

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

**FILOSOFIA DO DIREITO E CÁTEDRA LUÍS
ALBERTO WARAT**

JEAN CARLOS DIAS

JOÃO MARTINS BERTASO

LEONEL SEVERO ROCHA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Filosofia do direito e Cátedra Luís Alberto Warat [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Jean Carlos Dias; Leonel Severo Rocha; João Martins Bertaso – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-079-4

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

Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

FILOSOFIA DO DIREITO E CÁTEDRA LUÍS ALBERTO WARAT

Apresentação

O GT Filosofia do Direito e Cátedra Luis Alberto Warat foi desenvolvido com toda a sua plenitude no dia 29 de junho de 2020, mesmo tendo sido realizado integralmente de forma virtual, inaugurando um novo estilo de reflexão.

O Conpedi, como sempre, estimulou o debate e a pesquisa sobre a Filosofia do Direito, permitindo a discussão de temáticas fundamentais para a observação do Direito, desde a releitura de autores clássicos, até assuntos extremamente atuais.

No entanto, os membros do GT não deixaram de inovar ao criticar de forma bem contundente, as questões políticas, sociais e de saúde pública, criadas pela Pandemia Global, como se pode constatar nos textos apresentados.

Nesse sentido, foram apresentados 22 textos (com duas ausências), e debatidos, os seguintes assuntos:

1. A FILOSOFIA, O DIREITO E A FILOSOFIA DO DIREITO

A partir de uma abordagem aristotélica as autoras buscam estabelecer uma crítica à abordagem tradicional da Filosofia do Direito de matriz positivista, propondo com suporte em Kant e Gadamer, uma reconciliação com a Justiça como fundamento do Direito.

2. A LIQUIDEZ DA SOCIEDADE ATUAL (O AMOR E SUA ESSÊNCIA)

O texto propõe, com base na análise sociológica de Zygmunt Bauman, uma abordagem dos relacionamentos interpessoais sob a perspectiva de sua fragilidade e fluidez, extremamente atual, sugerindo uma abordagem centrada no fortalecimento desses vínculos sociais.

3. A NECESSIDADE DA INCORPORAÇÃO DOS VALORES DE LIBERDADE, IGUALDADE E DIGNIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO: UMA ANÁLISE HISTÓRICO-JURÍDICA A PARTIR DO NAZISMO

O texto propõe uma abordagem do Direito a partir das teorias hermenêuticas e dos direitos fundamentais como uma crítica ao modelo positivista, que aponta ter sido empregado, em

alguma medida no período nazista atribuindo, pelo menos em parte, à influência do pensamento de Carl Schmitt.

4. AS LIBERDADES HUMANAS COMO BASES DO DESENVOLVIMENTO NO PENSAMENTO DE AMARTYA SEN

O texto examina o conceito das liberdades substantivas tal como propostas por Amartya Sen, propondo que elas podem ser tomadas como base para a formulação de um modelo de desenvolvimento menos desigual.

Propõe que esse modelo pode estimular e fortalecer os direitos políticos de modo a fortalecer a democracia.

5. CONSIDERAÇÕES SOBRE JUSTIÇA E DIREITO NA PÓS-MODERNIDADE

O autor faz algumas considerações acerca do tema da Justiça, em especial, a partir de uma visão realista com base em Ross, mas também a partir do pensamento de Norberto Bobbio.

Sugere que é possível uma compatibilização entre o Direito e a Justiça por meio do resgate dos valores e de processos sociais correlatos, em especial, o educacional.

6. DEUS, DINHEIRO E DIREITO DA PERSONALIDADE: UMA OUTRA TRINDADE A SER DESMISTIFICADA

O texto adota uma perspectiva marxista para criticar a influência do dinheiro e da personalidade como um fator determinante na formação das relações jurídicas, apresentando-os como deificações.

7. DIREITO E IDEOLOGIA: A CRÍTICA DA DIALÉTICA MATERIALISTA MARXISTA ÀS FILOSOFIAS DA HISTÓRIA

O texto propõe a abordagem marxista da história supondo que possa ser considerada científica, e, ao mesmo tempo rejeitando esse estatuto às teorias concorrentes. Ao mesmo tempo, estabelece que o direito deve ser entendido como mera reprodução das relações econômicas, tais como descritas por seu referencial teórico.

8. DO HOMO FABER AO HUMANISMO INTEGRAL: NEOTOMISMO COMO VEREDA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA JUSTIÇA NO DIREITO

O texto propõe uma abordagem da dignidade humana e da justiça baseada numa perspectiva neotomista entendendo ser adequada e suficiente para reconstruir a partir dessas noções as relações jurídicas e o próprio Direito.

9. DO NEOPOSITIVISMO AO POSITIVISMO: CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DO CONCEITO DE DIREITO DE ROBERT ALEXY E DE SUA LEITURA DA TEORIA DO DIREITO DE KELSEN

O autor analisa, em essência, a concepção adotada por Alexy ao caracterizar a teoria do Direito de Kelsen.

O cotejo entre ambas as teorias foi feito tomando por eixo as relações entre Direito e Moral e, assim, o conceito de princípios.

O texto sugere a retomada do pensamento kelseniano.

10. ESTADO LAICO DE MAIORIA CRISTÃ: UM ESTADO NOTADAMENTE TEÍSTA

O artigo analisa o significado jurídico do princípio do Estado Laico, sugerindo que esse conceito é compatível com uma definição que engloba uma perspectiva teísta. O pano de fundo é a realidade brasileira.

11. FUNDAMENTOS DA LIBERDADE E DO DIREITO EM HEGEL

O texto retoma o texto clássico sobre a Filosofia do Direito de Hegel, demonstrando a sua atualidade.

12. HÁ JUSTIÇA ALÉM DA VIRTUDE? AMAYA EM FOCO

O texto expõe o pensamento da filósofa mexicana María Amalia Amaya Navarro propondo que seu pensamento possa ser adotado como um parâmetro de atuação judicial limitado pela ideia aristotélica de virtude.

Quanto ao relacionamento entre os agentes processuais e suas condutas, o texto, porém, aponta a insuficiência da teoria.

13. HOBBS E SCHMITT: UMA LEITURA CRUZADA A PARTIR DA APROXIMAÇÃO DOS CONCEITOS DE LEI FUNDAMENTAL, NOMOS E SOBERANIA COMO MONOPÓLIO DECISÓRIO

O texto sugere que o pensamento de Hobbes e Schmitt apresenta confluências em função, principalmente, da centralização dos exercícios do poder, que, sugere pode ser verificado pela correspondência, em ambos, da noção de prevalência do Estado sobre a o Direito.

14. NOTAS SOBRE O DIREITO AO ESQUECIMENTO NA SOCIEDADE DA TRANSPARÊNCIA

O texto utiliza uma abordagem positivista de matiz kelseniana, para analisar como o direito ao esquecimento, deve ser reconhecido no atual panorama jurídico no âmbito do direito de personalidade.

Reflete, também acerca dos limites da efetividade desse direito na realidade contemporânea.

15. O DIFERENTE, DIVERGENTE, DESVIANTE NO DIREITO: A RACIONALIDADE DESCENTRADA COMO FORMA DE DESCONTRUIR O ETNOCENTRISMO NO DIREITO

A autora supõe haver uma visão etnocêntrica no direito atual que limita a sua abrangência aos sujeitos que não se integram a um dado modelo padronizado.

A despeito da abordagem antropológica, propõe, que uma alteração da racionalidade jurídica pode ser um caminho para uma incidência subjetivamente plural.

16. O DIREITO ACHADO NA RUA E MEDIAÇÃO: CONVERGÊNCIAS ENTRE ROBERTO LYRA FILHO E LUÍS ALBERTO WARAT

O texto examina ambas as teorias em função de seu caráter antidogmático (ou contradogmático). A partir desse eixo indica possíveis confluências. Pois, os autores foram pioneiros da crítica jurídica no Brasil e se interessam pelo direito dos excluídos.

17. O IMPACTO DO CAPITAL IMPRODUTIVO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O texto examina o capital improdutivo do ponto de vista conceitual e, também, sugere impactos no desenvolvimento social.

Em que pese não ficar claro quem são titulares desse tipo de capital (há uma crítica ao sistema financeiro,) sugere que esse entrave tem implicações sobre a concretização dos direitos fundamentais e, assim, enfraquecimento da democracia.

