

4

Leviathan nudus

“E eles apontaram o dedo para os teares vazios, como se os outros pudessem ver alguma coisa.” – *A roupa nova do Rei* de Andersen⁶⁴⁰

“O mundo quer ser engando, pois que seja.”
– provérbio popular⁶⁴¹

Talvez, uma das melhores derivações do pacto hobbesiano seja a imagem proposta por Freud, em sua obra *Totem e tabu*, a qual descrevemos agora, utilizando as palavras de Maud Ellmann:

Era uma vez [...] um bando de irmãos que matou seu pai e devorou-o, tomando posse de suas esposas. Mas cada irmão queria todas as esposas para si e, assim, começaram a matar-se uns aos outros, e o novo regime degenerou-se em um caos. Percebendo que ninguém poderia vencer esta batalha de todos contra todos, os irmãos, por fim, renunciaram as mulheres que desejavam e instituíram a lei local do *incesto*. Ao mesmo tempo, instalaram um *totem* no lugar do pai, um animal sagrado, o qual significa a proibição de relações sexuais entre os membros do clã totêmico. O ritual totêmico, no qual o animal sagrado é sacrificado e devorado, representa a repetição do parricídio fundador.⁶⁴²

Antes que nos choquemos com a descrição, devemos esclarecer que Freud trata, como ele mesmo esclarece, de uma “horda primeva [...] na qual] um pai ciumento guarda todas as fêmeas para si e expulsa todos filhos machos assim que eles amadurecem”⁶⁴³. A partir deste estágio, que podemos considerar bastante pré-histórico e quase símio, ele narra a transição para uma sociedade clânica, mais igualitária, na qual, no entanto, há um sistema *totêmico* e de *tabus*. O principal destes, como vemos na narrativa acima, é o *incesto*; aquele, um animal sagrado cuja caça e consumo são proibidos, exceto durante o período de ritual totêmico no qual o mesmo animal é sacrificado e devorado por todos; o que, segundo Freud, representa o *parricídio original*, fundador do Estado em seu estágio mais primitivo. Curiosamente, termina seu livro citando a frase do Dr. Fausto: “no princípio era o ato”⁶⁴⁴.

640 Tradução livre de ANDERSEN, 1862, p. 13, conto do qual provém a famosa expressão *o Rei está nu*.

641 “*Mundus vult decipi, ergo decipiatur*” (KIERKEGAARD, 2006, p. 221).

642 Ou melhor, nossas palavras, traduzindo ELLMANN, 2005, p. xiv, com grifos nossos.

643 Tradução livre de FREUD, 2005, p. 141.

644 *Ibid*, p. 158.

As comparações com Hobbes são inevitáveis. Freud fala que:

O desejo sexual não une os homens, mas os divide. Se os irmãos uniram-se para sobrepujar o pai, agora, todos eram rivais em relação às mulheres. Cada um gostaria de possuir todas as mulheres para si, tal como o pai e, *nesta batalha de todos contra todos*, a nova organização teria entrado em colapso. Nenhum deles teria tido a *irresistível força* para assumir o papel do pai com sucesso.⁶⁴⁵

Sendo assim, para suprir o papel desta *força irresistível*, mas que perecera – pois só era irresistível para cada um individualmente –, o *totem* é instituído:

O sistema totêmico, por assim dizer, é um *contrato* com o pai, no qual aquele garante tudo que uma imaginação infantil possa esperar deste: proteção, carinho e consideração. Em retorno por isto, os irmãos garantem honrar sua vida, isto é, não repetir o ato que realizaram contra ele, no qual o verdadeiro pai pereceu.⁶⁴⁶

Como podemos ver, Freud utiliza vários termos oriundos de Hobbes, mas o *Leviathan* – isto é, o *pai* – é prévio ao *estado de natureza*, que só ocorre quando o pai morre; o que não deixa de ser semelhante a Hobbes, se considerarmos a interpretação que demos com base no mito da *Torre de Babel*: havia uma ordem e, por *hybris* – isto é, por desejarem todas as mulheres –, ela foi destruída, dando início à *guerra de todos contra todos*. Os irmãos são como os *capitalistas* de MacPherson, mas, ao invés de ser por *capital*, a obsessão é por *mulheres*. No entanto, ao contrário da interpretação de MacPherson, o *sistema totêmico* não é instituído para *mediar* as relações de *apropriação desenfreada* do *individualismo possessivo*. Ao contrário, há uma *completa interdição*, ao menos no âmbito intratribal.

Mas estas analogias não são o mais importante; o que mais nos interessa da derivação ou interpretação de Freud é que podemos extrair uma certa leitura *irônica* do pai da psicanálise, pois é como se falasse claramente: os irmãos libertaram-se, mas, como não sabiam dividir, como não sabiam viver igualmente, como eram dados à *hybris*, precisaram instituir um *totem* – como um *logos* – para que a nova ordem não entrasse em colapso – *se no princípio era o ato, ao final, era o Logos*:

O homem morto torna-se mais forte, agora, do que quando vivo fora; e podemos ver isto nos destinos humanos até hoje: aquilo que ele prevenira anteriormente, por mera virtude de sua existência, agora, os irmãos proibem-se por meio de uma situação psíquica de “obediência adiada”, que nós da Psicanálise conhecemos muito bem.⁶⁴⁷

A questão não é negar que a instituição *do totem* possui aspectos positivos – *a matança foi encerrada* –, mas o fato de que é preciso instituir esse *Logos* para que as coisas funcionem ordenadamente. Mais que o surgimento de uma ordem

645 *Ibid.*, p. 142-3, grifos nossos.

646 *Ibid.*, p. 143, grifos nossos.

647 *Ibid.*, p. 142.

estatal – ou, se quisermos manter o termo para o que for relativo ao *Estado moderno*, uma ordem *pós-horda* –, o que Freud retrata é o surgimento da *neurose*, pois ele afirma que: “[a] neurose é caracterizada pelo fato dos neuróticos elevarem a realidade psíquica acima da realidade factual e reagirem tão seriamente aos pensamentos quanto as pessoas normais reagem a realidade”⁶⁴⁸. Assim, se observarmos como ele compara os *neuróticos* e os *homens primitivos*, veremos claramente esta transição:

[O] neurótico é inibido sobretudo no agir. Para ele, os pensamentos substituem completamente os atos. O homem primitivo é desinibido; o pensamento simplesmente torna-se ato. Para ele, o ato é, por assim dizer, um substituto para o pensamento, e, em razão disto, sem querer levar a conclusão a um encerramento definitivo, penso que podemos assumir que, no caso em consideração: no princípio era o ato.⁶⁴⁹

E, depois, veio o *Logos*, isto é, o *totem*. E esta questão é de fundamental importância, pois, podemos enxergar no *Leviathan* de Hobbes – o Estado, e não o livro – uma espécie de *totem*. Como vimos, ele concebe esta instituição para ser o *Rei dos Soberbos*, mas, como aponta Janine Ribeiro, também “[é] para homens que não querem morrer (como Hobbes, como a grande maioria de nós) [...] que se constrói o Estado hobbesiano”⁶⁵⁰, ou seja, para os *gêmeos do medo*. Os neuróticos de Freud parecem ter as duas características: ambicionam todas as mulheres, mas, ao se libertarem daquele que os oprimia, por medo uns dos outros, instituem o *totem*. Da destruição da *Torre de Babel* ao erguimento deste, temos um percurso completo.

Hobbes também parece realizar este movimento *filosoficamente*: ele desconstrói toda a *Torre da Metafísica*, mas, ao encontrar-se no vazio da *différance*: eis que surge o *horror vacui*; e Hobbes angustia-se com isto. Como postulou o filósofo dinamarquês Søren Kierkegaard, “[a] angústia pode ser comparada com uma vertigem. Aquele, cujos olhos deparam-se com um profundo abismo, sentirá vertigem. [...] Assim, a angústia é a vertigem da liberdade. [...] E a liberdade sucumbe à esta vertigem”⁶⁵¹. Assim, poderíamos dizer que Hobbes sente uma vertigem do que constrói – ou melhor, *desconstrói* – e ergue seu *totem* para aliviar a sua *angústia*. Ele não afirma que *Deus está morto*, mas proclama sua *indifférance*, de modo que, tal como os selvagens de Freud, procura construir outro que lhe dê ao menos *proteção*, se não puder dar *carinho e consideração*, tal como um *pai ideal*.

648 *Ibid.*, p. 156.

649 *Ibid.*, p. 158.

650 RIBEIRO, 1999, p. 20.

651 Tradução livre de KIERKEGAARD, 1980, p. 61, e *id.*, 1855, p. 58.

Mas também pode ser pura *ironia*, que, “como um momento dominado, mostra-se em sua verdade justamente nisso: que ela ensina a realizar a realidade, ao colocar a ênfase na *adequada realidade*”⁶⁵²; e a *adequada realidade*, para Hobbes, talvez, seja mostrar que não há *pai ideal*. Assim, ao lado do *totem* que constrói, o filósofo ataca vários *tabus* de diversas correntes políticas; razão pela qual, talvez, tenha terminado um tanto isolado, exceto por alguns admiradores mais radicais, como já relatamos no início deste trabalho, mas que acabaram tão perseguidos quanto ele.

Segundo Freud:

“Tabu” é uma palavra polinésia de difícil tradução, pois não temos mais o conceito ao qual ela se refere. Ainda era utilizada entre os antigos romanos, pois *sacer* era o mesmo que tabu para os polinésios. [...] Para nós, o significado de tabu divide-se em duas direções opostas: por um lado, significa o sagrado, o consagrado; por outra, o estranho, o perigoso, o proibido, o impuro. [...] Deste modo, há algo no conceito de tabu que é semelhante ao conceito de reserva; ele também expressa-se significantemente em proibições e restrições. Nossa expressão “temor sacro” poderia, igualmente, coincidir com o significado de tabu em vários casos.⁶⁵³

Sendo assim, Hobbes *tocou* em vários tabus, em ambos os sentidos: tanto os santificados pelo *Logos* e seus derivados como os *malditos*. Freud comenta que o tabu transmite-se pelo toque⁶⁵⁴: “qualquer um que viole tal proibição assume o caráter do objeto proibido como se tivesse absorvido integralmente uma descarga perigosa”⁶⁵⁵. Desta forma, Hobbes virou tabu, e – *como tudo que vem do tabu é tabu* –, seus conceitos tornaram-se como tais, igualmente. Curiosamente – ao contrário do seu autor, que apenas tornou-se maldito –, os conceitos adquiriram a ambiguidade do *tabu*: *perigo e reverência*. O *contrato social*, por exemplo, após muitas contestações, é praticamente adotado toda vez que ocorre uma nova constituição; não exatamente da forma hobbesiana, sejamos claros, mas adaptado – após passar por um *ritual de purificação*.

652 KIERKEGAARD, 2006, p. 279.

653 Tradução livre de FREUD, *op. cit.*, p. 23. Quanto aos romanos, como exemplo, Greenidge afirma que, se um magistrado ignorasse os augúrios, “a pena de excomunhão (*sacer esto*) era aplicada” (tradução livre de GREENIDGE, *op. cit.*, p. 38); em outro exemplo, temos que, em um alistamento militar, era realizado um juramento – “*sacramentum*” (*ibid.*, p. 154) – o qual, “quem o quebrasse, era *sacer*, e a vingança dos deuses poderia ser satisfeita com a execução sumária, infligida pelo general ao ofendido” (*ibid.*, p. 154); posteriormente, no período republicano, uma lei “deu a sanção legal de *sacrosanctitas* ao magistrado plebeu, decretando que qualquer um que lhe causasse ofensas seria *sacer* para toda a comunidade” (*ibid.*, p. 109).

654 “A principal proibição da neurose [viz., obsessiva] é, tal como no caso do tabu, o ato de tocar [...]. A proibição não apenas se estende ao contato direto com o corpo, mas assume a latitude da frase de sentido figurado ‘ter contato com’. Tudo que leva os pensamentos em direção ao proibido, provocando contato mental, é tão proibido quanto o contato físico direto; a mesma extensão é encontrada no tabu” (tradução livre de FREUD, *op. cit.*, p. 31).

655 *Ibid.*, p. 27.

A soberania, por outro lado, parece mais *maldita* do que *celebrada*, embora nenhum Estado queira abrir mão dela; nos escritos teóricos, porém, são poucos os que a defendem com vigor; é mais fácil encontrarmos o contrário. É claro que, como observou Oppenheim, não podemos esquecer da dificuldade do conceito, e a soberania frequentemente contestada é uma que é vista como sendo uma *característica essencial de um Estado*; lembremos da definição de Bodin: *a soberania é o poder absoluto e perpétuo de um Estado*. Hobbes, porém, é visto não apenas como um seguidor, mas um contribuidor essencial desta doutrina; alguém que, ao mesmo tempo que a abstraiu da figura pessoal do Rei, transformou esta abstração no *Leviathan*, não resolvendo o problema; apenas criou um totem que, como tal, é tabu.

No entanto, como vínhamos falando, além de Hobbes tocar em um ponto essencial do problema político – tão *essencial* que, como tal, é tabu –, que é o problema da *decisão política*, ao mesmo tempo, ele aponta para a arbitrariedade desta decisão, sendo presumível que tenha desagradado, como diz a máxima, *a gregos e troianos*: todos querem estar do lado do *Logos* – *todos querem que a guerra seja justa para o seu lado*.

A guerra, obviamente, é um tabu; Freud afirma que, entre os tabus, temos o *tratamento dos inimigos*:

Inclinados como somos a atribuir aos povos selvagens e semisselvagens uma crueldade desinibida e sem remorsos aos seus inimigos, deve interessar-nos bastante saber que o assassinato de um ser humano força até estas pessoas a seguir uma série de leis que são consideradas como parte dos costumes do tabu.⁶⁵⁶

Afirmção que nos faz pensar que o *estado de natureza* não era algo tão simples: *guerra de todos contra todos*, mas *com culpa*. Deste modo, Hobbes estrçalhando esta culpa, só poderia virar tabu. Isto, porém, não prejudica, mas complementa a teoria de Hobbes, pois, aqueles que se sentiam demasiadamente culpados para a luta, capitularam, dando origem aos *estados por conquista*, sendo governados por aqueles não afetados pelo tabu; ou, então, foram obrigados a erguer um totem para expiarem-se da culpa da luta cotidiana:

Poderíamos supor que o tabu dos selvagens da Polinésia não é tão distante de nós como primeiramente gostaríamos de acreditar; que a moral e as proibições consuetudinárias que obedecemos podem ser essencialmente conectadas a este tabu primitivo; e que a explicação do tabu pode lançar uma luz na obscura origem de nosso próprio ‘imperativo categórico’.⁶⁵⁷

656 *Ibid.*, p. 40.

657 *Ibid.*, p. 27.

Sendo assim, acreditamos que Hobbes pode, também, lançar-nos uma luz para entendermos o tabu da soberania e até que ponto uma teoria política democrática pode prescindir dela. A filosofia de Hobbes possui uma peculiaridade curiosa, pois suas obras políticas – principalmente *Leviathan*, por ser a mais *totêmica* – permitem várias leituras: podemos extrair delas tanto uma *submissão total ao totem* quanto um *machado para cortá-lo*; e podemos aprender a conviver com ele também, tratando-o apenas como o *pedaço de madeira* que é, mas que pode, às vezes, fornecer-nos alguma *sombra*. A escolha é do leitor. Como Hobbes declara, quase ao fim de sua *Revisão e Conclusão de Leviathan*: “aquele que o ler apenas com o propósito de se informar, será por ele informado”⁶⁵⁸.

De fato, Hobbes apresenta várias estratégias de leitura e subtextos que permitem uma leitura *maquiaveliana* de suas obras. É claro que Hobbes escreve *de cive* e não *de principe*, mas, como aponta Martel:

Enquanto que, como um todo, os críticos contemporâneos a Hobbes reconheceram alguns dos paradoxos e contradições de *Leviathan*, argumento que o ler mais à maneira como *O príncipe* foi lido e entendido pode ajudar-nos a revelar e expor as construções retóricas que acredito serem cruciais para nossa interpretação de ambos os textos. Se *O príncipe*, um texto formalmente comprometido em apoiar os príncipes, pode ser visto, se não como uma subversão total, ao menos, como uma exposição dos instrumentos e meios de sua autoridade, talvez seja a hora de ler *Leviathan* sob a mesma luz, com o propósito e a possibilidade de obter os mesmos resultados.⁶⁵⁹

A recepção de Maquiavel pode ter sido facilitada pelo fato do florentino falar de república enquanto Hobbes foi um defensor da monarquia. Porém, em primeiro lugar, como já enfatizamos, o filósofo inglês fala do Estado *em geral* e não exclusivamente das monarquias; em segundo lugar, o próprio Maquiavel possui aspectos obscuros, como aponta Negri⁶⁶⁰. Desta forma, se podemos ler Maquiavel, selecio-

658 Tradução livre de HOBBS, 1991a, p. 489.

659 Tradução livre de MARTEL, *op. cit.*, p. 7.

660 Ao apresentar a questão sobre *como evitar que a expressão da virtù seja esmagada, pervertida ou neutralizada*, ele afirma que “[o]s capítulos que deveriam dar resposta à questão são extremamente ambíguos. Com efeito, a teoria das paixões é ambígua: não pela definição genealógica das paixões, nem pela insistência de Maquiavel sobre a capacidade de engendramento destas, mas por sua fenomenologia, sua parte descritiva. Assim, toda paixão manifesta-se como verso e reverso, e o exercício da paixão pode tornar-se desumano, quando o senso de dever público (*pietas*) torna-se crueldade; quanto à prudência, para dar outro exemplo, elas se revela como repressão e punição exemplar, enquanto a concepção do inimigo é totalitária e obsessiva” (NEGRI, *op. cit.*, p. 116-7). Como exemplo disto, temos um certo elogio que Maquiavel faz da *decimatio* romana: “[c]omo já dissemos outras vezes, todos os dias necessariamente surgirão numa grande cidade acontecimentos que precisem de médico; e, se tais acontecimentos forem de grande importância, será preciso encontrar o médico mais sábio. E, se cidade houve em que surgiram acontecimentos estranhos e inesperados, essa cidade foi Roma; [...] mesmo que por outros sinais não fosse possível ver a grandeza daquela república e a força de suas execuções, tais coisas seriam vistas pela qualidade da pena que impunha a quem errava. [...] Mas, de todas as outras execuções, a mais terrível era a dizimação dos exércitos, que constituía em sortear-se, de todo um exército, um em cada dez para morrer. Pois, para

nando os seus aspectos positivos e descartando os negativos, não só podemos, como devemos fazer o mesmo com Hobbes. E isto não é uma *mea culpa*, mas um princípio que consideramos válido na abordagem de qualquer filosofia ou filósofo: extrair o que é útil e não tratá-lo como uma *revelação da verdade*, que só pode ser inteiramente abraçada ou rejeitada. Neste caso, *tertium datur*.

