraram um paradoxo imoral e perigoso. Contudo, se se tem em conta a finalidade dos tratados em que aparece, ou também as passagens que a seguem imediatamente, dar-nos-emos conta de que a afirmação nem é paradoxal nem perigosa, mas simplesmente uma evidência formulada de forma imprudente. Obviamente, o seu significado é este: ‘nenhuma lei positiva pode ser juridicamente injusta’. E a afirmação tão censurada, entendida deste modo, é uma verdade indiscutível. Porque o direito positivo constitui o cânone ou teste de toda a justiça ou injustiça jurídica e, portanto, se o direito positivo pudesse ser juridicamente injusto, poderia ser injusto enquanto medido ou confrontado consigo mesmo. (AUSTIN, 2000: pp.260 e 261)

Daqui se segue que uma acção justa é uma acção que não contraria a lei (Diálogo, p.29). E os crimes são uma cria-

ção do direito legislado. Por isso, explica Hobbes, apesar de a lei natural proibir o roubo e o adultério, se a lei civil ordenar de alguma sorte as condutas proibidas, elas deixarão de ser consideradas crimes (Do Cidadão, X, p.174). A relação entre a lei natural e a lei civil não é pensada na perspectiva de um potencial conflito e portanto com a preocupação de resolver as questões teóricas (validade) e práticas (acatamento) decorrentes da eventual desconformidade. Entre ambas existe continuidade, “contêm-se uma à outra e são de idêntica extensão”. O Estado, como o Rei Midas, opera a alquimia que transforma as leis naturais em verdadeiras leis, garantindo a sua observância (coercibilidade). O filósofo considera pertinente examinar as leis, ou seja, aquilo que comandam e aquilo que proíbem mas não levantar o problema da sua justiça (Diálogo, p.146: “not dispute of their justice”). A justiça e a lei natural não servem o propósito político de abrir o problema do direito de resistência mas, ao invés, o de exigir o cumprimento da lei positiva.

3.2 A lei, o direito e a liberdade

a. Hobbes discorda da comum identificação do direito com a lei: “penso que as expressões *lex civilis* e *jus civile*, quer dizer, lei e direito civil, são usadas promiscuamente para designar a mesma coisa, mesmo entre os mais doutos autores, e não deveria ser assim” (Leviatã, XXVI, p.232). As leis restringem a liberdade natural. Em primeiro lugar, a lei divina e a lei natural e, depois, a lei civil. À partida, a lei é pois inimiga da liberdade. Com efeito, a lei civil tem que estar em conformidade com as leis supra-positivas; não pode permitir o que estas proíbem nem proibir o que permitem. Mas as leis civis – subalternas e inferiores - podem alargar o âmbito das restrições definidas pelas leis superiores. O

direito é a liberdade natural que as leis deixaram. Lei e direito (“law and right”; “lex and jus”) são pois para Hobbes conceitos antagônicos como obrigação e liberdade (Leviatã, XIV, p.115; Elementos, II, II, X, 5, p.233). As leis são grilhões e o direito, a liberdade.

Porque direito é liberdade, nomeadamente a liberdade que a lei civil nos permite, e a lei civil é uma obrigação que nos priva da liberdade que a lei de natureza nos deu. A natureza deu a cada homem o direito de se proteger com a sua própria força, e o de invadir um vizinho suspeito a título preventivo, e a lei civil tira essa liberdade, em todos os casos em que a protecção da lei pode ser imposta de modo seguro. Nessa medida, *lex e jus* são diferentes como obrigação e liberdade. (Leviatã, XXVI, p.232)

Porque a lei é o grilhão, o direito é a liberdade, e diferem como contrários” (Do Cidadão, XIV, III, p.170)

O “meu direito” é a liberdade que me foi deixada de fazer aquilo que a lei não me proíbe e de não fazer tudo aquilo que ela não me ordena (Diálogo, p.30). As liberdades dependem do silêncio da lei (Leviatã, XXI, p.181). A privação da liberdade operada pelas leis civis - e, com ela, o poder de definir e punir os crimes (“ius puniendi”) - é o preço da segurança e da paz social.

b. A lei civil encerra “duas partes”, correspondentes às duas funções do legislador, “julgar” (“to judge”) e obrigar ou “constranger” (“to constrain”): a distributiva e a vindicativa ou penal (Do Cidadão, XIV, VI, p.172; Leviatã, XXVI, 7, pp.229 e 230). E sublinha Hobbes: não estão em causa duas espécies de leis mas duas partes da mesma lei (Do Cidadão, XIV, VII, p.172). A primeira atribui a cada um o seu direito (“propter right”; “the rights of the subjects”), determina aquilo que pertence a cada um, ou seja, a propriedade (“o meu e o teu”) e aquilo que é lícito e ilícito fazer ou omitir. A

segunda estabelece as penas a aplicar aos que violam as leis. Sem a ameaça de punições, a “boa ordem” seria inútil ou vã. A lei penal encerra deste modo dois comandos, endereçados a destinatários diferentes. O primeiro, distributivo e proibitório, proíbe a ofensa e dirige-se a todos os súbditos. O segundo é um comando particular, designado como vindicativo, que estabelece penas para aquele viola a proibição e dirige-se aos juízes e, em geral, aos ministros e oficiais responsáveis pela execução da lei (“is mandatory, and only speaks to public ministers”; “public ministers appointed to see the penalty executed”). Esta ordem não se dirige ao delinquente uma vez que não se pode esperar que este fielmente se castigue a si próprio (Leviatã, XXVI, 7, p.230; Elementos, II, II, X, 6, p.234).

c. O cotejo interpretativo da lei penal que a cinde em dois comandos, com distintos destinatários, permite a Hobbes afastar o entendimento da pena como o “preço” do crime (Do Cidadão, XIV, XXIII, pp.181 e 182). Ou uma permissão para fazer mal. Uma remissão ou expiação do pecado. Um resgate da liberdade natural. Como se a lei verdadeiramente não proibisse o comportamento mas propusesse uma “licença” para delinquir. A proibição assumiria um carácter condicional - não farás mal, a não ser que sofras a punição - e seria dirigida somente àqueles que se subtraíssem ao castigo. Na interpretação hobbesiana, susceptível de favorecer uma visão moralista do direito penal (TZITZIS, 1996: p.19), a parte proibitiva da lei proíbe absolutamente e a parte vindicativa não se encontra na disponibilidade do delinquente porque se dirige ao magistrado.

3.3 As leis penais e os erros do soberano

a. O monopólio do “*ius puniendi*” atribuído ao Leviatã não obsta a que Hobbes produza uma reflexão precursora sobre os erros do soberano, quer enquanto legislador, quer enquanto responsável pela administração da justiça penal. Em ambos os papéis, as mensagens equivocadas que o soberano dirige ao súbdito acarretam consequências.