18. O PENSAMENTO FILOSÓFICO DE MIGUEL REALE

O texto apresenta o pensamento de Reale apontando a importância da sua formulação no pensamento nacional.

O Autor sugere que tal concepção teórica pode ter contribuído para a adequada compreensão da teoria de Kelsen no espaço acadêmico brasileiro. E, ao mesmo tempo, ter diminuído a influência do normativismo.

19. O REFÚGIO POR UMA PERSPECTIVA FILOSÓFICA A PARTIR DE DERRIDA

O artigo procura perscrutar a relação entre justiça e direito, desde o conceito de refúgio jurídico, estudado desde o fenômeno do refúgio. Assim propõe que segundo os conceitos de alteridade e hospitalidade do filósofo Derrida, pode se analisar, se os refugiados são acolhidos a partir de uma ótica da hospitalidade.

20. OS LIMITES REGULAMENTADORES DA PROPAGANDA ELEITORAL NO ÂMBITO DAS REDES SOCIAIS A PARTIR DA TEORIA DOS SISTEMAS AUTOPOIÉTICOS

O texto propõe que o espaço virtual no âmbito das relações mediadas pela internet possa ser tomado como um sistema autônomo tal como proposto pela teoria dos sistemas de Luhmann.

A partir dessa premissa examina algumas possibilidades normativas decorrentes dessa abordagem sociológica.

21. SEIN, SOLLEN UND RECHT: A ORDEM JURÍDICA E AS NORMAS EM HANS KELSEN E H. L. A. HART

A autora sugere que Hart na sua obra “O conceito de Direito” ao realizar sua crítica ao pensamento de Kelsen não utilizou a concepção mais atual, então existente da Teoria Pura do Direito, de modo que as suas reflexões são imprecisas.

Sugere, assim, que a descrição imperativista que o autor inglês faz de Kelsen é desfocada.

22. SUJEITOS DE (NÃO) DIREITOS: DIFERENÇAS ESQUECIDAS E O SENTIMENTO NO DIREITO A PARTIR DE LUIS ALBERTO WARAT

Neste artigo, analisa-se como encontrar a diferença no Direito a partir do pensamento de Luís Alberto Warat. Faz-se uma menção ao entendimento de igualdade e de exclusão da forma como é compreendido no ordenamento jurídico. Analisa-se o tema da diferença à luz do sentimento, produzindo-se reflexões na perspectiva waratiana.

Por Leonel Severo Rocha, Prof.URI e UNISINOS

João Martins Bertaso, Prof.URI

Jean Carlos Dias - CESUPA

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Filosofia do Direito e Cátedra Luís Alberto Warat apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista Brasileira de Filosofia do Direito ou CONPEDI Law Review. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

HOBBS E SCHMITT: UMA LEITURA CRUZADA A PARTIR DA APROXIMAÇÃO DOS CONCEITOS DE LEI FUNDAMENTAL, NOMOS E SOBERANIA COMO MONOPÓLIO DECISÓRIO

HOBBS AND SCHMITT: A CROSS-READING FROM THE APPROXIMATION OF THE CONCEPTS OF FUNDAMENTAL LAW, NOMOS AND SOVEREIGNTY AS DECISION-MAKING MONOPOLY

Emmanuel Pedro Sormanny Gabino Ribeiro ¹

Resumo

Este artigo procurou fazer uma leitura cruzada entre Hobbes e Schmitt, aproximada pelos seguintes conceitos: lei fundamental (Hobbes), nomos (Schmitt) e o de soberania. Objetivou tratar do evento constituinte fundamental que origina o poder soberano do Estado e permite, em situações de anormalidade institucional, ao soberano decidir sobre o estado de exceção. Foram fornecidas as provas sobre a relação entre a decisão soberana e a lei fundamental em Hobbes, ou nomos, em Schmitt. Desse modo, evidenciou-se a proximidade entre Hobbes e Schmitt, a partir do primado da existência do Estado sobre o Direito como ordem jurídica posta.

Palavras-chave: Hobbes, Schmitt, Lei fundamental, Nomos, Soberania

Abstract/Resumen/Résumé

This article tried to cross-read Hobbes and Schmitt, by approaching the following concepts: fundamental law (Hobbes), nomos (Schmitt) and sovereignty. It aimed at dealing with the fundamental constituent event that originates the sovereign power of the State and allows, in situations of institutional abnormality, the sovereign to decide on the state of exception. Evidence was provided on the relationship between sovereign decision and fundamental law in Hobbes, or nomos, in Schmitt. Thus, the proximity between Hobbes and Schmitt was evidenced, based on the primacy of the existence of the State over Law as a legal order.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Hobbes, Schmitt, Fundamental law, Nomos. sovereignty

¹ Mestre em Filosofia (UFPB - Campus I); Mestre em Sociologia (UFPB - Campus II); Graduado em Direito (UEPB - Campus I)

Introdução

Este trabalho tem a pretensão de fazer uma leitura cruzada entre Hobbes e Schmitt, circunscrita e aproximada pelos seguintes conceitos: lei fundamental (Hobbes), *nomos* (Schmitt) e o conceito de soberania de ambos. Trata-se de um estudo descritivoanalítico com base bibliográfica. Objetiva tratar do evento constituinte fundamental que origina o poder soberano do Estado e permite, em situações de anormalidade institucional, ao soberano decidir sobre o estado de exceção. O texto procura fornecer provas sobre a relação entre a decisão soberana e a lei fundamental em Hobbes, ou *nomos*, em Schmitt. Para tornar possível a conclusão de que a proximidade entre Hobbes e Schmitt pode ser feita a partir do primado da existência do Estado sobre o Direito como ordem jurídica posta.

1. Poder soberano por aquisição

Hobbes (1588-1679) narra dois eventos constituintes do poder soberano no seu *opus magnum*, isto é, duas maneiras de adquirir esse poder. O primeiro modo de obtê-lo é pela força. Diz Hobbes que tal ocorrência se dá, quando um homem é capaz de sujeitar, através da guerra, os seus inimigos à sua vontade, garantindo-lhes a vida com essa condição. Pode-se dizer que por medo da morte e do uso da violência, a sujeição à vontade do vencedor é consentida, e autoriza todas as suas ações. A segunda maneira de adquirir esse poder é quando os homens concordam entre si em se submeterem a um homem, ou a uma assembleia de homens, voluntariamente, confiando que serão protegidos por ele contra os outros. Neste caso, a escolha do soberano é realizada em razão do medo uns dos outros. O primeiro modo se chama por *aquisição*. A segunda maneira denomina-se por *instituição*. Nas duas situações, os direitos do soberano são os mesmos (Cf. HOBBS, 2014, p. 148).

Em ambos os eventos, a emergência do poder soberano implica o estabelecimento de cercados, de fronteiras, de lugares consagrados, de localizações sagradas, do direito ou da propriedade. Seja por aquisição, seja por instituição, a terra porta os marcos, os muros, as casas e demais edificações que evidenciam as ordenações e as localizações da convivência humana, formas de poder e de dominação fazem-se publicamente visíveis. Aquisição e instituição são duas maneiras de criar a unidade entre espaço e direito, entre ordenação e localização (Cf. SCHMITT, 2014, p. 37) possibilitando a afirmação de que o direito é terrestre e se refere à

terra¹, de modo que “a terra é denominada, na linguagem mítica, a mãe do direito” (SCHMITT, 2014, p. 37).

Se procedem as assertivas expostas, antes da constituição do poder soberano não há domínio e nem autoridade. Assim, é possível inferir que o Soberano adquire o direito original de posse e de praticar qualquer ação de medição da terra, de estabelecer o que os homens chamam de propriedade. Esta depende do poder soberano, é um ato desse poder decidir sobre o meu, o teu e o seu (Cf. HOBBS, 2014, p. 138-139, 153).

Os grandes atos originários do direito constituem localizações vinculadas à terra, cuida-se de **tomadas de terra e fundações de cidades**, sempre vinculadas a uma primeira medição, ou seja, a mais antiga repartição do solo utilizável. Os eventos constituintes do poder soberano dão origem a uma medida, que contém em si todas as medidas ulteriores. Ou seja, todas as relações jurídicas com o solo da terra que foi partido com as **tomadas de terra e fundações das cidades** estão determinadas pela medida originária (Cf. SCHMITT, 2014, p. 41).

