

3

A LEI DE NATUREZA E O DIREITO NATURAL

3.1

Lei de natureza e razão

A lei de natureza é uma regra geral resultante da racionalidade humana, e aponta os meios de o homem se autopreservar.

Uma Lei de Natureza (*lex naturalis*) é um preceito ou regra geral, estabelecido pela razão, mediante o qual se proíbe a um homem fazer tudo o que possa para destruir a sua própria vida ou privá-lo dos meios necessários para a preservar, ou omitir aquilo que pense melhor contribuir para a preservar.¹

Sendo assim, o homem deve trabalhar a terra e armazenar seu fruto, dedicar-se à pesca, ao pastoreio, ao artesanato e outras atividades, a fim de criar provisões para sua manutenção. Esses bens constituídos por meio do trabalho, em tempo de paz, são propriedades de quem os constitui, porquanto em um estado de guerra generalizada torna-se difícil a constituição e conservação da propriedade. Daí a necessidade de Leis Civis efetivas, alicerçadas em um contrato, que regulem as relações entre os contraentes, estabelecendo seus direitos e deveres, limitando suas vontades, inclusive a de possuir a propriedade de outrem sem seu consentimento ou furtar-lhe a vida.

A concepção hobbesiana de lei de natureza como ditame de reta razão, busca expurgar as mais divergentes concepções existentes em sua época, dentre elas a de que a lei de natureza resultava do consenso entre os homens. Os ditames de reta razão têm o poder de ordenar, comandar e impor aos homens determinadas conclusões, segundo Skinner. A razão é suficiente para inculcar as leis naturais na mente humana.²

No capítulo V do *Leviatã*, intitulado, “Da Razão e da Ciência”, Hobbes afirma que a razão não é inata, como ocorre com a memória e os sentidos, nem adquirida

¹ HOBBS, Thomas. *Leviatã*. p.112.

² SKINNER, Quentin. *Razão e retórica na filosofia de Hobbes*. p. 405-406.

apenas como a prudência. Ela pode ser alcançada mediante esforço.³ Sempre que a razão for incluída entre as faculdades do espírito, deve-se, desse modo, entender como sendo “o cálculo das conseqüências dos nomes gerais estabelecidos para marcar e significar os nossos pensamentos.”⁴ Em uma obra anterior, a saber, *Do Cidadão*, Hobbes afirma ser a razão inata, tal como as demais faculdades ou afeições da mente.

⁵ De acordo com Quentin Skinner:

o Leviatã incorpora um sentido novo e muito mais pessimista daquilo que os poderes da razão, caso não assistida, têm esperanças de realizar. Anteriormente, Hobbes havia insistido que a *ratio* possui uma capacidade intrínseca de persuadir; ela seria capaz de, como é afirmado em *Do Cidadão*, de ditar e de nos ordenar a aceitar qualquer verdade que descobrisse. Entretanto na ocasião em que voltou ao estudo da ciência civil, no final da década de 1640, Hobbes havia perdido essa confiança quase por completo.⁶

Para Skinner, Hobbes não depositava mais tantas esperanças nos poderes que a razão desassistida poderia realizar. Entretanto, Hobbes afirma que a razão continua sendo a reta razão, porém, mal empregada por homens dominados por suas paixões.

E, tal como na aritmética, os homens inexperientes, e mesmo os professores, podem muitas vezes errar e contar falso, também em qualquer outro objeto do raciocínio os homens mais capazes, mais atentos e mais experientes podem se enganar e inferir falsas conclusões. Não porque a razão em si própria não seja sempre razão reta, assim como a aritmética é uma arte infalível e certa. Mas a razão de nenhum homem, nem a razão de que número for de homens, constitui a certeza, tal como nenhum cômputo é bem feito porque um grande número de homens o aprovou unanimemente. E, portanto, tal como ocorre numa controvérsia a propósito de um cálculo quando as partes precisam, de comum acordo, recorrer à reta razão, à razão de algum árbitro ou juiz a cuja sentença se submeterão, ou do contrário sua controvérsia chegará às vias de fato, ou permanecerá indecisa por falta de uma razão reta constituída por natureza, o mesmo ocorre em todos os debates, sejam de que espécie forem. Quando homens que se julgam mais sábios do que todos os outros clamam e exigem a razão como juiz, apenas procuram que as coisas sejam determinadas, não pela razão de outros homens, mas pela sua própria, e isso é tão intolerável na sociedade dos homens como é no jogo, uma vez escolhido o trunfo, usar como trunfo em todas as ocasiões aquela série de que se tem mais cartas na mão. Pois com isso nada mais fazem do que tomar por reta razão cada uma das paixões que sucedem dominá-los, e isto nas suas próprias controvérsias, revelando a sua falta de reta razão pelo fato de reclamarem dela.⁷

³ HOBBS, Thomas. *Leviatã*. p.43.

⁴ *Ibid.* p. 39.

⁵ HOBBS, Thomas. *Do cidadão*. p.38.

⁶ SKINNER, Quentin. *Razão e retórica na filosofia de Hobbes*. p. 460 - 461.

⁷ HOBBS, Thomas. *Leviatã*. p.40.

De acordo com Hobbes, “a maioria das pessoas não está acostumada, ou não está interessada, ou não é capaz de argumentar adequadamente, e ainda que entendam são altamente falíveis.”⁸ Isso ocorre, segundo Hobbes, porque os homens estão dominados pelas paixões que lhes impedem experimentar a reta razão. Daí a necessidade de um juiz para dirimir o impasse. Com isso, Hobbes aponta para a necessidade do pacto, que institui um superior capaz de evitar que os homens tomem para si a título de reta razão cada uma das paixões que os dominam.⁹

No *Diálogo entre um filósofo e um jurista*, uma de suas últimas obras, Hobbes começa com o diálogo intitulado Sobre a lei da razão, e afirma que todo súdito gozando de pleno juízo é obrigado a obedecer às leis da razão, porquanto a razão é parte de sua natureza e pode consultá-la, se desejar. Contudo, a força do incomum apetite pela riqueza, poder e prazeres sensuais domina a mais forte das razões, causando a carnificina, a desobediência, a fraude, a hipocrisia e todo tipo de malefícios, apesar da existência de leis humanas que punam tais infrações.¹⁰ Mas é evidente que sem a lei humana, para limitar suas ações, o homem apossar-se-ia dos animais, dos campos e seus frutos, para autopreservar-se, até mesmo dos corpos uns dos outros, sempre que sua razão lhe disser que sua segurança é ameaçada, pois tudo ser-lhes-ia comum, culminando em conflito entre eles. Disso segue-se que os ditames de reta razão pouco valem se não atenderem à conservação e proporcionarem boa vida aos homens, devendo ser observada por todos porque é a lei de Deus.¹¹

3.2 Lei de natureza e lei civil

Enquanto o direito natural é a liberdade de fazer ou deixar de fazer alguma coisa, a lei natural, por sua vez, é a que sugere ao indivíduo, de acordo com a razão, a agir ou a omitir-se, com vistas à preservação de sua natureza. Ou seja, lei de natureza

⁸ SKINNER, Quentin. *Razão e retórica na filosofia de Hobbes*. p. 460-461

⁹ O homem lockiano, por seu turno, é sociável e racional, ou seja, pode viver em sociedade sem a necessidade da imposição de leis de um soberano, observando, porém, a lei de natureza, que é a razão. Enquanto que o homem hobbesiano movido pela paixão é um predador, mas é também a paixão que o encaminha para a sociabilidade.

¹⁰ HOBBS, Thomas. *Diálogo entre um filósofo e um jurista*. p.38-39.

¹¹ Ibid. p.41-42.

é uma regra sugerida pela razão a fim de conduzir o homem à sua autoconservação, como regra de suas ações. Portanto, a lei tem o caráter obrigacional enquanto que o direito tem o caráter facultativo.

A concepção hobbesiana de lei natural preserva, de certa forma, o seu conceito tradicional enquanto lei divina. Ela é divina porque a razão, que é a lei natural, foi outorgada por Deus aos homens. Nisso difere da concepção tradicional, pois se trata da razão enquanto faculdade humana capaz de realizar cálculos racionais que conduzem o homem à sua preservação, isto é, a capacidade de calcular os meios mais adequados para alcançar o fim desejado, segundo Norberto Bobbio.¹² Portanto, a lei de natureza é um conjunto de teoremas não escritos concernentes ao que encaminha o homem a lançar mão dos mecanismos que possibilitam preservar sua vida, acompanhados de uma lista de virtudes morais tradicionais que conduzem à paz.