Quanto às leis penais, as preocupações enunciadas encontram-se próximas da ciência da legislação setecentista. Hobbes critica as más leis e eleva-se à enunciação de conclusões gerais sobre a legiferação. Os problemas identificados são colocados a propósito da medida legal das punições. O preventismo revela também a sua operacionalidade no domínio da medida das penas, impondo uma medida exacta, para além da qual o soberano passa praticar actos de hostilidade e aquém da qual fixa um mero preço ao crime. Qualquer erro nesta complexa contabilidade utilitarista implica o abandono da justiça penal. Os castigos excessivos ou módicos não são verdadeiras penas. Se primeiros declaram guerra ao súbdito, os segundos não predis põem os homens à obediência. Se o mal infligido é menor que a vantagem almejada pelo crime – “é mais preço ou redenção” (Leviatã, XXVIII, p.248) – redundando num convite a delinquir. E a protecção da legalidade veda a hipótese de se corrigir a punição pela via judiciária. O legislador escolhe e decide não somente como um cuidadoso relojoeiro, que detém um conhecimento exacto da máquina de paixões que é o homem, mas também como um rigoroso contabilista que fixa a exacta medida das punições.

b. Os erros podem estender-se à administração da justiça penal. O soberano tem o dever de punir os crimes. Os exemplos de impunidade, sem dúvida o mais evidente

desses erros, enviam uma mensagem que Hobbes não aprova e de que retira consequências: eles alimentam a esperança de perdão e animam a criminalidade. O soberano “tem a sua parte” nas ofensas praticadas e não deve portanto atribuir a “culpa inteira” ao ofensor (Leviatã, XXVII, p.241).

Noutros casos, o soberano endereça mensagens contraditórias. Hobbes alude aos comportamentos que a lei condena expressamente mas que o legislador “tacitamente aprova, através de outros sinais manifestos da sua vontade”. Uma vez que a lei é a expressão da vontade do legislador, “temos nesse caso duas leis contraditórias”. Exemplifica com os duelos que, embora punidos pela lei, deixavam quem recusava o desafio sujeito ao desprezo comum, sendo até por vezes considerado pelo soberano indigno de desempenhar um cargo de comando na guerra. Hobbes abre uma pouca clara distinção entre a lei e o legislador, querendo provavelmente significar através da primeira uma vontade recta manifestada de forma abstracta e através do segundo uma vontade concreta que não se desprende do circunstancialismo factual. Não sem ironia, observa: “embora o nosso dever seja fazer, não o que eles fazem, mas o que eles dizem, este é um dever que só será seguido quando aprovar a Deus dar aos homens uma graça extraordinária e sobrenatural, para obedecer a esse preceito”. Mas o soberano tem o dever de não sancionar obliquamente o que directamente proíbe e “em parte é causa da transgressão” – “portanto não é razoável que atribua ao delinvente todo o crime”. Em semelhantes casos, o crime torna-se menor e “parte da culpa pode ser atribuída a quem castiga”. Não se deve aplicar um “castigo rigoroso” (Leviatã, XXVII, p.242).

Duas conclusões se retiram da reflexão de Hobbes. Em primeiro lugar, a lei penal pode ser a expressão da vontade do poder supremo mas essa vontade não é ilimitada ou ar-

bitrária. Deve ser politicamente conduzida porque produz consequências políticas e jurídicas que o responsabilizam. Em segundo lugar, os erros do soberano não caem sobre os súbditos. Mais do que defensor da monarquia absoluta, o filósofo é aqui novamente o irmão gêmeo do medo.

3.4 O princípio da legalidade

a. A legalidade penal hobbesiana é verdadeiramente clara, completa e precursora. Sobretudo se considerarmos que, durante a segunda metade do século XVIII, o humanitarismo tem ainda no combate ao arbítrio judiciário e na defesa da legalidade dois dos tópicos mais importantes do seu programa reformista. O crime é definido como uma acção contrária à lei e para a qual esta ordena uma pena (Diálogo, XIV, p.37), previamente estabelecida (Leviatã, XVIII, p.153). Se a legalidade representa a paz e a protecção da segurança do cidadão, o seu rompimento leva Hobbes a usar a linguagem da guerra.

i) “Nullum crimen sine lege”: “Um crime é um pecado que consiste em cometer (por feito ou por palavra) um acto que a lei proíbe, ou em omitir um acto que ela ordena.” (Leviatã, XXVII, p.233)

ii) “Nulla poena sine lege”: “Uma punição é um dano infligido pela autoridade pública, a quem fez ou omitiu o que pela mesma autoridade é considerado transgressão da lei, a fim de que assim a vontade dos homens fique mais disposta à obediência.” (Leviatã, XXVIII, p.247)

iii) “Nullum crimen, nulla poena sine lege praevia”: “os danos infligidos por um acto praticado antes de haver uma lei que o proibisse não são punições, mas actos de hostilidade. Porque antes da lei não há transgressão da lei” (Leviatã, XXVIII, p.249)

iv) “Nulla poena sine iudicium”: “os danos causados pela autoridade pública, sem condenação pública anterior, não devem ser classificados como punições, mas como actos hostis” (Leviatã, XXVIII, p.248)

Para Hobbes, a legalidade e a irretroactividade da lei penal configuram-se como a garantia da sua racionalidade. No “Diálogo entre um filósofo e um estudante da ‘common law’ de Inglaterra”, o filósofo confia na adequação dos castigos determinados e tornados públicos antes de o crime ser praticado. Em tais condições, poderíamos até conferir a um qualquer homem autoridade para definir as penas; seria a “recta razão” (“right reason”) a estabelecê-las. Logo, é manifestamente razoável que, por ter enfrentado as leis conhecidas (“the known laws”), o homem sofra os castigos conhecidos (Diálogo, p.122). O legista concorda, opondo-se também à punição sem lei anterior (“precedent law”); às leis arbitrárias; e, mais ainda, às penas arbitrárias (Diálogo, p.123).

b. A modernidade de Hobbes revela-se quando esboça como critério de determinação legal das penas a proporcionalidade entre o mal do crime e o mal da pena. O direito do “antigo regime” não desconhecia a ideia de proporcionalidade mas esta é com frequência usada pelo legislador como forma de encrespamento dos castigos, quando a criminalidade não cedia e se entendia que as penas legais não eram suficientes. A proporcionalidade das penas como geometria da moderação e critério de construção de um sistema calibrado de crimes e de penas irá transformar-se num dogma com o humanitarismo.

No Diálogo, a propósito da heresia, Hobbes comenta Edward Coke (1552-1634) e a condenação de Bartholomew Legat (c.1575-1612) à morte pelo fogo por arianismo. Considerando o filósofo que a pena pelo fogo havia sido abolida com a revogação das leis que a contemplavam, apela à lei da razão e à proporção entre o “mal que a doutrina faz e o mal que se deve infligir àquele que a divulga”. Essa proporção

deveria ser “medida por aquele que sozinho tem a incumbência de governar o povo”, ou seja, o rei e, no caso de o castigo tocar a vida ou os membros, o rei com o acordo do Parlamento (Diálogo, p.109).

c. A legalidade permanece intocável, mesmo quando a pena da lei se revela desadequada. Hobbes não admite a “correção” das punições através do juiz quando a lei encerra uma pena determinada. A definição do castigo politicamente correcto ou apto a realizar os seus fins constitui um estrito dever do legislador, a cumprir através de um direito previamente estabelecido. O poder soberano é responsável pela mensagem da lei e até pela criminalidade a que “convida” com penas insuficientes.

quando o castigo é previamente conhecido, e não é suficientemente grande para dissuadir da acção, ele constitui um convite a esta acção. (Leviatã, XXVII, p.235)

A expectativa na aplicação de um direito conhecido não pode ser frustrada e, por isso, a mensagem da lei não pode também ser enganosa. A segurança do súbdito sobrepõe-se ao interesse público de uma pena racional e útil.