Segundo Hobbes, a distribuição dos bens ou matérias-primas que se denomina propriedade é um ato do soberano, senão vejamos:

[...] é a constituição do *meu*, do *teu* e do *seu*. Isto é, uma palavra, da *propriedade*. E em todas as espécies de república é da competência do poder soberano. Porque onde não há república [...] 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*. (HOBBS, 2014, p. 211).

Como dito anteriormente, as tomadas de terra e as fundações das cidades vinculam-se a uma medida originária, a um ato originário fundador do direito. Hobbes parece conferir maior importância ao ato fundador de uma república por instituição. Não se demora na descrição da fundação de uma república por aquisição, muito embora aponte claramente no que ela consiste, nas possibilidades históricas de repetição desse evento constituinte fundamental, definindo-a do seguinte modo:

Uma *república por aquisição* é aquela em que o poder soberano foi adquirido pela força. E este é adquirido pela força quando os homens, individualmente ou em grande número e por pluralidade de votos, por medo da morte ou do cativo, autorizam todas as ações daquele homem ou assembleia que tem em seu poder as suas vidas e sua liberdade (HOBBS, 2014, p. 170).

¹ Esta nota visa esclarecer, assim como o faz o tradutor, que Schmitt usa Terra para referir-se ao planeta e terra para designar a superfície ou espaço terrestre, o solo terrestre. Todas as vezes que usarmos a palavra terra, com letra minúscula, ela quer determinar solo terrestre. De igual modo, quando a palavra vier com letra maiúscula ela designa planeta. Do mesmo modo, vide nota de rodapé da mesma obra, p. 37.

Diz-nos Hobbes que o domínio adquirido por conquista, ou vitória militar, é o domínio do senhor sobre o seu servo. Assim, o vencido, para impedir o golpe de morte que se aproxima em razão do domínio adquirido pelo vencedor, promete expressamente, ou por meio de sinais que evidenciam a sua vontade, até o momento em que a sua vida e a sua liberdade o concederem, o direito ao seu uso, a seu bel-prazer.

É o pacto entre vencedor e vencido que transforma o primeiro em senhor, e o segundo, em servo. Por servo entende-se alguém que prometeu não fugir e nem praticar violência contra o seu senhor, por isso a ele é concedida liberdade corpórea. Entre senhor e servo, por meio do pacto, criou-se uma relação precária de confiança. Infere-se que não foi a vitória que conferiu o direito de domínio sobre o derrotado, mas o pacto celebrado.

Portanto, o seu serviço só se torna devido e a sua vida apenas encontra segurança, quando o vitorioso lhe houver concedido a liberdade do seu corpo, o que, para Hobbes, diferencia o servo do escravo. Uma vez realizado o pacto, a sua desobediência pode ocasionar para ele a morte ou a perda da liberdade corpórea, sem que possa acusar o seu senhor da prática de dano, pois ele próprio é autor das ações do seu senhor (Cf. HOBBS, 2014, p. 173-174).

Ademais, o senhor que adquire o poder soberano pela **tomada de terra** funda o direito pelo seu ato originário e pela medida originária. Essa fundação, quando se **orienta para o interior** implica uma primeira divisão e partição do solo, cria a primeira ordem das relações de posse e propriedade, inclusive sobre o uso dos corpos daqueles que foram feitos servos pelo consentimento, sob coação, e desse modo evitaram a morte iminente, a violência e o cativo.

A mesma fundação, quando **orientada para o exterior** implica a emergência do domínio territorial, o estabelecimento de fronteiras, o seu reconhecimento por povos vizinhos, e conseqüentemente, a sua defesa. Com efeito, a obtenção do poder soberano por aquisição funda o direito como unidade de ordenação e de localização, razão pela qual a tomada de terra é o evento jurídico constituinte fundamental, portadora de uma precedência lógica e histórica.

Como nos diz Schmitt (1888-1985):

Para nós, portanto, a tomada de terra é o tipo originário de um evento jurídico constituinte, orientado tanto para fora (em face de outros povos) quanto para dentro (como ordem do solo e da propriedade no interior de um país). Ele cria o mais radical título jurídico que existe, o *radical title*, no sentido pleno e abrangente do termo. Esse fundamento originário vinculado ao solo, onde todo direito se enraíza e para onde convergem espaço e direito, ordenação e localização [...]. A tomada de terra precede – não apenas logicamente, mas também historicamente – a ordem que se segue. Ela contém a ordem inicial, de natureza espacial, origem de toda ordem concreta posterior

e de todo direito posterior. Ela é o enraizar no reino de sentido da história (SCHMITT, 2014, p. 43-45).

É para esse tipo originário de evento jurídico constituinte, orientado para dentro e para fora, que se pretende lançar luz, a **tomada de terra**. Pois Hobbes o reconhece e o nomeia como uma das maneiras de adquirir o poder soberano. De modo que o senhorio por aquisição possui os mesmos direitos do poder soberano que se adquire por instituição. O poder soberano por aquisição também se orienta duplamente: para o interior e para o exterior, fazendo convergir espaço e direito, ordenação e localização.

A orientação para dentro diz respeito à ordem e proteção uns dos outros. A orientação para fora se refere à paz e defesa comuns contra os inimigos externos. A atenção para o ato originário e para a medida originária explica a precedência da tomada de terra em relação a ordem que dela deriva para o interior e para o exterior. Vejamos a percepção de Hobbes sobre esse evento:

E embora quando um povo toma posse de um território por meio da guerra nem sempre ele extermine os antigos habitantes [...], deixando as suas terras a muitos, ou à maior parte, ou a todos, é evidente que depois essas terras passam a ser patrimônio do vencedor, como aconteceu com o povo da *Inglaterra*, que recebeu todas as suas terras de *Guilherme*, o *Conquistador* (HOBBS, 2014, 212).

A guerra como meio de tomada da terra, e como este tipo originário de evento jurídico constituinte é anterior a ordem que vem depois, constitui o mais radical título jurídico. Hobbes enraíza no reino de sentido da história todo o direito posterior à conquista realizada por *Guilherme*. As terras passaram a ser patrimônio do vencedor que as distribuiu ao povo da Inglaterra apoiado no seu poder soberano adquirido pelo ato fundador do direito do conquistador. O exemplo de Hobbes aponta que a tomada da terra é e permanece o núcleo real de um acontecimento histórico e político inteiramente concreto. E ainda, que ela contém a ordem inicial, a origem de toda ordem concreta posterior. Como diz Schmitt: “O senhorio é, em primeiro lugar, senhorio sobre a terra, somente em consequência disso, senhorio sobre os homens que vivem na terra” (SCHMITT, 2014, p. 44).

Curiosamente, Hobbes afirma que a propriedade é a designação do meu, do teu e do seu, é a distribuição como um ato de vontade daquele que tem o poder soberano. Numa palavra, de quem possui o título radical de partir e dividir o solo da terra firme. Isto é, a divisão, a distribuição é tão só uma consequência do ato fundador. Diz ainda Hobbes que, bem sabiam os antigos, chamavam de *nomos* essa distribuição, e que em todas as repúblicas é da competência do poder soberano.

Nomos é a palavra grega para a primeira medição, que funda todas as medidas subsequentes, para a primeira tomada de terra, entendida como a primeira divisão e partição do espaço, para a divisão e a repartição originárias. Essa palavra, compreendida em seu sentido originário, espacial, é a mais adequada para tornar patente o evento fundamental que inaugura e unifica ordenação e localização (SCHMITT, 2014, p. 65).

Muito embora Hobbes diga que os antigos chamavam de *nomos* a que ele chama de primeira lei, esta palavra parece guardar algo do sentido originário de *nomos*, de medição originária de todas as medidas subsequentes, como a primeira divisão e partição do espaço, resultados de um evento jurídico constituinte espacial, fundador de uma ordem localizada, circunscrita. Atentemos, então, ao texto de Hobbes:

Em cada república, **lei fundamental** é aquela que, se eliminada, a república é destruída e irremediavelmente dissolvida, como um edifício cujos alicerces se arruinam. [...] é aquela pela qual todos os súditos são obrigados a apoiar qualquer poder que seja conferido ao soberano [...] sem o qual a república não poderia subsistir, como é o caso da guerra e da paz [...] e o de fazer o que considerar necessário para o bem público (HOBBS, 2014, 245 – Grifos nossos).