E, de fato, há vários aspectos que são – ou, ao menos à primeira vista, parecem ser – obscuros na filosofia política de Hobbes; contudo, como aponta Martel, devemos observar outra figura retórica que o filósofo utiliza, chamada “*epítrope*, quando Hobbes faz uma de suas suspeitas *submissões* à autoridade soberana”⁶⁶¹. Esta estratégia retórica significa “[c]onceder uma concordância ou uma permissão a um oponente, sempre, ironicamente”⁶⁶², análoga à *permissio* ou à *concessio* dos oradores romanos, quando o “falante admite um argumento, ou para ofender o adversário diretamente, ou para preparar um argumento mais importante”⁶⁶³. Sendo assim, se tomarmos um trecho isolado de seu texto, como, por exemplo, “que um Soberano terreno pode ser chamado *a Imagem de Deus*”⁶⁶⁴, a primeira vista, podemos pensar que Hobbes está louvando o soberano da forma mais honrosa possível. Porém, percebendo como ele, logo em seguida, faz uma crítica demolidora da *idolatria*, veremos a *epítrope* em atuação:

A síntese de tudo que disse até aqui no que concerne o Culto a Imagens é o seguinte: aquele que cultua uma Imagem ou alguma Criatura, seja sua Matéria ou sua própria Fantasia, pensando que nela habita-a, ou ambas as coisas, ou acredita que tais coisas escutam suas Preces ou enxerga suas Devoções, sem Orelhas ou Olhos, comete idolatria [...].⁶⁶⁵

Se conectarmos isto com a afirmação de Hobbes, quando propõe sua teoria da representação, que “[u]m Ídolo ou uma mera Ficção cerebral pode ser personificado, [... m]as Ídolos não podem ser Autores: pois um Ídolo não é nada”⁶⁶⁶, podemos concluir que *esta imagem de Deus não é nada*.

castigar uma multidão, não se podia encontrar punição mais espantosa do que essa. Porque, quando uma multidão erra e não há um autor definido, não é possível castigar todos, por ser demasiado grande o seu número; punindo-se uma parte e deixando-se a outra impune, cometer-se-ia uma injustiça com os que fossem punidos, e os impunes ganhariam coragem para errar outra vez. Mas, matando-se a décima parte por sorteio, quem é punido se queixa da sorte, e quem não é punido tem medo de numa outra vez ser sorteado, e assim se abstém de errar” (MAQUIAVAL, 2007, p. 455). É possível, todavia, que Maquiavel estivesse apenas sendo retórico; como alertamos quanto à leitura de Hobbes, nem sempre o sentido literal é o que o autor pretende passar.

661 Tradução livre de MARTEL, *op. cit.*, p. 92.

662 Tradução livre de LANHAM, 1991, p. 70.

663 *Ibid.*, p. 38.

664 Tradução livre de HOBBS, 1991a, p. 448, grifos nossos em itálico.

665 *Ibid.*, p. 452.

666 *Ibid.*, p. 114.

Desta forma, ao contrário de um *ministro* que enxerga a *roupa nova do Rei*, Hobbes parece mais a *criança* do conto de Andersen que grita – “me parece que ele não possui roupa alguma”⁶⁶⁷. Pare sermos mais precisos, ele não *grita*, mas *sussurra*; o suficiente, porém, para ser ouvido por *aqueles que querem ser informados*. Se podemos achar que isto é um certo elitismo da parte de Hobbes, também podemos entender o mesmo como precaução, pois, se por um lado, Leo Strauss comenta que, ao ler o *Tratado teológico-político* de Espinosa, Hobbes afirmou que *não ousaria escrever tão ousadamente*⁶⁶⁸, por outro, como afirma o historiador Peter Gay: “Hobbes era tão notório quanto um filósofo poderia ser e, ainda assim, escapar da força”⁶⁶⁹. Assim, acreditamos que é mais plausível que tenha sido mais precaução do que arrogância, e o próprio Strauss afirma que:

Por volta da metade do Século XVII, um número crescente de filósofos heterodoxos que sofreram perseguições publicaram suas obras não apenas para comunicar seus pensamentos, mas porque também desejavam contribuir para a abolição de tais perseguições. [...] A atitude de um certo tipo de escritores anteriores era fundamentalmente diferente: eles acreditavam que o abismo separando “o sábio” do “vulgo” era um fato elementar da natureza que não poderia ser influenciado por qualquer tipo de progresso ou educação popular.⁶⁷⁰

Strauss comenta que, quanto ao desenvolvimento deste aspecto da filosofia moderna – denunciar as perseguições –, pensou, “particularmente, em Hobbes, cuja significância para o desenvolvimento do descrito acima não pode ser subestimada”⁶⁷¹; de fato, pelos seus escritos, Hobbes parece estar mais do lado dos que pretendem educar, do que dos poderosos que querem criar *arcana*:

Mas eles dizem que, ainda que os Princípios sejam corretos, o povo Comum não possui capacidade suficiente para entendê-los. Eu ficaria satisfeito se os Ricos, os Súditos Poderosos de um Reino ou aqueles que são considerados os mais Cultos não fossem mais incapazes do que eles. Mas todas as pessoas sabem que as obstruções desta espécie de doutrina não ocorrem em razão da dificuldade do assunto, mas do interesse daqueles que a aprenderão. Homens poderosos dificilmente digerem qualquer coisa que erga um Poder que possa refrear suas paixões; e os Cultos, qualquer coisa que revele seus erros a, assim, diminua suas autoridades [...].⁶⁷²

A partir disto, podemos entender e utilizar a obra de Hobbes como uma que procura *revelar o oculto*; um tema recorrente em sua filosofia, principalmente quando se trata daquilo que se esconde por detrás de *discursos de verdade*, ou seja, *discursos logocêntricos*. Já vimos esta crítica, em sua forma mais geral, quando

667 Tradução livre de ANDERSEN, *op. cit.*, p. 16.

668 Cf., STRAUSS, 1952, p. 183.

669 Tradução livre de GAY, 1995, p. 314.

670 Tradução livre de STRAUSS, *op. cit.*, p. 33-4.

671 *Ibid.*, p. 34n.

672 Tradução livre de HOBBS, 1991a, p. 233.

Hobbes condena aqueles que apelam para a *Razão*, quando, na verdade, querem que suas *paixões* sejam tomadas como tal, isto é, aquilo que se resume na frase que já utilizamos algumas vezes: *querer usar como trunfo o naipe que mais se tiver em mãos*. Mas temos, também, alguns outros exemplos que Hobbes propõe, específicos ao que concerne o judiciário e o discurso científico, além de podermos aplicar sua filosofia a outros campos, não tratados diretamente pelo filósofo, mas que também discursam seguindo a mesma lógica – o *discurso da verdade* –, como a *mídia*⁶⁷³.

Estas observações, contudo, não querem dizer que haja uma rejeição do conceito de soberania por parte de Hobbes, mas apenas que ele o desmistifica. É claro que não faz isto de uma forma aberta; ele apresenta uma teoria *mitificada* e, por meio de subtextos – além do que pode ser inferido por uma leitura global de todas as suas obras –, enseja à própria crítica do que ele mesmo mitifica. Mas, mesmo com esta manobra, permanece o ponto fulcral de sua teoria política, que é o problema do conflito; algo que, como vimos em Freud, é *tabu* e, talvez por isto, precise ser *mitificado* ou *totemizado*. Sendo assim, a solução hobbesiana para não *idolatrar*, talvez, seja apenas *ler*:

A questão da idolatria vai direto ao cerne da teoria da leitura e da representação de Hobbes. [...] A idolatria é, para Hobbes, uma má compreensão da representação, a prática de ler os signos muito literalmente, de pensar que eles possuem um significado atual ao invés de um retórico.⁶⁷⁴

4.1

A vacuidade do absoluto

Se algo une todas as interpretações de Hobbes é o exagero; tudo que o filósofo afirma é amplificado em uma *hipérbole do literal* e, com isto, a ideia original é distorcida: vimos isto com o conceito de *estado de natureza*, que, de um estado no qual há agrupamentos sociais insuficientes para garantir segurança suficiente e, por isto, há uma tensão permanente de guerra, passamos a ter uma caricatura desta imagem, na qual *homens brotam do chão como cogumelos* – como o próprio Hobbes ironiza – e *peleiam permanentemente*. Com o conceito de *direito natural* não poderia ser diferente, e a ideia original de Hobbes é distorcida como se ele atribuisse *superpoderes* a estes *homens cogumelos*; no entanto, como também vimos, o conceito de *jus naturale* é apenas a *transposição da ideia de direito para este*

673 Exemplo que Janine Ribeiro apresenta, como vimos, *cf.*, nota nº 51 deste trabalho.

674 *Ibid.*, p. 106.

estado que não possui nenhum *logos*: o *estado de natureza*. Deste modo, este *direito* só pode ser *absoluto*, caso contrário, teríamos um *logos*.

É tautológico e não poderia ser diferente; caso fosse, haveria um *double bind* na teoria hobbesiana, como há em muitas outras, como a de Bodin, que afirma ser os poderes do soberano limitados por um *direito natural*, mas não há ninguém para aplicá-lo exceto o próprio soberano⁶⁷⁵. Hobbes, ao menos, é honesto em admitir que isto e nada são a mesma coisa. As pessoas, no entanto, talvez se sintam menos angustiadas acreditando que o soberano possui alguma limitação com a sua *consciência*. Realmente, é possível que tenha – *Freud explica* –, mas, em termos políticos, é mais *prudente* considerarmos a possibilidade dele não a ter, tal como se fosse um *príncipe maquiavélico* no sentido mais literal do texto do agudíssimo florentino.

Não é tanto, porém, contra os que creem nesta possibilidade do *Logos* limitar alguma coisa que Hobbes escreve, mas contra os que pretendem apropriá-lo em seus discursos, reclamando uma autoridade para revelá-lo, ao mesmo tempo em que afirmam apenas descrevê-lo: *contra aqueles que, após decidido o trunfo, querem que este seja o naipe que mais tiverem em mão*. Assim, ao mesmo que tempo que desenvolve sua teoria política, Hobbes critica e refuta as concepções de seus adversários, tal como faz em sua *Philosophia Prima*. Com isto, quem não está familiarizado com a estratégia hobbesiana pode acabar por pensar que ele realmente crê nestes conceitos, como *direito natural*, *leis naturais*, *contrato social*, entre outros, mas o que o filósofo pretende é fazer o mesmo que fez com *vontade*, *razão* e outros conceitos escolásticos; é uma estratégia retórica recorrente em sua filosofia: ele apropria-se dos termos adversários e propõe um novo sentido, afirmando, ao mesmo tempo, que o que eles propunham era *absurd speech*. E o curioso é que Bobbio reconhece esta estratégia, mas, mesmo assim, afirma ser Hobbes um *jusnaturalista*:

675 “Este poder é absoluto e soberano, pois ele não tem nenhuma outra condição além de ser apenas comandado pelas leis de Deus e da natureza” (tradução livre de BODIN, *op. cit.*, p. 129), “pois se disséssemos que aquele que possui poder absoluto não está sujeito a lei alguma, não encontraríamos nenhum Príncipe soberano no mundo, eis que todos os Príncipes da terra estão sujeitos as leis de Deus, da natureza e a várias leis humanas comuns a todos os povos” (*ibid.*, p. 131). No entanto, Bodin afirma que “jamais é admissível a um súdito atentar contra a vida de seu Príncipe soberano por mais perverso e cruel que ele seja. É lícito, porém, desobedecê-lo no que for contra a lei de Deus ou da natureza: fugindo, escondendo-se, aparando seus golpes, sofrendo a morte, ao invés de atentar contra a sua vida ou sua honra” (*ibid.*, p. 307), ou seja, podemos até inferir que o súdito tem *direito* de resistir ao príncipe tirano, mas a recompensa por esta resistência só será dada no *além* ou em algum outro plano da existência.

Vale a pena observar, ainda que de passagem, que o uso das categorias dos adversários para demonstrar o oposto do que os adversários pretendem é uma das mais características astúcias hobbesianas: é um aspecto, entre os mais brilhantes e atraentes, de sua vocação de polemista. Basta pensar na teoria do contrato social, que servia como principal argumento dos escritores democráticos, e que Hobbes, ao contrário, consegue transformar na base principal de um Estado absoluto. Do mesmo modo, [...] vem-nos à mente a idéia de que Hobbes recorreu de propósito à lei natural, precisamente com o objetivo de utilizar em seu proveito um dos mais formidáveis argumentos que os adversários tinham em mãos para afirmar os limites do poder estatal.⁶⁷⁶

Assim, entendida a estratégia de Hobbes, mais uma vez afirmamos que seus conceitos devem ser compreendidos mais como crítica do que como *categorias metafísicas*; críticas, quais, muitas delas interessam ao nosso trabalho por refutarem concepções *logocêntricas*, tão utilizadas para impor limites à política. Eis a importância da afirmação de um *absolutismo político*: negar qualquer papel de *a priori* ao *Logos*. E um bom exemplo desta estratégia hobbesiana, o qual possui um papel imensamente relevante à crítica que nosso trabalho pretende oferecer, é a refutação feita a Edward Coke, célebre jurista da *Common Law*, citado expressamente no texto de *Leviathan*. Coke defendia que o direito era a *summa ratio*, podendo ser muito mais apropriadamente considerado um jusnaturalista racionalista do que Hobbes. Ele afirmava que:

[R]atio est radius divini luminis. E é pela razão e pelo debate de homens sérios e eruditos que as trevas da ignorância são expelidas e a luz do raciocínio jurídico discernida; o julgamento, assim, é feito conforme a Lei, que é a perfeição da razão.⁶⁷⁷

Esta é a clássica visão da *Common Law* sobre o Direito: “[t]anto Coke como Blackstone acreditavam que a *Common Law* era a lei da razão. *Lex est ratio summa*”⁶⁷⁸. Entre vários de seus combates, era esta forma de pensar o direito, muito semelhante à hermenêutica do neoconstitucionalismo, à qual Hobbes opunha-se:

Que a Lei nunca pode ser contrária à Razão, nossos Juristas concordam; e que a Lei não é a sua Letra – isto é, cada uma de suas frases –, mas o que for de acordo com a Intenção do Legislador. E isto é verdade. Subsiste, contudo, a dúvida sobre de qual a pessoa cuja Razão deve ser tida como Lei: não é nenhuma razão particular, pois, assim, teríamos tantas contradições no Direito como há na Escolástica; muito menos, como pretende Sir Edward Coke, uma *perfeição Artificial da Razão, obtida através de muito estudo, observação e experiência* (como era a dele). [...] Portanto, não é a *Juris Prudentia* ou sabedoria dos Juizes subordinados que faz a Lei, mas a Razão deste nosso Homem Artificial, o Estado, e seus Comandos. [...] Em todas as Cortes de Justiça, o Soberano – a Pessoa do Estado – que é o Juiz.⁶⁷⁹

676 BOBBIO, *op. cit.*, p. 108.

677 Tradução livre de COKE, 1830, p. 377.

678 Tradução livre de FLETCHER & SHEPPARD, 2005, p. 15.

679 Tradução livre de HOBBS, 1991a, p. 186-7. Reparemos na ironia de Hobbes no comentário entre parênteses.

Esta afirmação poderia levar-nos a crer que Hobbes está concedendo que o Direito deve ser equivalente à *Razão* e, portanto, seria um jusnaturalista; é a interpretação que deve frequentemente ocorrer para aqueles que desconhecem ou não atentam para os princípios da *philosophia prima* de Hobbes. No entanto, se consideramos tudo o que já vimos sobre como Hobbes concebe a razão – apenas como a consideração (isto é, adição e subtração) das consequências dos nomes gerais ajustados, para a caracterização e significação de nossos pensamentos, não havendo um sentido absoluto ou universal da mesma –, podemos perceber uma perfeita ironia na afirmação hobbesiana, uma mistura de *epítrope* com uma *paradiástole*: Hobbes concede que *a lei é a razão*, mas, depois, inverte o sentido, afirmando que esta *razão* é apenas a *vontade* do soberano.

Poderíamos pensar que Hobbes não difere muito do constitucionalismo atual, em razão de afirmar que o “Juiz subordinado deve considerar como razão aquilo que levou ao soberano fazer tal lei, e sua sentença deve ser de acordo com isto”⁶⁸⁰, pois, provavelmente, isto é o que todo juiz afirma fazer. É preciso lembrar, contudo, que em Hobbes não há *separação de poderes*; muito ao contrário, ele rejeita completamente a possibilidade da soberania poder ser dividida⁶⁸¹. Sendo assim, o *soberano* é o detentor originário do poder de legislar – “[o] Legislador, em todos os Estados, é unicamente o Soberano, seja ele um Homem, como em uma Monarquia, ou uma Assembleia de homens, em uma Democracia ou em uma Aristocracia”⁶⁸² – e de julgar – “pertence à Soberania o Direito da Judicatura, isto é, ouvir e decidir sobre todas as Controvérsias que possam surgir a respeito das Leis”⁶⁸³. Estas competências poderão ser delegadas a *ministros* – termo como Hobbes chama, em geral, os delegados do soberano⁶⁸⁴ –, mas nunca em última instância e jamais poderão ser alienadas definitivamente: a não ser que o soberano abdique a sua soberania ou, no caso de uma democracia, que o corpo de cidadãos decida deixar de constituir-se como tal. Sendo assim, o soberano é o *Supremo Tribunal*, e entende-se que designa todos os juízes, podendo reverter suas decisões:

680 *Ibid.*, p. 187.

681 “Há uma sexta doutrina clara e diretamente contra a essência de um Estado, que é a seguinte: *o Poder Soberano pode ser dividido*” (*ibid.*, p. 225). É claro que os doutrinadores atuais continuam afirmando que a *soberania não pode ser dividida* (cf., BONAVIDES, 2005, p. 126, por exemplo), mas não abordam os problemas que surgem quando se tenta compatibilizar isto – que é mais uma *característica sistêmica* do que um *princípio dogmático* – com a ideia de *separação e harmonização de poderes*, tema que trataremos mais adiante.

682 *Ibid.*, p. 184.

683 *Ibid.*, p. 125.

684 Cf., *ibid.*, p. 166.

[A] interpretação de todas as Leis depende da Autoridade Soberana, e os intérpretes não serão ninguém além daqueles que o Soberano – a única pessoa a quem o Súdito deve obediência – designar. Se assim não for, por meio de artifícios, o Intérprete pode fazer com que a Lei adquira um sentido contrário ao determinado pelo Soberano, resultando na apropriação pelo Intérprete do lugar do Legislador.⁶⁸⁵

É neste sentido que afirmamos que não há outra alternativa senão o soberano ser absoluto. Poder-se-ia dizer que, apesar do soberano ter a competência para julgar em última instância, ele não precisa ser absoluto, mas, para que isto ocorra, ou ele precisa ser guiado por um *imperativo categórico* – o que não acreditamos que ocorra – ou ter alguém que *julgue* ou *decida* estes limites: o que, no caso, significaria que este, ao final, seria o soberano, pois, diferentemente do que ocorria na Idade Média, para Hobbes e todos os teóricos modernos da soberania, não pode haver o *soberano do soberano*⁶⁸⁶.

Sendo assim, mais do que *propor* que a soberania seja absoluta, o que Hobbes faz é *descrever* uma situação que surge quando se há uma controvérsia: ou se resolve ou não se resolve, *tertium non datur*. Necessitando a resolução, Hobbes chega a outra dicotomia: ou *peleia-se*, ou *chega-se a um acordo*; isto é, resolve-se por *subordinação* ou por *coordenação*. Isto não significa que tenhamos um *logos*, mas apenas que, a partir do momento que se faz *distinções*, consequências emergem, tal como uma álgebra ou na aritmética. Isto não quer dizer que estas distinções precisem existir *perenemente*, mas, como aponta Pashukanis:

O pré-requisito básico para a regulação legal é [...] o conflito de interesses privados. Isto é tanto a premissa lógica da forma jurídica quanto a origem atual do desenvolvimento da superestrutura jurídica. A conduta humana pode ser regulada de diversas maneiras, mas o fator jurídico desta regulação surge no ponto em que a diferenciação e oposição de interesses começa. Gumpłowicz afirma que ‘a controvérsia é o elemento fundamental pra tudo que é jurídico’.⁶⁸⁷

Deste modo, enquanto houver *controvérsias*, estas *distinções hobbesianas* serão úteis, pois, como coloca o jurista soviético, “é possível afirmar que um pensamento jurídico desenvolvido não pode ser realizado sem um certo número de definições gerais e abstratas”⁶⁸⁸; e, se algum dia, porventura, não houver mais

685 *Ibid.*, p. 200.