Pois quando alguém compara o benefício tirado da sua injustiça com o prejuízo decorrente do castigo, escolhe por necessidade da natureza o que lhe parece melhor para si mesmo, e portanto quando sofre uma punição maior do que a prevista pela lei, ou maior do que outros sofreram pelo mesmo crime, foi a lei que o tentou e o enganou. (Leviatã, XXVII, p.235)

Ora, o direito penal do “antigo regime” vivia da complementaridade entre penas legais ou ordinárias e arbitrárias ou extraordinárias, alicerçada na faculdade reconhecida aos juízes de modificar ou modular as penas da lei (“*arbitrium judicis*”). Esta plasticidade permitia procurar a pena justa

para o caso concreto, actualizar o direito vigente ou até adequar as punições ao nível de criminalidade (ALVES, 2014: pp.773-789). Hobbes antecipa os reformistas de Setecentos e, de certo modo, a “ciência da legislação”, que colocou no direito legislado todas as expectativas de progresso jurídico, não somente quando circunscreve o domínio de actuação do arbítrio judiciário mas também quando entende que o legislador deve fazer boas leis; que estas leis podem ser responsáveis pelos crimes; e quando se revela consciente de que a lei constitui um poderoso instrumento político. Finalmente, a sua modernidade de travo que poderíamos considerar liberal revela-se na forma como realiza a segurança. O combate à criminalidade não surge como justificação para esquecer os direitos, como é típico dos autoritarismos. A preocupação a que Hobbes confere prioridade é a delimitação da fronteira de actuação do poder soberano.

d. Não obstante considerar que o mal imposto sem lei prévia não é pena mas um acto de guerra, encontramos em Hobbes a admissibilidade da pena sem lei e das penas arbitrárias. E não sem alguma contradição, pelo menos aparente, na medida em que define o crime precisamente através da cominação da sanção penal, libertando o Estado de qualquer conceito de crime em si mesmo. Crime é aquilo que o Estado diz que é crime. Não obstante, não deixa de prever: “quando a lei não determina pena alguma, qualquer uma que seja infligida tem a natureza de uma punição” (Leviatã, XXVIII, p.249). Deste modo, faz claudicar também a irretroactividade da lei penal.

quando a lei que proíbe o acto é feita antes de este ser praticado, quem praticou o acto está sujeito à pena estabelecida posteriormente, caso não seja conhecida anteriormente uma pena menor, por escrito ou pelo exemplo. (Leviatã, XXVII, p.235)

Hobbes remove a crítica previsível, considerando que a aplicação de uma pena arbitrária não perturba a segurança jurídica, uma vez que não existe quebra de qualquer expectativa quanto à aplicação de uma punição conhecida. Ao invés, entende que, se a legislação não determina pena alguma, o súbdito tem todas as razões para esperar uma pena arbitrária.

quem se arrisca a violar uma lei para a qual não está determinada uma pena espera uma punição indeterminada, quer dizer, uma pena arbitrária. (Leviatã, XXVIII, p.249)

Aliás, o agente não tem que conhecer a exacta punição determinada pela lei e, por isso, a ignorância da pena não constitui desculpa para ninguém. Porque quem pratica voluntariamente uma acção aceita todas as suas consequências. As “consequências conhecidas”. E conhecida é a inevitabilidade da punição porque a lei que não constitua um mero agregado de “palavras vãs” a implica necessariamente. A lei de nada valeria se pudesse ser impunemente violada (Do Cidadão, VIII, pp.172 e 173). Uma lei “sem o medo de uma pena não seria uma lei, mas palavras vãs” (Leviatã, XXVII, p.235). Em suma, o súbdito só poderá pensar que essas consequências são implicadas pela lei que incrimina. Conhecida não tem que ser a exacta e precisa pena. Se a punição se encontra determinada na lei, é essa a que se está submetido. Em caso contrário, o agente deve considerar-se sujeito a uma pena arbitrária.

a punição é uma consequência conhecida da violação das leis, em qualquer Estado. (Leviatã, XXVII, p.235)

O fundamento da aplicação de uma pena arbitrária na ausência de previsão legal reside para Hobbes numa reciprocidade da vontade. Como num espelho, a pena surge como reflexo do crime. O epicentro do crime e da pena, como do

direito em geral, encontra-se na vontade. O crime resulta de um comportamento voluntário. A pena resulta da vontade do soberano. Avesso à concepção da pena como vingança, faz neste domínio aparecer à superfície a ideia de retribuição ou de pena como resposta ao crime. Uma resposta de reequilíbrio.

Pois manda a razão que quem comete injúria, sem outra limitação a não ser a da sua própria vontade, sofra punição sem outra limitação a não ser a vontade daquele cuja lei foi violada. (Leviatã, XXVII, p.235)

A pena está assim invariavelmente incorporada na lei civil, seja de forma explícita ou implícita. Se a pena não se encontra definida por escrito ou através de algum exemplo, subentende-se que deve ser arbitrária, ou seja, dependente da vontade do soberano (Do Cidadão, VIII, pp.172 e 173).

Esta construção esvazia em boa parte o princípio da pena legal - ou poderá levar a que se entenda estar este pura e simplesmente ausente (SOTO, 2013: p.696 e p.704) - mas a obra de Hobbes tem que ser entendida no contexto da admissibilidade geral do arbítrio judicial e, na medida em que defende nestes casos a consulta do legislador, a arbitrariedade que consente é de certo modo legal e mitigada. Pode não proceder à sua liminar postergação mas o contributo original reside precisamente na forma como limitou o arbítrio judicial.

e. A não retroactividade da norma incriminadora não cede, ainda que o crime represente também uma ofensa à lei natural. A lei (natural) pode ser anterior ao acto praticado mas a transmutação desta em lei civil ou positiva e a sua publicidade constituem para Hobbes condição de obrigatoriedade.

A legalidade e, mais exactamente, a não retroactividade da lei penal produzem consequências muito concretas, na medida em que a lei fixa o limite máximo da punição, impedindo assim a sua exacerbação ou a condenação a uma pena maior que a determinada na lei através do poder arbitrário dos juízes.

se uma punição for determinada e prescrita pela própria lei, e se depois de cometido o crime for infligida uma pena mais pesada, o excesso não é punição, e sim acto de hostilidade. (Leviatã, XXVIII, p.248)

A limitação representada pela não retroactividade da lei penal estende-se assim às punições determinadas por outras fontes de direito que não a lei. A pena habitualmente aplicada representa o domínio tradicional do arbítrio judiciário, em que se cruzam também a construção doutrinária, de que se socorriam os juízes, e a justificação consuetudinária, através da repetição e da antiguidade. A não retroactividade limita portanto a escolha das punições por parte do juiz, incorporando também (mais) um limite (jurídico) quanto ao máximo da pena arbitrária.

O fim predominante das penas justifica esta faceta da legalidade. Uma vez que a finalidade da punição não é a vingança (retribuição) mas o terror (prevenção) e o terror de uma pena desconhecida não existe, a “inesperada adição” não é portanto parte da punição (Leviatã, XXVIII, pp.248 e 249).

quando a pena está associada ao crime na própria lei, ou quando ela costuma ser aplicada em casos semelhantes, o delincente fica desculpado de uma pena maior. (Leviatã, XXVII, p.235)

4 Os juízes, quando o “trunfo é paus”...

a. De acordo com a construção secular, Hobbes dissocia a titularidade e o exercício do poder de julgar. No Diálogo, o filósofo acusa Sir Edward Coke de uma falácia, ao confundir “cometer” e “transferir” (“committing and transferring”). O poder de julgar não foi transferido e portanto não deixou de pertencer ao soberano (Diálogo, p.52). Este limitou-se a “cometer” o seu exercício aos juízes e estes julgam os casos em seu nome e sob a sua autoridade. A sentença judicial é por isso ainda a sentença do soberano. E pela mesma razão o monarca permanece como a entidade competente para resolver os conflitos de jurisdição, tão frequentes (Diálogo, XIV, p.54).