Tudo indica que Hobbes a distingue das leis civis criadas como comandos do soberano para dirimir os litígios entre os súditos. Estas podem ser revogadas, pois não colocam em risco a existência do Estado. Contudo, a lei fundamental parece ser a primeira medida, a medida das medidas, ela contém todas as medidas subsequentes porque funda todas elas. Por isso afirmamos acima que a primeira lei, e agora, a lei fundamental, sinaliza que Hobbes, parece querer conservar alguma coisa do sentido originário de *nomos*. Em seguida, veremos como se adquire o poder soberano por instituição, mantendo o sentido de *nomos* como ato constituinte fundamental.

2.O poder soberano por instituição

Retomando Hobbes, verificamos que o poder soberano é adquirido também por instituição, um evento igualmente originário constituinte espacial. Hobbes assim o descreve:

A única maneira de instituir um tal poder comum, capaz de os defender das invasões dos estrangeiros e dos danos uns dos outros, garantindo-lhes assim uma segurança suficiente para que, mediante o seu próprio labor e graças aos frutos da terra, possam alimentar-se e viver satisfeitos, é conferir toda a sua força e poder a um homem, ou a uma assembleia de homens, que possa reduzir todas as suas vontades, por pluralidade de votos, a uma só vontade (HOBBS, 2014, p. 147).

Trata-se da instituição de um poder soberano, denominado de comum, que adquiriu o direito, quando orientado para o exterior, de defender a todos das invasões dos estrangeiros, quando orientado para o interior, dos danos uns dos outros, garantindo-lhes uma segurança suficiente para que, mediante o seu próprio labor e graças aos frutos da terra, possam alimentar-

se e viver satisfeitos. Curiosamente, Schmitt ao afirmar que a terra é denominada, na linguagem mítica, a mãe do direito, prossegue dizendo:

Em primeiro lugar, a terra fecunda abriga em si, no seio de sua fecundidade, uma medida interna, pois a fadiga e o trabalho, as sementes e o cultivo que o homem dedica à terra fecunda são retribuídos de forma justa por meio do florescimento e da colheita. Todo camponês conhece a medida interna dessa justiça. Em segundo lugar, o solo lavrado e trabalhado pelo homem, exhibe linhas fixas, nas quais determinadas partições se tornam manifestas. Elas são sulcadas e inscritas por meio de demarcações nos campos, prados e bosques. [...]. Nessas linhas, tornam-se reconhecíveis as medidas e as regras do cultivo por meio das quais se realiza o trabalho do homem sobre a terra. Finalmente, em terceiro lugar, a terra porta, em seu chão firme, sebes e cercados, marcos, muros, casas e outras construções que tornam evidentes as ordenações e localizações da convivência humana. Família, clã, tribo e estamento, tipos de propriedade e de vizinhança, bem como formas de poder e de dominação tornam-se publicamente visíveis (SCHMITT, 2014, p. 37-38).

A beleza poética das descrições acima sugere que nos remetamos à originariedade do *nomos*. Schmitt recupera textos poéticos que estabelecem a relação entre terra firme e direito, produzindo a imagem da terra parindo o direito, fazendo-o dela rebentar. O recurso a uma linguagem metafórica auxilia, tudo indica, a tentativa de dar visibilidade ao ato que deu origem ao direito e à justiça.

Se trata, em Hobbes e em Schmitt, da descrição de atos constituintes espaciais de instauração de formas de poder e de dominação tornadas publicamente visíveis. Quer pela guerra com a tomada de terra quer pelo pacto feito pelos homens entre si com base no consentimento. Trata-se, então, de restabelecer a conexão originária que distingue lei fundamental e leis civis, em Hobbes, e direito fundamental ou *nomos* de todas as estatuições subsequentes, em Schmitt (Cf. SCHMITT, 2014, p. 68).

Na esteira de Hobbes, a única maneira de instituir um tal poder comum é conferir toda a sua força e poder a um homem, ou uma assembleia de homens, que possa reduzir todas as suas vontades, por pluralidade de votos, a uma só vontade. Isso equivale à designação de um homem ou de uma assembleia de homens como portador de suas pessoas, admitindo-se e reconhecendo-se cada um como autor de todos os atos que aquele que assim é portador de sua pessoa praticar e levar a praticar, em tudo o que disser respeito à paz e a segurança comuns.

O homem ou assembleia de homens referidos por Hobbes é artificial. Um produto da arte e da sagacidade humanas, comparável ao ato divino da criação. Os homens criam por seu engenho e inventividade um homem artificial, com capacidade de os representar, e de praticar todos os atos referentes à paz e à defesa comuns, como se fossem eles próprios assim agindo. A pessoa artificial porta as pessoas de cada um dos homens que a criou. Por pessoa, Hobbes define: “[...] é aquele *cujas palavras ou ações são consideradas quer como suas próprias, quer*

como representando as palavras e ações de outro homem, ou de qualquer outra coisa a que sejam atribuídas, seja verdade ou ficção” (HOBBS, 2014, p. 138 – Grifos do autor).

Chama-se, portanto, pessoa artificial ou fictícia, quando as palavras ou ações são consideradas como representando as palavras e ações de um outro. Segundo Hobbes, personificar é atuar, representar a si ou a outro. Quando a pessoa artificial representa as pessoas naturais que a criaram, diz-se que é portador da sua pessoa, ou que atua em seu nome. Neste caso, Hobbes estabelece uma relação entre o ator e o autor.

O ato de fundação, que torna visível a criação, é o de conferir toda força e poder ao homem artificial ou à pessoa da república, como tal estabelecido por uma pluralidade de votos, para reduzir todas as vontades dos seus criadores a uma só vontade, a da pessoa do Estado que decide e age, por isso ATOR, como se fosse cada um dos homens, representados pela palavra AUTOR. Para isso, todos devem submeter as suas vontades à vontade do poder comum assim constituído, as suas decisões e ações às decisões e ações dele (Cf. HOBBS, 2014, p. 137).

De modo que Hobbes diz que isso é mais do que consentimento ou concórdia, trata-se de uma verdadeira unidade de todos os autores, numa só pessoa, na do ator, realizada por um pacto de cada homem com todos os homens, de um modo que é como se cada homem dissesse a cada homem: *“Autorizo e transfiro o meu direito de me governar a mim mesmo a este homem, ou a esta assembleia de homens, com a condição de transferires para ele o teu direito, autorizando de uma maneira semelhante todas as suas ações”* (HOBBS, 2014, p. 147 – Grifos do autor).

Assim, o direito do poder soberano por instituição tem o seu fundamento nas palavras expressas acima, na autorização e na transferência do direito que cada pessoa natural possui de governar a si mesma ao homem ou assembleia de homens, se, e somente se, cada um individualmente transferir o seu direito, autorizando do mesmo modo todas as decisões e ações daquela pessoa artificialmente instituída: *“Feito isto, à multidão assim unida numa só pessoa chama-se REPÚBLICA, em latim CIVITAS”* (HOBBS, 2014, p. 147).

Nas palavras de Hobbes:

É esta a geração daquele grande LEVIATÃ, ou antes (para falar em termos mais reverentes) daquele *Deus mortal*, ao qual devemos, abaixo do *Deus imortal*, a nossa paz e defesa. Pois graças a esta autoridade que lhe é dada por cada indivíduo na república, é-lhe conferido o uso de tamanho poder e força que o terror assim inspirado o torna capaz de conformar as vontades de todos eles, no sentido da paz no seu próprio país, e da ajuda mútua contra os inimigos estrangeiros (HOBBS, 2014, p. 148).

O pacto, como ato comum, funda o direito na dupla orientação fundamental, para dentro e para fora. Esse evento originário, constituinte da primeira medição, concebida como a primeira divisão e partição do espaço, institui a propriedade, o meu, o teu e o seu. O pacto, como ato originário, é o evento fundamental que inaugura e unifica o direito como ordenação e localização. Todos os demais atos são derivados do pacto como ato comum. O direito do poder soberano constitui a ordenação ordenante para o interior, no sentido da paz no próprio país, para o exterior, no sentido da ajuda mútua contra os inimigos estrangeiros, ou seja, na defesa da propriedade e do domínio territorial.