686 Como exemplo de utilização da palavra em tempos medievais, temos esta referência clássica, datada do Século XIII, de um trecho de Philippe de Beaumanoir, em *Les coutumes de Beauvoisis*: “cada barão é soberano em sua baronia [... mas] o rei é soberano de todos e tem, por direito próprio, a guarda geral de seu reino, pois pode fazer todas as leis como lhe convir para o proveito comum” (tradução livre de BEAUMANOIR, 1842. p. 22). Ou seja, havia o *soberano do soberano*, pois o termo significava apenas uma supremacia sobre um número de indivíduos, porém relativa.

687 Tradução livre de PASHUKANIS, 2003, p. 81.

688 *Ibid.*, p. 48.

controvérsias no mundo, conforme o pensamento de Pashukanis, não haverá outro *direito*, “mas a evanescência da forma jurídica, como tal”⁶⁸⁹. Enquanto isto, continuamos com Hobbes.

4.1.1

Viv[r]e la résistance!

Esta forma de tratar o direito, no entanto, parece não agradar muito, e não é nada espantoso que muitos sintam *vertigem* ao deparar com o *abismo* que ela provoca. O próprio Hobbes, como já dissemos, parece muitas vezes angustiado com esta situação e, se por um lado nos fornece o mapa para chegarmos até ela, não podemos esquecer que em nenhum momento prega abertamente a desobediência; muito pelo contrário, após afirmar que nada podemos dizer de Deus, exceto o que for para honrá-lo, os únicos elementos que restam em sua teologia é crer *Nele* e obedecer ao soberano: “[t]udo que é NECESSÁRIO *para a Salvação* está contido em duas Virtudes: *Fé em Cristo* e *Obediência às Leis*”⁶⁹⁰.

É claro que isto pode ser mais uma das concessões de Hobbes, pois ele mesmo afirma que “não há nenhum conhecimento do estado de um homem após sua morte”⁶⁹¹, mas o fato é que ele nunca defende a desobediência abertamente; o que ele defende, na verdade, é uma descrença, um ceticismo, em qualquer autoridade, e, talvez, a única razão para obedecer o soberano seja para *salvar a própria pele*. Deste modo, chega a ser paradoxal Hobbes propor a desconfiança de qualquer autoridade e, ao mesmo tempo, propor como solução para o conflito política a escolha de uma, como bem aponta Skinner:

O posicionalmente final de Hobbes chega a ser, ao mesmo tempo, assombroso e irônico. [...] A] sua ambição, que anuncia, é criar uma ciência do vício e da virtude. Deixa claro, além disto, que tal ciência será, em parte, definida pela recusa à dependência em alguma autoridade. [...] Não obstante, o cerne de seu argumento, tanto em *De Cive* como em *Leviathan*, é um apelo à autoridade.⁶⁹²

Na realidade, consideramos esta conclusão mais irônica do que assombrosa, mas, por outro lado, como já pode ser possível inferir do que expusemos, também é bastante lógica: não há nada certo, não há nenhum *Logos*, de modo que todos são iguais e ninguém possui mais autoridade do que outra pessoa para afirmar

689 *Ibid.*, p. 63.

690 Tradução livre de HOBBS, 1991a, p. 403.

691 *Ibid.*, p. 103.

692 Tradução livre de SKINNER, 2003c, p. 141.

qualquer coisa. Mesmo que *in abstracto* possa ter-se, cabe a cada um julgar se deve ou não acatar o que o outro diz; sendo assim, caso alguma controvérsia surja, teremos uma sequência de bifurcações, das quais algumas já mencionamos:

- ◆ *Resolver*;
- ◆ *Não resolver*:
 - *Resolver por subordinação*;
 - *Resolver por coordenação*:
 - *Resolver por coordenação entre as partes*;
 - *Resolver por coordenação delegando a decisão a um árbitro*:
 - *Delegar o árbitro ad hoc*;
 - *Delegar o árbitro permanentemente*.

O ideal para Hobbes, como vimos quando expusemos sua moral, seria que “cada um procurasse acomodar-se aos demais”⁶⁹³; enquanto isto não for possível, porém, mesmo que uma sociedade seja socialista, como aponta Pashukanis:

[O]s vestígios das trocas de equivalentes na esfera da distribuição, que serão mantidos até em uma organização socialista de produção (até a transição para o comunismo desenvolvido, obrigarão a sociedade socialista a confinar-se no ‘estreito horizonte da lei burguesa’.⁶⁹⁴

É claro que, com isto, não estamos concordando com MacPherson que Hobbes estaria organizando o *capitalismo*, e que sua teoria seja a *forma jurídica da sociedade burguesa*; talvez ela revele mais do que o necessário. Mesmo, porém, que admitamos a possibilidade de Hobbes escrever para esta sociedade, é mais provável que estivesse sendo irônico, afirmando que estes *burgueses* precisem de um *totem* para funcionar; mas pode ser isto que não tenha agradado, e não o sistema em si, como afirma MacPherson.

Só que, ao mesmo tempo em que cria o *totem*, Hobbes desnuda-o, apresentando uma teoria político-jurídica praticamente despida de qualquer vestígio teológico. “Todos os conceitos significantes da moderna teoria do Estado são conceitos teológicos secularizados”, escreveu uma vez Schmitt⁶⁹⁵; Hobbes, no entanto, parece *varrer* todos estes vestígios de teologia e apresentar a forma do Estado da forma mais nua possível: deixa, contudo, o *Leviathan* – o seu *totem irônico* ou, como poderíamos também chamar, um *espantalho*.

⁶⁹³ *Ibid.*, p. 102.

⁶⁹⁴ Tradução livre de PASHUKANIS, *op. cit.*, p. 41.

⁶⁹⁵ Tradução livre de SCHMITT, 2009, p. 43.

Marx disse que “Hegel, uma vez, escreveu que todos os grandes acontecimentos e personagens da história mundial, por assim dizer, aparecem duas vezes: esqueceu-se de acrescentar que, a primeira vez como tragédia, a outra como farsa”⁶⁹⁶. A teoria de Hobbes, no que diz respeito ao Estado, alça esta observação ao *universal* – metaforicamente falando, obviamente –, narrando uma fábula que vai da tragédia da *guerra de todos contra todos* à farsa de *Leviathan*. Por isto, talvez, Hegel tenha tentado remediar a situação e recolocar o Estado em sua transcendentalidade, afirmando que “[o] Estado é a atualização da Ideia Ética – o espírito ético como vontade substancial, *manifesto* e claro para si mesmo, o qual pensa e conhece a si mesmo e implementa o que sabe tanto quanto o sabe”⁶⁹⁷. E a ironia de Hobbes talvez tenha irritado também Schmitt, fazendo-o aproximar-se filosoficamente de Hegel⁶⁹⁸ e escrever uma obra tratando *Leviathan* como *símbolo político fracassado*: assim, “a teoria do Estado de Hobbes seria necessariamente vista como uma anomalia da natureza e a sua imagem do *Leviathan*, como uma monstruosidade”⁶⁹⁹. Mas não poderia ter sido esta a intenção de Hobbes? O próprio Schmitt reconhece que:

Em razão das características psicológicas de Hobbes, é ainda possível que, ao fim de tudo, por trás da imagem [*sc.*, do *Leviathan*], um profundo e misterioso significado esteja escondido. Hobbes, como todos os grandes pensadores de seu tempo, tinha uma inclinação para dissimulações esotéricas. Ele disse sobre si mesmo que, vez ou outra, fornecia “aberturas” para seu verdadeiro pensamento, mas revelava apenas metade; agia, assim, como quem abre uma janela por um breve instante e, com medo da tempestade, torna a fechá-la rapidamente.⁷⁰⁰

Hobbes, no entanto, parece não ter sido tão rápido ao fechar a *janela* de seu pensamento a ponto de impedir que seus adversários enxergassem o que havia de perigoso nele, ainda que a tenha fechado rápido demais para os que pudessem beneficiar-se dele pudessem vê-lo. Ou, então, seus adversários fecharam-na para ele, pois foi condenado a um ostracismo de cerca de dois séculos, só passando a ser estudado abertamente a partir da metade do Século XIX⁷⁰¹.

Mas, como viemos apresentando neste trabalho, a filosofia de Hobbes ainda é vista de forma controversa, com interpretações apontando para as mais diversas direções. A questão, ao nosso ver, como falamos desde o início, é a crítica ao

696 Tradução livre de MARX, 1869, p. 1.

697 Tradução livre de HEGEL, 1991, p. 275.

698 Sobre a aproximação filosófica de Schmitt e Hegel, ver KERVÉGAN, 2006, *passim*.

699 Tradução livre de SCHMITT, 2012, p. 122.

700 *Ibid.*, p. 45.

701 Cf., TUCK, *op. cit.*, p. 115-24.

Logos, e, em razão disto, ou se tenta bani-lo de vez, ou absorvê-lo ao *Logos*, como se fosse apenas mais um filósofo da modernidade: uma *passagem*. É neste sentido que enxergamos as análises de MacPherson, que traça uma conexão entre Hobbes e Locke em sua teoria do *individualismo possessivo*, e a de Bobbio, que, por várias vezes, quase reconhece o diferencial de Hobbes, mas prefere manter-se no *lugar comum* e tratá-lo como o *fundador do jusnaturalismo moderno*:

A verdade é que Hobbes inventa, elabora, aperfeiçoa os mais refinados ingredientes jusnaturalistas – o estado de natureza, as leis naturais, os direitos individuais, o contrato social –, mas os emprega, engenhosamente, para construir uma gigantesca máquina de obediência. Será preciso chegar a Locke para encontrar – articulados conjuntamente e atuando de modo combinado – o método jusnaturalista, tão bem manejado por Hobbes, e a ideologia tipicamente jusnaturalista dos limites do poder estatal, que Hobbes refutou e rechaçou. O jusnaturalismo moderno, é verdade, passa por Hobbes; mas se afirma somente com Locke.⁷⁰²

Como podemos ver, para sermos mais exatos, mais uma vez, Bobbio reconhece a diferença entre os dois filósofos, mas aquilo que consideramos o verdadeiro diferencial entre eles, trata como um mero detalhe, preferindo utilizar como critério para agrupá-los no mesmo *gênero* os aspectos literais de suas obras: semelhanças de vocabulário. Ao nosso ver, contudo, Locke e Hobbes são antagônicos, pois aquele pretende mais reverter o trabalho deste do qualquer outra coisa; e o faz reinserindo o *Logos*. Já vimos que Locke afirma não ser o *estado de natureza* um estado de *licenciosidade*; complementamos esta observação com as palavras de Paul Kelly:

A concepção de Locke do direito não é uma simples teoria voluntarista na qual o direito é baseado na vontade do legislador – mais uma vez, isto é uma clara distinção entre Hobbes e Locke. Ao contrário, o apelo a Deus e, portanto, à autoridade transcendental provê o sentido e o significado das semelhanças reais (corporalidade e capacidade racional) nas quais a igualdade moral é baseada.⁷⁰³

Assim, como é bem sabido, podemos enxergar o *Segundo tratado* de Locke como uma enorme resposta a Hobbes, embora ele não o cite pelo nome⁷⁰⁴. Esta resposta, porém, não possui apenas uma motivação religiosa – se é que existe alguma –, mas, principalmente política, pois este *Logos*, ao final, materializar-se-á no que talvez seja o aspecto mais fundamental do direito; a *propriedade*. E o *soberano lockeano* ou, mais apropriadamente, *poder político* – pois como coloca o liberal Hayek, “Locke é relutante em reconhecer qualquer poder soberano, e o

702 *Ibid.*, p. 150.

703 Tradução livre de KELLY, 2007, p. 33.

704 “Thomas Hobbes [...] não é mencionado pelo nome” (*ibid.*, p. 24).

Tratado tem sido descrito como um ataque à própria ideia de soberania⁷⁰⁵ – terá como função principal, senão a única, a proteção desta propriedade:

Poder político, assim entendo o direito de fazer leis com penas capitais e, consequentemente, todas as punições menores *para regular e preservar a propriedade* e o de empregar a defesa da comunidade para executar tais leis e defender o Estado de injúrias estrangeiras; e somente isto constitui o bem público.⁷⁰⁶

Em Hobbes o soberano também *regula e preserva* a propriedade, mas com uma grande diferença: ele também a *institui*. Para Locke, esta instituição é prévia. Sendo assim, o sentido de *regular e preservar* em Hobbes adquire conotações bastante distintas: enquanto que, para ele, o soberano garante o que institui, para Locke, garante apenas o *status quo*. Não é de se estranhar, assim, que um liberal como Hayek irá venerar Locke e repudiar Hobbes⁷⁰⁷.

Seguindo esta lógica, Locke concebe um *direito de resistência* inalienável para proteger este *logos*, que é a propriedade:

O fim para o qual os homens entram em sociedade é a preservação de sua propriedade; e a razão de escolherem e autorizarem um legislativo é para que leis sejam feitas e regras estabelecidas como guardiões e cercas para as propriedades de todos os seus membros [...]. Sempre que, portanto, o legislativo transgredir esta lei fundamental da sociedade [*viz.*, tentar apossar-se ou destruir a propriedade alheia], em razão desta violação da fé, eles abdicam deste poder, que o povo colocou em suas mãos para um fim diverso, e devolvem-no a ele, que tem o direito de retomar à sua liberdade original e, estabelecendo um novo legislativo (como pensarem ser mais conveniente), prover por sua proteção e sua segurança, razão pela qual entram em sociedade.⁷⁰⁸

O problema de Locke para nós, entendendo *propriedade* no sentido mais amplo possível do conceito de *bem jurídico*⁷⁰⁹, não é que discordamos haver certas *propriedades* cuja violação seja algo intolerável, mas sim que: primeiro, Locke trata qualquer

705 Tradução livre de HAYEK, 1978, p. 171.

706 Tradução livre de LOCKE, *op. cit.*, p. 101.

707 “A obra de Locke veio a ser principalmente conhecida como uma compreensiva justificativa filosófica para a Revolução Gloriosa, e é principalmente em suas amplas especulações sobre os fundamentos filosóficos do governo que sua contribuição original encontra-se. Opiniões podem divergir sobre seu valor. Mas o aspecto de sua obra que foi tão importante em seu tempo como agora é bastante relevante para nós, é a codificação da doutrina política vitoriosa, destes princípios práticos, quais, acordou-se que deveriam controlar os poderes governamentais a partir de então” (tradução livre de HAYEK, *op. cit.*, p. 170).

708 Tradução livre de LOCKE, *op. cit.*, p. 198.

709 Como define Caio Mário: “*Bem* é tudo que nos agrada: o dinheiro é um bem, como o é a casa, a herança de um parente, a faculdade de exigir uma prestação; *bem* ainda é a alegria de viver, o espetáculo de um pôr-do-sol, um trecho musical; *bem* é o nome do indivíduo, sua qualidade de filho, o direito à sua integridade física e moral. Se todos são bens, nem todos são *bens jurídicos*. Nesta categoria inscrevemos a satisfação de nossas exigências e de nossos desejos, quando amparados pela ordem jurídica. [...] São bens jurídicos, antes de tudo, os de natureza patrimonial. [...] São os *bens econômicos*. Mas não somente estes são objetos de direito. A ordem jurídica envolve ainda outros bens inestimáveis economicamente, ou insuscetíveis de se traduzirem por um valor pecuniário, [...] Dizendo que são objeto dos direitos os *bens jurídicos*, empregamos a expressão em sentido amplo ou genérico, para compreender tudo que pode ser objeto de uma relação jurídica” (PEREIRA, *op. cit.*, p. 400-1).

tipo de propriedade da mesma forma, de modo que tanto um latifúndio como as roupas de baixo de um sujeito serão todas invioláveis; algo que não ocorre em Hobbes, pois, como apontamos, para ele, cabe ao soberano organizar a propriedade. Podemos dizer que Locke confunde os sentidos originais de uma distinção que não existe no português, que é entre *propriety* e *property*: a primeira possuía um sentido mais moral enquanto a segunda, algo mais material. Com Locke, *propriety* torna-se *property*, mas, ao mesmo tempo, *property* é alçada ao *status* de *propriety*.

Em segundo lugar, não há que se falar em *direito de resistência* em Hobbes a partir deste sentido que Locke dá ao conceito: se o povo ou – mais precisamente, no caso de Locke – os proprietários *resistirem*, na realidade, eles são o *soberano* e o tal *soberano resistido* é apenas um delegado ou ministro que pretende usurpar uma *potestas não consentida*; ou, então, caso isto ocorra extrajudicialmente, o que haverá, em termos hobbesianos, será a reclamação da soberania por parte dos *resistentes*: uma volta ao *estado de natureza* e o exercício do *direito natural*, isto é, o *jus belli*.

Na realidade, não devemos pensar que Locke seja assim, tão inocente; o que ele procura fazer é inverter o argumento hobbesiano, mas o faz *operando a partir dele*: Locke afirma só haver um Estado possível ou compatível com o *Logos* – o *Estado dos proprietários* – e, por isto, ele não fala *soberano*, mas *poder político*; por isto ele fala *dissolução do governo* e não do Estado. Ele sabe que, no Estado que propõe, só os proprietários podem constituir o *corpo soberano*, mas propõe isto sem utilizar o termo, pois, talvez, saiba o *tabu* que signifique: ele fala *people* e não *proprietors*. Este *direito de resistência lockeano*, porém, não é nada senão o *direito soberano* com outro nome, talvez, mais palatável.

A maneira como Locke coloca o argumento pode parecer que ele é o *herói da estória* e Hobbes, o *vilão* por negar o *direito* dos cidadãos e ser o *amigo do despotismo* e *promotor da tirania*, como é visto de acordo com a interpretação ortodoxa de sua obra. Realmente, talvez o discurso do *Logos* possa ser mais poético, mas o que pode ser lido nas *entrelinhas hobbesianas* são duas coisas: primeiro, Locke não está criando nenhum *direito*, mas, sim, *limites*; quando *define* o assim chamado *direito de resistência*, na realidade, está estabelecendo os únicos casos nos quais ele poderá ser exercido, ou seja, em termos jurídicos, esta *tipificando-o*. Locke é claro em afirmar que:

[E]sta doutrina de investir no povo o poder de prover por sua segurança, instituindo um novo legislativo quando seus legisladores agirem contrariamente a sua fê, invadindo suas propriedades, é a melhor cerca contra a rebelião e, provavelmente, o melhor meio de impedi-la: pois rebelião, significando a oposição não às pessoas, mas a autoridade, a qual se encontra somente em constituições e leis de governo, quaisquer que sejam estes que as violam por força e, por força, justificam esta violação, são os próprios e verdadeiros rebeldes. Isto, pois, quando homens entram em sociedade e governo civil, excluindo a força e introduzindo a lei para a preservação da propriedade, paz e unidade entre si, aqueles que organizam forças contra estas leis, rebelam-se, ou seja, trazem de volta o estado de guerra[...].⁷¹⁰

Como podemos ver, mais que um mero caso de *exercício da soberania*, o que Locke faz é criar um princípio para o *direito de exceção*: a propriedade é *sacra*, e qualquer um que a viole será punido; e, embora ele diga *investir no povo*, é óbvio que se refere aos *proprietors*, pois, se quem entra em sociedade é para proteger sua propriedade, é patente que, segundo esta lógica, quem não a tem, não pode entrar em sociedade. Sendo assim, se estes *proprietors* podem derrubar o governo instituído, caso este viole a *lei fundamental lockeana*, é óbvio que contra aqueles que possuem muito menos meios – isto é, *propriedades* –, caso se rebelarem, o *direito de exceção* será aplicado sem nenhuma piedade. É tal como Marx descreve, em *A guerra civil na França*, descrevendo o massacre da Comuna de Paris, parecendo até Hobbes descrevendo o *estado de natureza*:

E assim foi. A civilização e a justiça da ordem burguesa revelam a sua verdadeira e lúgubre luz sempre que os escravos desta ordem revoltam-se contra seus mestres. Esta civilização e justiça, então, apresentam-se como uma selvageria sem nenhum disfarce e uma vingança acima de qualquer lei. Cada nova crise da luta de classes, entre o apropriador e o produtor de riquezas, revela este fato flagrantemente.⁷¹¹

É claro que os que se opõem ao pensamento de Locke poderiam insurgir-se contra a abertura teórica que Hobbes propõe e questioná-lo se não seria melhor propor um *direito de resistência* para o povo oprimido ou um outro *logos* contra o *logos lockeano*. Contra isto, porém, chegamos à nossa segunda observação: *resistência não é exercício de direito, mas exercício de potência*. O direito que o soberano fornece é sempre *potestas*: um *título*, como um bilhete de cinema, que pode ser utilizado ou não. *Resistência só se realiza em ato*.