Em todos os tribunais de justiça quem julga é o soberano (que é a pessoa do Estado). O juiz subordinado deve levar em conta a razão que levou o soberano a fazer determinada lei, para que a sua sentença seja conforme a esta, e nesse caso a sentença é uma sentença do soberano, caso contrário é dele mesmo, e é injusta. (Leviatã, XXVI, p.221)

b. Hobbes desenha o perfil do “bom juiz” centrando a sua actividade na interpretação da lei. As qualidades excepcionais que reclama para este serventuário do Estado aproximam-no do juiz Hércules imaginado por Ronald Dworkin (1931-2013). Ele deverá dominar a principal lei da natureza ou a equidade, deverá dotar-se de um conhecimento e de uma sagesa superiores, deverá ser imparcial, paciente e em geral impermeável as paixões humanas mas a este ser tão distante do homem comum nunca será reconhecida a mais ténue faculdade de criar direito. Ele tem a estrita e difícil incumbência de “descobrir” o direito produzido pelo Estado.

As coisas que fazem um bom juiz, ou um bom intérprete da lei, são, em primeiro lugar, *uma correcta compreensão* daquela lei principal de natureza a que se chama equidade. A qual não depende da leitura das obras de outros homens, mas apenas da sanidade da própria razão e meditação natural de cada um, e portanto se deve presumir existir em maior grau nos que têm maior oportunidade e maior inclinação para sobre ela meditem. Em segundo lugar, *o desprezo pelas riquezas desnecessárias* e pelas preferências. Em terceiro lugar, *ser capaz, no julgamento, de se despir de todo o medo, raiva, ódio, amor e compaixão*. Em quarto e último lugar, *paciência para ouvir, atenção diligente ao ouvir e memória para reter, digerir e aplicar o que se ouviu*. (Leviatã, XXVI, p.228)

Numa apreciação que poderíamos considerar proto-sociológica do estatuto dos juízes, considera nociva para o Estado a remuneração variável da judicatura, estabelecida de acordo com a “multidão de casos”. Daqui decorreriam dois inconvenientes: a multiplicação dos processos porque “quantos mais eles forem maior será o benefício”; e as disputas quanto à jurisdição competente ou a “competição acerca da jurisdição” (Leviatã, XXVII, p.253).

c. Sem surpresa mas com arrojo, Hobbes condena a repetição automática das decisões e rejeita o precedente judiciário, que prova apenas o que foi feito e não o que foi bem feito (Diálogo, p.106).

Mas como todo o juiz subordinado ou soberano pode errar num julgamento de equidade, se posteriormente, em outro caso semelhante, considerar mais compatível com a equidade proferir uma sentença contrária, tem obrigação de fazê-lo. E erro de um homem nunca se torna a sua própria lei, nem o obriga a nele persistir. Nem tampouco, pela mesma razão, se torna lei, para outros juízes, mesmo que tenham jurado segui-lo. (Leviatã, XXVI, p.225)

d. A interpretação é certamente um dos domínios em que Hobbes mais revela a sua modernidade e a sua coerência. Antecipa as críticas enfáticas do século XVIII quando alerta

para os riscos da diversidade interpretativa e a astúcia dos intérpretes. Mas não abre caminhos fáceis ou ilusórios. Por isso, não defende ou sequer sugere a proibição da interpretação nem espera que a lei clara dispense a actividade interpretativa, como fazia crer o brocardo “*in claris non fit interpretatio*”. A interpretação é sempre necessária (Leviatã, XXVI, p.224). Não há texto suficientemente claro que evite os riscos de uma interpretação promovida por um gramático ignorante ou por um lógico capcioso (Diálogo, p.64).

não é a letra (isto é, cada uma das suas frases) que é a lei, e sim aquilo que é conforme à intenção do legislador. (...) Porque a natureza da lei não consiste na letra, mas na intenção ou significado, isto é, na autêntica interpretação da lei (ou seja, do que o legislador quis dizer). (Leviatã, XXVI, pp.220 e 224)

No Diálogo, quando o legista alerta para o perigo de o juiz se afastar da letra da lei, o filósofo afirma que o juiz-intérprete pode sem perigo afastar-se da letra se não se afastar do significado ou do sentido da lei, o que um homem sábio (como são comumente os juizes) pode facilmente descobrir no preâmbulo, onde se encontra a época em que a lei foi promulgada e as razões pelas quais foi feita (Diálogo, p.7). Quando confere prioridade à interpretação lógica (“*that which the legislature thereby intended should be in force*”) sobre a interpretação literal (“*gramatical construction of the letter*”), Hobbes procede à identificação dos elementos da interpretação como o elemento histórico ou o elemento teleológico (“*occasio legis*” e “*ratio legis*”). Reconhece que a tarefa de determinar o sentido da lei é difícil, requerendo a ponderação das circunstâncias que motivaram e ocasionaram a lei como remédio (“*conjuncture of occasions and incommodities, as needed a new law for a remedy*”) e obviamente inteligência (Diálogo, p.64). No contexto de um ordenamento jurídico plural, alheio a uma ideia de sistema,

em que cada fonte de direito e cada direito (régio, romano, canónico) incorporava uma lógica própria, o elemento sistemático escapava em grande parte e compreensivelmente à percepção dos juristas.

Necessidade da interpretação, predomínio da interpretação lógica, identificação dos elementos da interpretação: Hobbes eleva as suas considerações sobre as leis civis a uma verdadeira teoria geral da interpretação.

e. Quando, no Diálogo, reflecte sobre as situações em que a “boa interpretação da letra” (“the true construction of the letter”) é contrária ao que o legislador quis dizer (“the meaning of the lawmaker”), o filósofo começa por exemplificar essa discrepância com os casos enunciados por Sir Edward Coke (“fraud, accident, and breach of confidence”) mas considera que existem muitos mais e sobretudo enuncia as suas causas mais gerais: a natural incompletude do ordenamento jurídico, considerando que existe um grande número de excepções razoáveis a quase todas as regras gerais que os legisladores não podem prever; a ambiguidade das palavras; e as muitas conexões duvidosas entre as normas (Diálogo, p.65). Estas considerações gerais aproximam-se do conceito de “textura aberta” a que alude Herbert Hart mas conduzem Hobbes a um caminho que o deixa nos antípodas, uma vez que nunca admitirá a mais pálida discricionariedade judicial, ainda que “tão limitada” (HART, 2007: p.336).

f. O filósofo regressa ao “*arbitrium judicis*” a propósito do poder de determinar as penas de cada crime, repudiando o ponto de vista dos estóicos segundo o qual todos os crimes são iguais, punindo-se do mesmo modo a morte de um homem e a morte de uma galinha... Salienta assim a natural variabilidade e plasticidade política das punições.

O legista, tal como Simplicio no Diálogo de Galileo Galilei, descreve o estado da arte ou a visão dominante no mundo dos juristas: as punições de todos os crimes são fixadas pela “common law”. Ou seja, se a lei (“statute”) determina a pena, o juiz deve aplicá-la; se a lei a não determina, segue-se o costume; se o caso é novo, não vê motivo para o juiz não fixar uma pena de acordo com a razão (Diálogo, p.121).