No estado de natureza o homem movido pelas paixões busca apenas a sua conservação e deleite, o que propicia a guerra de todos contra todos, dada a igualdade natural em que se encontram. Nesse estado de coisas, as leis são ineficazes, em decorrência da ausência de um superior comum suficientemente forte, capaz de obrigar os homens a cumprir as leis, isto é, a agir conforme a razão. É, portanto, a razão em forma de regras de prudência que encaminha o homem à paz, e a instituir um poder capaz de tornar desvantajoso o descumprimento das leis, e que defina o *meu* e o *teu*, porquanto nesse estado inexistente tal distinção, resultado do igual direito a todas as coisas, que redundava em um direito a nada; assim como não há definição de *justiça* e *injustiça*, pois estas devem ser estabelecidas pelo soberano ou assembléia soberana, a partir da constituição do Estado Civil.

A lei natural recomenda a justiça, mas é o soberano quem define o que é justiça.¹³ Temos, então, que a justiça é uma virtude moral tradicional, sem poder coercitivo e recomenda por meio da razão a busca pela paz, o que propicia a conservação da vida. Temos também, que a justiça sem a especificação e efetividade do poder soberano é vaga, ou seja, somente o soberano pode definir por meio da lei civil o que é justo ou injusto. Essa afirmação parece esvaziar a lei de natureza e sublimar a lei

¹² BOBBIO, Norberto. *Thomas Hobbes*. p. 38.

¹³ HOBBS, Thomas. *Leviatã*. p.228.

civil, pois, sendo a lei civil que estabelece o que é justo, ou injusto, qual é então o papel da lei de natureza? Norberto Bobbio observa que tanto os jusnaturalistas quanto os positivistas, exultam ao apontar na doutrina de Hobbes elementos de fundamentação para suas teorias. Para os jusnaturalistas, Hobbes parte da lei de natureza para erigir sua doutrina, subordinando a lei civil à lei natural, ou seja, a lei civil é obrigatória se estiver em conformidade com a lei de natureza. Os positivistas, por sua vez, subordinam as leis naturais às leis civis, porque aquelas são genéricas, não determinam todos os comportamentos, são fórmulas vazias a serem preenchidas pelo poder civil.¹⁴ Isso é reforçado quando Hobbes afirma que:

O roubo, o assassinio e todas as injúrias são proibidos pela lei de natureza; mas o que há de se chamar roubo, assassinio, adultério ou injúria a um cidadão não se determinará pela lei natural, porém pela lei civil. Pois roubar não é tirar de outra pessoa qualquer coisa que ela possui, mas apenas o tirar-lhe os bens; ora, o que é nosso e o que é dele compete à lei civil dizer. Da mesma forma, o assassinato não é qualquer homicídio, mas apenas aquele que a lei civil proíbe; nem toda união carnal com uma mulher constitui adultério, apenas a que está proibida pela lei civil.¹⁵

Fica claro que a definição do *meu e teu* do *justo e injusto* é estabelecida pela lei civil, sem, contudo, inobservar os ditames de reta razão. De acordo com Hobbes, não há atrito entre a lei civil e a lei natural, pois é o soberano quem estabelece a lei civil, entretanto, busca conservar o conteúdo da lei natural.

A justiça, conforme a terceira lei de natureza, é o cumprimento dos pactos e dar cada um o que lhe é devido. Ou seja, a lei natural e a lei civil não são diferentes espécies, mas diferentes partes da lei, segundo Hobbes.¹⁶

Outra maneira de dividir as leis é em *naturais* e *positivas*. As *naturais* são as que têm sido desde a eternidade, e não são apenas chamadas *naturais*, mas também leis *morais*. Consistem nas virtudes morais, como a justiça, a equidade, e todos os hábitos de espírito propícios à paz e à caridade, dos quais já falei nos capítulos XIV e XV.

As *positivas* são as que não existem desde toda a eternidade, e foram tornadas leis pela vontade daqueles que tiveram o poder soberano sobre os outros. Podem ser escritas, ou então dadas a conhecer aos homens por qualquer outro argumento da vontade do legislador.¹⁷

¹⁴ BOBBIO, Norberto. *Thomas Hobbes*. p. 114.

¹⁵ HOBBS, Thomas. *Do cidadão*. p.112.

¹⁶ HOBBS, Thomas. *Leviatã*. p.228.

¹⁷ *Ibid.* p. 242.

Hobbes considera a justiça como sendo uma lei natural que existe desde a eternidade. Entretanto, a definição do que é justo ou injusto emana do soberano. Isto é, sua vigência efetiva ocorre, apenas, no Estado. Afinal, “onde não há poder comum não há lei, e onde não há lei não há justiça.”¹⁸

A inexistência de atrito entre a lei natural e a lei civil, não significa que ambas vigorem concomitantemente, porquanto a lei civil é instituída para garantir a paz e limitar o direito natural, enquanto liberdade para possuir todas as coisas, e a lei de natureza aponta as razões de como os indivíduos devem conduzir-se para preservar suas vidas. Porém, no estado de natureza, essa busca pela preservação se dá de forma egoísta. Por conseguinte, tanto o direito quanto a lei natural têm em vista a conservação da vida, mas dada a ausência de um árbitro capaz de impor limites, faz-se necessário constituir tal poder por meio de um pacto que garanta o bem estar da sociedade.

De acordo com Hobbes, “tudo o que não for contrário à lei de natureza pode ser tornado lei em nome dos detentores do poder soberano, e não há razão para que seja menos obrigatório obedecer-lhe quando é proposta em nome de Deus.”¹⁹ Para Norberto Bobbio, não existe contradição entre a lei de natureza e a lei civil, porquanto a lei natural aponta para a constituição e obediência da lei civil,²⁰ o que possibilita pensar em uma certa supremacia da lei civil sobre a natural. Pois, a partir da constituição do poder soberano por meio do pacto, a lei civil é a que vige a fim de limitar certos direitos naturais e garantir a paz e preservar da vida dos pactuantes. Por conseguinte, quando os súditos pactuam a fim de obedecer à lei civil, tal obediência é também parte da lei natural.

A *lei fundamental de natureza* hobbesiana dispõe “que todo homem deve se esforçar pela paz, na medida em que tenha esperança de a conseguir, e caso não a consiga pode procurar e usar todas as ajudas e vantagens da guerra.”²¹ Ou seja, em um estado de guerra generalizado, para alcançar a paz, a guerra pode oferecer recursos para esse fim. Dessa busca humana pela paz para sua autopreservação,

¹⁸ Ibid. p. 111.

¹⁹ Ibid. p. 245.

²⁰ BOBBIO, Norberto. *Thomas Hobbes*. p. 128.

²¹ Ibid. p. 113.

acompanham outras cerca de dezenove leis de natureza, elencadas no *Leviatã* e no *Do cidadão*, que são verdadeiros ditames de sociabilidade, que se resumem em: *não fazer aos outros o que não gostaríamos que fosse feito a nós*. A lei fundamental de natureza aponta para a conservação da vida, porquanto no estado de guerra a vida é sórdida e o homem não vive o tempo de vida disposto pela natureza. Dessa forma, quando Hobbes resume a lei de natureza em não fazer aos outros o que não gostaríamos que a nós fosse feito, condiciona o homem a sofrer as punições por suas más ações e a praticar boas ações, para o bom convívio da humanidade. Assim, se algum homem mata alguém, torna-se passível de morte.²²

A lei de natureza é divina. Segundo Hobbes, “a mesma lei que é *natural e moral* também é merecidamente chamada de *divina*: tanto porque a razão, que é a lei de natureza, foi outorgada por Deus a cada homem como regra de suas ações,” porque os preceitos de vida que dela derivam coincide com aqueles promulgados por Cristo, pelos santos, apóstolos e profetas, e se origina de Deus que tem direito de mando sobre todas as coisas.²³ São teoremas referentes ao que conduz o homem a sua conservação e defesa, acompanhados de uma lista de virtudes morais tradicionais, que conduzem à paz e ao bem-viver, a saber, a *justiça*, a *gratidão*, a *modéstia*, a *equidade*, a *misericórdia* e todas as demais leis de natureza.²⁴ Ou seja, a lei de natureza não tem valor como norma jurídica, seu valor é para demonstrar racionalmente os motivos pelos quais devemos conduzir-nos, mas podem ser valoradas como leis uma vez proclamadas por Deus. A norma jurídica, por sua vez, emana do soberano que detém o direito de, alicerçado em um contrato, resultante de um acordo entre os homens, constituí-la e efetivá-la.

²² As leis fundamentais de natureza lockiana e hobbesiana possuem certa proximidade. Pois, ambas visam, em última análise, preservar a vida, a boa vida.