Para deixarmos isto mais claro, talvez tenhamos que ir aos escritos daquele que *ousou escrever mais atrevidamente* – Espinosa –, pois este não apenas entreabria a *janela*, mas *escancarava-a*. O agudíssimo holandês afirma que:

710 Tradução livre de LOCKE, *op. cit.*, p. 199-200.

711 Tradução livre de MARX, 1872, p. 43.

Não há dúvida de que os contratos, ou as leis, pelos quais o conjunto dos cidadãos transfere o seu direito para um conselho, ou para um homem, devem ser violados quando essa violação importa ao interesse comum. Mas a nenhum particular compete julgar, isto é, decidir se é do interesse comum violar as leis estabelecidas ou não. Apenas aquele que detém o poder público pode [...] julgar; assim, segundo o direito civil, só aquele que detém o poder público pode interpretar as leis. [...]. Que, todavia, as leis sejam de tal natureza que não possam ser violadas sem que por isso a cidade seja enfraquecida, isto é, que o temor experimentado em comum pela maioria dos cidadãos se transforme em indignação, por isso mesmo a cidade é dissolvida e a lei suspensa; já não é, portanto, em concordância com o direito civil, mas em virtude do direito de guerra que ela se protege. E, assim, o detentor do poder não é obrigado a observar as leis do contrato por nenhuma razão que não a que tem o homem no estado natural de impedir tornar-se seu próprio inimigo, isto é, destruir-se [...].⁷¹²

Com isto, podemos ver que o *direito de resistência* realiza-se no âmbito do *direito natural* – com todas as metáforas pertinentes ao assunto incluídas – e, desta forma, pode tudo – *quantum potentia valet* –, ou seja, é *absoluto*. Daí, porém, não se implica que o soberano tenha a obrigação de considerar tal ato como *legal*, no âmbito do *direito civil*, pois este é o *direito do soberano* – seja *real*, isto é, *potente*, ou meramente *imaginado*, *potestativo* –, pois, como afirma Espinosa, “[c]ada coisa esforça-se, tanto quanto está em si, por perseverar em seu ser”⁷¹³ e “[n]enhuma coisa pode ser destruída senão por uma causa exterior”⁷¹⁴, o que explica a última parte do trecho citado: *o soberano não pode se autodestruir*.

Isto, porém, não significa que os *resistentes* tenham menos *direito natural*, pois, ao considerarem o antigo soberano como *hostis*, igualam-se a ele. Sendo assim, qualquer decreto seu que procure deslegitimar a atuação dos que resistem só servirá como efeito retórico para persuadir os que ainda permanecem ao lado dele ou ainda estejam indecisos; para os que já não estão mais sob o seu domínio, não será nada. E é até melhor que não haja nenhuma codificação de um suposto *direito de resistência*, pois, além de não ser da lógica do soberano autodestruir-se, como podemos ver em Locke, isto tende mais a limitar do que conceder direitos.

Hobbes segue o mesmo raciocínio e afirma o *absoluto* da *resistência*:

Pois uma Lei Civil que proíba a Rebelião – e nisso consiste toda a resistência aos Direitos essenciais da Soberania – não é, enquanto Lei Civil, nenhuma obrigação, mas somente em virtude da Lei Natural que proíbe a violação da fé; obrigação natural, qual, se os homens não entendem, não poderão entender o Direito de nenhuma Lei que o Soberano faça; e, as Punições, entenderão como atos de Hostilidade; atos quais, quando considerarem ter força o suficiente, esforçar-se-ão para evitar com outros atos de Hostilidade.⁷¹⁵

712 ESPINOSA, 1997, p. 458.

713 *Ibid.*, p. 173.

714 ESPINOSA, 2007, p. 173.

715 Tradução livre de HOBBS, 1991a, p. 232.

Esta passagem, na qual podemos detectar uma *epítrope*, há vários subtextos que exprimem muitos aspectos negligenciados da filosofia de Hobbes. Ele parece conceder a *justiça* ao *soberano*, quando fala dos homens que *não entendem seu direito*, mas, na verdade, quando fala que *atos vistos como hostilidade serão respondidos com outros atos de hostilidade*, está igualando *rebeldes* e *soberanos* na mesma posição: ambos se encontram em *estado de natureza* e lutam, de igual para igual pela soberania. Observemos, contudo, que *é de igual para igual juridicamente*, pois *é tantum quantum potentia valet*.

Com isto, Hobbes, ao mesmo tempo, envia um alerta para o soberano: se for *incompetente* – no sentido coloquial do termo – será *incompetente juridicamente para governar*, e a rebelião seguirá naturalmente. Afinal, não podemos esquecer que, como vimos ao tratar da *punição natural*, isto é, das *leis da ação e reação*, Hobbes afirma que é punida “a Injustiça, com a Violência dos Inimigos; a Soberba, com a Ruína; a Covardia, com a Opressão; o Governo negligente dos Príncipes, com a Rebelião; e a Rebelião, com a Carnificina”⁷¹⁶. Mas é claro que isto não é um *logos*, mas apenas o mais provável, ou seja, algo que, existindo uma *banca de apostas*, esta pagaria menos ou nada para quem apostasse, por exemplo, que *havendo covardia, haverá opressão*, e pagaria bastante no caso do contrário ocorrer.

Analisando, assim, as filosofias de Hobbes e Espinosa, discordamos que, como aponta Chauí, os filósofos divirjam no que “diz respeito ao julgamento da soberania por um particular”⁷¹⁷. Ela afirma que “[c]omparado a Espinosa, pode-se dizer que, em certa medida, Hobbes conserva o princípio medieval no qual o rei é *a nemine judicatur* (não pode ser julgado por ninguém), abolindo essa prescrição apenas no caso limite”⁷¹⁸, mas isto parece ignorar vários aspectos da filosofia dos dois filósofos. Em primeiro lugar, ela parece tratar a teoria de Hobbes como se fosse possível apenas a monarquia, e o soberano fosse, tal como em Bodin ou nas teorias medievais, uma pessoa física. Como já vimos, para Hobbes, o soberano é sempre uma pessoa jurídica, seja em uma monarquia, em uma aristocracia ou em uma democracia. Espinosa, inclusive, parece fazer a mesma distinção entre as formas de governo:

Há o costume de chamar poder público a este direito que define o poder do número, e possui absolutamente este poder quem, pela vontade geral, cuida da coisa pública, isto é, tem a tarefa de estabelecer, interpretar e revogar as leis, defender as cidades, decidir da guerra e da paz etc. Se esta tarefa compete a uma

⁷¹⁶ *Ibid.*, p. 253-4.

⁷¹⁷ CHAUI, *op. cit.*, p. 293.

⁷¹⁸ *Ibid.*, p. 294.

assembléia composta por todos os cidadãos, o poder público é chamado de democracia. Se a assembléia se compõe de algumas pessoas escolhidas, tem-se a aristocracia, e se, enfim o cuidado da coisa pública, e conseqüentemente o poder, pertence a um só, chama-se então monarquia.⁷¹⁹

Em segundo lugar, ninguém pode julgar o soberano a partir do *sistema* do próprio *soberano* – que é *absoluto* –, mas há sempre a opção do julgamento pelas vias do *direito natural* – que também é *absoluto* –, e, pelas palavras de Espinosa, podemos perceber que ele concorda com isto; dentro do sistema do soberano, isto é, a *lei civil*, Espinosa, no *Tratado teológico-político*, afirma que “[q]uem quer que seja que detenha a soberania – seja um só, alguns ou todos os indivíduos – é garantido que goza de pleno direito de ordenar aquilo que quiser”⁷²⁰. É claro que Espinosa – assim como Hobbes – não pensa que o soberano tem *potência* para realizar tudo aquilo que quiser – afinal, “[s]e, por exemplo, digo que tenho o direito de fazer desta mesa o que quiser, tal não significa que esta mesa possa voar”⁷²¹ –, mas apenas que pode *determinar juridicamente*; o que conseguirá realizar de fato, porém, é outra história.

Outro aspecto problemático na análise de Chauí é que não é apenas no *caso limite* que o *direito de resistência* é exercido, pois este e o *direito soberano* não são contíguos, mas duas esferas de potência distintas que estão sempre em tensão permanente⁷²². Deste modo, não há porque pensar, como ela, que, após rejeitar o *nemine judicatur*, afirma que “[é] ilegítimo (e não apenas ilegal) que um particular, como particular, julgue e puna a soberania, pois com isso procura anular algo que é o cerne da política”⁷²³; ao menos na teoria de Hobbes⁷²⁴, não há que se falar em *ilegitimidade* – a não ser como sinônimo de *ilegalidade* –, pois não há *logos* e não há *justum bellum*: estabelecer isto seria cairmos em um *direito de exceção lockeano*.

719 ESPINOSA, 1997, p. 447.

720 ESPINOSA, 2004, p. 242.

721 ESPINOSA, 1997, p. 457.

722 Chauí, contudo, procura acentuar a diferença, no que tange esta questão, contrapondo as preferências que cada filósofo tem por um regime político. Assim, afirma que “Espinosa considera que [...] se se desejar a estabilidade política, será preciso multiplicar conselhos e assembléias e fazê-los muito numerosos quanto à quantidade de membros para que ‘seja impossível a um particular corrompê-los’” (CHAUI, *op. cit.*, p. 294). Isto, todavia, não diz respeito ao julgamento da soberania por um particular, mas a uma arquitetura do próprio funcionamento da soberania em um governo não monárquico, o qual Hobbes não descarta. Estabelecida a arquitetura, tanto em Hobbes como em Espinosa, não cabe a um particular julgá-la fora do sistema que a própria arquitetura permite.

723 *Ibid.*, p. 294.

724 Se há isto em Espinosa, deixaremos o veredito final para os espinosistas, pois foge do escopo deste trabalho elucidar esta questão. Não acreditamos, porém, que haja.

Feitas estas análises, independentemente de ter sido a intenção ou não de Hobbes, podemos ver que, assim como a soberania é *absoluta*, a resistência também é, e tentar limitar uma ou outra é ilusão. Mas isto, juridicamente, pois, mais uma vez, *id est tantum quantum potentia valet*. Tentar descrever estes limites potenciais, contudo, seria inócuo, pois é algo que escapa de definições – é algo *différentiel* –, de modo que tentar fazer isto seria cair em filosofias do *Logos*, criando limites que só existem enquanto *tabus*. É claro que estes limites, quando são introjetados em um *superego*⁷²⁵, tornam-se limites *reais*; contra estas falsas introjeções, porém, a filosofia de Hobbes talvez seja um grande processo de análise.

4.2

Interlúdio III: o que resta dos pactos

Como narra Martinich, uma vez, o jovem Leibniz escreveu uma segunda carta para Hobbes, mesmo este nunca lhe tendo respondido, com a seguinte observação:

Leibniz percebeu corretamente que, por um lado, Hobbes mantinha que os súditos transferiam todos os seus direitos para o soberano, mas, por outro, que eles mantinham seu direito à autopreservação. Hobbes não pode propor as duas coisas. Além disto, já que toda pessoa tem o direito de julgar quando sua vida está ameaçada e o que necessita fazer para preservá-la, cada pessoa mantém o direito de fazer alianças e resistir o tirano. Leibniz, inocentemente, pensou que Hobbes concordaria com este argumento. Novamente, não há evidências que Hobbes tenha respondido.⁷²⁶

Esta é o grande paradoxo hobbesiano, do qual muito falamos na seção anterior: *tanto a soberania quanto o direito de resistência são absolutos*. Diante da conclusão acima, a partir de uma leitura ortodoxa, o primeiro pensamento que surge é que Hobbes, como *fauteur du despotisme*, errou; sendo assim, como há uma contradição em sua teoria, ela deve ser descartada. e só o poder do soberano é absoluto. A segunda hipótese seria ler Hobbes como Hampton ou Martel, entendendo que o inglês escreve um *catecismo para rebeldes*. Contudo, este paradoxo, talvez, deva ser lido como um *kōan*⁷²⁷; não como uma *síntese hegeliana* que

725 Freud afirma que “faz parte de nossa evolução a gradual internalização da coerção externa em uma instância mental separada: o *superego* humano a toma sob seu comando” (tradução livre de FREUD, 2004, p. 116). “Uma grande mudança ocorre quando a autoridade é internalizada por meio do estabelecimento do *superego*; o fenômeno da consciência, assim, é alçado a um outro nível. Mais apropriadamente, somente agora podemos falar de consciência e de um sentimento de culpa; a angústia de ser descoberto não é mais uma questão, assim como a diferença entre pensar ou fazer o mal, pois nada, nem mesmo os pensamentos, podem esconder-se do *superego*” (tradução livre de FREUD, 2002, p. 62).

726 Tradução livre de MARTINICH, 1999, p. 335-6.

727 “O *kōan* – um breve e enigmático diálogo ou anedota entre duas partes em disputa – define o âmago do budismo *Zen* [...]. Estes encontros são caracterizados pelos quixóticos, paradoxais e

resolva (*hebt auf*) a contradição para um nível superior da dialética⁷²⁸, mas como algo irresolúvel, em permanente tensão:

Esta forma de pensar não é uma mera intelectualização, mas uma radicalmente crítica forma de duvidar que vai além da dúvida metodológica de Descartes. É um pensamento que não reconhece limites para o seu questionamento; um questionamento que questiona a própria questão e encontra sua última expressão no paradoxo.⁷²⁹

O que também não é um irracionalismo, mas uma crítica racional de um racionalismo, de “uma espécie de pensamento que presume que tudo pode ser reduzido a palavras ou, mais especificamente, a uma fórmula reducionista que, quando entendida conceitualmente, seria a verdade – um palavreado alienado da prática”⁷³⁰. Crítica que pensamos ser perfeitamente compatível com a *Philosophia Prima* de Hobbes, tenha ele pensado exatamente nestes termos ou apenas intuído. Sendo assim, se Hobbes pensou seu paradoxo desta forma, não podemos resolvê-lo, pois isto seria *suprassumir*. Isto, porém, não impede que ele ajude-nos a pensar.

Neste sentido, interpretando o pensamento de Hobbes desta forma, podemos perceber que, apesar de rejeitar as *formas platônicas*, assemelha-se a um Sócrates, tal como nos primeiros diálogos platônicos, nos quais rechaçava todos os argumentos de seus oponentes, mas nunca concluía, terminando os debates sempre com uma *aporia*⁷³¹. Mas não seria a *aporia* a antítese do *Logos*? Se sim, a filosofia de Hobbes não poderia resultar em outra coisa. Desta forma, tal como Sócrates, Hobbes não poupa ninguém e, se, por um lado, faz pouco da soberania do rei, demonstrando que esta só é absoluta *qua* título, podemos perceber uma certa epítrope quando trata do seu *pacto*; ele *concede*, sim, que é possível estabelecer um Estado por meio de um pacto, afinal, ele costuma raciocinar estabelecendo distin-

sempre absurdos enunciados, reprimendas ou gestos para torcer e tormentar a mente ordinária racional e desencadear um avanço espiritual para uma ordem além da razão” (tradução livre de HEINE, 2001, p. 1). “O Zen não apenas emprega paradoxos, mas desenvolveu um profundo sistema de paradoxos, os *kōans*, cujo propósito é engajar os estudantes na mais rigorosa instrução sobre a verdade das verdades” (tradução livre de GRAHAM, 2008, p. 134).

728 “*Lato sensu*, a dialética de Hegel envolve três etapas: (1) Um ou mais conceitos ou categorias são considerados fixos, nitidamente definidos e distintos uns dos outros. Esta é a etapa do *entendimento*. (2) Quando refletimos sobre tais categorias, uma ou mais contradições emergem nelas. Esta é a etapa propriamente dialética, ou da razão dialética ou negativa. (3) O resultado dessa dialética é uma nova categoria, superior, que engloba as categorias anteriores e resolve as contradições nelas envolvidas” (INWOOD, 1997, p. 100). *Aufhebung* é o termo original em alemão, de difícil tradução, para o qual foi criado o neologismo *suprassunção*, e é a substantivação do verbo *aufheben*, que significa tanto *cancelar* como *conservar* e *sustentar* (cf., *ibid.*, p. 302).

729 Tradução livre de GRAHAM, *op. cit.*, p. 139.

730 *Ibid.*, p. 138.

731 Os “diálogos socráticos mais antigos são usualmente denominados diálogos *aporéticos* [...]. O termo *aporético* é, naturalmente, grego. *Ἀπορία* (*aporia*) significa que nenhuma passagem (*poros*) foi descoberta para a solução do problema” (tradução livre de CLAY, , p. 166).

ções possíveis, de modo que as opções são: *com pacto* e *sem pacto*. Hobbes faz isto, no entanto, para afirmar que ambos resultam igualmente na mesma situação: na *soberania absoluta* – mas que só vale como um *título*.

Hobbes, na realidade, inova, pois os contratualistas anteriores a ele, como os Monarcômacas, não falavam de um pacto institucional – *pactum societatis* –, mas apenas afirmavam uma espécie de contrato – seja tácito ou não, mas, provavelmente, o primeiro caso – que condicionava a sujeição dos súditos a certas obrigações do príncipe – *pactum subjectiones*⁷³². Sendo assim, caso o monarca abusasse de seu mandato, a resistência contra ele não só era possível, como lícita:

A base das doutrinas dos Monarcômacas é a afirmação de um contrato consensual entre o povo e o rei. É um contrato que explica as posições do povo e do monarca e que confere às partes seus respectivos direitos e deveres. Este contrato é, evidentemente, um contrato de soberania.⁷³³

O rei é, ao mesmo tempo, *subditus* e *princeps*. Ele não está fora do povo e, por consequência, as leis que são aplicáveis ao povo são também aplicáveis a ele. [...] Quais são as consequências da não execução das cláusulas do contrato? Para o Príncipe, ele poderá declarar os seus súditos como rebeldes, para os súditos, eles poderão resistir ao Príncipe que trair seus acordos. Os Monarcômacas preocupam-se mais em desenvolver esta segunda hipótese.⁷³⁴

Como vimos, Hobbes inclui em sua teoria um pacto que institui uma sociedade – uma *Gesellschaft*, na terminologia de Tönnies –, mesmo não sendo isto, ao contrário do que muitos equivocadamente postulam⁷³⁵, a única forma de constituir um Estado. Além deste e do *status naturalis*, que surge das relações naturais familiares e clânicas, comuns até aos animais, há o Estado por conquista, no qual há consentimento – *pactum subjectionis* –, mas a instituição é prévia: a sujeição não cria o Estado, mas absorve súditos. A partir de uma interpretação ortodoxa – entendendo Hobbes como o *absolutista monarquista*, que procurar eliminar qual-

732 “Tradicionalmente, dois aspectos da cooperação social e obrigação política são tratadas imaginando-se duas espécies distintas de pactos. O *pactum societatis*, entre indivíduos ou famílias vivendo separadamente em uma condição natural, era entendido como formador da própria sociedade civil. O *pactum subjectionis*, entre o povo e o governante, era entendido como o momento crucial pelo qual a autoridade política era estabelecida” (tradução livre de CASTIGLIONE, 1994, p. 96).

733 Tradução livre de ATGER, 1906. p. 104.

734 *Ibid.*, p. 110.