O filósofo riposta: a razão de quem? A razão natural não pode ser a razão dos juízes - que receberam a sua autoridade do rei, lembra - porque existirão tantas razões quantos os magistrados e o castigo dos crimes seria incerto. Uma pena certa não pode corresponder às variáveis e subjectivas “razões naturais dos juízes”. Diria Beccaria (1738-1794): ao “ocasional fermento dos humores” dos juízes (1998: p.69). Se a razão natural realmente fixasse os castigos, em todo o mundo e em todas as épocas os mesmos crimes seriam punidos com as mesmas penas, uma vez que a razão é imutável e eterna (Diálogo, pp.121 e 122). Incerteza, insegurança, subjectivismo, arbitrariedade - o argumentário de que Hobbes faz uso integrará também o criticismo reformista de Setecentos e não abandonará o debate em torno da discricionariedade judicial.

Quanto à utilização do “costume de punir” determinados crimes com certas penas, o filósofo não se impressiona com a antiguidade. Semelhante costume judiciário ou precedente não tem “força de lei em si mesmo” mas ampara-se na presunção de que algures no passado remoto se encontra um julgamento régio. O filósofo prefere os precedentes mais recentes (“the most immediate antecedent precedents”), mais justos (“the fairest warrants of their judgments”), tal como prefere as novas leis, mais frescas na memória dos homens. O direito contemporâneo é tacitamente confirmado na medida em o que soberano legislador não o reprova (Diálogo, p.125). A valorização do direito actual, que significa sobretudo a valorização do direito legislado, representa uma verdadeira

revolução, que eclodiu no século da codificação e havia sido laboriosamente preparada na segunda metade do século anterior, quando a ideia de progresso contagia o direito.

g. Quem deverá proceder à determinação das penas? Quem tem o “trunfo” neste jogo? No que toca às questões do governo, escreve Hobbes, se todos se encontram em posição de igualdade, o trunfo pertence a quem tem paus (“clubs are trumps”). Ou seja, a quem tem do seu lado a força. Ao soberano. Porque semelhante poder tem que ser atribuído a quem lhe pode dar execução. De outro modo, seria uma atribuição vã (Diálogo, p.122). Por consequência, se não há lei positiva (“positive law”) que fixe a pena, nem outra ordem do rei, este deve consultado antes de se pronunciar sentença que condene em dano irreparável, “de acordo com o que considerar mais capaz de conduzir ao serviço do Estado, ou de desestimular a prática de desserviços ao mesmo” (Leviatã, XVIII, p.153). Esta é uma “regra da razão” (Diálogo, XIV, p.124). Assim se deveria proceder também se um caso novo se apresentasse aos juízes, levantando-se a dúvida de saber se se tratava de traição (Diálogo, XIV, p.70).

O argumento do filósofo é verdadeiramente o argumento do futuro, ainda hoje esgrimido quando o tema levantado é o poder discricionário dos juízes. A determinação da pena depende exclusivamente da autoridade do rei porque uma coisa é “fazer” a lei, outra coisa é declarar ou “pronunciar” (“pronounce”) a lei (Diálogo, XIV, p.124). Na expressão próxima de Montesquieu (1689-1755), o juiz é a “boca” que pronuncia as palavras da lei (1748: p.256). De outro modo, ele estaria a invadir um território que não lhe pertence. A usurpar um poder do soberano. A sentença não seria o julgamento da lei mas o julgamento de um homem sujeito à lei (Diálogo, XIV, p.127).

h. A convicção de que a interpretação é uma atividade perigosa leva Hobbes a manifestar uma assinalável desconfiança quanto à forma de operar dos juristas em geral e ao seu gosto em tergiversar. Com demasiada facilidade, apresentavam-se como possíveis várias opiniões sobre a melhor interpretação da lei e, pelo menos quando tinha que ser aplicada, era necessário escolher um desses resultados interpretativos. Hobbes assinala a dificuldade deste processo criativo de possibilidades e escolha que notoriamente escapava à vontade do legislador. A interpretação autêntica era a primeira forma de evitar a “astúcia dos intérpretes”. A lei deve ser clara mas, se for obscura, o legislador deve obviar à dificuldade que criou esclarecendo o sentido da lei. Ainda assim, o perigo de o intérprete se transformar em legislador permanecia.

a interpretação de todas as leis depende da autoridade soberana, e os intérpretes só podem ser aqueles que o soberano (única pessoa a quem o súbdito deve obediência) venha a designar. Se assim não for, a astúcia do intérprete pode fazer que a lei adquira um sentido contrário ao que o soberano quis dizer, e desse modo o intérprete tornar-se-á legislador. (Leviatã, Capítulo XXVI, p.224)

Numa das passagens da sua obra em que se pronuncia sobre as causas do aumento da litigância judicial, Hobbes responsabiliza os juristas e a sua metodologia. A sua análise revela um certo “tom sociológico”: existe correlação entre a litigiosidade e o número de advogados? No Diálogo, o legista cita Edward Coke, que identificara seis causas do aumento do volume de processos judiciais, incluindo a paz, a prosperidade e o elevado número de advogados (Diálogo, XIV, p.44). O filósofo começa por imputar a responsabilidade da situação aos que têm o poder de os admitir ou recusar no exercício da profissão, mas rapidamente se concentra na “arte de cavilar contra as palavras da lei”, que os homens pareciam

conhecer cada vez melhor. A diversidade de pontos de vista animava o aparecimento de causas fúteis ou desnecessárias e a esperança de as viabilizar. O carácter contraditório dos julgamentos aumentava a expectativa de obter vencimento em acções que razoavelmente eram desprovidas de fundamento. A ignorância ou o desconhecimento da equidade levava os juristas a guiarem-se mais pelos precedentes do que pelo seu próprio sentimento de justiça (“in their own breasts”). Finalmente, a cupidez, que aumentava em tempos de paz, tornava-os mais disponíveis para se ocuparem no estudo da fraude (Diálogo, XIV, p.45)...

5 O inimigo

a. Traição, rebelião, lesa-majestade: os comportamentos assim designados significam, quanto ao seu traço mais distintivo, a ruptura total com o poder e com o seu direito. Por actos ou palavras, consciente e deliberadamente (“wittingly and deliberately”), o súbdito nega a autoridade do representante do Estado (Leviatã, XXVIII, pp.249 e 252). Enquanto o comum delinquente viola uma ou várias leis sem deixar de reconhecer o seu soberano e de se submeter ao seu poder e às suas leis, o traidor rompe global e dramaticamente com o contrato social que gerara um dever de obediência geral e absoluto (“absolute and universal obedience”) ao poder soberano (“Sovereign power”) e um dever especial de obediência a todas as suas leis (Do Cidadão, XIV, XX, p.180). O inimigo é aquele que “ou nunca esteve sujeito à lei, e portanto não a pode transgredir, ou esteve sujeito a ela e professa não mais o estar, negando em consequência que a possa transgredir” (Leviatã, XXVIII, p.249).

se uma tal traição ocorresse, ela destruiria de um só golpe todas as leis e, sendo levada a cabo por um súbdito, é o retorno à hostilida-

de por deslealdade. Por consequência, esses traidores devem ser tratados como inimigos infames e desleais. Mas os outros crimes mais graves, na sua maior parte, são violações a uma só lei ou a um pequeno número de leis. (Diálogo, p.72)

A rebelião significa a “renúncia à sujeição” e o “regresso à condição de guerra” (Leviatã, XXVIII, p.252). Sendo o fim da instituição do poder a paz e a defesa de todos e considerando que quem tem direito a um fim tem direito aos meios, o soberano é o juiz que determina os meios necessários para assegurar a paz, assim como as causas de tudo o que a possa perturbar ou dificultar (Leviatã, XVIII, p.152). Constitui prerrogativa do soberano identificar os seus inimigos.