De acordo com Locke, a grande máxima em que se baseia a grande lei de natureza é “que quem derramar o sangue de outro homem, condiciona-se a que seu sangue seja de igual modo derramado.” Locke alude ao relato bíblico do Jardim do Éden, justificando que esta verdade está guardada no coração dos homens, pois Caim poderia ser destruído por qualquer homem que o encontrasse, porquanto derramara o sangue de seu irmão Abel. De qualquer forma, sua teoria persegue a paz política que possibilite a sociabilidade. CF. LOCKE. *Dois tratados sobre o governo civil*. p. 389.

²³ HOBBS, Thomas. *Do cidadão*. p.75.

²⁴ HOBBS, Thomas. *Leviatã*. p.137.

De acordo com Hobbes, a lei de natureza é uma lei moral, pois a filosofia moral é a ciência do que é *bom e mau* no convívio da sociedade, ou seja, “as leis de natureza são a suma da filosofia moral”.²⁵

Como a razão declara que a paz é uma boa coisa, segue-se, pela mesma razão, que todos os meios necessários para a paz igualmente o são; e, portanto, que a modéstia, a equidade, a confiança, a humanidade, misericórdia (que demonstramos serem necessárias à paz) são boas maneiras ou hábitos bons, isto é, virtudes. Em consequência, a lei ordena também, como meios para a paz, que tenhamos bons modos, ou seja, que pratiquemos a virtude: e por isso ela é dita moral.²⁶

A lei de natureza é um preceito estabelecido pela razão, e define o que é bom ou mau para a conservação dos homens. A razão delinea as virtudes necessárias para alcançar a paz como objetivo político.

Devemos aqui perguntar-nos sobre a eficácia das leis vigentes na época de Hobbes, se considerarmos que a experiência sobre a qual fundou sua doutrina do estado de natureza é a guerra civil, da qual foi vítima. Em sua época, diversos teóricos e monarcas ainda buscavam justificar o fundamento da obediência a partir do pretenso direito divino dos reis. Jaime I²⁷ e seu filho Carlos I, por exemplo, buscaram justificar seu suposto direito divino a fim de legitimar o fundamento da monarquia absoluta. Por outro lado, as leis elaboradas pelos juizes e o parlamento não tinham clareza, por isso Hobbes, na sua controvérsia com Sir Edward Coke, acusou os juizes de elaborarem leis confusas. As leis eram escritas em *Law French*, que é uma mistura de inglês com francês medieval, que dificultava o entendimento e a clareza do leitor comum e não tinham a eficácia almejada. Acresce-se a isso, que a vigência das *leis de natureza* sem um poder capaz de obrigar o seu cumprimento, como vimos, não garante a certeza da obediência, devido à igualdade e à liberdade natural em que os

²⁵ HOBBS, Thomas. *Do cidadão*. p.73.

²⁶ *Ibid.* p.72.

²⁷ A obra Verdadeira lei das monarquias livres, de Jaime I (1566-1625), publicada na Inglaterra em 1603, é uma dessas apologias à teoria do direito divino. Ressalta-se, entretanto, o esforço de Jaime I, em tornar claras as leis da Inglaterra: defendia a mudança na feitura das leis, porquanto eram elaboradas em *Law French*. Evidentemente sua intenção era de melhor entendê-las e assim poder manipulá-las.

Sir Robert Filmer (1588-1653), autor da obra *Patriarca, ou acerca do poder natural dos reis*, é outro expoente daquela teoria, e encontra em Adão a legitimidade para o exercício do hereditário direito divino real.

homens se encontram, no âmbito das quais, buscam defender seus interesses, e isso suscita o medo e a guerra entre eles.

O jurista Sir Eduard Coke, oponente de Hobbes, era defensor da *common law*, o direito consuetudinário anglo-saxão, resultado das relações sociais e adotada pelos juízes nomeados pelo rei. Os defensores da *common law* não reconhecem o Contrato, por entenderem ser a *common law* a liberdade do inglês, resultado do costume, à qual o soberano deveria submeter-se. Para Hobbes isso é inconcebível, primeiramente porque tal concepção confunde direito e lei, por isso, esforça-se para diferenciá-los, e afirma que: “embora os que têm tratado deste assunto costumem confundir *Jus* e *Lex*, o direito e a lei, é necessário distingui-los um do outro.”²⁸ Sua concepção é romana e não consuetudinária, conforme a de Coke. Por outro lado, não pode haver lei sem antes instituir quem a faça: “nenhuma lei pode ser feita sem antes se ter concordado quanto à pessoa que deverá fazê-la.”²⁹ Por conseguinte, Hobbes não acolhe a lei independente e anterior ao contrato, porquanto a lei civil deve derivar da vontade do soberano que, para garantir o bem-estar dos pactuantes, é socorrido pelos ditames da reta razão. De acordo com Hobbes, o costume não é lei em razão de sua reiterada aplicação ao longo do tempo, mas pode tornar-se lei civil,³⁰ desde que não seja contrário à lei de natureza e tenha o assentimento tácito do soberano.³¹

Enquanto as leis de natureza são um conjunto de virtudes morais “que obrigam *in foro interno*,”³² isentas de valor como norma jurídica, que conduzem o homem à autoconservação, a lei civil, por sua vez, é *in foro externo*:

Considerado isto, defino a lei civil da seguinte maneira: A LEI CIVIL é para todo súdito constituída por aquelas regras que a república lhe impõe, oralmente ou pro escrito, ou por outro sinal suficiente da sua vontade, para usar como critério de distinção entre o bem e o mal, isto é, do que é contrário à regra.³³

²⁸ HOBBS, Thomas. *Leviatã*. p.112.

²⁹ *Ibid.* p. 110.

³⁰ A fonte primária do direito brasileiro é a lei civil, contudo, na ausência da lei, o juiz pode apropriar-se do costume, dos princípios gerais do direito, da equidade e da jurisprudência.

³¹ *Ibid.* p. 227.

³² *Ibid.* p. 136.

³³ *Ibid.* p. 226.

A lei civil deve assegurar a paz aos pactuantes, o que possibilita a conservação da vida e a fruição dos bens resultantes da empresa humana. Entretanto, a inobservância do pacto acarreta punição do pactuante infrator, já que a terceira das cerca de vinte leis de natureza elencadas por Hobbes, aponta para o cumprimento dos pactos celebrados.³⁴ Essa punição possibilita, como diríamos hoje, a chamada segurança jurídica, ou seja, a garantia de que a lei será cumprida, pois qual sentido haveria se apenas alguns dos pactuantes cumprissem o pacto e as leis civis instituídas pelo soberano? Certamente voltaríamos ao estado de guerra.

Aquele que detém o poder soberano deve aplicar sanções que tornem desvantajoso o descumprimento das leis civis, para garantir a sociabilidade no Estado. Os súditos, por seu turno, devem autorizar e assumir como suas as ações do soberano, com o propósito de garantir o seu direito à vida e aos meios de usufruir. No entanto, para garantir a defesa da república, todos os pactuantes capazes devem dispor-se a pegar em armas e expor suas vidas, se necessário, para garantir a soberania, o que está em conformidade com a finalidade do pacto. Faz-se necessário, também, para dar efetividade as leis civis a constituição de um exército, para garantir a segurança interna e externa.³⁵ Os soldados desse exército estão sujeitos à pena capital, não, porém, aqueles de *coragem feminina* que por medo desistem de guerrear, exceto nos casos de traição.³⁶

A aplicação da pena capital não é a regra na teoria hobbesiana. Nos capítulos XIV e XXI do *Leviatã* estão expressos a desobrigação de pactuar ou acatar leis que atentem contra a vida dos pactuantes, pois “os pactos no sentido de cada um abster-se de defender o próprio corpo são nulos.”³⁷ É verdade que se tornou lugar-comum conceber que Hobbes não previu a possibilidade de desobediência em sua teoria, mas, se o objetivo do pacto é garantir a vida, como o soberano dela disporia a bel-prazer? A razão do pacto é a proteção da vida dos pactuantes garantida pelo soberano. Portanto os súditos têm a obrigação de obedecer enquanto ele for capaz de os

³⁴ Ibid. p. 124.

³⁵ HOBBS, Thomas. *Diálogo entre um filósofo e um jurista*. p. 42-43.

³⁶ HOBBS, Thomas. *Leviatã*. p. 186.