735 Como Bobbio, que afirma o seguinte: “a passagem do estado de natureza ao estado civil não ocorre necessariamente pela própria força das coisas, mas através de uma ou mais convenções, ou seja, através de um ou mais atos voluntários e deliberados dos indivíduos interessados em sair do estado de natureza, [...] o princípio de legitimação da sociedade política, diferentemente de qualquer outra forma de sociedade natural, em particular da sociedade familiar e da sociedade patronal, é o consenso” (BOBBIO, *op. cit.*, p. 2). Para sermos honestos com o jurista italiano, ele reconhece as outras formas de instituição do Estado na teoria de Hobbes, mas trata-as de forma tão *en passant*, como se forem meras peculiaridades, e acaba classificando o filósofo inglês no grande grupo dos *jusnaturalistas modernos* que o reconhecimento *a posteriori* da teoria completa de Hobbes não minimiza os erros de interpretação que pode causar.

quer possibilidade de desobediência por parte dos súditos –, poderíamos deduzir que ele inclui esta hipótese para eliminar qualquer possibilidade de um *pacto* permitir direitos aos súditos.

No entanto, se fosse apenas para refutar o argumento de contratualistas, como o dos Monarcômacas, por exemplo, ele poderia apenas criticar a ideia de que um *pactum subjectionis* pode permitir direitos a alguém – algo que já faz, como vimos, quando proclama que a soberania é absoluta. A lógica é simples, como também já vimos: *quem tem a competência para decidir se o príncipe tornou-se tirânico?* Se forem os próprios súditos, isto significa que, na realidade, eles não se sujeitaram de forma alguma e são soberanos; se for o príncipe, ele será absoluto e decidirá se é tirano ou não, sendo mais provável que decida por sua probidade.

É claro que há todos os problemas que já vimos: ao mesmo tempo em que a soberania é absoluta, o direito de resistência torna-se igualmente absoluto, principalmente quando o próprio Hobbes afirma que “se assume que as pessoas não se vincularam a nada ou que não cederam seus direitos a todas as coisas [*sc.*, suas *soberanias*] até que os arranjos para as suas seguranças sejam feitos”⁷³⁶; como cada um julga se está seguro ou não e, como vimos quando criticamos o *Leviathan inacabado* de MacPherson, o ideal de Hobbes é um Estado que produza uma absoluta segurança, em quanto houver qualquer insegurança, esta soberania do príncipe estará sempre ameaçada pela resistência. Sendo assim, o príncipe só conseguirá exercer sua soberania absoluta, ou se conseguir transformar-se em *tabu*⁷³⁷, ou se tiver *potência* para ser absoluto, ou com alguma combinação das duas hipóteses.

Nisto, porém, talvez se encontre a crítica de Hobbes aos contratualistas antigos. Mas uma crítica construtiva, pois, se fosse apenas para eliminar oposições, Hobbes poderia ter tomado a posição de todos ou quase todos os conservadores, de sua época e de outras, que rechaçavam qualquer doutrina contratualista:

[T]odas as vezes que aparece uma dura crítica ao contrato social, com a conseqüente afirmação da naturalidade do Estado, todas as vezes que é refutada a antítese entre estado de natureza e estado civil, com a conseqüente concepção do Estado como prolongamento da sociedade familiar, essa série de operações é sempre feita por escritores reacionários [...].

Dou dois exemplos típicos, um do início e um do fim da época da influência do modelo jusnaturalista: Robert Filmer, um dos últimos defensores da restauração monárquica na Inglaterra [...]; e Carl Ludwig von Haller, um dos mais conhecidos ideólogos da Restauração depois da Revolução Francesa.⁷³⁸

736 Tradução livre de HOBBS, 1998, p. 78.

737 Como aponta Freud, os chefes das sociedades totemistas são *tabu* (cf. FREUD, 2005, p. 45).

738 BOBBIO, *op. cit.*, p. 18. Não podemos esquecer de Hume: “[t]odos os homens, eles dizem,

É claro que podemos enxergar Hobbes apenas como um reacionário que simplesmente encontrou uma forma mais original de refutar as teorias contratualistas, *virando-as de ponta-cabeça*; algumas coisas, no entanto, não se encaixam: porque o precavido Hobbes, que se autodenominava um *medroso*, tomaria o caminho mais tortuoso, um caminho que, se fosse para sustentar absolutismos, acabou não funcionando, pois terminou rejeitado pelos conservadores e adotado por radicais de sua época. Se serviu para alguma coisa, foi para pedir proteção ao soberano, pois podemos dizer que sobreviveu em grande parte por proteção do Rei, mas é mais provável isto ter acontecido em razão de Hobbes ter sido seu tutor e por outros laços sociais do que em razão de suas obras⁷³⁹.

Sendo assim – mais uma vez, independentemente das intenções de Hobbes, pois acreditamos que, o que quer que seja que o filósofo tenha pensado, isto é algo que podemos extrair da leitura de suas obras, principalmente da parte de sua teoria que trata da relação entre o pacto e o Estado –, podemos enxergar na crítica que faz ao contratualismo de sujeição um alerta: *se quiserdes não ser tiranizado, deveis obter potência e não reclamardes por direitos*. É isto que garante a liberdade e não meros *títulos*. É a mesma crítica que Hobbes faz ao príncipe: “a Obrigação dos Súditos com o Soberano é entendida como durando tanto quanto este tiver potência para protegê-los, e não mais que isto”⁷⁴⁰; e, com isto, vemos que o soberano só terá *potestas* enquanto tiver *potentia* para se impor; igualmente, os súditos só terão *direitos*, quando também a tiverem. Em razão disto, em *Behemoth*, Hobbes não mede as palavras e fala abertamente que, “quem detém o poder de recrutar e comandar as tropas, possui todos os direitos de soberania que lhe aprouver invocar”⁷⁴¹.

nascem livres e iguais. Governo e superioridade só pode ser estabelecidos por consenso. O consenso dos homens, estabelecendo o governo, impõe-lhes uma nova obrigação, desconhecida entre as leis da natureza. Os homens, portanto, estão obrigados a obedecer seus magistrados somente porque prometeram isto; e se não tivessem dado suas palavras, seja expressa ou tacitamente, que preservariam a aliança, isto jamais teria se tornado parte dos deveres morais. Esta conclusão, no entanto, se for levada tão longe a ponto de incluir o governo em todas as eras e situações, é inteiramente errônea” (cf., HUME, 1985, p. 593); e Hegel: “[e]m tempos recentes, tornou-se bastante popular considerar o Estado como um contrato de todos com todos. Todos, dizem-nos, faz um contrato com o soberano, e ele, por seu turno, com seus súditos. Esta visão é resultado de um pensamento superficial [...]. [N]o caso do Estado [...], a vontade arbitrária de um indivíduo não está em posição de se livrar do Estado, pois o indivíduo já é por natureza seu cidadão. É o destino racional dos seres humanos viverem em um Estado e, mesmo que este não esteja presente, a razão requer que um seja estabelecido” (tradução livre de HEGEL, 1991, p. 106).

739 Cf., MARTINICH, 1999, p. 322.

740 Tradução livre de HOBBS, 1991a, p. 153.

741 HOBBS, 2001, p. 125.

Estas ásperas palavras, que podem soar mal para os mais sensíveis, traz de volta a questão se há ou não distinção entre *poder* – entendido como *potência* – e *direito* em Hobbes, ou se esta potência seria o único fundamento para o direito hobbesiano. Além disto, se, ao *fim das contas*, tudo se resume em *potência*, *poder*, ou seja, qual nome que se queira dar a isto, qual seria a utilidade da teoria hobbesiana da soberania e seus aspectos mais descritivos para uma democracia, questão que é a proposta de nosso trabalho.

Quanto a isto, temos as seguintes observações a fazer: primeiro de tudo, concordamos que, sem *potência*, um direito é apenas uma *folha de papel* – para utilizarmos uma expressão lassalliana⁷⁴² – e, em uma democracia, se esta não *equalizar potência*, será uma mera *democracia formal*. No entanto, já entrando em nosso segundo ponto, não somente não pensamos que Hobbes simplesmente equipare *direito* e *poder* ou *potência*, como não acreditamos que seja conveniente para fins de análise. Já abordamos este assunto anteriormente, traçando uma analogia entre um *veículo* e seu *combustível*; agora, apresentamos outra: *dinheiro*. Se pararmos para pensar, papel-moeda, como diz o nome, é só um *pedaço de papel* e, sem uma estrutura que o faça valer, perde a segunda parte do substantivo composto que é e passa a ser apenas a primeira: *papel*. Contudo, havendo esta estrutura que o faça valer, cuja forma mais comum é o Estado, adquire características bem distintas de uma mera folha de papel. E, se um dia o dinheiro foi cunhado em metais que eram e ainda são considerados valiosos, hoje em dia, nem papel precisamos mais, mas apenas *bits* em algum banco de dados computadorizado.

Isto, porém, é uma mistura de uma *estrutura que possui potência* – o Estado, no caso mais comum – e de uma *crença coletiva* que isto possui valor. Até no caso dos metais preciosos, seu valor baseia-se em uma crença, pois não há nada intrínseco que o faça valer; caso se perca a crença no dinheiro, cujo caso mais comum é quando ocorre uma *hiperinflação*, ele volta a valer apenas o que vale a sua matéria: o valor de um pedaço de papel⁷⁴³. Além disto, fora este aspecto que descrevemos acima, *direito* é, em si, *poder*; falando mais apropriadamente, a partir do momento em que se crê nele, ele passa a ser um *fator real de poder*, para tomarmos mais uma

742 Ferdinand Lassalle afirmava existir duas constituições: “essa *constituição real e efetiva*, integralizada pelos fatores reais de poder que regem a sociedade, e essa outra *constituição escrita*, à qual, para distingui-la da primeira vamos denominar *folha de papel*” (LASSALLE, 2008, p. 23).

743 Tratar destes aspectos econômicos fogem do escopo deste trabalho, mas recomendamos o livro de Galbraith – *Moeda: de onde veio, para onde foi?* (GALBRAITH, 1975, *passim*) – como uma boa exploração sobre o tema.

expressão lassalliana⁷⁴⁴: a prova disto é o fato notório dos Estados, governantes e até qualquer pessoa, mas principalmente os primeiros, procurarem justificar seus atos, isto é, *legitimá-los*. O porquê disto, talvez *só Freud explique*; talvez as pessoas necessitem de um *logos*, desta *sanção divina*, e, se algum dia as pessoas pararem de acreditar em *tabus*, estas abstrações deixem de ser necessárias.

Assim, entramos em nosso terceiro ponto, seguindo o pensamento de Pashukanis: *até que a sociedade perca seus tabus, estas categorias abstratas serão necessárias*. E, apreciando ou não a teoria de Hobbes, acreditamos que ele ajuda a esclarecer o direito como *linguagem*, a revelar seus *códigos* e seu *sistema de funcionamento*; pensamos que ele nos fornece um *léxico* que, por um lado, é mais *nu*, ou seja, mais abstrato que o que Pashukanis chama de *direito burguês*, mas, por outro, exatamente por ser mais nu e menos mitificado, ajuda-nos a perceber certas violências que este assim chamado *direito burguês* procura encoibir por detrás de *contratos sinalagmáticos*, mas que não é uma violência típica deste direito, mas algo mais primitivo.

Neste aspecto, Hobbes é quase *medieval*, e revela o *medievalismo* que este *direito burguês* sublima em sua racionalidade; é uma revelação de algo como o que Derrida afirma em *Força de lei*, analisando Walter Benjamin, quando diz que:

Há, primeiramente, a distinção entre duas violências do direito, duas violências relativas ao direito: a violência fundadora, aquela que institui e instaura o direito [...] e a violência conservadora, aquela que mantém, confirma, assegura a aplicabilidade do direito [...].⁷⁴⁵

Depois da cerimônia da guerra, a cerimônia da paz significa que a vitória instaura um novo direito. E a guerra, que passa pela violência originária e arquetípica [...], é de fato uma violência fundadora de direito [...]. A partir do momento em que se reconhece o caráter positivo, estabelecedor [...] e fundador de outro direito, o direito moderno recusa, ao sujeito individual, todo direito à violência.⁷⁴⁶

Ou então, como em Pashukanis, quando ele afirma que:

[O] indivíduo armado (ou, mais frequentemente, um grupo de pessoas, uma família, um clã, uma tribo, capaz de defender suas condições de existência em um conflito armado) é o precursor morfológico do sujeito de direitos com sua esfera de poderes legais estendendo-se a sua volta. Esta próxima conexão morfológica estabelece uma clara conexão entre uma corte de direito e um duelo; entre as partes de um processo judicial e os combatentes em um conflito armado.⁷⁴⁷

Foucault, certa vez, inverteu a máxima clausewitziana e afirmou: “creio, de fato [...], que o princípio segundo o qual a política é a guerra continuada por

⁷⁴⁴ Cf., LASSALLE, *op. cit.*, p. 23.

⁷⁴⁵ DERRIDA, 2007, p. 73.

⁷⁴⁶ *Ibid.*, p. 93.

⁷⁴⁷ Tradução livre de PASHUKANIS, *op. cit.*, p. 118.

outros meios era um princípio bem anterior a Clausewitz, que simplesmente [o] inverteu”⁷⁴⁸. Na afirmação de Pashukanis, parece que *o direito é a continuação do duelo por outros meios*⁷⁴⁹; mas é um duelo *asséptico*: como Derrida observa – e mesmo que não o fizesse, é notório –, o Estado moderno toma para si a execução do exercício da violência. Por isto o soberano é *tabu*, e é curioso que Freud afirme ser “*reverência e repulsa*”⁷⁵⁰ as duas paixões que este causa; quase idêntico ao que Hobbes afirma que o soberano deva utilizar para manter a ordem: *awe and fear*⁷⁵¹. Mas também é irônico que Hobbes faça isto logo após afirmar que:

O medo perpétuo, que sempre acompanha a humanidade na ignorância das causas, como se esta estivesse nas Trevas, precisa ter algo por objeto. E, assim, quando não há nada visível que possa ser acusado da boa ou da má fortuna, tem-se uma *Potência* ou um *Agente Invisível*: neste sentido, talvez, que alguns Poetas antigos disseram que os Deuses foram primeiramente criados pelo Medo humano.⁷⁵²

Se juntarmos as *peças* – que o soberano é a *imagem de Deus*, e que a causa dos deuses é o *medo humano* –, podemos concluir que o soberano é a *imagem do medo humano*. Como, porém, uma *imagem não é nada*, este medo é *horror vacui*. É claro que Hobbes, após afirmar o que descrevemos acima, corrige-se e diz: “o reconhecimento de um Deus Eterno, Infinito e Onipotente pode ser mais facilmente do desejo dos homens de conhecer as causas dos corpos naturais e suas virtudes e operações do que do medo do que lhes ocorrerá”⁷⁵³. Isto, porém, pode ser visto como mais uma de suas manobras retóricas, pois, ao mesmo tempo em que há uma certa ironia com a concepção ortodoxa da divindade, há também o sentido oculto de Deus para Hobbes, que já vimos.

De qualquer forma, se foi esta a intenção de Hobbes, suas manobras retóricas pouco serviram para esconder as provocações hobbesianas, e nada mais esperável que sua teoria fosse não só repudiada, mas perseguida pelos poderes constituídos sejam burgueses ou de qualquer outra época. Sendo assim, se compararmos Hobbes a Locke – e outros que viriam a seguir –, vemos que este é mais *palatável*: seu contrato, menos do que o estabelecimento de uma soberania, é um contrato de *prestação de serviços*; seu *direito de resistência*, visto como *justiça* – ele reintroduz o

748 FOUCAULT, 2005, p. 54-5.

749 O próprio Clausewitz afirma, no início de seu clássico, que: “[g]uerra não é nada senão um duelo em grande escala” (tradução livre de CLAUSEWITZ, *op. cit.*, p. 101).

750 Tradução livre de FREUD, 2005, p. 30. No original, Freud utiliza *Ehrfurcht* e *Abscheu* (cf., FREUD, 1920, p. 35).

751 Cf., HOBBS, 1991a, p. 88-9 e 117-8.

752 Tradução livre de *ibid.*, p. 76.

753 *Ibid.*, p. 77.

justum bellum que Hobbes havia eliminado. O pacto de Hobbes, não; parece menos um contrato – contrariamente como é comumente visto – do que com uma capitulação – uma *commendatio* feudal⁷⁵⁴. Comparemos o que vimos no fim do capítulo anterior com, por exemplo, esta fórmula datada do período merovíngio:

Ao magnífico Senhor (A.), eu (B.), na medida em que é do conhecimento de todos que eu não possuo os meios para alimentar-me e vestir-me, pedi a sua piedade, e sua boa vontade concedeu-me permissão para entregar-me e recomendar-me em seu *mundoburdus*. Fiz isto, portanto, de tal forma que o Senhor comprometeu-se em ajudar-me e sustentar-me com comida e roupa enquanto eu comprometi-me a atendê-lo e merecer-lhe o bem na medida do que está a meu alcance; e, por enquanto eu viver, sou obrigado a atendê-lo e respeitá-lo como um homem livre deve; e, durante a minha vida, eu não tenho o direito de retirar-me da sua autoridade e *mundoburdus*: devo, ao contrário, para o resto de meus dias, viver sob o seu poder e proteção.⁷⁵⁵

Com isto, podemos perceber a ironia de Hobbes com os contratualistas de sua época; é como se dissesse: *se vocês estão querendo pactuar, é porque não se garantem, pois, se se garantissem, não pactuariam*. É claro que isto é uma visão radical de Hobbes e, na realidade, de acordo com a potência das partes, mesmo elas não sendo totalmente equivalentes, ambos os lados podem obter suas concessões e extrair obrigações uns dos outros, mas é a partir disto que podemos extrair o aspecto positivo da crítica de Hobbes – *constitua potência!*

Apesar disto, mesmo com esta crítica, ainda assim pensamos que a ideia de *pacto* não deve ser inteiramente descartada, mas entendida. Esta crítica deve ser dirigida ao *pacutn subjectionis*: *se sujeitar é abdicar-se de seu direito de resistência*; mesmo que isto seja apenas um *tabu*, pois, como o próprio Hobbes diz, “ninguém pode literalmente transferir sua força para outrem”⁷⁵⁶. Mas um *pactum societatis* é fundamental para qualquer democracia, visto que nenhuma poderá sobreviver se os seus cidadãos não forem leais uns com os outros. Sendo assim, somos obrigados a discordar de Chaui quando ela afirma que, para Hobbes, não haveria distinção entre um Estado por *instituição* e um por *conquista*:

No que concerne a indistinção entre o Estado por instituição e por conquista, para Espinosa a identidade se restringe ao direito civil, pois o dominador imporá seu próprio direito civil ao dominado e, por isso, do ponto de vista do direito civil, os dois Estados não se distinguirão. No entanto, há entre ambos profunda diferença: o

754 “A relação de proteção estabelecida entre um homem livre e outro era chamada, em latim, *patrocinium*; no germânico latinizado, *mundium* ou *mundeburdus*, do qual originou *mainbour*, no francês medieval. Em qualquer caso, o termo trazia consigo a implicação de uma autoridade superior, assim como de proteção. O ato legal, pelo qual um homem livre colocava-se no *patrocinium* ou *mundeburdus* de outro, era conhecido como *commendatio*” (tradução livre de GANSHOF, 1996, p. 5-6).

755 *Ibid.*, p. 6.