b. Hobbes integra no crime de lesa-majestade os “propósitos ou actos contrários a uma lei fundamental” (Leviatã, XXVII, p.243), ou seja, “aquela que, se eliminada, o Estado é destruído e irremediavelmente dissolvido, como um edifício cujos alicerces se arruínam” (Leviatã, XXVI, p.232). O traidor não reconhece os poderes da soberania, entre os quais se encontram o direito de criar leis e estabelecer as punições, e portanto não beneficiará da protecção do direito que ele próprio nega. Para o Estado, evanesce-se a expectativa de nele encontrar um súbdito, ainda que criminoso. Porque mesmo este não deixará de se submeter aos tribunais e à punição. O crime é uma mera “irritação” da ordem estabelecida ou um “deslize reparável” (JAKOBS, 2006: p.36). Para o rebelde, as penas são destituídas de utilidade. A este puro inimigo concentrado na destruição, o Estado responderá com uma única preocupação: a eliminação do perigo que representa. A traição converte-se num problema puramente político, alheio ao direito.

c. Hobbes considera a alta-traição como um crime em si mesmo (“malum in se”). Não é portanto a lei (civil) mas a ra-

ção sem a lei que faz o mais grave dos crimes (Diálogo, p.70). Ensaia a sua definição, independentemente da enumeração dos comportamentos que poderia compreender, fazendo uso apenas da “razão natural”. A libertação de um certo “casuismo legal” é um traço de modernidade e simultaneamente uma resposta à forma como este crime havia conhecido um inusitado alargamento com as monarquias absolutas. A segurança é, uma vez mais, a chave explicativa, unindo a longa lista de comportamentos que caíam sob a designação de lesa-majestade. A segurança do povo é a suprema lei (“salus populi est suprema lex”), lembra o filósofo no Diálogo, para acrescentar imediatamente: a segurança do povo de um reino consiste na segurança do rei e da força necessária para defender o seu povo, quer dos inimigos exteriores quer dos súbditos rebeldes (Diálogo, p.70). A segurança do povo é portanto alcançada através da segurança do rei e não se coloca a hipótese de a força que o rei concentra ser dirigida contra o seu povo. O Estado é simultaneamente o garante e o principal credor da segurança e da paz.

d. A rebelião é a “guerra renovada” (Leviatã, XXVIII, p.252) e, por isso, um crime pela lei da natureza e não pela lei civil (Do Cidadão, XIV, XX, p.181), não obstante a inclusão de alguns comportamentos a que esta havia historicamente procedido. Viola uma lei anterior e mais antiga, que impõe o respeito pela palavra dada e portanto dos contratos (Do Cidadão, XIV, XXI, p.181). A natureza e as consequências do crime transfiguram-se. A traição é a guerra e desenvolve-se fora dos limites do direito. Encontra-se mesmo para além do arbítrio, uma vez que este era admitido, regulado e limitado pela ordem jurídica. Deste modo, Hobbes apresenta de certa forma o fundamento do carácter excepcional do regime jurídico do crime de lesa-majestade como a exacerbação po-

tencialmente ilimitada do castigo e a transmissibilidade da responsabilidade penal. E converte-se para Günther Jakobs (1937-) em precursor filosófico do direito penal do inimigo (2006: pp.30 e 31).

As penas constituem um privilégio do súbdito: os males infligidos sobre os inimigos não podem ser considerados verdadeiras punições mas actos de hostilidade. Os rebeldes e traidores são punidos não pelo direito civil mas pelo direito da natureza, não como cidadãos mas como inimigos, não pelo direito de soberania mas pelo direito da guerra (*Do Cidadão*, XIV, XXII, p.181).

porque as punições são estabelecidas pela lei para os súbditos, não para os inimigos. (*Leviatã*, XXVIII, p.249)

O estado de guerra declarado entre o traidor e o Estado faz desaparecer os limites quanto aos recursos de que o Estado pode lançar mão para o combater. A natureza e a medida das penas deixam de ser problemas a colocar: “numa situação de hostilidade declarada é legítimo infligir qualquer espécie de danos”. Seja qual for a punição estabelecida para a traição, o representante do Estado pode “legitimamente fazê-lo sofrer o que bem entender”. Porque nega a sujeição ao poder nega também o seu direito, incluindo as penas da lei, e “deve sofrer como inimigo do Estado, isto é, conforme a vontade do representante” (*Leviatã*, XXVIII, p.249).

A legitimidade para impor um mal ao não-súbdito-estranho-inimigo não exige senão um perigo para o Estado ou, mais rigorosamente, um perigo que o próprio representante julgue existir: “contra os inimigos a quem o Estado julgue capaz de lhe causar dano é legítimo fazer guerra, em virtude do direito de natureza original, no qual a espada não julga, nem o vencedor faz distinção entre culpado e inocente, como acontecia nos tempos antigos, nem tem outro respeito

ou clemência senão o que contribui para o bem do povo” (Leviatã, XXVIII, p.252).

Não existem leis, nem tribunais, nem inocentes. Se entre os súbditos a punição dos inocentes é afastada - porque contrária à lei da natureza, manifestação de ingratidão e violação da equidade (Leviatã, XXVIII, p.251) - o Estado é livre de impor qualquer dano a um “inocente que não é súbdito”. A vingança pode estender-se “legitimamente” aos familiares inocentes - “não apenas aos pais, mas também à terceira e quarta gerações ainda não existentes, que consequentemente são inocentes do acto por causa do qual vão sofrer” (Leviatã, XXVIII, p.252).

6 O dever de obedecer e a liberdade de resistir

a. A fundamentação hobbesiana da inadmissibilidade do direito de resistência reúne dois tipos de argumentos muito diferentes. Encontramos um acervo de golpes de lógica que, devendo parecer irremovíveis, serão também menos convincentes. O derradeiro e mais poderoso argumento é pragmático e amparado na tradição. Sendo menos original, é apresentado através de uma específica antropologia que não se poderá considerar completamente pessimista.

A compreensão mecanicista e determinista da natureza humana torna previsível o comportamento de governantes e governados e, por consequência, permite transformar a política em ciência. E proporciona a confiança num equilíbrio - embora precário - que converte a desobediência numa desnecessidade.

i)O soberano não pode quebrar o pacto social

Os súbditos não podem libertar-se da sujeição, sob pretexto de violação do contrato social porque, em rigor, tal transgressão não é concebível. O pacto não foi celebrado en-

tre os súbditos e o soberano (Leviatã, XVIII, p.150). Ou entre o povo e o soberano (MERÊA, 2004: 334). Uma multidão de homens pactua, “cada um com cada um dos outros” (“every one with every one”), atribuir por maioria o direito de representar a pessoa de cada um deles (Leviatã, XVIII, p.149).

ii) O soberano não pratica injúrias

Através do contrato social, os súbditos autorizam todos os actos e decisões do representante – que pode ser um homem ou uma assembleia – como se fossem os seus próprios actos e decisões, com a finalidade de viverem em paz uns com os outros e serem protegidos dos restantes (Leviatã, XVIII, p.149). Nada do que o soberano faça pode portanto ser considerado injúria para com os seus súbditos porque estes são, na verdade, os autores de todos os actos e decisões do seu representante (Leviatã, XVIII, p.151). Governantes, governação e governados são pensados como uma unidade sem fissuras.