³⁷ Ibid. p. 185.

proteger,³⁸ inclusive o condenado à morte pelo soberano tem o direito de pela força resistir para preservar sua vida,³⁹ pois, nessas condições já se rompeu o pacto.⁴⁰

Ninguém tem a liberdade de resistir à espada da república em defesa de outrem, seja culpado ou inocente. Porque essa liberdade priva a soberania dos meios para nos proteger, sendo, portanto destrutiva da própria essência do governo. Mas caso um grande número de homens em conjunto tenha já resistido injustamente ao poder soberano, ou tenha cometido algum crime capital, pelo qual cada um deles pode esperar a morte, terão eles ou não a liberdade de se unirem e se ajudarem e defenderem uns aos outros? Certamente que a têm: porque se limitam a defender as suas vidas, o que tanto o culpado como o inocente podem fazer. Sem dúvida, havia injustiça na primeira falta ao seu dever; mas o ato de pegar em armas subsequente a essa primeira falta, embora seja para manter o que fizeram, não constitui um novo ato injusto. E se for apenas para defender as suas pessoas de modo algum será injusto.⁴¹

O soberano tem a faculdade de punir os infratores a fim de garantir a soberania, outrossim, os súditos têm o direito de buscar os meios de preservar suas vidas, que é a razão dos indivíduos pactuarem. No caso dos soldados, ao se alistarem fazem uma espécie de pacto de, se necessário, exporem suas vidas para garantir a soberania, sobretudo, pelo fato de receberem dinheiro público para tal fim,⁴² em caso contrário os soldados estariam cometendo crime.

Cabe ao soberano definir o que vem a ser crime. De acordo com Hobbes, “crime consiste em cometer algo que a lei proíbe, ou omitir-se de algo que a lei ordena.”⁴³ Ou seja, é o soberano quem detém o monopólio de legislar, julgar, e revogar as leis civis. Ele deve agir conforme a lei natural, de acordo com a reta razão, e julgar com equidade, sem medo, raiva, ódio, amor ou compaixão, ter desprezo pelas riquezas desnecessárias, ser paciente para ouvir e saber aplicar as leis.⁴⁴ Desta forma, as leis civis promulgadas pelo soberano não devem infringir as leis naturais. Portanto, o que o soberano estabelecer como sendo crime deve estar em conformidade com a finalidade do pacto.

³⁸ Ibid. p. 188.

³⁹ BOBBIO, Norberto. *Thomas Hobbes*. p. 123.

⁴⁰ Ibid. p. 123.

⁴¹ HOBBS, Thomas. *Leviatã*. p. 187.

⁴² Ibid. p. 186.

⁴³ Ibid. p. 247.

⁴⁴ Ibid. p. 240.

O soberano ou a assembléia soberana pode constituir juízes e intérpretes da lei, desde que ajam de acordo com a razão do soberano, que por sua vez deve legislar com vistas ao bem estar dos pactuantes. Hobbes estava, certamente, preocupado em evitar o mau uso da eloquência pelos temidos retóricos que apenas visavam à vitória, sobretudo no Parlamento, que com suas técnicas poderiam mudar o verdadeiro sentido da lei. “Porque a natureza da lei não consiste na letra, mas na intenção ou significado, isto é, na autêntica interpretação da lei,”⁴⁵ o que permite a certeza de sua aplicação conforme idealizada pelo legislador, evitando desse modo, a relativização das leis pelos retóricos, que movidos pelas paixões atentariam apenas para os seus próprios desígnios.

As leis civis podem ser distributivas ou penais. As distributivas são aquelas que definem o *meu* e o *teu*, ou seja, é a que estabelece a propriedade. Tal definição não é garantida pela lei natural, é, contudo, com a lei civil que a propriedade adquire vigência. As leis penais, por sua vez, são as que cominam as penas aos infratores da lei, àqueles que inobservam os pactos e as leis estabelecidas pelo soberano.⁴⁶ Em suma, as leis civis promulgadas pelo soberano são as que definem os crimes e suas respectivas penalidades, estabelecem a propriedade e possibilitam sua fruição. Contudo, tais leis devem estar em consonância com as leis naturais, aquele conjunto de teoremas concernentes ao que conduz o homem à conservação de sua vida, acompanhados de uma lista de virtudes morais tradicionais que encaminham à paz.

As leis civis devem impor medo aos pactuantes, a fim de tornar desvantajoso o seu descumprimento.

Espero que ninguém vá duvidar de que, se fosse removido todo o medo, a natureza humana tenderia com muito mais avidez à dominação do que a construir uma sociedade. Devemos portanto concluir que a origem de todas as grandes e duradouras sociedades não provém da boa vontade recíproca que os homens tivesse uns com os outros, mas do medo recíproco que uns tinham dos outros.⁴⁷

⁴⁵ Ibid. p. 234.

⁴⁶ Ibid. p. 242.

⁴⁷ HOBBS, Thomas. *Do cidadão*. p. 28.

Hobbes parece remeter-nos à lenda do anel mágico de Giges⁴⁸ para mostrar que a ausência de lei capaz de impor medo aos homens, fatalmente promove a busca por seus próprios interesses, o que gera um estado de anarquia. Temos então, que o homem abdica ao estado de guerra por medo, e submete-se, por meio do pacto, a leis civis capazes de impor-lhes medo a ponto de não compensar a infração das leis. Portanto, a lei civil possibilita a garantia do cumprimento do pacto. Em suma, a lei civil emana da boca daquele grande *Leviatã*, e liga-se aos ouvidos dos súditos como um laço artificial que limita certas liberdades naturais e autoriza certas condutas dos súditos para assegurar-lhes o bem-estar.

3.3 Direito natural e direito positivo

No hipotético estado de natureza todo homem é portador do direito de dispor de todas as coisas necessárias à conservação de sua natureza, devendo engajar-se em promovê-la. Sua dotação pela natureza, em proporções iguais, sem algum tipo de efetivo obstáculo externo, possibilita aos indivíduos movidos pelas paixões buscarem incondicionalmente preservar suas vidas. Esse direito natural ou liberdade para possuir todas as coisas deve ser limitado pela lei civil, constituída a partir da vontade do soberano como resultado do pacto. Isso remete-nos ao problema da relação de supremacia entre o direito natural e direito positivo.

De acordo com aqueles que entendem que na teoria hobbesiana encontra-se elementos que fundamentam o positivismo jurídico, o direito natural subordina-se ao direito positivo, visto que aquele oferece o conteúdo e este o torna obrigatório e eficaz. Os jusnaturalistas, por seu turno, concebem ser o direito natural o fundamento de validade do ordenamento jurídico, não apenas seu conteúdo, subordinando, desse modo, o direito positivo ao direito natural.

Norberto Bobbio entende que o direito positivo depende do direito natural não quanto ao conteúdo, mas sim quanto à validade.⁴⁹ Tal concepção possibilita certa supremacia do direito natural sobre o direito positivo. De acordo com Norberto

⁴⁸ Platão relata em sua *República* (359a), que Giges encontrou em uma fenda um anel mágico com poder de torná-lo invisível, do qual se apossou, matou o rei, usurpou o trono e seduziu a rainha.

⁴⁹ BOBBIO, Norberto. *Thomas Hobbes*. p. 139.

Bobbio, “a obrigação de obedecer ao soberano é um direito natural; e que, uma vez constituído o Estado, não existe para os súditos, salvo em casos excepcionais e bem delimitados, outra obrigação natural (ou moral) além daquela de obedecer”.⁵⁰ Para tal afirmação, Bobbio se apropria da passagem que Hobbes diz que “a lei da natureza manda obedecer a todas as leis civis em virtude da lei natural que proíbe violar os pactos.” Desse modo, Bobbio confunde as concepções de lei e direito, porquanto Hobbes é categórico ao demonstrar a diferença entre ambos, afirmando que a lei tem caráter obrigacional, enquanto que o direito é facultativo:

Porque, embora os que têm tratado deste assunto costumem confundir *Jus* e *Lex*, o *direito* e a *lei*, é necessário distingui-los um do outro. Pois o DIREITO consiste na liberdade de fazer ou omitir, ao passo que a LEI determina ou obriga a uma dessas coisas. De modo que a lei e o direito se distinguem tanto quanto a obrigação e a liberdade, as quais são incompatíveis quando se referem a mesma questão.⁵¹

Entendemos que o direito natural não apenas fornece o fundamento de validade, mas também o conteúdo, sem, contudo, exercer supremacia sobre o direito positivo. O direito de preservação da vida, por exemplo, é um direito natural que permanece mesmo com a instituição do direito positivo, e cabe ao soberano garanti-lo, por tratar-se da finalidade do pacto. Para Renato Janine, “o direito de natureza mantém-se na própria lei, como reserva caso o indivíduo não alcance a paz almejada: não se suprime o direito de cada homem à vida.”⁵²

Com isso, nos deparamos com o problema da possibilidade de o soberano dispor da vida dos pactuantes, pois, se a razão do pacto é a sua preservação, não estaria ele rompendo o pacto? Poderíamos responder que não, porquanto o soberano não renunciou ao seu direito natural, sendo assim, não comete infração. Por outro lado, suas ações são autorizadas pelos pactuantes.⁵³ Em Hobbes, a vida é valor supremo e incondicionado, tendo o pactuante culpado ou inocente o direito de defendê-la. De acordo com Renato Janine:

⁵⁰ Ibid. p. 140.