Faz-se necessário, então, retomar o caminho por meio do qual Hobbes define o Estado, senão vejamos como ele o faz:

É nele que consiste a essência da república, a qual pode ser assim definida: *uma pessoa de cujos atos uma grande multidão, mediante pactos recíprocos uns com os outros, foi instituída por todos como autora, de modo que ela pode usar a força e os recursos de todos, da maneira que considerar conveniente, para assegurar a paz e a defesa comuns.* Àquele que é portador dessa pessoa chama-se SOBERANO, e dele se diz que possui *poder soberano*. Todos os demais são SÚDITOS (HOBBS, 2014, p. 148).

Nota-se, então, que a república é uma pessoa instituída por uma grande multidão de homens, mediante pactos recíprocos uns com os outros, é concebida como autora do Estado, conferindo a este a faculdade de usar a força e os recursos de todos, da maneira que achar conveniente, na dupla orientação para o interior e para o exterior. Assim, aquele que porta a pessoa do Estado chama-se soberano, e dele se diz que possui poder soberano. Os demais são súditos.

Isto significa que antes do pacto não existiam soberano, poder soberano e nem súditos. Podendo-se inferir que, para Hobbes, o Estado é um produto humano fundamentado em um pacto feito por todos e para todos, com exceção do soberano. Ademais, Hobbes deixa evidente o destaque que atribui ao poder soberano adquirido por instituição, sobre esse tipo específico de Estado diz Hobbes:

Assim como em tantas outras coisas, a NATUREZA é imitada pela *arte* dos homens também nisto: que lhe é possível fazer um homem artificial. [...]. E a arte vai mais longe ainda, imitando aquela criatura racional, a mais excelente obra da natureza, o *Homem*. Porque pela arte é criado aquele grande LEVIATÃ a que se chama REPÚBLICA, ou ESTADO (em latim CIVITAS), que não é senão um homem artificial, embora de maior estatura e força do que o homem natural, para cuja proteção e defesa foi projetado. [...]. Para descrever a natureza deste homem artificial, examinarei: [...] a sua *matéria* e o seu *artífice*, que são, ambos, o *homem*. [...] como e por meio de que *convenções* é feito; quais são os seus *direitos* e o justo *poder* ou *autoridade* de um *soberano*; [...] (HOBBS, 2014, p. 11-12).

Tal questão, leva Bobbio (1909-2004) a situar historicamente a emergência do pensamento de Hobbes, e explica a novidade da relevância atribuída aos produtos criados pela arte dos homens:

Uma das características do pensamento renascentista [...] é a transformação da relação entre natureza e arte em comparação com a concepção dos antigos: a arte não mais aparece como imitação da natureza, mas como igual à natureza, o que é índice de uma nova e mais alta avaliação das coisas feitas pelo homem, em geral, da industriabilidade humana. Concebida a natureza como uma grande máquina, penetrar em seu segredo quer dizer atingir a compreensão das leis que regulam o seu mecanismo. Mas, uma vez descoberto esse segredo, o homem é capaz não apenas de imitar a natureza, mas também de recriá-la, de aperfeiçoá-la, de acrescentar-lhe a potência, construindo outras máquinas. Uma dessas máquinas produzidas pelo homem para suprir as deficiências da natureza – para substituir, com um produto do engenho humano, com um *artificium*, o produto defeituoso da natureza – é, para Hobbes, o Estado (BOBBIO, 1991, p. 31).

Essa concepção de Estado como produto do artifício humano, cujo poder soberano é adquirido por instituição, evidencia a existência de uma potência constituinte, de ordenação e de localização. Trata-se aqui de notabilizar um ato singular, único, extraordinário, raro, originário. Enfim, de um evento constituinte, o *nomos*, de acordo com a interpretação que, figuradamente, dizemos emprestar ao pensamento de Hobbes, do qual todos os regulamentos subsequentes, escritos ou não, extraem sua força. Nas palavras de Schmitt:

[...] mientras que Hobbes, [...] funda el Estado como obra humana en un contrato de todos con todos [...], para distinguir después, dentro del concepto general del 'Estado', neutral frente a los valores, un tipo especial de Estado 'instituido' ou 'institucionalizado' ('commonwealth by instituton'), al que también puede llamarse, en realidad, Estado de derecho 'constitucional'. El Estado 'institucionalizado' o 'constitucional' es un Estado ordenado por virtud del acuerdo de una 'multitud de hombres', es decir, por una 'asamblea nacional constituyente' (SCHMITT, 2004, p. 62).

De acordo com Schmitt, o tipo de Estado criado por meio de um pacto feito por todos os homens, é um Estado institucionalizado, podendo ser denominado de Estado de direito constitucional. Para dar a concretude que sugere merecer o pensamento de Hobbes, interpreta a multidão reunida como uma assembleia nacional constituinte que, por uma decisão soberana, cria o Estado de direito constitucional fundado no pacto. Schmitt diz ainda que, todo Estado é Estado de direito, porque dentro do Estado não pode existir nenhum direito que não tenha sido criado ou por ele reconhecido, nem que seja contrário ao próprio Estado. Diz ainda que, apenas um Estado instituído por uma assembleia nacional constituinte pode ser chamado de Estado constitucional. Nesse sentido, quando no lugar de uma multidão de homens põe-se uma nação, pode-se chamá-la de assembleia nacional constituinte. Foi a partir do esforço, realizado por Schmitt, para recuperar o sentido originário de *nomos*, que se empreendeu aqui o estudo das

duas maneiras de adquirir o poder soberano, segundo o pensamento de Hobbes, por aquisição e por instituição.

3. O evento constituinte como decisão fundamental

Antes do evento originário, fundamental, constituinte, espacial que fez nascer o Estado, não havia soberano, poder soberano e nem súditos. É da instituição do Estado que derivam todos os direitos e faculdades daquele ou daqueles a quem o poder soberano é conferido, para o interior e para o exterior, para dentro e para fora, como será descrito. Ao comparar o corpo político ao corpo natural, diz Hobbes:

[...] a *soberania* é uma *alma* artificial, pois dá vida e movimento ao corpo inteiro; os *magistrados* e outros *funcionários* judiciais ou executivos, *juntas* artificiais; a *recompensa* e o *castigo* (pelos quais, atados à sede da soberania, todas as juntas e todos os membros se movem para cumprir o seu dever) são os *nervos*, que fazem o mesmo no corpo natural; a *riqueza* e a *prosperidade* de todos os membros individuais são a *força*; *Salus Populi* é sua *tarefa*; os *conselheiros*, através dos quais todas as coisas que necessita saber lhe são sugeridas, são a *memória*; a *equidade* e as *leis*, uma *razão* e uma *vontade* artificiais; a *concordia* é a *saúde*; a *sedição* é a *doença*; a *guerra civil* é a *morte*. Por último, os *pactos* e *convenções* mediante os quais as partes deste Corpo Político foram criadas, reunidas e unificadas assemelham-se àquele *Fiat*, ao *Façamos o homem* proferido por Deus na Criação (HOBBS, 2014, p. 11-12).

Destarte, o corpo político é o efeito de um ato originário do qual todos os direitos e faculdades daquele ou daqueles a quem pertence o poder soberano são derivados. Por ser a soberania uma alma artificial, produto de um ato voluntário e deliberado de uma assembleia constituinte tal como Hobbes nos faz supor, e Schmitt reforça com sua interpretação, é ela que dá movimento ao corpo inteiro. Isto é, a todos os membros do corpo político criados por pactos e convenções subsequentes ao ato de ordenação e localização constituinte, espacialmente concreto:

É fácil compreender, em princípio, esse típico contraste entre constituinte e constituído. A diferenciação entre atos constituintes e instituições constituídas, a contraposição entre *ordo ordinans* [ordem ordenante] e *ordo ordinatus* [ordem ordenada], entre *pouvoir constituant* [poder constituinte] e *pouvoir constitué* [poder constituído], é, em geral, conhecida e corrente. Mas, em todas as épocas, os juristas do direito positivo, isto é, do direito constituído e posto, habituaram-se a ter em vista apenas a ordem existente e os eventos no interior dessa ordem, ou seja, apenas o âmbito do firmemente ordenado, do já constituído e, em particular, somente o sistema de uma determinada legalidade estatal (SCHMITT, 2014, p. 82).