756 Tradução livre de HOBBS, 1998, p. 74.

corpo político instituído nasce por ato de uma população livre e em nome da esperança de vida, enquanto o conquistado se conserva apenas por medo da morte e por aceitação da servidão.⁷⁵⁷

Isto é exatamente o que ocorre em Hobbes: ele afirma que “[u]m estado popular, obviamente, requer poder absoluto, e, isto, os cidadãos não objetam”⁷⁵⁸; “[s]e por *liberdade* querem dizer dispensa da sujeição às leis, isto é, aos comandos do povo, não há *liberdade* em lugar nenhum, seja em uma *Democracia* ou qualquer outra forma de Estado”⁷⁵⁹. Ou seja, é claro que uma *democracia* também é *absoluta* e, até aí, Chaui admite que ambos os filósofos concordam; no entanto, também é só nisto que ambos os tipos de Estado – por *instituição* e por *conquista* – são idênticos, pois é óbvio que – a não ser que estejamos diante de um conquistador muito *bondoso e iluminado* – a conquista só pode resultar em um governo monárquico, mesmo no caso do conquistador ser uma *república*:

[A]inda que por meio de um Presidente o Povo Romano governasse, por exemplo, a região da Judeia, esta não era, portanto, nem uma Democracia, pois não era governada por uma Assembleia na qual seus habitantes tivessem o direito de participar, nem um Aristocracia, pois não era governada por uma Assembleia na qual qualquer homem pudesse participar por Eleição: era governada por uma Pessoa, a qual, ainda que para o povo de Roma fosse uma Assembleia do Povo ou Democracia, para o povo da Judeia, que não possuía direito algum de participar neste governo, era um Monarca. Isto, pois, se onde o povo é governado por uma assembleia, escolhida dentre os seus por eles mesmos, o governo é chamado Democracia ou Aristocracia, quando é governado por uma Assembleia que não é de sua escolha, é uma Monarquia, não de Um homem sobre outro homem, mas de um povo sobre outro povo.⁷⁶⁰

Com isto, excluindo a hipótese bastante improvável do *bom conquistador*, uma democracia só é possível em um Estado por *instituição*. E, se, por um lado, esta democracia será *absoluta*, como em qualquer Estado que necessite tomar decisões políticas que vinculem todos os seus cidadãos, a estrutura será bastante diferente. Como podemos inferir do pacto hobbesiano, mesmo que se realize em apenas um momento cronológico, ele possui dois momentos lógicos: a *associação* e a *sujeição*. Em uma democracia hobbesiana, esta sujeição é apenas *simbólica*, pois, na realidade, ela já está representada na associação. Em uma monarquia ou em uma aristocracia por instituição, há a criação de duas pessoas jurídicas: primeiro, cria-se a pessoa do Estado; em seguida, cria-se a pessoa do soberano, ao qual se submete. Em uma democracia, não: o soberano é o próprio Estado, que é o próprio povo unido em uma única

757 CHAUI, *op. cit.*, p. 293.

758 Tradução livre de HOBBS, *op. cit.*, p. 83.

759 *Ibid.*, p. 121.

760 Tradução livre de HOBBS, 1991a, p. 135.

pessoa; o que, na realidade, é apenas uma metáfora para o fato de que todos devem ser leais uns com os outros, e que, se algum dia puderem entender isto sem a necessidade destas figuras de linguagem, isto talvez possa ser dispensado.

Mas, diante da afirmação de Chaui que *o corpo político instituído nasce por ato de uma população livre e em nome da esperança de vida*, torna-se até paradoxal e contraditória a afirmação que anteriormente vimos, na qual diz que “não há pacto porque os homens constituem um indivíduo coletivo: [...]: o corpo político. O poder político (o *imperium*) é, portanto, o direito natural comum ou coletivo”⁷⁶¹. Ora, se já se constituem, porque precisam instituir um? Só se ela estivesse refutando a velha crença ortodoxa, segundo a qual, na teoria de Hobbes, os *indivíduos atomizados reúnem-se em uma clareira, em meio à floresta, e fundam o Estado*, o que já vimos que não é caso. Mesmo assim, se já existe algo, não é necessário instituir nada. Só se houve uma *queda* e, assim, seria preciso reinstituir este corpo comum ou coletivo para voltar ao exercício do *direito natural comum ou coletivo*. E, assim, “[a] vida política surgirá para que o direito natural se concretize e por essa razão ela não poderá suprimi-lo nem apenas conservá-lo como resíduo ou virtualidade”⁷⁶².

É claro que é possível fazer uma leitura jusnaturalista de Espinosa, assim como muitos fazem de Hobbes, mas não acreditamos que seja este o caso, pois o próprio holandês fala de uma instituição:

[O] Estado que refiro como instituído com o fim de fazer reinar a concórdia deve ser entendido como instituído por uma população livre, e não como estabelecido pelo direito de conquista sobre uma população vencida. Sobre uma população livre a esperança exerce maior influência que o medo; sobre uma população submetida pela força, pelo contrário, é o medo o grande móbil, não a esperança. [...] Ainda que entre o Estado criado por uma população livre e aquele que é originado pela conquista não haja diferença essencial, se considerarmos a noção geral de direito civil, há entre eles uma grande diversidade, quer quanto ao fim a atingir [...], quer quanto aos meios que cada um deve usar para subsistir.⁷⁶³

E, quanto ao *direito natural*:

Por direito natural, portanto, entendo as próprias leis ou regras da Natureza segundo as quais tudo acontece, isto é, o próprio poder [*sc.*, *potentia*, no original] da Natureza. Por conseguinte, o direito natural da Natureza inteira, e conseqüentemente de cada indivíduo, estende-se até onde vai a sua capacidade, e, portanto, tudo o que faz o homem, seguindo as leis da sua própria natureza, fã-lo em virtude de um direito natural soberano e tem sobre a Natureza tanto direito quanto poder [*sc.*, também *potentia*, no original].⁷⁶⁴

761 CHAUI, *op. cit.* p. 299.

762 *Ibid.*, p. 297.

763 ESPINOSA, 1997, p. 459-60.

764 *Ibid.*, p. 442.

Ou seja, não é idêntico à Hobbes, pois, de certa forma, equipara o *direito natural* à *potência*, mas isto o faz ser até mais realista do que Hobbes. No entanto, como já vimos, o inglês faz apenas uma distinção conceitual entre *direito* e *potência*, jamais afirmando que, em *estado de natureza*, este direito possa ser exercido além da potência atual: *tantum juris quantum potentia valet*. Já tratamos extensivamente deste assunto e não será necessário repeti-lo.

E, se Espinosa afirma que a democracia é o regime “mais natural e o que mais se aproxima da liberdade que a natureza reconhece a cada um”⁷⁶⁵, isto não significa que pensasse ser este *natural* um *direito a ser resgatado*. O direito absoluto, em termos espinosanos, no *estado de natureza*, “será na realidade inexistente, ou pelo menos só terá uma existência puramente teórica”⁷⁶⁶; o que, como também já vimos, Hobbes concorda, pois, neste estado, “há somente aquilo que cada homem conseguir obter e somente enquanto conseguir manter”⁷⁶⁷. Assim, a locução *regime mais natural*, dentro da filosofia de Espinosa deve ser entendida como sendo o único regime que maximiza a potência do coletivo – a *potencializa* – e, por isto, ele chama-o de absoluto⁷⁶⁸. Isto, porém, não é um passado a ser resgatado, mas um projeto a ser alcançado, pois Espinosa, inclusive, é bastante irônico com aqueles que pensam a política como a volta a uma *idade de ouro*:

Os filósofos concebem [...] os homens, efetivamente, não tais como são, mas como eles próprios gostariam que fossem. Daí, por consequência, em vez de uma ética, hajam escrito uma sátira, e não tenham sobre política vistas que possam ser postas em prática, devendo a política, tal como a concebem, ser tomada por quimera, ou como respeitando ao domínio da utopia ou da idade de ouro, isto é, a um tempo em que nenhuma instituição era necessária.⁷⁶⁹

Ou seja, é preciso de uma *arte*, de uma *instituição*, de uma *ordenação*:

Se a natureza humana estivesse disposta de tal forma que o maior desejo dos homens incidisse sobre o que lhes é mais útil, não haveria necessidade de nenhuma arte para manter a concórdia e a fidelidade. Mas, como é certo que as disposições da natureza humana são inteiramente diferentes, o Estado deve ser dirigido de tal maneira que todos, tanto os governantes como os que são governados, façam de boa ou de má vontade, o que importa ao bem-estar de todos, isto é, que todos, por vontade própria, ou por força, ou por necessidade sejam obrigados a viver segundo os preceitos da Razão. Será assim quando os negócios do Estado forem ordenados de tal maneira que nada do que respeita ao bem-estar comum seja entregue ao arbítrio de um só.⁷⁷⁰

765 ESPINOSA, 2004. p. 242.

766 ESPINOSA, 1997, p. 446.

767 Tradução livre de HOBBS, 1991a, p. 90.

768 Ao tratar da democracia, no *Tratado político*, Espinosa escreve: “[p]asso agora ao terceiro Estado, que é inteiramente absoluto e a que chamamos democrático” (ESPINOSA, 1997, p. 514).

769 *Ibid.*, p. 439.

770 ESPINOSA, 1997, p. 461.

Ao nosso ver, *instituição* – embora se possa dar qualquer sentido a este termo – parece-nos o oposto de uma *geração espontânea* ou de uma *ordem espontânea hayekiana*. Assim sendo, como aponta Hobbes, só há duas formas básicas – dois *tipos ideais* – de instituição: por *conquista* ou por *trato*, ou seja, por *subordinação* ou por *coordenação*. Como a *por subordinação* é incompatível com uma *população livre*, logo, só resta a *instituição por trato*, ou *por pacto*, ou *por contrato*, ou *por tratado*, ou qualquer outro termo que se prefira, pois, tal como diz Espinosa, *não costumamos discutir sobre palavras*.

Porém, façamos uma concessão; imaginemos que houve uma *idade de ouro* e que precisamos resgatá-la: primeiro, *se houve*, isto significa que *não* mais *há*; *se não há*, é preciso *fazer* algo para *que haja*; logo, é preciso instituí-la. *Q.E.D.* Ou seja, de qualquer forma, havendo ou não *queda*, *para levantar-se*, *é preciso erguer-se*. Acreditar em algo contrário, ao nosso ver, seria transpor para política uma teoria do gênero *mão invisível smithiana*. Porém, se mesmo com nossos argumentos não for possível concordar com isto, acreditamos que a teoria de Hobbes, ao menos, é útil para explicar como, a partir deste *pactum societatis*, ocorre uma *subjectio* que, ao contrário de ser pactuada, é sequestrada por meio de *separações de poderes*, *freios e contrapesos*, *representações alienantes*, além de uma teoria positivista do direito que, ao invés de pensá-lo como *relação*, procura esconder o *ato* em um *logos* encarnado em uma *norma fundamental*, assuntos que trataremos a seguir.

4.3 Alienações

Com alienação, queremos dizer, em outras palavras, um *sequestro* da soberania, após ela ter seu *locus* decidido, mesmo com todos os problemas que esta *localização* envolve. É claro que, depois de tudo que falamos, não é o caso de não considerarmos todas as questões discutidas nas seções anteriores como sérias. Adotando, porém, uma postura pragmática neste momento, tomaremos a ideia específica de democracia em Hobbes: *uma multidão que se autorrepresenta*, mas, *ao mesmo tempo*, *não prescinde de ter decisões políticas vinculantes a todos os elementos desta multidão*, ou, em termos jurídicos mais precisos, *quando não há distinção entre a pessoa jurídica do Estado e a pessoa jurídica do soberano*, sendo *este uma assembleia de todos os cidadãos*, *sem nenhuma exceção*, *decidindo esta assembleia todas as questões políticas*, inclusive o que significa *político*.

Definido isto, a *alienação* ocorre quando esta *decisão* é tomada do soberano *de jure*, sem sua autorização, seja por meio de retórica, seja por subterfúgios sistêmicos, seja por qualquer outro meio, e não há a oportunidade deste soberano revogar esta decisão. Um exemplo de *alienação* ou *sequestro da soberania* é a declaração do Ministro Barroso, afirmando que “[a] *interpretação evolutiva* é um processo informal de reforma do texto da Constituição”⁷⁷¹; outro, quando o Ministro Celso de Mello, citando Francisco Campos, diz que “[n]os Tribunais incumbidos da guarda da Constituição, funciona, igualmente, o poder constituinte”⁷⁷².

No entanto, os subterfúgios da hermenêutica constitucional são apenas *a ponta do iceberg* de um conjunto de problemas que vêm alienando a soberania do *demos* desde que a ideia de *democracia* veio a tona na modernidade, de modo que, sob um certo discurso, podemos considerá-la como sendo *a grande mentira do Século das Luzes*. É claro que não estamos criticando os avanços democráticos que ocorreram desde então, mas sim algum dos discursos que se dizem democráticos, mas são, na verdade, o oposto; discursos que, ao invés de propor a soberania do *demos*, propõem sua *curatela*: o que, na realidade, não faz muita diferença de vários discursos conservadores, como o de Filmer, que afirmam que o monarca ou o soberano é como um *pai*⁷⁷³. Assim, se avanços ocorreram, foram *apesar* da *grande mentira* e não *a partir dela*.

A partir disto, ao nosso ver, há três grandes *alienações* na teoria político-jurídica da democracia contemporânea, no que diz respeito ao problema da soberania: a primeira é *a alienação direta da soberania a uma assembleia constituinte*; a segunda, as teorias da *separação de poderes* e a dos *freios e contrapesos* que tentam *diluir* a soberania, mas que, como Hobbes demonstra, isto é uma *quimera*; a terceira, uma *concepção normativista do direito*, como a do jurista Hans Kelsen, que, ao contrário do problema anterior, procura negar completamente a soberania. Trataremos, a seguir, dos dois primeiros problemas.

771 BARROSO, 1999, p. 144.

772 STF, 2008, p. 472.

773 Como descreve Bobbio, “[p]ara Filmer, a única forma de governo legítima é a monarquia, já que o fundamento de todo o poder é o direito que o pai tem de mandar nos filhos; e os reis são pais, na origem, ou, em seguida, descendentes dos pais ou seus delegados. [...] Vejamos suas próprias palavras: ‘Se cotejarmos os direitos naturais de um pai com os de um rei, não perceberemos outras diferenças que não a da amplitude e da extensão: tal como um pai em sua família, assim também o rei estende a muitas famílias a preocupação de conservar, alimentar, vestir, instruir e defender toda a comunidade’ (BOBBIO, *op. cit.*, p. 18).

4.3.1

Como surgiu o *bug* da soberania no sistema de separação de poderes

Antes de apresentarmos como se aliena a soberania, é importante especificarmos o que realmente interessa nela, pois, caso contrário, seria possível pensar que fazemos apologias à soberania estatal ou coisas semelhantes. O que na realidade queremos mostrar é um aspecto da soberania que é irredutível em qualquer *sistema de decisão*; a única possibilidade de eliminar a soberania como tal é eliminando a *necessidade de decisão*: seria necessário um *logos* e *nenhuma divergência* sobre o conteúdo deste *logos*.

O conceito de soberania é bastante mitificado nos livros didáticos, o que impede que vejamos sua característica mais fundamental. Dizemos *fundamental*, obviamente, não em um sentido *transcendental*, mas no que diz respeito ao *cerne da questão*, ou seja: *o que está em jogo*. E o que está em jogo é, exatamente, uma *questão*: a soberania surge quando *se coloca a questão*; ou não surge, e a questão fica *indecidida*. Se for assim, porém, a questão não era *importante*.

Em um mundo como o de – ou, ao menos, *imaginado* por – Hayek, por exemplo, não há necessidade de *questões*: há uma *ordem espontânea* benéfica e há um *direito natural* para regulá-la. Curiosamente, quando esta *ordem espontânea* falha, Hayek não hesita em apoiar ditadores, como o fez com Pinochet no Chile:

Hayek – escrevendo para *The Times* em 1978 e invocando explicitamente Pinochet pelo nome – afirmou que, sob certas “circunstâncias históricas”, um governo autoritário pode provar-se especificamente útil para a preservação da liberdade a longo prazo: há “várias instâncias de governos autoritários nos quais a liberdade é mais resguardada do que em democracias”⁷⁷⁴.

Com esta afirmação, os *detratores* de Hobbes poderão pensar que está provado ser ele o *godfather* do liberalismo e que Locke é apenas a *retórica utilizada*. Contra esta possível acusação, em primeiro lugar, respondemos que nunca afirmamos que o sistema de Hobbes jamais poderia ser aplicado ao *liberalismo* – que é um *logos*. Ao contrário, refutamos a tese final de MacPherson justamente por isto: por afirmar que, ao fim de tudo, a *burguesia havia rejeitado o modelo hobbesiano por não ser útil a ela*⁷⁷⁵. Quando tratamos de Locke, também afirmamos que sua proposta política é apenas uma subespécie de *Leviathan*, mas com um *logos* acoplado: a *defesa da propriedade*. Na realidade, desde o início deste

774 Tradução livre de FARRANT *et al.*, 2012, p. 515.

775 Cf., p. 116 deste trabalho.

trabalho, afirmamos que, dada a distinção básica do sistema hobbesiano – a existência de uma *questão* ou de uma *aporia* – seu sistema decorre tal como as propriedades da aritmética decorrem de suas definições.

O que a afirmação de Hayek prova na realidade é que, como afirmamos, qualquer ordem política necessita de decisões, pois não há *ordem espontânea*, não há *mão invisível*, ou melhor, até há, só que raramente ela atua como planejado, e a teoria do caos explica isto⁷⁷⁶. E a afirmação também prova que, normalmente, uma ordem que queira impor um *logos* – que é o que Hayek pretendia sob a alcunha de *liberdade* – acaba recorrendo a ditaduras monárquicas ou oligarquias, sendo mais provável esta última, pois, como aponta Espinosa:

[A]queles que crêem que um único tenha um direito supremo sobre a cidade cometem um grande erro. O direito [...] define-se unicamente pelo poder; ora, o poder de um só homem é completamente incapaz de sustentar um tal encargo. Daí provém que se a massa elege um rei, este escolhe os homens investidos de poder, conselheiros ou amigos, aos quais entrega o bem-estar comum e o seu próprio; de tal maneira que o Estado que nós cremos ser monárquico absolutamente é na realidade aristocrático; isto não numa forma aberta, mas oculta e, por isso mesmo, muito má.⁷⁷⁷

Hayek, ao menos não afirma ser um democrata ou, para sermos mais exatos, coloca seu liberalismo acima da democracia, descrevendo aquele como um *logos*: “[o] liberalismo [...] preocupa-se principalmente com os limites dos poderes coercitivos do governo [...]. Liberalismo é uma doutrina sobre o que o direito deve ser; democracia, uma doutrina sobre como determinar o que será a lei”⁷⁷⁸. Assim, quando a sua *ordem espontânea* – *capitalista* – está ameaçada, como um *bom lockeano*, a *resistência* – isto é, *exceção* – surge com toda a sua força.

A honestidade de Hayek, porém, sob certo ponto de vista, pode até ser considerada louvável; o mais grave é quando se propõe uma monarquia ou oligarquia e

776 A obra clássica introdutória à teoria do caos é *Chaos* de James Gleick, e nela encontramos o seguinte: “[o] Efeito Borboleta adquiriu um nome técnico: dependência sensível das condições iniciais; e isto não era de todo uma nova ideia, mas já possuía um lugar no folclore: ‘por falta de um prego, perdeu-se a ferradura; por falta de uma ferradura, perdeu-se o cavalo; por falta de um cavalo, perdeu-se o cavaleiro; por falta de um cavaleiro, perdeu-se a batalha; por falta de uma batalha, o reino foi perdido!’” (Tradução livre de GLEICK, 1988, p. 23).

777 ESPINOSA, 1997, p. 462.

778 Tradução livre de HAYEK, 1976, p. 103. Neste ponto, concordamos com Hayek: liberalismo é um *logos*; democracia, uma forma de governo que – como qualquer outra – prescinde de qualquer *logos*, a não ser que consideremos um *logos* a *distinção mínima* para estabelecer qualquer *critério formal* – e não *substancial* – para qualquer *definição*. É claro que, a partir do momento que rejeitamos qualquer universal, todos são inteiramente livres para definir o conceito de *logos* como quiser, mas, duvidamos que alguém consiga dar qualquer sentido ao mundo – excluindo métodos *zen*, que fogem do escopo deste trabalho tratar – sem distinções mínimas, mesmo sabendo que estas distinções são arbitrárias. Como aponta Martel, “nomes são as ferramentas que utilizamos para organizar e fazer o mundo ter sentido” (MARTEL, *op. cit.*, p. 82); só não devemos *confundir o mapa com o território*. Sobre a *criação e destruição de mapas*, ver BOYD, 2002, p. 451-62.

afirma-se estar instituindo uma democracia, como foi o caso de *Il Duce* Mussolini, como já vimos⁷⁷⁹. Este caso, porém, talvez tenha sido apenas um dos mais caricaturais, havendo vários outros na história moderna; e é em razão disto que consideramos a teoria de Hobbes importante – *para revelar estas caricaturas*.