⁵¹ HOBBS, Thomas. *Leviatã*. p. 112.

⁵² RIBEIRO, Renato Janine. *Ao leitor sem medo: Hobbes escrevendo contra o seu tempo*. p. 93.

⁵³ Ibid. p. 94.

A razão é simples: socializei-me para garantir a vida, precária na condição natural de guerra; se o próprio soberano a ameaçar, devo reaver a liberdade para defendê-la. A vida é valor supremo e incondicionado: têm direito a lutar por ela tanto o inocente como o criminoso.⁵⁴

Nessas condições, em que a razão do pacto é infringida, certamente restabelece-se o estado de natureza, ou seja, o direito de defender a própria vida. Entretanto, não podemos deixar de observar que a teoria do direito natural hobbesiana busca defender o máximo de soberania compatível com o mínimo de resistência.⁵⁵ Vale lembrar ainda que a experiência sobre a qual Hobbes funda sua doutrina do estado de natureza é a guerra civil, e para evitar tal conjuntura devem ser suprimidos certos direitos em prol da proteção do bem maior, a saber, a vida. Por essa razão, Bobbio afirma que Hobbes extraiu parte da sua doutrina do direito natural do direito de guerra.⁵⁶

O homem hobbesiano é um predador que busca lançar mão de tudo aquilo que entende ser necessário para sua conservação. Essa liberdade, contudo, deve ser limitada pela lei, para evitar a guerra de todos contra todos. Conceber que tal limitação surge com o pacto, através das leis civis, seria subordinar o direito natural ao direito positivo. Desse modo, parece exaurir-se o sentido do direito natural da filosofia de Hobbes. Todavia, se considerarmos que o direito positivo não deve ferir o direito natural, teremos então que: preserva-se o conteúdo deste, sem subordiná-lo ao direito positivo de forma absoluta. Por outro lado, se concebermos que o direito natural é o fundamento de validade do direito positivo, como entende Bobbio, esvazia-se o sentido do direito positivo na filosofia hobbesiana.

Se lançarmos o olhar para a antiguidade, veremos que o jusnaturalismo aristotélico busca fundamentar o direito a partir da *phýsis*, de natureza, daquele movimento de criação espontânea. Sua vigência é universal, porquanto se manifesta em qualquer lugar. O direito natural é a norma não escrita que regula os comportamentos humanos concernentes às ações boas ou más. O direito positivo, por sua vez, é a norma escrita que varia de acordo com o lugar de sua vigência, e regula

⁵⁴ RIBEIRO, Renato Janine. *A marca do Leviatã: ao leitor sem medo*. p. 93.

⁵⁵ BOBBIO, Norberto. *Thomas Hobbes*. p. 139.

⁵⁶ *Ibid.* p. 136.

as ações indiferentes não supridas pelo direito natural, conforme o começo do capítulo 7, do livro 5 da *Ética a Nicômacos*:

Da justiça política, uma parte é natural e a outra parte é legal. A natural é aquela que tem a mesma eficácia em qualquer lugar, e independe das opiniões humanas. A legal, em sua origem, é indiferente quanto ao proceder, mas deixa de sê-lo, uma vez estabelecida.⁵⁷

O direito natural, segundo Aristóteles, independe da vontade humana e tem alcance universal, mas não prevê todas as situações a serem reguladas. Por essa razão, erigi-se o direito positivo por meio de leis a partir das opiniões humanas. A vigência deste é particular, pois varia de acordo com o lugar, e regula as situações não previstas pelo direito natural, tornando-as obrigatórias. Com isso, nos deparamos com a possibilidade de conflito na relação de superioridade entre o direito natural e o direito positivo na filosofia aristotélica. Para Aristóteles, o direito natural é o mais próprio do homem, pois está em consonância com a natureza, portanto, é mais justo que o direito positivo. Afinal, o homem é um *zoon politikon*, que tem à sua disposição a lei de natureza e a equidade para socorrê-lo, sempre que a lei civil infringir seu direito natural.⁵⁸ Tal aparente supremacia do direito natural sobre o direito positivo e vigência concomitante da lei de natureza e da lei civil é inconcebível para Hobbes, pois sublimar o direito natural significa retornar ao estado de natureza. Contudo, como vimos, Hobbes faz reservas a certos direitos irrenunciáveis, como o direito à vida, o que, para ele, não é um problema, pois sempre que este direito estiver ameaçado restabelece-se o estado de natureza, e rompe-se o pacto.⁵⁹

O jusnaturalismo escolástico apropriou-se da concepção aristotélica ao conceber ser o direito natural independente da vontade humana, porém, atribui sua fonte a Deus, criador de todas as coisas segundo a tradição judaico-cristã. O direito natural está contido, então, no Evangelho, e a lei de natureza torna-se a lei de Deus, expressa no decálogo do Antigo Testamento e nas pregações de Jesus.⁶⁰ É evidente que, nessa tradição, o direito natural impõe-se supremo sobre o direito positivo e sobre os

⁵⁷ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. p. 331.

⁵⁸ BOBBIO, Norberto. *Locke e o direito natural*. p. 34-35.

⁵⁹ HOBBS, Thomas. *Leviatã*. p. 188.

⁶⁰ BOBBIO, Norberto. *Locke e o direito natural*. p. 37.

costumes, porquanto tudo o que se contrapõe ao direito natural é isento de validade. Portanto, o direito positivo deve derivar-se e subordinar-se ao direito natural para que seja autêntico. O direito natural não apenas oferece o conteúdo, mas sim, é condição de validade do direito positivo, pois todas as esferas do direito positivo já estão previstas no direito natural. Esse, por exemplo, ordena não matar, tal ordenança deve permanecer no direito positivo, e o legislador deve apenas cominar a devida penalidade.⁶¹

O jusnaturalismo moderno inaugura uma nova concepção de natureza. A natureza torna-se o conjunto das condições de fato que os indivíduos devem considerar para regular sua coexistência recíproca. O direito natural manifesta-se então na natureza do homem, enquanto ser dotado de razão. O direito natural passa a ser técnica racional da coexistência, e parte da natureza egoísta do homem associial.⁶² Hobbes está inserido nessa tradição, cuja inauguração Norberto Bobbio credits ao filósofo. Segundo Bobbio, Hobbes é “o pensador que buscou construir um sistema político dedutivo, com seu postulado ético originário e as prescrições secundárias.”⁶³

Para Bobbio, “Hobbes é um jusnaturalista, ao partir, e um positivista, ao chegar”,⁶⁴ isto é, Hobbes se apropria do jusnaturalismo para fundamentar o positivismo. “A lei natural põe toda sua força a serviço do direito positivo e, desta forma, morre ao dar à luz o seu filho”⁶⁵: o direito positivo. Este resulta da vontade do soberano, é criação artificial. Mediante a arte, os homens imitam a natureza e criam o soberano capaz de criar o direito positivo para garantir a paz e a preservação de suas vidas.

Em John Locke o direito natural mantém sua vigência mesmo após a constituição do Estado civil, porquanto este é constituído para garantir a fruição dos direitos naturais, visto que esses não constituem causa deflagradora de guerra entre os homens. É, porém, a ausência de um juiz imparcial a causa da degeneração do estado de natureza. Esse inconveniente, e a presença de infratores da lei de natureza entregues ao *amor-próprio*, a *paixão*, a *inclinação para o mal* e a *vingança*, apontam

⁶¹ Ibid. p. 39.

⁶² BOBBIO, Norberto. *Thomas Hobbes*. p. 136.

⁶³ Ibid. p. 134.

⁶⁴ BOBBIO, Norberto. *Locke e o direito natural*. p. 40.

⁶⁵ Ibid. p.44.

para a constituição do Estado. Para tanto, os indivíduos consentem livremente em abdicar de parte de sua liberdade natural para juntamente, mediante acordo racional, constituírem uma sociedade civil podendo, desse modo, estabelecer a forma de governo que entendam ser a mais apropriada,⁶⁶ a fim de garantir o gozo dos seus direitos naturais.