iii) O soberano não pode ser punido nem julgado

Nada do que o soberano faz pode ser punido pelo súbdito (Leviatã, XVIII, p.152). Ele beneficia de total impunidade (Elementos, II, II, VIII, 6, p.217) ou é senhor da impunidade (Elementos, II, II, I, 12, p.149). Ainda que merecesse castigo, este teria sempre que ser precedido de julgamento e o súbdito não tem semelhante poder sobre o seu soberano. Quem detém a soberania não pode ser julgado ou justamente punido e muito menos deposto ou assassinado. A opinião que admite o tiranicídio é “falsa e perniciosa” (Elementos, II, II, VIII, 10, p.220). O depositário do poder não está sequer obrigado a obedecer às suas próprias leis; não faria sentido considerar que existe sujeição à lei por parte de quem a pode abrogar (Elementos, II, II, VIII, 6, pp.217 e 218).

iv) Os homens transferiram o direito de resistir

Se os homens transferiram para o soberano o poder de usar a força ou o “poder coercitivo” (“power of coercion”), alienaram com ele o direito de lhe resistir (Elementos, II, II, I, 7, p.147).

b. Hobbes condescende que a condição de súbdito é “muito miserável” e dependente dos “apetites e paixões” daqueles que detêm um poder tão ilimitado mas, por muito mau que seja o poder, a ausência de poder será sempre um mal maior... O Estado levanta-se se e mantém-se através do medo.

Antes de tudo, os súbditos necessitam ter presente que “a condição do homem nunca pode deixar de ter uma ou outra incomodidade” (Leviatã, XVIII, p.155). Mas sobretudo essa incomodidade será sempre “de pouca monta quando comparada com as misérias e horríveis calamidades que acompanham a guerra civil, ou aquela condição dissoluta de homens sem senhor, sem sujeição às leis e a um poder coercitivo capaz de atar as suas mãos, impedindo a rapina e a vingança” (Leviatã, XVIII, pp.155 e 156). Nada se compara às provações do estado de natureza, em que a vida dos homens é “solitária, pobre, sórdida, selvagem e curta” (Leviatã, XIII, p.111). O medo que mantém a “civitas” não é o medo da punição mas o medo do regresso ao estado de natureza (YATES, 2012: p.112). Os direitos da soberania “não podem ser mantidos por nenhuma lei civil, ou pelo terror de uma punição legal” (Leviatã, XXX, p.266).

Os homens terão tendência a atribuir a causa dos seus males à forma de governo mas Hobbes não os deixa iludir: “o poder é sempre o mesmo, sob todas as formas”. As vantagens e as incomodidades são independentes do modelo governativo. Qualquer uma se pode revelar pernicioso e qualquer

uma pode ser eficaz, sendo “suficientemente perfeita para proteger os súbditos” (Leviatã, XVIII, p.155).

As considerações de Hobbes sobre o sofrimento que o poder provoca e a forma como os súbditos compreendem esses males são sobretudo fundamentadas numa análise pragmática do comportamento humano. Os homens revelam uma assustadora tendência para compreender da forma mais irracional a sua condição e a sua sorte. Tendem a pensar que a causa dos seus males reside na forma de governo; tendem a esquecer que qualquer mudança política os atira com toda a probabilidade para a calamidade de um retorno ao estado de natureza; com uma fatal lente deformadora da realidade, vêem aumentado todo o pequeno esforço como um “imenso fardo” e ficam cegos para ver “de longe as misérias que os ameaçam” (Leviatã, XVIII, p.156).

Este fatalismo antropológico não chega a transformar-se em pessimismo porque, em relação aos que exercem o poder, a propensão para tergiversar ou mesmo prevaricar encontra um limite natural. Os súbditos podem contar com o interesse dos que governam na “força e glória” dos seus súbditos. Se não forem estultos ao ponto de esquecer as vantagens de se manterem as mãos de todos “atadas”, a resistência será desnecessária. Um equilíbrio de utilidade geral entre governantes e governados será naturalmente realizado.

O dever do soberano é governar bem o seu povo. Pode ser ele o supremo juiz daquilo que é bom para o povo. Pode a sua acção, toda a acção, encerrar o consentimento implícito dos súbditos, que lhe transmitiram o poder. Pode a sua má governação, transgressora da lei divina e natural, ser somente julgada por Deus. Mas o bom sucesso do povo é a lei suprema (Elementos, II, II, IX, 1, p.226). Não apenas a simples preservação da vida mas em geral o seu benefício, incluindo as “comodidades da vida”, a liberdade e a riqueza

(Elementos, II, II, IX, 3, pp.226-228). Afortunadamente, a arte e o dever dos governantes são também a sua vantagem...

c. O fim do poder - a paz dos súbditos entre si e a sua defesa contra um inimigo comum (Leviatã, XXI, p.180) - justifica o seu carácter absoluto mas também as fissuras no direito de obedecer. O súbdito conserva no estado social o direito de defender a sua vida, a sua integridade física e a sua liberdade. Esta liberdade de desobedecer para garantir a auto-preservação é inalienável. Um pacto em que alguém se comprometa a não se defender pela força é sempre nulo. A promessa de não resistir à força não transfere qualquer direito nem é obrigatória. Porque o homem escolhe sempre o mal menor, ou seja, prefere o perigo de morte ao resistir à morte certa se não resistir. (Leviatã, XIV, p.122; Do Cidadão, II, XVIII, p.58). Porque o pacto visa sempre algum benefício, que aqui não existe. Nem se deve entender que alguém quis prometer semelhante coisa ou que era essa a sua vontade (Leviatã, XIV, p.117). A lei da natureza prescreve: defendermo-nos a nós mesmos, por todos os meios que pudermos (Leviatã, XIV, p.116).

Este direito de defesa e resistência exerce-se mesmo contra uma agressão legítima, como sucede com a condenação penal: “se o soberano ordenar a alguém (mesmo que justamente condenado) que se mate, se fira ou se mutila a si mesmo, ou que não resista aos que o atacarem (...) esse alguém tem o direito de desobedecer” (Leviatã, XXI, p.180). Pela mesma razão, o prisioneiro pode legitimamente fugir por quaisquer meios de que disponha (Leviatã, XXI, p.183). Se alguém for interrogado relativamente a um crime que tenha cometido não é obrigado a confessá-lo, a não ser que receba a garantia de perdão (Leviatã, XXI, p.180). E o pacto em que alguém promete acusar-se a si mesmo é inválido (Leviatã, XIV, p.122). Este traço do direito de defesa do

súbdito aparta-se do tradicional direito de resistência, que supõe leis injustas ou um poder ilegítimo. Ele é um instrumento de limitação do poder, assim como o direito natural e o conceito de justiça têm primordialmente uma direção política. O direito de resistência hobbessiano pode, com originalidade, ser exercido pelo criminoso condenado em juízo (SOTO, 2013: p.701) mas não pelo súbdito vitimado por uma governação que lhe provoque enormes provações, enquanto não ameaçar a sua vida, integridade física ou liberdade. Direito de punir e direito de resistir são os resíduos brutais do estado de natureza.

d. O direito de evitar a morte, os ferimentos e o cárcere permanece no “reino tranquilo das leis” (BECCARIA, 1998: p.119), frente a frente com o direito de punir (ANDÚJAR, 2008: p.102) mas o direito de desobedecer pode ainda ser legitimamente exercido em momentos de ruptura. Com efeito, o dever de obediência dura enquanto “e apenas enquanto” permanece o poder mediante o qual o soberano é capaz de proteger o súbdito, que tem um direito à segurança. A obediência é a contrapartida da proteção.