Hobbes parece ser um autor que tem em vista o contraste entre constituinte e constituído. Como sugere o texto do filósofo inglês supramencionado, as partes do corpo político funcionam e recebem os seus movimentos da alma artificialmente criada, a soberania. De modo que se tornam publicamente visíveis as formas de poder e de dominação resultantes do evento constituinte fundamental.

Assim, a diferenciação, entre atos constituintes e instituições constituídas, entre ordem ordenante e ordem ordenada, poder constituinte e poder constituído, esculpida por Hobbes vai sendo evidenciada, a partir dos conceitos construídos por Schmitt. Nesse diapasão, a pretensão é assinalar, nesta seção, que os direitos e faculdades daquele ou daqueles que possuem o poder soberano, ou seja, o poder constituído ou ordem ordenada, derivam do evento constituinte como decisão fundamental. Da feitura do pacto que funda a soberania jurídica, mediante o consentimento da maioria, decorrem os direitos atados à soberania como se verá adiante (Cf. HOBBS, 2014, p. 149-158).

4. Os direitos atados à sede da soberania

Vejamos como Hobbes descreve cada um dos direitos e faculdades a quem é conferido o poder soberano. Vale ressaltar, antes de darmos continuidade, que a interpretação daqueles direitos se refere imediatamente à conexão originária que distingue o direito fundamental, entendido como ordenação e localização concretas, e a multiplicidade de ordens e medidas exigidas pela condução e o controle de uma comunidade (Cf. SCHMITT, 2014, p. 68).

Desta forma, Hobbes diz que os súditos não podem mudar a forma de governo:

[...] cada homem conferiu a soberania àquele que é portador da sua pessoa, e por isso se o depuserem estarão-lhe tirando o que lhe pertence, o que também constitui injustiça. Mais ainda, se aquele que tentar depor o seu soberano for morto, ou por ele castigado devido a essa tentativa, será o autor do seu próprio castigo, dado que por instituição é autor de tudo quanto o seu soberano fizer [...] (HOBBS, 2014, p. 149).

Ora, se cada homem conferiu a soberania àquele que porta sua pessoa, e depois o depuser, estará tirando do soberano aquilo que pertence a cada um deles, o que constitui injustiça. Toda e qualquer punição que for aplicada pelo soberano ao que tentar destituí-lo, será autor da sua própria punição, certo que, por instituição, é autor de todas as ações do soberano.

Segundo Hobbes, não se perde o direito ao poder soberano:

como o direito de portar a pessoa de todos é conferido ao que é tornado soberano mediante um pacto celebrado apenas entre cada um e cada um, e não entre o soberano e cada um dos outros, não pode haver quebra do pacto por parte do soberano; (HOBBS, 2014, p. 149).

O pacto que conferiu ao soberano o direito de portar a pessoa de todos deve ser permanente, dada a necessidade de garantir a observância das leis civis para que a sociedade e o Estado que foram fundados possam ser estáveis. Por isso o evento originário constituinte espacial que unifica ordenação e localização é o fundamento que garante todos os acordos subsequentes. Como o soberano surgiu tão somente depois da celebração do pacto, este foi feito

apenas entre cada um e cada um. Então, se o soberano não pactuou não pode violar um acordo ao qual não se encontra vinculado. Por isso, os súditos não podem pretender a liberação da obrigação sob a alegação de que o soberano infringiu os seus direitos. De modo que a sua existência é incompatível com qualquer argumento referente à perda do direito ao poder soberano.

Consequentemente, ninguém pode, sem injustiça, protestar contra a instituição do soberano apontado pela maioria:

[...] se a maioria, por voto de consentimento, escolher um soberano, os que tiverem discordado devem passar a consentir juntamente com os restantes. Ou seja, devem aceitar reconhecer todos os atos que ele venha a praticar, ou então serem justamente destruídos pelos restantes (HOBBS, 2014, p. 151).

Uma vez instituído o soberano, por voto de consentimento da maioria, ele passa a portar as pessoas de todos os integrantes da assembleia constituinte. Hobbes afirma que os opositores da sua instituição devem aquiescer e juntar-se aos que o constituíram. Isto significa passar a reconhecer todos os atos praticados pelo soberano. Caso contrário, poderão ser destruídos pela maioria.

O sinal evidente da vontade foi expresso no ingresso de cada um na congregação dos que constituíram a assembleia, de conformar a sua vontade à vontade da maioria. Se depois se recusar a aceitar os seus comandos, age injustamente porque desobedeceu ao pacto. Caso resista e não se submeta aos decretos do soberano será deixado na condição de guerra em que antes se encontrava. Se assim permanecer, poderá, sem injustiça, ser destruído por qualquer um.

Diz-nos Hobbes que não há justiça nas acusações que o súdito faça aos atos dos soberanos:

[...] dado que todo súdito é por instituição autor de todos os atos e decisões do soberano instituído, segue-se que nada do que este faça pode ser considerado dano a nenhum dos seus súditos, e que nenhum deles o pode acusar de injustiça. Pois quem faz alguma coisa em virtude da autoridade de um outro não pode nunca causar injúria àquele em virtude de cuja autoridade está agindo (HOBBS, 2014, p. 151).

Diante da relação estabelecida entre autor e ator, já mencionada, o súdito não pode, justamente, fazer acusações contra os atos praticados pelo soberano. Pois, o que tem o poder soberano o adquiriu com base no consentimento, por uma pluralidade de votos, dos homens que decidiram submeter suas vontades a uma única vontade, com o objetivo de instituir o soberano e o poder que é próprio da soberania.

Portanto, nenhuma justiça há nas acusações que os súditos façam das decisões e ações do soberano, dado que o soberano decide e age em virtude da autoridade que lhe foi conferida.

Assim, tudo o que vier a fazer, deve ser entendido como se fossem os súditos fazendo. Como dano e injúria são atos injustos, porque consistem na violação das leis civis estabelecidas pelo soberano, e como este não se encontra a elas vinculado, todas as acusações contra atos do soberano são consideradas injustas, ou seja, acusações que violam o pacto, que dos súditos exige obediência.

Nada do que o soberano faz pode ser punido pelo súdito, nas palavras de Hobbes:

e em consequência do que foi dito por último, aquele que detém o poder soberano não pode justamente ser morto, nem de nenhuma outra maneira pode ser punido pelos súditos. Pois, uma vez que todo súdito é autor dos atos do seu soberano, cada um estaria castigando outrem pelos atos cometidos por si mesmo (HOBBS, 2014, p. 152).

Se o soberano não pode ser acusado pelos súditos pelos atos que pratica, dado que por instituição cada indivíduo é autor das ações do soberano, ele não poderá ser punido pelos mesmos. Portanto, não é possível culpar o soberano, por conseguinte, castigá-lo. Expressamente, Hobbes afirma que o soberano não pode justamente ser morto. Para que pudesse justamente ser morto seria necessário que ele infringisse as leis civis que ele mesmo estabeleceu como ato de vontade seu. Todavia, como não se encontra vinculado às leis civis, não pode ser acusado de descumprimento do pacto, conseqüentemente, sofrer qualquer tipo de punição prevista, anteriormente, naquelas leis.

O soberano tem o direito de fazer regras pelas quais todos os súditos possam saber o que lhes pertence, e nenhum outro súdito pode tirar-lhe sem injustiça. Para Hobbes:

está anexado à soberania todo o poder de prescrever as regras através das quais todo homem pode saber quais os bens de que pode gozar e quais ações pode praticar, sem ser incomodado por nenhum dos seus concidadãos [...].Essas regras [...] são as leis civis, ou seja, as leis de cada república específica [...] (HOBBS, 2014, p. 153).

Uma vez constituída a soberania pelo evento inaugural espacial, pela primeira medição, que funda todas as medidas subsequentes, diz Hobbes que está anexado à soberania todo o poder de prescrever as leis civis, ou seja, as leis de cada Estado específico que darão ciência a cada súdito do que lhe pertence e do que não lhe pertence, do bem e do mal, do lícito e do ilícito. As regras pelas quais todos os súditos tomam conhecimento do que lhes pertence, e nenhum outro súdito pode tirar-lhe sem injustiça, isto é, sem descumprir o pacto, constituem o recinto, o cercamento, a localização, contidos na palavra *nomos*, “expressam justamente as ordenações que partem e diferenciam” (SCHMITT, 2014, p. 78). Para falar com Hobbes, contidos numa lei fundamental, “em cada república, lei fundamental é aquela que, se eliminada, a república é destruída e irremediavelmente dissolvida [...]” (HOBBS, 2014, p. 245). Voltando à

metaforologia de Schmitt, “o círculo que cerca, a cerca construída por homens [...] é uma forma originária da convivência cultural, jurídica e política” (SCHMITT, 2014, p. 74).