A única maneira pela qual uma pessoa renuncia à liberdade natural e se reveste dos laços da sociedade civil consiste em concordar com outras pessoas em juntar-se em comunidade para viverem com *segurança, conforto e paz* umas com as outras, gozando garantidamente das propriedades que tiverem e desfrutando de maior *proteção* contra quem quer que não faça parte dela. Qualquer número de homens pode fazê-lo, porque não prejudica a liberdade dos demais; *ficam como estavam na liberdade do estado de natureza*. Quando qualquer número de homens consentiu desse modo em constituir uma comunidade ou governo, ficam de fato, a ela incorporados e formam um corpo político no qual a maioria tem o direito de agir e resolver por todos.⁶⁷

A liberdade, a igualdade, a vida e todos os bens comuns dispostos na natureza, são direitos naturais, inerentes ao homem, sua propriedade em *sentido amplo*, pois todos os homens deles dispõem igualmente. Entretanto, mediante o trabalho o homem individualiza o que antes a natureza dispunha em comum, e dá início à propriedade em *sentido estrito*. Ou seja, o trabalho pode dar início a um título de propriedade sobre as coisas que antes a todos era comum.⁶⁸

O trabalho, segundo Leo Strauss, toma o lugar da arte que imita a natureza, é uma atitude negativa com relação à natureza. A negação da natureza é o caminho da felicidade. Graças aos seus esforços o indivíduo acumula e goza da garantia de desfrutar dos seus bens, ao que ele chama de utilitarismo ou hedonismo político.⁶⁹ Conseqüentemente, Strauss coloca-nos que: o homem vive em função do direito natural, assegurado pelo Estado.

Macpherson, por sua vez, afirma que o trabalho constitui propriedade absoluta do indivíduo, o que justifica o direito individual de apropriação, com isso fornece

⁶⁶ LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo civil*. p. 477.

⁶⁷ Ibid. p. 468.

⁶⁸ Ibid. p. 429.

⁶⁹ STRAUSS, Leo. *Droit naturel et histoire*. p. 218.

base moral positiva para a sociedade capitalista.⁷⁰ E, com a invenção do dinheiro, mediante mútuo consentimento, os homens trocam o trabalho por bens úteis, necessários à vida.⁷¹ Conseqüentemente, os homens podem alienar seu trabalho mediante contrato, em troca de objetos duráveis, como o ouro, o diamante e o dinheiro. Conforme foi dito anteriormente, Macpherson observa no estado de natureza, tanto hobbesiano quanto lockiano, a representação da sociedade de mercado possessivo. Dessa forma, em Locke, os direitos naturais, a serem resguardados são, na verdade, os interesses mercantilistas dos homens de posses que na sua maioria dominavam a bolsa de valores de Londres. Por essa razão, o estado civil deveria apenas garantir de forma imparcial os direitos naturais próprios do homem. Portanto, o estado civil lockiano não é uma antítese do hipotético estado de natureza, ou seja, nesse estado, o natural direito à vida, à liberdade, à igualdade e à propriedade, por exemplo, permanecem mesmo após a constituição do Estado, pois sua finalidade é garanti-los, o que possibilita limitar o poder Estado.

Rousseau segue a trilha de Locke quanto à preexistência do natural direito à propriedade. O Estado surge, então, com o objetivo de garantir a propriedade e a liberdade natural, transformada em liberdade civil. Contudo, se no originário estado de natureza o homem goza de seus direitos naturais, por que razão transferi-lo ao soberano, e constituir o Estado civil? Ao instituir-se o Estado, mediante o pacto, o homem substitui seu ilimitado direito a todas as coisas, ou seja, sua liberdade natural, em troca da liberdade civil e do gozo dos bens que possuía no estado de natureza, em que a liberdade natural é limitada apenas pela força individual; a liberdade civil, por sua vez, encontra seu limite na vontade geral.⁷² A vontade geral é a que expressa o que há em comum em todas as vontades individuais formando o vínculo social. Desse modo, a soberania exercer-se-á somente pautada no interesse comum e nunca visando apenas o interesse particular. Sendo assim, a soberania nada mais é do que o exercício da vontade geral, pois resulta do concerto das forças dos contraentes visando a utilidade pública. O povo, na qualidade de contraente é soberano,

⁷⁰ MACPHERSON, Crawford Brough. *A teoria política do individualismo possessivo de Hobbes a Locke*. p.233.

⁷¹ LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo civil*. p. 426.

⁷² ROUSSEAU, Jean-jacques. *Du contrat social ou principes du droit politique*. p.83.

porquanto funda a soberania na *vontade geral*, expressa pelo legislativo. A vontade geral é a busca pelo bem comum de acordo com o interesse da coletividade, isto é, de todos os membros da comunidade. A vontade particular, por sua vez, tem como fim o interesse individual, manifesto na administração dos negócios privados em busca de benefícios particulares. Ou seja, cada contraente se aliena totalmente constituindo um corpo político, isto é, uma pessoa pública chamada Estado que por meio do legislativo elabora leis que visam o interesse comum e garantam a liberdade civil e os bens de cada contraente. Suas leis devem ser abstratas, pois seu fim é sempre geral, sem distinção entre os contraentes. Ao executivo, em sua ação governamental, cabe aplicar a regra geral da lei aos casos particulares, dada a sua relevância e urgência. Aos magistrados, em seu turno, toca-lhes julgar concretamente as lides com sabedoria e equidade, e zelar pelo pacto sem, contudo, alterá-lo. Nesse sentido o povo é soberano, detentor da vontade geral que os leva a agir em cooperação.

Para Rousseau, o poder pode transmitir-se, não, porém, a vontade geral. A soberania, nada mais é do que o exercício da vontade geral, que não pode jamais ser alienada, pois o soberano é somente um ser coletivo que pode ser representado apenas por si mesmo.⁷³ Rousseau permite a possibilidade de alienar os direitos naturais, pois todo homem tem o direito de arriscar sua vida para preservá-la, e sendo o Estado um desses meios, ele deverá sacrificar seus direitos naturais para garanti-los. Isto é, os homens pactuam para preservar suas vidas, mas o soberano dela pode dispor para garantir a soberania: mediante o exercício da vontade geral expressa no pacto, a fim de garantir a vida e os meios necessários para a manutenção dos pactuantes. Todavia, Rousseau observa que a pena capital não é a regra, porquanto sua excessiva aplicação demonstra a fragilidade do Estado.⁷⁴ Podemos concluir que, conforme Hobbes, nessas condições o pacto foi rompido.

De acordo com Raymond Polin, a segurança é a forma primordial de assegurar a liberdade dos pactuantes.⁷⁵ Portanto, a segurança alcançada mediante o pacto, visa garantir o direito à vida e aos meios necessários para dela fruir. O homem hobbesiano

⁷³ Ibid. p. 91.

⁷⁴ Ibid. p.100-101.

⁷⁵ ZARKA, Yves Charles et BERNHARDT, Jean. *Thomas Hobbes: Philosophie première, théorie de la science et politique*. p. 332.

transfere seus direitos naturais ao soberano na medida necessária para sua segurança. Vale lembrar que, em Hobbes, é inconcebível a vigência suprema do direito natural, porquanto redundaria no enfraquecimento da soberania, apesar de fazer reserva a certos direitos, como a vida, por exemplo. Por outro lado, Hobbes não concebe ser a propriedade um direito natural, ela decorre do pacto, e é instituída pelo soberano, visto que no estado de natureza todos têm igual direito a todas as coisas, o que resulta em um direito a nada. Portanto, não há propriedade no estado de natureza, conforme pretendia a teoria de Locke, e até mesmo Rousseau, com a instituição de um juiz imparcial capaz de garantir a fruição dos direitos naturais preexistentes desde o estado de natureza. Desse modo, o direito positivo visa garantir certos direitos naturais inobservados naquele estado de guerra.

Em Hobbes, o soberano deve deter o máximo de poder possível para garantir a finalidade do pacto, o que não implica em infringi-lo. O direito natural mantém-se na própria lei como reserva caso não seja alcançada a paz e a segurança almejada: não se suprime arbitrariamente o direito de cada homem à vida.⁷⁶

3.4 Justiça e propriedade

O estado de natureza hobbesiano é claramente a negação da sociedade civilizada.⁷⁷ As noções de justiça e de propriedade⁷⁸ não são possíveis em tal estado de guerra.

⁷⁶ RIBEIRO, Renato Janine. *Ao leitor sem medo: Hobbes escrevendo contra o seu tempo*. p. 93.

⁷⁷ MACPHERSON, Crawford Brough. *A teoria política do individualismo possessivo de Hobbes a Locke*. p.34.