Mas é claro que é possível se opor a isto e querer reservar o termo *democracia* para algo mais *substantivo* ou mais *logocêntrico*. Esta *democracia substantiva*, porém – se não for uma *ordem espontânea* ou se não descobrirem um meio *metafísico* para revelar seu *logos* indubitável –, terá que tomar decisões; e, assim, o sistema hobbesiano ocorrerá inevitavelmente: pois, quando se tem uma *aporia*, a não ser que ela resolva-se sozinha, só pode ser decidida por *um* ou *mais*, até chegarmos a *todos*. Mas, para não irritarmos os *democratas substantivalistas*, podemos chamar o que propomos, por exemplo, de *oniarquia* – apenas para termos uma referência para a nossa ideia e não precisarmos descrevê-la toda vez que invocá-la. Poderia ser qualquer outro nome ou até um número ou símbolo, pois, afinal, *um nome é apenas isto*: uma espécie de abreviatura para invocar a descrição de uma ideia. *Não discutiremos sobre palavras*.

Deste modo, com nossa nova classificação, teríamos: *monarquia*, *diarquia*, *triarquia*, *etc.*, como termos que indicam precisamente quantos decidem; *oligarquia*, no caso de poucos – neste caso, sem nenhum sentido valorativo –, e *poliarquia*, no caso de muitos, como termos relativos; e *oniarquia*, quando todos de uma *polis* decidem sobre suas questões políticas, incluindo a decisão do que é *questão* e do que é *política*. *Anarquia* não faria nenhum sentido em uma *ordem interna*, pois, o que haveria, seriam vários *monarcas individualizados*: o *estado de natureza* em sua versão mais caricatural, ou seja, a dos *homens cogumelos*. *Anarquia* só faz sentido como descrição da ordem global para indicar a ausência de centralização e, neste caso, distinguir-se-ia apenas de *arquia*, uma ordem com um soberano global. *Anarquia* não significa necessariamente um *caos*, mas apenas que não existe um *soberano global*; como aponta Ikenberry: “[n]a condição de anarquia, os Estados não se encontram em nenhuma relação fixa, formal ou hierárquica uns com os outros. [...] No mundo da anarquia, há incentivos para os estados equilibrarem [*sc.*, o poder]”⁷⁸⁰.

779 Cf., p.17 deste trabalho.

780 Tradução livre de IKENBERRY, 2001, p. 24.

Isto é tudo que pensamos ser relevante para tratarmos da crítica da alienação da soberania que pretendemos propor. Especificamente, trabalharemos o aspecto interno da questão e não nos importaremos com a questão externa: isto é, como uma *democracia* ou *oniarquia* deve se comportar com os outros estados soberanos e se ela deve ter pretensões universais – isto é, se deve pretender ser uma *democracia global* – ou não. Com isto, não queremos dizer que estas questões não sejam importantes, mas apenas que foge do escopo deste trabalho, em razão de nossas pretensões, e por acharmos que este tema mereceria um estudo próprio.

Uma última objeção que poderia ser feita contra a nossa *democracia* ou *oniarquia* é que ela seria *individualista*, na esteira da crítica à visão ortodoxa da obra de Hobbes, na qual *indivíduos atomizados reúnem-se e pactuam a instituição do Estado*, e, em uma democracia, isto obviamente repetir-se-ia a cada necessidade de decisão. Mesmo nesta visão mais literal da obra de Hobbes, não conseguimos entender esta crítica, pois, ao nosso ver, isto é o mesmo que criticar o fato que, em uma democracia, cada cidadão tem direito ao seu *voto individual*. A superioridade de uma democracia⁷⁸¹, em relação às outras formas de governo, como aponta Espinosa, é que na “democracia, com efeito, ninguém transfere o seu direito natural para outrem a ponto de este nunca mais precisar de o consultar; [...] nessa medida, todos continuam iguais, tal como acontecia anteriormente no estado de natureza”⁷⁸². Deste modo, acreditamos que querer suprimir o sistema de votos individualizados é algo muito perigoso para uma democracia, pois pode-se acabar com um discurso de *democracia qualitativa* contra *democracia quantitativa*, como vimos no discurso *del Duce* ou como podemos encontrar nas palavras de seu filósofo Giovanni Gentile, as quais reproduzimos, para darmos outro exemplo das *caricaturas de democracia*, das quais falávamos há pouco:

O Estado Fascista [...], distinto do Estado Nacionalista, é uma inteira criação espiritual. [...] O Estado Nacionalista era um Estado aristocrático [...]. O Estado Fascista, por outro lado, é um Estado popular e, neste sentido, um Estado democrático por excelência. [...] Cada cidadão guarda uma relação com o Estado que é tão íntima, que este só existe tão somente quanto é feito existir pelo cidadão. Com isto, sua formação é um produto da consciência de cada indivíduo e, assim, das massas, na qual o poder do Estado consiste-se. Isto explica a necessidade do Partido Fascista e de todas as suas instituições de propaganda e educação para fomentar os ideais morais e políticos do Fascismo e para que, assim, a moral de uma pessoa solitária – *il Duce* – torne-se o pensamento e a vontade das massas.⁷⁸³

781 Não ficaremos mais repetindo *democracia* ou *oniarquia*, pois acreditamos que a informação já foi passada e, a partir de agora, quando falarmos democracia, esta deve ser entendida neste sentido.

782 ESPINOSA, 2004, p. 242.

783 GENTILE, 2002, p. 28-9.

E é contra este tipo de discurso que dirigimos nossa primeira crítica sobre a alienação da soberania; é claro que não são discursos tão *escabrosos* como este, mas produzem efeito semelhante e, em razão disto, são até mais perigosos, pois, se um discurso como este, de Gentile, foi possível acreditar, imaginemos um mais *sutil*. E, assim, voltamos a Rousseau. Não que estejamos afirmando que o francês tivesse más intenções ao criar o seu conceito de *vontade geral*, mas apenas ser possível que, ao ler Hobbes, não o entendendo muito bem e pensando ser o inglês um *fauteur du despotisme*, isto tenha causado-lhe alguma angústia; e, ao tentar remediar a situação, como se diz coloquialmente, a *emenda saiu pior do que o soneto*, pois, conforme já vimos, Constant também acusou-lhe de *fauteur du despotisme*⁷⁸⁴, e seu conceito acabou sendo apropriado pelos fascistas:

Para os gentileanos, o Estado contemporâneo era um produto de uma longa progressão histórica, formado pelo pensamento e pelas ações de nossos ancestrais. [...] Como o depositário último da soberania coletiva, é o Estado histórico que molda o ambiente moral e intelectual pelo qual cada um de nós alcança a realidade como indivíduos autoconscientes. [...] No esforço de transformar estes argumentos na realidade atual do Estado fascista, Ugo Spirito e Arnaldo Volpicelli, como atualistas [*sc.*, a filosofia proposta por Giovanni Gentile], formularam o racional filosófico, político e econômico do Estado corporativo. Em sua forma mais rudimentar, o argumento sustentado era que conforme os indivíduos empíricos refletem sobre suas vidas, antecipando racionalmente os resultados, calculando probabilidades e responsabilidades morais, o que emerge é predicado na presença de uma vontade transcendental, *uma vontade geral que não é a simples soma das vontades gerais, cada qual em sua particularidade, mas uma vontade formada pelas realidades históricas, que reflete uma universalidade possuidora de um caráter moral, a partir da qual todos os julgamentos são mensurados*. Entre os atualistas, tal vontade geral subjacente assemelha-se surpreendentemente com a vontade geral mencionada por J. J. Rousseau.⁷⁸⁵

Obviamente, não estamos afirmando que Rousseau planejou a criação de um Estado fascista, e que sua ambição finalmente concretizou-se na mão de Mussolini e seus teóricos, mas o problema é que o filósofo francês descreve uma concepção de *vontade geral* tão *arcana e enigmática*, que não poderia dar bom resultado, já que a *vontade geral* não é a *vontade de todos*:

Muitas vezes há uma grande diferença entre a vontade de todos e a vontade geral; esta visa somente o interesse comum; aquela visa somente o interesse privado e não passa da soma das vontades particulares: mas, retirando-se destas os excessos e as faltas que mutuamente as destroem, resta, pela soma das diferenças, a vontade geral.⁷⁸⁶

Com isto, apesar das boas intenções que pudesse ter, Rousseau cria um *logos*, algo de difícil compreensão. Em Hobbes, a decisão coletiva é simples: “se

784 Cf., CONSTANT, 1814, p. 109. A citação encontra-se na p. 44 deste trabalho.

785 Tradução livre de GREGOR, 2005, p. 118-9, grifos nossos.

786 Tradução livre de ROUSSEAU, 1966, p. 66.

o Representante consiste em vários homens, a voz do maior número é considerada a voz de todos”⁷⁸⁷; já em Rousseau, em razão do enigma que propõe, esta decisão coletiva, algo que deveria ser comum a todos, passa a ser apenas uma atividade de *revelação*, pois “a soberania é apenas o exercício da vontade geral”⁷⁸⁸; assim, esta pode ser facilmente apropriada por aqueles que se julgam mais sábios para *revelar* esta *vontade geral*, podendo até ser *um*, como *Il Duce*, na proposta dos fascistas italianos. Deste modo, apesar de, por um lado, Rousseau possuir críticas interessantes, como a afirmação de que “o povo inglês pensa ser livre e muito se engana, pois só o é durante a eleição dos membros do parlamento; uma vez estes eleitos, ele é escravo, não é nada”⁷⁸⁹, quando conectada à ideia de *vontade geral*, esta crítica pode ser distorcida: ao invés de contestar o fato do povo – *nominalmente soberano* – alienar esta soberania e somente resgatá-la parcialmente, de tempos em tempos, para eleger novos representantes, a crítica pode tornar-se uma do próprio sufrágio, *em si*, como um instrumento não idôneo para aferir esta *vontade geral*; era assim que a interpretava Sergio Panunzio, outro teórico fascista:

A vontade geral ou comum pode ser discernida somente se uma comunidade estiver preparada para empreender o esforço. O que era igualmente claro para Panunzio era que somente alguns seres humanos estão integralmente preparados, por treinamento e disposição, para identificá-la ou sustentá-la quando for identificada. Como Rousseau, Panunzio rejeitava a ideia de que tal vontade pudesse encontrar expressão em eleições populares, nas quais os indivíduos votavam em razão de suas preocupações particulares, de suas afiliações partidárias, seus interesses egoístas e/ou seus interesses materiais.⁷⁹⁰

De fato, em Rousseau, encontramos o seguinte: “[o] povo, por si mesmo, quer sempre o bem, mas, sozinho, nem sempre o vê. A vontade geral é sempre correta, mas o julgamento que a guia nem sempre é esclarecido. [...] Eis de onde nasce a necessidade de um legislador”⁷⁹¹. “Aquele que ousa empreender a instituição de um povo deve sentir-se no estado de mudar, por assim dizer, a natureza humana. [...] O legislador, em todos os aspectos, é um homem extraordinário dentro do Estado”⁷⁹². Ou seja, é a *República* de Platão revisitada: os *sábios* mandam, os *médios* controlam e os *proles* trabalham, para utilizarmos a expressão que Orwell utiliza em sua obra 1984, na qual, no metalivro chamado *A teoria e a*

787 Tradução livre de HOBBS, 1991a, p. 114.

788 Tradução livre de ROUSSEAU, 1966, p. 63.

789 *Ibid.*, p. 134.

790 Tradução livre de GREGOR, 2005, p. 146

791 Tradução livre de Rousseau, *op. cit.*, p. 76.

792 *Ibid.*, p. 77-8.

prática do coletivismo oligárquico, descreve – com o intento de criticar, obviamente – um sistema baseado em três classes, semelhante ao de Platão:

O Grande Irmão é o disfarce no qual o Partido escolhe exhibir-se para o mundo. Sua função é agir como um ponto focal de amor, medo e reverência, emoções que são mais facilmente sentidas em relação a indivíduos do que em relação a organizações. Abaixo do Grande Irmão, temos o Partido Interno, com seu número limitado a seis milhões ou cerca de menos de dois por cento da população de Oceânia. Abaixo do Partido Interno, temos o Partido Externo, que, se aquele é descrito como o cérebro do Estado, este pode ser perfeitamente comparado às mãos. Abaixo disto vem as massas ignorantes, às quais, habitualmente, referimo-nos como ‘os *proles*’, consistindo em, talvez, oitenta e cinco por cento da população.⁷⁹³

É possível haver este sistema oligárquico ou um fascismo a partir do sistema de Hobbes? Sim, claro, e nunca negamos isto, mas somente em uma *monarquia hobbesiana* ou em uma *aristocracia* ou *oligarquia hobbesiana*, nunca em uma *democracia hobbesiana*. O problema de certos autores, como Rousseau e Locke, que criticam a abertura teórica de Hobbes e seu sistema descritivo, chamam-no de imoral ou relativista, quando não ateu, e criam seus sistemas idealizados, que são os únicos *verdadeiros* – tal como afirma a *Declaração dos direitos do homem e do cidadão*, de 1789, em seu artigo 16, que “[t]oda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada nem a separação dos poderes determinada, não tem constituição”⁷⁹⁴ –, é que acabam criando limites para a democracia e não liberando-a; limites que nem chegam a ser o problema *em si*, mas voltam sempre à questão – *quem os decide*?

E assim, chegamos ao nosso segundo problema. Mas antes de prosseguirmos, para concluirmos a primeira etapa da soberania, não poderíamos nos esquecer do abade Sieyès que, apropriando-se do conceito de *vontade geral* de Rousseau, narra sua evolução, em três etapas, até chegar a um momento no qual “não é mais a vontade comum *real* que age, mas uma vontade comum *representada*”⁷⁹⁵; e, no momento de instituir uma nova constituição, “um corpo de representantes extraordinários age como um substituto da assembleia nacional, pois uma grande nação não pode reunir-se ela mesma todas as vezes que as circunstâncias extraordinárias exigirem”⁷⁹⁶.

793 tradução livre de ORWELL, 2000, p. 187-8.

794 Tradução livre de DOYLE, 2001, p. 15.

795 Tradução livre de SIEYÈS, 1989, p. 66.

796 *Ibid.*, p. 71.

4.3.1.1 *Proxies...*

Assim, seja por razões de *sapiência* ou por razões de *expediência*, a soberania é alienada do *demos*. É claro que Sieyès não vai falar isto, pois, como diz Rousseau, “a soberania não pode jamais se alienar”⁷⁹⁷, tal como se fosse uma *impossibilidade física* ou *transcendental*. Em Hobbes não há isto. É claro que, no caso de uma democracia, por exemplo, a soberania não pode ser alienada a um monarca, no sentido de *uma democracia alienar a soberania a um monarca e continuar sendo uma democracia* ou *continuar sendo soberana*, mas é óbvio que esta soberania pode ser alienada, deixando a democracia de constituir-se como tal; assim como se pode desenhar um triângulo equilátero e, posteriormente, apagar um dos lados e traçar outros dois, paralelos aos que sobraram: só que, deste modo, *não teremos mais um triângulo, mas um paralelogramo*.

Em Rousseau, porém, parece que podemos pegar este *triângulo*, fazer o que quisermos com ele, e continuará sendo um triângulo, afinal, é até lógico, pois, para ele, a soberania não diz mais respeito à forma de governo, mas à *curatela da vontade geral*: e, assim, voltamos a Filmer. Mas, voltemos a Sieyès, pois era dele que falávamos, e o abade, continuando esta lógica um tanto peculiar, cria um conceito simétrico ao da soberania, cujo titular é a *nação* – o chamado *poder constituinte*:

Ainda que Sieyès nunca utilizasse tal palavra, isto equivalia a uma reivindicação direta da soberania. O termo utilizado era ‘poder constituinte’ (*pouvoir constituant*), o poder que era a fonte do ‘poder constituído’ (*pouvoir constitué*).⁷⁹⁸

Talvez Sieyès faça esta distinção para contrastar o soberano, como *poder constituído*, e a *nação* – categoria que utiliza bastante –, como *poder constituinte*⁷⁹⁹; o que é uma certa característica lockeana, mas não devemos repudiar completamente a teoria do filósofo inglês, pois seu problema não é afirmar que, em uma democracia, qualquer *pessoa política* que não seja o próprio *demos* será mera *delegada* e não *soberana*. Hobbes, mesmo, afirma que:

797 Tradução livre de ROUSSEAU, 1966, p. 63.

798 Tradução livre de SONENSCHER, 2003, p. xxiv.

799 Por exemplo, quando, em *Visão sobre os meios de execução que os representantes da França poderão dispor em 1789*, fala de “um poder para compelir os soberanos a fazer prontamente a restituição dos direitos que foram usurpados e forçá-los [...] a auxiliar a regeneração universal das sociedades políticas” (tradução livre de SIEYÈS, 2003, p. 17).

Em Corpos Políticos, o poder dos Representantes é sempre Limitado; e quem prescreve seus limites é sempre o Poder Soberano [*sc.*, *sovereign power* ou *summa potestas*], pois Poder Ilimitado é Soberania absoluta, e o Soberano, em qualquer Estado, é o Representante absoluto de todos os súditos [...].⁸⁰⁰

O problema de Locke é inserir um *logos* como algo *a priori* ao político, que, em seu caso, é *a propriedade*. Sieyès não utiliza um *logos* tão específico quanto Locke, mas utiliza-se das ideias de *nação* e *vontade geral* para estabelecer um *logos* mais abstrato. A *nação*, ele afirma, “existe antes de tudo; é a origem de tudo. Sua vontade é sempre direito: é a própria lei. Acima da nação só existe o direito natural”⁸⁰¹; o que, no entanto, é totalmente contraditório com o que afirma antes: “[o] que é uma nação? É um corpo de associados, vivendo sob uma lei comum e representados por um mesmo corpo legislativo”⁸⁰². “Como foi dito, uma nação torna-se uma em virtude de um sistema comum de leis e uma representação comum”⁸⁰³. Ou seja, quando há interesse, a nação é *Gemeinschaft*, quando muda o interesse, é *Gesellschaft*, e isto é fundamental para entendermos o que está em jogo.

E o que está em jogo? Bem, em primeiro lugar, precisamos entender que os textos de Sieyès não são *tratados sobre universais*, mas *panfletos políticos*⁸⁰⁴; quando ele afirma ser a nação *comunidade*, seu objetivo é tal como Locke e os contratualistas antigos: afirmar que ela existe anteriormente aos poderes constituídos e, por isto, pode submetê-los ao seu jugo. No entanto, interessa também afirmá-la como *sociedade* para determinar que, a partir da ideia de lei comum, o *Terceiro Estado* é uma nação a parte dos privilegiados, mas, também, propor que esta nação precisa dar-se uma *constituição*.

Quanto à primeira proposta, não temos nenhuma objeção e até reconhecemos a contribuição de Sieyès na luta contra os privilégios, ao menos, no nível do discurso, pois, quando ele diz que:

O plano de nosso trabalho é bem simples. Há três questões que devemos nos perguntar:

1. O que é o Terceiro Estado? – *Tudo*.
2. O que, até o momento, este tem sido na atual ordem política? – *Nada*.
3. O que pretende ser? – *Alguma coisa*.⁸⁰⁵

800 Tradução livre de HOBBS, 1991a, p. 156. Em latim, *cf.*, HOBBS, 1841, p. 171.

801 Tradução livre de SIEYÈS, 1989, p. 67.

802 *Ibid.*, p. 31.