Também ao soberano pertencem a autoridade judicial e a decisão das controvérsias, de acordo com Hobbes:

está anexada à soberania a autoridade judicial, quer dizer, o direito de ouvir e julgar todas as controvérsias que possam surgir com respeito às leis [...] ou com respeito aos fatos. Porque sem a decisão das controvérsias não pode haver proteção de um súdito contra os danos de um outro. Serão em vão as leis relativas ao *meum* e ao *tuum* [...] (HOBBS, 2014, p. 154).

Esta situação circunscreve-se à ordem jurídica posta pelo soberano, ao qual pertence a judicatura, ou o direito de constituir os juízes que decidirão as controvérsias entre os súditos, garantindo-lhes proteção contra os danos uns dos outros. Em se tratando de uma aplicação concreta, pressupõe-se que a decisão, em sentido jurídico, dos litígios entre os súditos, será deduzida de uma lei civil estabelecida anteriormente. Não se deve esquecer que as decisões das controvérsias são atos de soberania. Pois, em momento algum, em Hobbes, o soberano é ocultado, escondido ou eliminado pela ordem jurídica. Em todas as questões, a autoridade estatal se manifesta de modo transparente, pois diante dos casos não previstos pelas leis civis, nem pelas regras, tornadas leis em virtude da autoridade do soberano, para colmatar as lacunas, a mais alta autoridade decide de acordo com o que considerar conveniente para garantir a paz e a ordem.

O soberano é também juiz das doutrinas que são mais adequadas para serem ministradas aos seus súditos, e assim se pronuncia Hobbes: “pertence à soberania ser juiz de quais as opiniões e doutrinas são contrárias à paz, e quais as que lhe são propícias” (HOBBS, 2014, p. 152).

Ao soberano pertence o direito de ser juiz das opiniões e doutrinas mais adequadas a serem ensinadas aos súditos. Esta é uma consequência do direito conferido ao soberano dos fins, que são a paz e a defesa comuns, de tudo o que possa perturbar ou dificultar estas últimas, portanto ao detentor do poder soberano compete praticar todos os atos preventivos e necessários para evitar, dessa maneira, a discórdia e a guerra civil. Razão pela qual, o soberano tem direito aos meios que considerar mais adequados para o seu propósito. Por isso, ao soberano pertence o direito de ser juiz, ou de constituir os juízes de opiniões e doutrinas, como se fossem o próprio soberano decidindo. Na próxima seção veremos como o monopólio da última decisão por parte do soberano se conecta ao *nomos* (Schmitt) ou à **lei fundamental** (Hobbes).

5. O soberano tem o monopólio da última decisão

O soberano é juiz do que é necessário para a paz e defesa dos súditos, senão vejamos:

Visto que o fim dessa instituição é a paz e a defesa de todos, e visto que quem tem direito a um fim tem direito aos meios, pertence de direito a qualquer homem ou assembleia que detenha a soberania ser juiz tanto dos meios para a paz e a defesa como de tudo o que possa perturbar ou dificultar estas últimas; e fazer tudo o que considere necessário ser feito, tanto antecipadamente, para a preservação da paz e da segurança, mediante a prevenção da discórdia interna e da hostilidade externa, quanto também, depois de perdidas a paz e a segurança, para a recuperação de ambas [...] (HOBBS, 2014, p. 152).

Hobbes define as competências e quem é competente para decidir sobre o que é necessário para a paz e a defesa de todos, pois quem tem direito de ser juiz e decidir nas situações extremas, tem direito aos meios de repará-las. A soberania como poder supremo, não derivado do soberano, é consequência do ato originário constituinte espacial. Em uma palavra, do *nomos* ou da **lei fundamental**, como dito.

Portanto, Hobbes está tratando aqui da aplicação concreta, afirmando quem decide no caso de conflito extremo, com orientação para dentro e para fora, interna e externa. Isto é, quem é o juiz que define o que é do interesse público ou estatal, sobre as questões da segurança e da ordem estatal. As leis civis são insuficientes para comportarem o caso excepcional, este as extrapola, não é previsto na ordem jurídica vigente, estabelecida previamente pelo soberano para dirimir as controvérsias corriqueiras.

Dessa forma, o soberano é o juiz, tanto dos meios para a paz e a defesa como de tudo o que possa produzir a sua quebra ou a dificuldade de garanti-las. Ao soberano compete fazer tudo o que considere necessário ser feito, tanto antecipadamente, para a preservação da paz e da segurança, mediante a prevenção da discórdia interna e da hostilidade externa, de tudo quanto possa ser caracterizado como risco para a existência do Estado, quanto também, depois de perdidas a paz e a segurança, para a recuperação de ambas. Aqui estamos diante da decisão soberana sobre a ocorrência do estado de necessidade extremo, e ainda sobre o que se deve fazer para saná-lo. Com efeito, pode-se dizer aqui que: “**Soberano é quem decide sobre o estado de exceção**” (SCHMITT, 2006, p. 7 – Grifos nossos).

Nas palavras de Schmitt, acerca da citação acima:

Essa definição, em si, faz jus ao conceito de soberania como um conceito limítrofe, pois conceito limítrofe não significa um conceito confuso como na turva terminologia da literatura popular, mas um conceito da esfera extrema. A isso corresponde que a sua definição não pode vincular-se ao caso normal, mas ao caso limítrofe. [...], aqui, deve-se entender, sob estado de exceção, um conceito geral da teoria do Estado, mas não qualquer ordem de necessidade [...]. o fato de o estado de exceção ser adequado em sentido eminente, para a definição jurídica de soberania, possui um motivo sistemático, lógico-jurídico. A decisão sobre a exceção é, em sentido eminente, [...] uma decisão, em sentido jurídico [...] (SCHMITT, 2006, p. 7).

Malgrado Schmitt tenha construído esse conceito de soberania no início da década de 20, ele não esconde sua inspiração na teoria da soberania que emerge nos séculos XVI e XVII, com ênfase, no nosso contexto, para Hobbes, que formulou a afirmação, já mencionada, de que **o soberano é juiz do que é necessário para a paz e defesa dos súditos**. Face à definição de que soberano é quem decide sobre o estado de exceção, e como tal faz *jus* ao conceito de soberania, um conceito limítrofe, da esfera extrema, pretende-se com ele iluminar a passagem, citada, de Hobbes.

Na medida em que Hobbes diz que o fim da instituição da soberania é a paz e a defesa de todos, que aquele que tem direito ao fim tem direito aos meios, e que só ao soberano pertence o direito de fazer tudo que considere necessário ser feito, tanto antecipadamente, quanto depois de perdidas a paz e a segurança, para a recuperação de ambas, entendemos que o autor inglês está lidando com um conceito da esfera extrema. Assim, o conceito não pode vincular-se ao caso normal, mas ao caso limítrofe que leva ao enfraquecimento ou à dissolução do Estado.

De modo que não se trata de qualquer ordem de necessidade, mas da dissolução do Estado em razão da discórdia interna e da hostilidade externa. Tal como diz Hobbes: “[...] a *concórdia* é a saúde; a *sedição* é a doença; e a *guerra civil* é a morte” (HOBBS, 2014, p. 12). Os casos de sedição, iminência de guerra e de guerra são estados de exceção, não de normalidade, exigem medidas excepcionais de prevenção e de recuperação. O fato de o estado de exceção ser adequado, em sentido eminente, para a definição jurídica de soberania, inscreve-se na incapacidade absoluta de se decidir com base na ordem jurídica instituída pelo soberano.

Então, Schmitt, oportunamente, discute a questão relativa ao sentido jurídico da decisão sobre o estado de exceção. Pois, a teoria do direito, ao partir da ordem jurídica posta, só atribui juridicidade a uma decisão deduzida de uma norma jurídica que a vincula. Contudo, para Schmitt, a soberania consiste em dirimir as contradições dentro do Estado e determinar definitivamente o que seja ordem e segurança pública, quando estas são perturbadas (Cf. SCHMITT, 2006, p. 10). Se, para Hobbes, o soberano é juiz do que é necessário para a paz e defesa dos súditos, ele avoca, para si, o poder ilimitado inclusive para suspender a ordem que ele mesmo criou, na medida em que a paz e a segurança se encontrem ameaçadas, e por isso deve preservá-las. No caso de a paz e a segurança haverem sido perdidas, deve recuperá-las, por meio das medidas que considere urgentes.