⁷⁸ O homem de Rousseau no estado de natureza estava preocupado, primeiramente, em satisfazer as necessidades básicas de sua existência, manifesto na busca de alimentos, de proteção e no impulso natural de procriação para a perpetuação da espécie, que concorreu para a constituição da família, resultado do hábito da convivência em comum, fazendo nascer em seu seio o amor conjugal e o amor paternal. Em um primeiro momento, segundo Rousseau, a terra dispunha dos bens necessários para sua conservação. Embora precisasse concorrer com os animais pelo mesmo alimento, o homem encarregou-se posteriormente de prover a subsistência, por meio da pesca, da caça e dos frutos do campo, enquanto a mulher tornou-se mais sedentária, cuidando dos filhos e da cabana, o que gerou a aglomeração de várias famílias em uma mesma região e deu origem a pequenas nações particulares sob a mesma influência climática, alimentação e gênero de vida, vivendo, contudo, na mais perfeita harmonia. É, para Rousseau, o tempo mais feliz e duradouro da humanidade, porquanto neste estado o homem é livre, bom, sadio e feliz, gozando dos frutos do campo, da pesca e da caça, acumulando, apenas, o necessário para seu consumo imediato, sem preocupar-se em armazenar além do necessário

Desta guerra de todos os homens contra todos os homens também isto é consequência: que nada pode ser injusto. As noções de certo e errado, de justiça e injustiça, não podem aí ter lugar. Onde não há poder comum não há lei, e onde não há lei não há justiça. Na guerra, a força e a fraude são as duas virtudes cardeais. A justiça e a injustiça não fazem parte das faculdades do corpo ou do espírito. Se assim fosse, poderiam existir num homem que estivesse sozinho no mundo, do mesmo modo que os seus sentidos e paixões. São qualidades que pertencem aos homens em sociedade, não na solidão. Outra consequência da mesma condição é que não há propriedade, nem domínio, nem distinção entre o *meu* e o *teu*; só pertence a cada homem aquilo que ele é capaz de conseguir, e enquanto for capaz de conservar.⁷⁹

O igual direito natural a todas as coisas redundava em um direito a nada, já que não há distinção entre o *meu* e o *teu*. A teoria do igual direito natural a todas as coisas, presente em Hobbes, é também manifesta em Rousseau. A diferença reside na maneira como a coisa é partilhada, isto é, no estado de natureza hobbesiano, o homem é um verdadeiro predador freado apenas por outro predador, em tese mais forte ou mais astucioso. Enquanto que o homem natural de Rousseau é o que ele assim descreve:

Ora, nada é mais terno que o homem em seu estado primitivo, quando, disposto pela natureza a igual distância da estupidez dos brutos e das luzes sinistras do homem civil, e impelido tanto pelo instinto quanto pela razão de proteger-se do mal que o ameaça, é limitado pela piedade natural de fazer mal a alguém sem motivo, ou mesmo depois de alcançado por algum mal. Porque segundo o axioma do sábio Locke: não haveria afronta se não houvesse propriedade.⁸⁰

A propriedade⁸¹ é, para Rousseau, uma das causas de conflito e degeneração do estado de natureza. Disso segue-se que, em Rousseau, o direito de propriedade em

para sua subsistência. De acordo com Rousseau, este estado harmônico finda com o surgimento da *propriedade*. CF. ROUSSEAU. *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité*. p.171.

⁷⁹ HOBBS, Thomas. *Leviatã*. p. 111.

⁸⁰ ROUSSEAU, Jean-jacques. *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité*. p.170.

⁸¹ Locke concebia a propriedade procedente do trabalho como sendo fruto de convenção positiva. Ou seja, no estado de natureza todos os homens têm direito à vida, à liberdade e à tudo o que a terra dispõe para sua conservação. Assim, todo homem é proprietário em sentido amplo. O trabalho, porém, distinguirá o comum do particular e atribuirá valor à propriedade. O trabalho retira a propriedade da esfera do comum e a particulariza. A exemplo do *impostor*, de Rousseau, que cerca determinado terreno pretendendo-se proprietário, o homem de Locke ara, semeia, colhe os frutos da terra e atribui valor ao fruto do seu trabalho, e constitui para si a propriedade, em sentido estrito.

O pacto proposto por Locke tem como fim último, segundo Macpherson, a preservação da propriedade, isto é, os homens pactuam, apenas, com o fim de conservar suas propriedades. CF. MACPHERSON. *A teoria política do individualismo possessivo de Hobbes a Locke*. p. 209. Isso é manifesto desde a formulação lockiana do estado de natureza, em que os homens vivem livres para cuidar da sua propriedade, e em igualdade, tendo como medida a propriedade. É certo que Locke concebe a vida, a liberdade e os bens que cada indivíduo possui como sendo propriedades necessárias de conservação. Portanto o homem não deve preda os seus semelhantes e bens, porquanto é

sentido estrito, a saber, o patrimônio resultante do trabalho humano, é fruto de convenção e instituição humana.

Em Hobbes, a disposição e o gozo da propriedade torna-se possível após a constituição de leis efetivas por um soberano, a quem a propriedade deve subordinar-se. Isto é, a propriedade⁸² surge a partir do contrato, porquanto naquela condição de guerra:

não há lugar para o trabalho, pois o seu fruto é incerto; conseqüentemente não há cultivo da terra, nem navegação, nem uso das mercadorias que podem ser importadas pelo mar; não há construções confortáveis, nem instrumentos para mover e remover as coisas que precisam de grande força; não há conhecimento na face da Terra, nem cômputo do tempo, nem artes, nem letras; não há sociedade.⁸³

Macpherson observa que os homens de posses que na sua maioria dominavam a bolsa de valores da cidade de Londres, defendiam o direito individual incondicional à propriedade, e eram simpatizantes do Partido Presbiteriano no Parlamento Inglês, cujos *ministros de Cristo*, a quem Hobbes chama de *sedutores*, buscaram limitar a cobrança de tributos feita pelo rei.⁸⁴ Entretanto, é contra essa classe burguesa que Hobbes se expõe, propondo a subordinação da propriedade ao monarca, porquanto o Parlamento vinha estabelecendo estatutos que limitavam a tributação feita pelo rei: “Nenhum imposto ou ajuda deverá ser tomado ou recolhido em nosso reino, por nós ou por nossos herdeiros, sem a boa vontade e o assentimento dos arcebispos, condes,

governado pela lei de natureza, que nada mais é do que a razão que conduz os homens, a fim de não causar danos a vida, a liberdade e a propriedade do próximo. Por outro lado, a vida humana é obra das mãos de Deus, e cabe a Ele conforme Lhe convier dela dispor. Segue-se que todos os homens são compelidos a conservar a vida de seu semelhante, a sua própria, seus bens e liberdade, e sempre que sejam postos em risco deverá protegê-los e penalizar quem os coloque. Nessa condição todo homem é juiz e executor da lei de natureza, ou seja, é naturalmente capaz de governar a si mesmo, de acordo com a razão. Contudo, devido ao amor-próprio, a paixão e a inclinação para o mal e a vingança, deve-se instituir um governo civil para evitar os importunos do estado de natureza, manifestos quando da existência de alguns infratores da lei de natureza.

⁸² No estado de natureza hobbesiano não há propriedade, posto que todos têm igual direito a todas as coisas, o que redundaria em um direito a nada. O homem se apossa pela força dos bens e do corpo dos outros, e não há espaço pacífico para produção e circulação de bens, ou seja, não há lugar para propriedade. Enquanto que no estado de natureza lockiano a produção dá-se de forma racional e sociável, e cada homem é proprietário da sua vida, característico do individualismo possessivo do séc. XVII, que concebia o indivíduo como proprietário da sua própria pessoa. CF. RIBEIRO. *Ao leitor sem medo: Hobbes escrevendo contra o seu tempo*. p. 83-84.

⁸³ HOBBS, Thomas. *Leviatã*. p.109.

⁸⁴ HOBBS, Thomas. *Behemoth ou o longo parlamento*. p. 32.

barões, cavaleiros, burgueses e outros homens livres do país.”⁸⁵ Estatutos semelhantes que limitam o agir do monarca, enfraquecem o Estado, segundo Hobbes. Por essa razão, prefere que o rei detenha o poder de arrecadar recursos para recrutar e manter um exército a fim de garantir a segurança diante de ameaças internas e externas, visto que não há quem possa “apresentar o exemplo de um único rei que tenha arrecadado uma soma excessiva, seja por conta própria ou com o consentimento do Parlamento, que não fosse para uma grave necessidade dos súditos”.⁸⁶

Hobbes alude à *Magna Carta* imposta a João Sem Terra, no século XII, pela nobreza, pelo clero e pela burguesia, fixando direitos e deveres do Rei e de seus súditos. Em um dos seus artigos impede o rei de expropriar seus súditos, senão de acordo com a lei. Tal Carta fora invocada em 1628, quando da edição da *Petição de Direitos*, imposta a Carlos I. A *Petição de Direitos* é uma espécie de segunda *Magna Carta*, redigida em grande parte, pelo conceituado jurista inglês Sir Edward Coke, a quem Hobbes dirige o Diálogo entre um filósofo e um jurista. Dentre outras coisas, a *Petição de Direitos* vetava prisões arbitrárias e o recolhimento de impostos sem o consentimento do Parlamento.⁸⁷ Condição, outrossim, as propriedades da monarquia de serem passíveis de venda.