A “soberania é a alma do Estado” (Leviatã, XXI, p.182) e a força é o seu corpo. Quando a alma se separa do corpo é a dissolução e a morte. O até então súbdito dirige a sua obediência para onde encontra proteção. Pode ser a sua própria espada ou a de outro. Quando o soberano deixa de providenciar segurança, o súbdito pode, sem traição, submeter-se ao inimigo vencedor.

A soberania, tal como a paz, é precária. Ela é imortal apenas na intenção daqueles que a criaram. Está sujeita à morte violenta pela guerra exterior e, desde a sua própria instituição, encerra em si mesma as sementes da mortalidade natural, através da discórdia intestina (Leviatã, XXI, p.182). É na verdade a justiça que dá vida e continuidade aos Estados (Leviatã, XXIX, p.255).

e. O pensamento de Hobbes encerra uma incontestável tensão entre o dever de obedecer e o direito de resistir que tem sido justamente considerada antinômica. Se, por um lado, recusa o tradicional direito de resistência, por outro, reconhece a permanência de um direito natural de defesa e de resistência à violência, mesmo legítima. É a segurança que justifica a instituição e a concentração do poder e continua a ser a protecção dos indivíduos que justifica essa “desobediência natural” (TZITZIS, 1996: p.66). A admissibilidade de um território de resistência produz uma contradição insanável na construção de um poder absoluto, um suicídio político (ZAFFARONI, 2012: p.11). O saldo parece pois ser favorável ao indivíduo que deixa de ser súbdito ou fica liberto da sujeição quando a segurança deixa de ser providenciada. A marca individualista e igualitária é aposta no momento em que nasce o Estado - não é o povo que celebra o pacto social mas os indivíduos, cada um com o seu semelhante - e permanece na ameaça da liberdade (individual) de desobedecer. Hobbes “inaugura a ‘era do indivíduo’” (GOYARD-FABRE, 2002: p.78). Por mais temível que seja o monstro Leviatã, esse grande homem composto por uma multidão de homens, a finalidade do poder leva a que o indivíduo não seja totalmente despojado e a uma certa latência do estado de natureza. A liberdade de desobedecer permanece como uma ameaça e a semente da sua morte. Como observou Ernst Bloch (1885-1977), o absolutismo de Hobbes, “aureolado mefistofelicamente”, encontra-se aqui, de forma “tão estranha”, unido ao liberalismo da linha clássica (2011: p.122). Talvez Hobbes tenha sido realmente um “liberal equivocado” (MONCADA, 2006: p.182). De qualquer modo, será inevitável reconhecer que o individualismo professado mitiga as consequências práticas do seu absolutismo (TRUYOL Y SERRA, 2007: p.226). O Estado, o monstro, vive afinal para os homens e não os homens para o Estado...

BIBLIOGRAFIA:

ALVES, Sílvia (2014). *Punir e Humanizar. O Direito Penal Setecentista*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

ANDÚJAR, Antonio Hermosa (2008). "La doctrina penal de Hobbes". *Fragments de Filosofía*, 6 (pp.81-103).

AUSTIN, John (2000). *The Province of Jurisprudence Determined*. Nova Iorque: Prometheus Books.

BECCARIA, Cesare (1998). *Dos Delitos e das Penas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

BLOCH, Ernst (2011). *Derecho Natural y Dignidad Humana*. Madrid: Dykinson.

CATTANEO, Mario (1965). "Hobbes's Theory of Punishment". In K. C. Brown (ed.). *Hobbes Studies*. Oxford: Basil Blackwell.

DIDEROT, Denis (1765). "Hobbisme ou Philosophie de Hobbes". In *Encyclopédie, ou Dictionnaire raisonné des Sciences*. Vol. VIII. Neuchâtel: Samuel Faulche & Cie (pp.232-241).

GOYARD-FABRE, Simone (2002). *Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno*. São Paulo: Martins Fontes.

HART, H. L. A. (2007). *O Conceito de Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

HOBBS, Thomas (2002). *Leviatã*. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda [MOLESWOTH, William, ed. (1839). *The English Works of Thomas Hobbes of Malmesbury*. Vol III. Londres: John Bohn].

HOBBS, Thomas (1983). WARRENDER, Howard, ed. *The Clarendon Edition of the Works of Thomas Hobbes*. Vol. 2: *De Cive. The English Version*. Oxford: Clarendon Press.

HOBBS, Thomas (Sem data). *Elementos do Direito Natural e Político*. Porto: Rés-Editora [MOLESWOTH, William, ed.

(1840). *The English Works of Thomas Hobbes of Malmesbury*. Vol VI. Londres: John Bohn].

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio (2006). *Derecho Penal del Enemigo*. Cizur Menor: Editorial Aranzadi.

MERÊA, Paulo (2004). "Suárez. Grócio. Hobbes". In *Estudos de Filosofia Jurídica e de História das Ideias Políticas*. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda (pp.329-347).

MONCADA, Luís Cabral de (2006). *Filosofia do Direito e do Estado*. Vol. 1.º. Coimbra: Coimbra Editora.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat (1748). *De l'Esprit des Lois*, Genebra: Barrilot & Fils.

NORRIE, Alan (1984). "Thomas Hobbes and the Philosophy of Punishment". *Law and Philosophy*, 3, 2 (pp.299-320).

PUFENDORF, Samuel (1706). *Le Droit de la Nature et des Gens*. Tomo II. Amesterdão: Henry Schelte.

RISTROPH, Alice (2009). "Respect and resistance in Punishment Theory". *California Law Review*, 97, 2 (pp.601-632).

SCHROCK, Thomas S. (1991). "The Rights to Punish and Resist Punishment in Hobbes's *Leviathan*". *The Western Political Quarterly*, 44, 4 (pp.853-890).

SOTO, Carlos Isler (2013). "Las Bases Filosóficas de la Doctrina Penal de Thomas Hobbes". *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, XXXV (pp.681-706).

TRUYOL Y SERRA, Antonio (2007), *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*. 2. *Del Renacimiento a Kant*. Madrid: Alianza Editorial.

TZITZIS, Stamatios (1996). *La Philosophie Pénale*. Paris: Presses Universitaires de France.

TZITZIS, Stamatios (1984). "La Philosophie de la Peine

chez Thomas Hobbes". *Archives de Philosophie du Droit*, 29 (pp.283-304).

VILLEY, Michel (2006). *Philosophie du droit. Définitions et fins du droit. Les moyens du droit*, Paris: Dalloz.

VILLEY, Michel (2005). *A Formação do Pensamento Jurídico Moderno*. São Paulo: Martins Fontes.

YATES, Arthur Lansing (2012). *Thomas Hobbes on Punishment*. London, Ontario, Canadá: The School of Graduate and Postdoctoral Studies Western University (tese: Doctorate of Philosophy).

ZAFFARONI, Eugenio Raúl (2012). El Leviathan y el Derecho Penal. perso.unifr.ch/derechopenal/documentos/articulos/a_20120808_01.pdf (13pp.).

ZAFFARONI, Eugenio Raúl (2007), *Apuntes sobre el Pensamiento Penal en el Tiempo*. Buenos Aires: Hammurabi.

Recebido em 15/07/2015.

Aprovado em 14/08/2015.

Sílvia Alves

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade - Cidade Universitária
CEP 1649-014 Lisboa
E-mail: silviaalves@fd.ulisboa.pt.br