Necessário se faz compreender, em que medida, a decisão sobre a exceção é, em sentido eminente, uma decisão, em sentido jurídico. Se a decisão sobre a exceção não encontra respaldo

na ordem jurídica posta pelo soberano, e sendo o estado de exceção algo diferente da anarquia e do caos, **em que medida, subsiste, em sentido jurídico, uma ordem, mesmo que não uma ordem jurídica?** Quando se usa as palavras, ordem jurídica, se trata da ordem jurídica enquanto legalidade estatal. Mas, no estado de exceção, não se fala da ordem jurídica criada de acordo com os procedimentos estabelecidos, por exemplo, em uma Constituição. Cuida-se de uma ordem em sentido jurídico porque fundada no evento constituinte fundamental, o *nomos* ou a lei fundamental. **A decisão sobre a exceção encontra fundamento no ato originário que funda o direito como unidade de ordenação e localização**, sobre o qual o Estado é criado, e mediante o qual o Estado é mantido. Senão vejamos:

Entrando-se nessa situação, fica claro que, em detrimento do Direito, o Estado permanece. [...]. A existência do Estado mantém, aqui, uma supremacia indubitável sobre a validade da norma jurídica. A decisão liberta-se de qualquer vínculo normativo e torna-se absoluta em sentido real. Em estado de exceção, o Estado suspende o Direito por fazer *jus* à autoconservação, como se diz. [...], e o soberano é aquele que decide, definitivamente, sobre se tal situação normal é realmente dominante. [...]. O soberano cria e garante a situação como um todo na sua completude. Ele tem o monopólio da última decisão. Nisso repousa a natureza da soberania estatal que, corretamente, deve ser definida, juridicamente, não como monopólio coercitivo ou imperialista, mas como monopólio decisório [...]. O estado de exceção revela o mais claramente possível a essência da autoridade estatal. Nisso, a decisão distingue-se da norma jurídica e (para formular paradoxalmente), a autoridade comprova que, para criar direito, ela não precisa ter razão/direito (SCHMITT, 2006, p. 13-14).

O primado da existência do Estado sobre o Direito confere à decisão do soberano uma libertação de qualquer vínculo normativo, tornando-se absoluta em sentido real. São as situações de extrema necessidade que, por colocarem em risco a existência do Estado, manifestam de modo claro o ser da autoridade estatal, manifestam na sua mais absoluta nitidez a natureza do poder estatal.

Como Hobbes é um autor que pugna que o poder soberano, quer resida em um homem quer em uma assembleia de homens, é o maior que possivelmente se imaginam os homens capazes de criar, é possível imaginar as muitas más consequências da falta dele. Nesse sentido, o soberano se encontra livre das leis civis. Provavelmente, a imagem do soberano projetado por Hobbes seja a de que em situações de anormalidade institucional, livre de qualquer vínculo normativo, decide sobre o estado de exceção, isto é, **o soberano decide sobre as situações que podem pôr em risco a ordem e a segurança do Estado.**

Dito de outro modo, parece que o estado de exceção é que ilumina e desoculta o soberano reprimido que, uma vez liberto, sugere haver algo mais fundamental do que a ordem jurídica que faz funcionar a máquina estatal. Ou seja, suspende-se a ordem jurídica para fazer

jus à autoconservação do Estado, isso parece apontar que algo mais originário precisa ser garantido, caso contrário o próprio Estado desaparece. Dessa maneira, se o soberano é juiz do que é necessário para a paz e a defesa contra os inimigos estrangeiros, ele tem o monopólio da decisão em última instância, indubitavelmente superior ao monopólio coercitivo ou imperialista. Portanto, a vontade, e não a razão, cria o direito. Vejamos como Schmitt reforça o que dissemos acima sobre Hobbes:

El representante clásico del tipo ‘decisionista’ (si se me permite acuñar esta palabra) es Hobbes. Las características peculiares de este tipo también explican por qué fue éste y no el otro método el que halló la formulación clásica de la antítesis *Autoritas, non veritas facit legem* (SCHMITT, 2004, p. 93).

E de fazer a guerra e a paz, como lhe parecer melhor, eis o que Hobbes diz a esse respeito: “está anexado à soberania o direito de fazer a guerra e a paz com outras nações e repúblicas [...]” (HOBBS, 2014, p. 154).

A guerra e a paz evidenciam uma situação da esfera extrema, e o soberano é quem decide sobre esses casos limítrofes. Como dito acima, a natureza da soberania estatal, deve ser definida, juridicamente, pelo monopólio decisório, isto é o que se revela aqui. Todavia, não significa que os monopólios coercitivos e imperialistas não caracterizem a soberania, tão somente se pretende reafirmar que o monopólio decisório é a marca da soberania. A passagem de Hobbes é clara quanto a essa questão. É o soberano quem decide quando a guerra e a paz com as outras nações e repúblicas correspondem ao bem comum. Decerto que o monopólio decisório manifesta, juridicamente, a natureza da soberania, mas o direito de constranger os súditos para reunir a quantidade de forças que julgue necessárias e de arrecadar dinheiro com o objetivo de pagar as despesas só pertencem ao soberano. Semelhante modo, o monopólio imperialista encontra-se, igualmente, anexado à sua soberania, como o direito de fazer a guerra, ou subjugar outras nações e repúblicas.

E de escolher todos os conselheiros e ministros, tanto da paz como da guerra, senão vejamos: “está anexada à soberania a escolha de todos os conselheiros, ministros, magistrados e funcionários, tanto na paz como na guerra. Dado que o soberano está encarregado dos fins, que são a paz e a defesa comuns [...]” (HOBBS, 2014, p. 154).

Como referido acima, estão anexados à soberania os direitos ao fim e aos meios para a paz e a defesa, bem como de tudo o que possa perturbá-las. Consequentemente, está anexada à soberania a decisão de nomear funcionários judiciais ou executivos, os ministros e os conselheiros, a cada qual corresponde um cargo, com funções específicas, para dar movimento ao corpo político inteiro (Cf. HOBBS, 2014, p. 204-209).

Para Hobbes, os direitos que constituem a essência da soberania são incomunicáveis e inseparáveis, de modo que esta grande autoridade é indivisível e inseparavelmente anexada à soberania (Cf. HOBBS, 2014, p. 155-157). Por isso, o cargo do soberano implica a defesa e a manutenção da integridade desses direitos essenciais à garantia do Estado. Reconhecemos, ainda, a contribuição de Schmitt no que concerne ao sentido jurídico da definição do seu conceito de soberania, bem como sobre o que repousa a natureza da autoridade estatal. O que se pretendeu com a leitura de Schmitt foi iluminar a investigação sobre os direitos atados à sede da soberania e à caracterização desta como monopólio da última decisão, em Hobbes.

Conclusão

Como se pôde observar ao longo do texto, procurou-se fazer uma leitura cruzada entre Hobbes e Schmitt, circunscrita e aproximada pelos conceitos seguintes: lei fundamental (Hobbes), *nomos* (Schmitt) e o conceito de soberania. Objetivou-se, nesse sentido, tratar do evento constituinte fundamental que origina o poder soberano do Estado e permite, em situações de anormalidade institucional, ao soberano decidir sobre o estado de exceção. Foram fornecidas as provas, ao longo do percurso, sobre a relação entre a decisão soberana e a lei fundamental em Hobbes, ou *nomos*, em Schmitt. Assim, restou evidenciada a proximidade entre Hobbes e Schmitt, a partir do primado da existência do Estado sobre o Direito como ordem jurídica posta.

Referências

BOBBIO, Norberto. **Thomas Hobbes**. Rio de Janeiro: Campus, 1991.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de uma República Eclesiástica e Civil**. São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2014.

SCHMITT, Carl. **El Leviathan: en la Teoría del Estado de Tomas Hobbes**. Granada: Editorial Comares, 2004.

SCHMITT, Carl. **Teologia Política I**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SCHMITT, Carl. **O nomos da Terra no direito das gentes do *jus publicum europaeum***. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2014.