Quando, em 1638, seu pupilo o futuro rei Carlos II atingira a maioridade, os Cavendish enfrentavam dificuldades financeiras, em decorrência de dívidas contraídas para aquisição do Solar Devonshire e de extravagâncias de seus antecessores. Ainda em vigência a *Petição de Direitos* e suas limitações, Hobbes sai em defesa dos interesses de seu protegido, que, por sua vez, busca eleger Hobbes para o curto Parlamento, em 1640. Contudo, seu opositor, Coke, filho do jurista inglês Sir Edward Coke, foi melhor sucedido, ao que Hobbes ironicamente afirma que ao elegerem os membros do Parlamento “é comum os Proprietários dos Condados e os comerciantes das Cidades Burgos escolherem, tão avaramente quanto lhes é possível, aqueles a quem mais repugna a concessão de Subsídios.”⁸⁸

⁸⁵ HOBBS, Thomas. *Diálogo entre um filósofo e um jurista*. p. 45.

⁸⁶ *Ibid.* p.43.

⁸⁷ GIORDANI, Mário Curstis. *História dos séculos XVI e XVII na Europa*. p. 79.

⁸⁸ SKINNER, Quentin. *Razão e retórica na filosofia de Hobbes*. p.306.

No Behemoth ou o longo parlamento, Hobbes relata o episódio ocorrido em 1637 que envolveu o parlamentar puritano John Hampden, um dos homens mais ricos da Inglaterra que se recusou a pagar tributos de suas terras, sendo condenado pela maioria dos juízes, mostrando assim, segundo Hobbes, a legalidade da tributação. Tal tributo referia-se ao *ship-money* (imposto naval), direito dos reis ingleses de arrecadar dinheiro para garantir a segurança dos súditos.⁸⁹ O *ship-money* deveria ser cobrado ocasionalmente nas cidades portuárias, mas transformou-se em um imposto regular cobrado em todas as cidades, sem o assentimento do Parlamento, que por sua vez, exigiu o fim do *ship-money* em troca de ajuda financeira ao rei Carlos I. Com a negativa, o rei dissolve o curto Parlamento, em maio de 1640. De acordo com Hobbes, a soma não era suficiente para constituir e remunerar um exército forte o bastante para guerrear contra a Escócia, devendo o rei recorrer ao auxílio da nobreza.⁹⁰ Sob orientação do arcebispo anglicano de Cantuária, William Laud, Carlos I buscou intervir na Igreja Presbiteriana da Escócia a fim de estabelecer uma hierarquia episcopal, ao que desagradou aos escoceses, que organizaram um exército que invadiu a Inglaterra para guerrear contra o rei. Este convocou o Parlamento (Longo Parlamento), em novembro de 1640, a fim de obter recursos para enfrentar os escoceses, e novamente não encontrou apoio.⁹¹

De acordo com Hobbes, o rei pode dispor ilimitadamente da propriedade dos súditos para garantir a segurança e a manutenção do Estado. O que certamente confrontava os interesses da burguesia e de pequenos proprietários rurais que apoiavam ou compunham o Parlamento. A propriedade é, para Hobbes, um meio de o rei assegurar a vida e o bem estar dos súditos, conforme dispõe no capítulo XXIV do *Leviatã* intitulado “Da nutrição e procriação de uma República”, onde ele trata dos meios necessários para garantir a subsistência do homem em uma república. Para Hobbes, as matérias primas necessárias para a vida estão dispostas na terra e no mar, concedidas gratuitamente por Deus ou em troca do trabalho humano, para que do fruto do seu trabalho resulte o seu sustento. E, para que não haja falta desses bens na república, caberá ao soberano ou à assembléia soberana administrá-los, distribuindo a

⁸⁹ HOBBS, Thomas. *Behemoth ou o longo parlamento*. p.74.

⁹⁰ Ibid. p. 67-68.

⁹¹ GIORDANI, Mário Curstis. *História dos séculos XVI e XVII na Europa*. p. 80.

terra e os bens resultado do trabalho dos súditos conforme sua equidade, visando sempre alcançar o bem do Estado.

A distribuição das matérias primas dessa nutrição é a constituição do *meu*, do *teu* e do *seu*. Isto é, em uma palavra, da *propriedade*. E em todas as espécies de república é da competência do poder soberano. Porque onde não há república, conforme já se mostrou, há uma guerra perpétua de cada homem contra o seu semelhante, na qual, portanto, cada coisa é de quem a apanha e conserva pela força, o que não é *propriedade* nem *comunidade*, mas *incerteza*.⁹²

A incapacidade de o soberano garantir e possibilitar a fruição da propriedade aponta a vulnerabilidade daquele que detém o poder soberano. Por exemplo, a miséria que leva o esfomeado a praticar a infração para conservar-se, denuncia a incapacidade estatal de garantir a vida. Entretanto, essa garantia da vida inclusive contra a propriedade particular, segundo Renato Janine, é contrária à teoria burguesa, que entendia ser melhor a morte do esfomeado, a permiti-lo que furtar, causando danos ao proprietário. Por outro lado, a infração encorajaria os esfomeados a tornarem-se ladrões.⁹³

Macpherson reduz a teoria de Locke e de Hobbes sobre a concepção do humano à imagem do burguês, capaz de, por meio da razão, cuidar de si e de suas posses, e identifica em ambas teorias o que chama de *individualismo possessivo*, isto é, o ser humano é livre por natureza e exercita tal liberdade por meio de posse de bens. Para ele, a propriedade é um dos motivos geradores de guerra encontrados na sociedade da época de Hobbes, e denomina aquela sociedade de *sociedade possessiva*, promovida, sobretudo, pelos homens de posses que na sua maioria dominavam a bolsa de valores de Londres. Estes defendiam o direito individual incondicional à propriedade, e, no Parlamento Inglês, apoiavam o Partido Presbiteriano, com o intuito de substituir a então vigente constituição por uma outra que atendesse melhor a seus interesses mercantis, valendo-se do pretexto de estarem empenhados em libertar o povo dos pesados impostos. Por outro lado, a doutrina Presbiteriana não condenava os excessivos lucros daqueles que detinham grandes posses, atraindo dessa forma,

⁹² HOBBS, Thomas. *Leviatã*. p.211

⁹³ RIBEIRO, Renato Janine. *Ao leitor sem medo: Hobbes escrevendo contra o seu tempo*. p.100.

inúmeros adeptos, que viriam a posicionar-se contra o rei, fomentando o estado de guerra.⁹⁴

Hobbes apresenta sua concepção de propriedade em um contexto que trata da justiça. Ambas são possíveis, apenas, com a constituição de um poder capaz de impor respeito entre as partes, de definir a propriedade e o que é justo ou injusto. Hobbes concebe duas formas de justiça: a *distributiva ou equidade* e a *comutativa*:

Para falar com propriedade, a *justiça comutativa* é a justiça de um contratante, ou seja, o cumprimento dos pactos, na compra e venda, no aluguel ou sua aceitação, ao emprestar ou tomar emprestado, na troca, na permuta e outros atos do contrato. E a *justiça distributiva* é a justiça de um árbitro, isto é, o ato de definir o que é justo.

A definição de *justiça comutativa* se confunde com a terceira lei de natureza que prescreve: “Que os homens cumpram os pactos que celebrarem”. Parece-nos que sua preocupação primeira reside em instituir um pacto para que os homens saiam daquela condição de beligerância em que todos têm direito a todas as coisas; em segundo, que cumpram o pacto celebrado, pois se todos têm direito a todas as coisas nada é injusto. Portanto, nessa lei está a fonte da justiça. E, por fim, a definição do justo e do injusto fica a cargo daquele árbitro instituído a partir do pacto. Ou seja, tal árbitro deve possuir poder capaz de impor igual respeito à todos os homens de forma que o castigo seja maior em relação ao benefício resultante do descumprimento do pacto, segundo Hobbes.

⁹⁴ MACPHERSON, Crawford Brough. *A teoria política do individualismo possessivo de Hobbes a Locke*. p. 75-76.