803 *Ibid.*, p. 33.

804 *Cf.*, SONENSCHER, 2003, *passim*.

805 Tradução livre de SIEYÈS, 1989, p. 27.

Sieyès afirma algo revolucionário, porque, logo em seguida descreve o que uma sociedade necessita para funcionar, enumerando todas as atividades produtivas⁸⁰⁶, e conclui, ao fim, que:

Estas são as atividades que sustentam a sociedade. Mas quem as empreende? O Terceiro Estado. [...] Não obstante, a ordem dos privilegiados decretou uma interdição ao Terceiro. *Não importa o quão talentosos vocês possam ser – é dito ao Terceiro Estado – não passarão disto e não irão além. Honras não são próprias para os seus tipos.*⁸⁰⁷

E, com isto, Sieyès legitima a revolução.

Quanto à ideia de *constituição*, em si, também não fazemos objeção quando esta é vista não como um *logos*, mas como um princípio de publicidade, no sentido de que as normas devem ser publicadas e declaradas. Hobbes, mesmo afirmando que a soberania é absoluta, faz a distinção, dentro de um Estado constituído, entre um ato *legal* e um ato de *hostilidade*, podendo até ser considerado um dos precursores das ideias de *reserva legal* e de *devido processo legal*, como podemos ver no exemplo abaixo:

[O] mal infligido por uma Autoridade pública sem que haja uma precedente condenação pública não deve ser chamado pelo nome de Punição, mas de ato hostil, pois o fato pelo qual um homem é punido deve ser Julgado por uma Autoridade pública como uma transgressão da Lei. [...] O d]ano infligido por um Fato realizado antes que haja uma lei que o proíba não é Punição, mas um ato de Hostilidade, pois, antes que haja Lei, não há transgressão da Lei. [...] Punição supõe um fato julgado como transgressão da Lei, portanto, Dano infligido antes que a Lei seja feita não é punição, mas um ato de Hostilidade.⁸⁰⁸

Ou seja, *lei publicada* e *ato julgado*, caso contrário, teremos uma *mera hostilidade*. Deste modo, é até injusto acusar Hobbes de não distinguir entre a *tiranía* e a *não tiranía*; ele até recusa esta distinção⁸⁰⁹, mas podemos enxergar isto como mais uma *epítrope*, pela qual concede a recusa de uma ideia, mas recoloca-a em outros termos. Afinal, falar de *tiranía*, muitas vezes, pode simplesmente significar uma insatisfação privada de quem utiliza o termo, mas, não podemos

806 Cf., *ibid.*, 28.

807 Tradução livre de *ibid.*, p. 28-9.

808 Tradução livre de HOBBS, 1991a, p. 217. Neste trecho vemos os princípios jurídicos do *devido processo legal* e o conhecido pelo brocardo latino *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, conhecido como *princípio da legalidade* ou da *reserva legal*. Quanto ao primeiro, não podemos afirmar se é de Hobbes a sua autoria, mas, quanto ao segundo, este é comumente atribuído a Paul Johaan Anselm von Feuerbach (cf., CAPEZ, 2007, p. 39), curador de Kaspar Hauser, a famosa criança feral, e escritor do *Anti-Hobbes*. Assim, é curioso verificar que o crítico – que acusou Hobbes de “ser um amigo fiel de um despotismo que não reconhece nenhuma lei superior” (tradução livre de FEUERBACH, 1798, p. 3) – pode ter buscado *inspiração* na própria obra que criticava.

809 “[O] termo Tirania não significa nem mais nem menos que Soberania, seja de um ou muitos homens, exceto pelo fato que aquele que o utiliza entende-se estar com raiva daqueles a quem chama de Tiranos” (tradução livre de HOBBS, *op. cit.*, p. 486).

esquecer que Hobbes também afirma que *o Governo negligente dos Príncipes será punido com a Rebelião*, como vimos anteriormente, e, de igual modo, um *Governo hostil dos Príncipes* também será.

Assim vemos que o direito para Hobbes não é tão simples como pode parecer a primeira vista; ele jamais nega a realidade – que *potestas* necessita de *potentia* –, mas não se restringe a isto: o direito também pode ser visto como *linguagem* e, neste sentido, precisa ser *declarado*⁸¹⁰. Ele afirma que a lei é um *comando*, mas apenas para diferenciá-la de um *conselho*, que não é vinculante⁸¹¹. Na realidade, se observarmos sua definição de *lei civil*, veremos que ela é apenas uma proposição que distingue algo *legal* do *ilegal*: “LEIS CIVIS, para todo Súdito, são as Regras que o Estado lhe comandou, por meio de Palavras, Escritos ou qualquer outro suficiente Sinal de Vontade, para que possa Distinguir o Certo do Errado. Isto é, o que é contrário ou não à Regra”⁸¹².

Mas voltando a Sieyès, quanto ao seu sentido de *constituição* como imposição de limites ao governo, também não fazemos objeções quando é o caso de um *governo delegado*, como já vimos anteriormente. É importante, contudo, que o *demos* – ou qualquer que seja o soberano – tenha em mente que, para impor limites *de facto*, precisa tomar outras precauções e não apenas *decretar*. Como também já vimos em Hobbes, em última instância – ou, em *ultima ratio* –, o “poder legislativo (e na verdade todo o poder possível) está compreendido no poder de milícia”⁸¹³ e, no caso de uma democracia, qualquer alusão ao conceito de *povo em armas* de Maquiavel não será mera coincidência⁸¹⁴.

810 “A partir disto, que a Lei é um Comando, e um Comando consiste na declaração ou manifestação da vontade daquele que comanda, por voz, escrito ou qualquer outro meio suficiente, podemos entender que um Comando do Estado só é Lei para aqueles que tiverem meios de tomar sua ciência” (*ibid.*, p. 187).

811 “E, em primeiro lugar, é manifesto que a Lei, em gral, não é Conselho, mas Comando; e não é um Comando de qualquer homem para qualquer homem, mas somente daquele cujos Comandos são dirigidos para alguém formalmente obrigado a obedecê-lo” (*ibid.*, p. 183). “[U]m homem pode ser obrigado a fazer aquilo que lhe Comandam, quando se obrigou a obedecê-lo, mas não pode ser obrigado a fazer o que lhe Aconselham” (*ibid.*, p. 177).

812 *Ibid.*, p. 183, grifos no original. Assim, Hobbes deixa claro que comando é apenas a determinação do que é *certo* e o que é *errado*, do que é *justo* e do que é *injusto*, do que é *lícito* ou do que é *ilícito*. Isto, porém, são apenas palavras, e o único significado por detrás delas é que, se estivéssemos criando um sistema computável binário, isto apenas implicaria que cada ato receberia um valor ‘0’ ou ‘1’, no qual ‘1’ seria o lícito e ‘0’ o ilícito. Com isto, o *comando* em Hobbes não é uma ordem para realizar um ato, mas uma ordem *para considerar algo como lícito ou ilícito*; o soberano ordena que se considere tal estipulação com o valor ‘1’ ou ‘0’ em seu sistema; e é um *comando*, pois é *vinculante*, ao contrário de um conselho, nada mais.

813 *Ibid.*, p. 150.

814 Este conceito não significa a militarização da sociedade, mas o contrário: é não a deixar tornar-se refém de um *imperium in imperio*, pois, como Maquiavel comenta, “[v]ê-se, portanto, que, enquanto Roma se manteve bem organizada – isto é, até o tempo dos Gracos –, ninguém

De igual modo, também não fazemos objeções quanto ao fato de um *demos* querer declarar seus valores em suas constituições, mas, sim, quanto ao fato destes valores serem colocados como um *a priori*, impassíveis de discussão, o que geralmente ocorre em constituições *pseudodemocráticas*. E é até importante que estes valores sejam declarados em uma democracia ou, até, em qualquer outra forma de governo: primeiro, porque a publicidade é um princípio importante – *as regras devem ser claras*; em segundo lugar, porque é importante estipular quais os direitos que os cidadãos, seja individualmente ou coletivamente, podem pleitear quando se sentirem violados.

No entanto, seguindo o mesmo raciocínio anterior, é preciso observar que, para haver uma democracia efetiva, é preciso constituir potência de forma equânime entre os cidadãos; caso contrário, no que tange estes direitos estipulados, como diria Lassalle, eles correm o risco de se tornarem *pedaços de papel*, ou, ainda – aplicando a mesma lógica que Hobbes utiliza ao afirmar que *é inócuo legislar sobre a rebeldia* –, podemos afirmar que *é inócuo legislar sobre a tirania*. Obviamente, restringindo nossa observação às leis do gênero *não seja tirano* e não às leis que criem estruturas para impedir a tirania, termo que, aqui, é claro, não atribuímos ao primeiro sentido hobbesiano, que é de *mero desgosto pelo governo*, mas, ao segundo: um *governo hostil*.

Feitas estas observações, podemos voltar para Sieyès e explicar onde detectamos o momento de sequestro da soberania; este ocorre, justamente, na distinção entre *poder constituinte* e *poder constituído* – que não existe em lugar nenhum da obra de Hobbes – e na posterior *representação* deste poder constituinte por uma *assembleia constituinte*: para Sieyès, este poder é exercido em momentos extraordinários, nos quais uma nação dá-se uma constituição. Até aí, mesmo não havendo o conceito em Hobbes, poderíamos fazer uma analogia com o momento do pacto e afirmar que não há muita diferença. Contudo, enquanto que, para Hobbes, podemos ter várias modalidades de pacto – *monárquica, aristocrática e democrática* –, para Sieyès, só há uma possibilidade, que é uma assembleia representativa, ou seja, em termos hobbesianos, *aristocrática*, pois, segundo sua lógica: *uma grande nação não pode reunir-se ela mesma todas as vezes que as circunstâncias extraordinárias exigirem*.

serviu como militar mercenariamente. [...] Como já disse, os meus romanos – enquanto agiram com sabedoria e retidão – nunca permitiram que os cidadãos adotassem a profissão militar” (MAQUIAVEL, 2005, p. 110-1).

Não vamos entrar no mérito se, diante das circunstâncias políticas da época de Sieyès, haveria outras alternativas, como, por exemplo, já que seria impossível a *nação* inteira reunir-se, criar um estado menos unitário e mais na forma de uma federação de comunas. Isto foge do escopo deste trabalho. O que importa é que esta palavra, que só aparece uma vez em *O que é o terceiro estado*⁸¹⁵ e outra em *Visão sobre os meios de execução que os representantes da França poderão dispor em 1789*⁸¹⁶, desde então, entrou em voga no vocabulário constitucionalista, sendo sempre um recurso retórico muito conveniente para aqueles que querem sequestrar a soberania do *demos*, como vimos nas já citadas palavras de Francisco Campos, proferidas por Celso de Mello, na qualidade de Ministro do Supremo Tribunal Federal Brasileiro, afirmando que, neste tribunal, *funcional igualmente o poder constituinte*, ou no texto do AI-1, também de Francisco Campos e também já mencionado, mas que repetiremos parte dele, pois não devemos esquecê-lo:

*A revolução vitoriosa se investe no exercício do Poder Constituinte. Este se manifesta pela eleição popular ou pela revolução. Esta é a forma mais expressiva e mais radical do Poder Constituinte. Assim, a revolução vitoriosa, como Poder Constituinte, se legitima por si mesma. Ela destitui o governo anterior e tem a capacidade de constituir o novo governo. Nela se contém a força normativa, inerente ao Poder Constituinte. Ela edita normas jurídicas sem que nisto seja limitada pela normatividade anterior à sua vitória. Os Chefes da revolução vitoriosa, graças à ação das Forças Armadas e ao apoio inequívoco da Nação, representam o Povo e em seu nome exercem o Poder Constituinte, de que o Povo é o único titular.*⁸¹⁷

Se Campos possui algum mérito, é o de conseguir sintetizar toda a teoria do *poder constituinte* em um parágrafo. É claro que temos consciência de outras teorias que utilizam o termo *poder constituinte*, como a de Negri, cuja obra e até já nos referimos a ele anteriormente⁸¹⁸; ao nosso ver, porém, o que o italiano propõe é *outra coisa com o mesmo nome*. Podemos até dizer faz uma *paradiástole* – em um sentido elogioso –, pois apropria-se de um termo, o qual foi bastante pervertido em sua utilização, e propõe devolvê-lo ao *demos*. Na prática, porém, o *poder constituinte* vem sendo utilizado para justificar *atos* como o descrito acima.

Sendo assim, voltando para a prática concreta do poder constituinte *secundum* Sieyès, este é seu problema, e podemos relacioná-lo com a *volonté*

815 “Em cada uma de suas partes, a constituição não é obra de um poder constituído, mas de um poder constituinte” (tradução livre de SIEYÈS, 1989, p. 67).

816 “Não deve haver nenhuma confusão entre um poder constituinte e um poder constituído. No entanto, já que a nação não tomou nenhuma providência para empreender esta grande tarefa de fazer uma constituição por meio de uma deputação especial, temos que pressupor que os próximos Estados Gerais combinarão ambos os poderes” (SIEYÈS, 2003, p. 34).

817 BRASIL, 1964, grifos nossos.

818 Cf., p. 14 deste trabalho. A obra de Negri é *O poder constituinte* (cf., NEGRI, 2002, *passim*).

générale de Rousseau, pois, da mesma forma que Campos afirma que *a revolução se distingue de outros movimentos armados pelo fato de que nela se traduz, não o interesse e a vontade de um grupo, mas o interesse e a vontade da Nação*⁸¹⁹, Sieyès afirma que:

O Terceiro [*sc.*, Estado] pode, assim, conceber-se de duas formas. Sob a primeira, conceber-se-á como uma *ordem*. [...] Sob a segunda forma, ele é a *Nação*. Nesta qualidade, seus representante comporão toda a assembleia nacional e terão todos os seus poderes. *Já que são os únicos depositários da vontade geral, não precisarão consultar seus mandatários sobre um desacordo que não existe.*⁸²⁰

Como diria Rousseau, “a vontade geral é sempre certa e tende sempre a utilidade pública”⁸²¹, e, assim, Sieyès apropria-se desta ideia, cria uma teoria da *evolução da vontade geral*, na qual afirma que esta parte de *vontades individualizadas*, mas *que tendem ao coletivo*, passa por uma *vontade geral* realmente *coletiva*, até chegar na *vontade geral representada*⁸²², e acaba por concluir que: “a assembleia geral dos representantes é o órgão legítimo da vontade nacional e, nesta qualidade, tem o direito de fazer leis sobre tudo que diz respeito à nação e não há nada sobre o que não possa legislar”⁸²³. “É quase um crime [...] imaginar [...] que os representantes da nação fossem capazes de se prestar a um projeto, cujos elementos só pudessem ser combinados por uma alma perversa e depravada”⁸²⁴.

Realmente, só uma *alma perversa e depravada* como a de Hobbes para denunciar estes discursos como se fossem dignos daqueles que, *após sorteado o trunfo, pretendem que este seja o naipe que mais tiverem em mãos*. No entanto, para aqueles que pensam como o filósofo inglês, aí está o problema: uma captura pela *palavra*; uma *paradiástole*, no mal sentido: o representante *captura* a soberania e deixa o *demos* apenas com um pedaço de papel na mão.

Mas a grande contribuição de Sieyès, no que tange as formas de alienar a soberania por meio de subterfúgios, foi criar esta *marca* e a *oratória* que a

819 *Ut supra*, grifos nossos.

820 Tradução livre de SIEYÈS, 1989, p. 84, grifos nossos.

821 Tradução livre de ROUSSEAU, 1966, p. 66.

822 “Na primeira [*sc.*, época], concebemos um número mais ou menos considerável de indivíduos isolados que pretendem se reunir [...]. A segunda época é caracterizada pela ação da vontade comum [...]. Mas consideremos a passagem do tempo: os associados são muito numerosos e espalham-se por uma área muito extensa para que possam exercer por si mesmos a vontade comum. O que eles fazem? Separam tudo que é necessário para zelar e prover às necessidades públicas, e esta porção da vontade nacional e, por consequência, de poder é confiada a alguns deles. Esta é a origem de um governo exercido por procuração. [...] Eu distingo a terceira época da segunda por ser uma na qual a vontade comum real não mais atua, mas, sim, *uma vontade comum representada*” (tradução livre de SIEYÈS, 1989, p. 65-6, grifos nossos).

823 Tradução livre de SIEYÈS, 2003, p. 14.

824 *Ibid.*, p. 26.

acompanha, bastante repetida, sem muita reflexão, nos livros acadêmicos de Direito Constitucional, e aqui temos alguns exemplos: o *poder constituinte* é uma “caracterização diferente que a soberania toma ao fazer-se dinâmica e criadora de instituição, ou ainda, por outro aspecto, a soberania mesma”⁸²⁵. “É nele que se situa, por excelência, a vontade do soberano”⁸²⁶. “Poder essencialmente soberano, o poder constituinte, ao teorizar-se, marca com toda a expressão e força a metamorfose do poder, que por ele alcança a máxima institucionalização ou despersonalização”⁸²⁷.

O Poder Constituinte caracteriza-se por ser *inicial, ilimitado, autônomo e incondicionado*. [... *I*]nicial, pois sua obra – a Constituição – é a base da ordem jurídica. [... *I*]limitado e autônomo, pois não está de modo algum limitado pelo direito anterior, não tendo que respeitar os limites postos pelo direito positivo anterior. [... *I*]ncondicionado, pois não está sujeito a qualquer forma prefixada para manifestar sua vontade; não tem ele que seguir qualquer procedimento determinado para realizar sua obra de constitucionalização.⁸²⁸

Com relação a isto, Hobbes não discordaria muito de atribuir estas características ao seu *direito natural* – exceto pelo o fato de ser considerado *inicial*⁸²⁹ –, mas acrescentaria que isto é apenas uma *abstração* e *valet tantum quantum potentia habet*. Além disto, enquanto o *direito natural* está sempre em relação com outras potências, a maneira como o *poder constituinte* é tratado nestas obras é como se este fosse, ao mesmo tempo, uma *potestas natural* que aqueles que se atribuem dotados do poder constituinte possuem, mas, também, que esta *potestas* realmente se transformasse em *potentia*, de modo que os seus súditos teriam uma obrigação quase *compulsiva* de se curvarem a ele; súditos que, teoricamente, como corpo político, seriam os detentores da *soberania*, mas, do que já era apenas *potestas* – um *título* –, acaba restando o que poderíamos comparar a um *cheque sem fundos*. Na verdade, estamos tentando criar uma lógica para tudo isto, mas, se pararmos para pensar, nada faz muito sentido; como diria Hobbes: “*ratio, now, is but oratio*”⁸³⁰.

825 BONAVIDES, 2007, p. 142-3.

826 MORAES, 2007, p. 23.

827 BONAVIDES, 2007, p. 143.

828 MORAES, 2007, p. 23.

829 Quanto a isto, o filósofo diria que só *Deus*; e, ser *inicial* é, inclusive a definição que ele dá a esta ideia. Como vimos, “por *Deus*, entende-se a causa do mundo” (tradução livre de HOBBS, 1991a, p. 250).

830 HOBBS, 1999, p. 39.

4.3.1.2

... and hacks

Mas, mesmo sem esta *oratio* de Sieyès, a situação não mudaria muito, exceto, talvez, pela falta deste termo tão precioso ao constitucionalismo; o sequestro da soberania já havia sido posto em prática pelos americanos, inclusive, podendo ter influenciado o abade francês, pois, como comenta Sonenscher:

[O] tipo de constituição que Sieyès pensava ser adequada para um estado livre do mundo moderno era, em termos genéricos, bastante semelhante ao tipo não tão republicano, mas, também, não tão monárquico, que os autores de *The Federalist* defendiam para os Estados Unidos da América.⁸³¹

O sistema proposto pelos Federalistas⁸³² e sua concretização com a Constituição Americana, ao mesmo tempo em que antecipou esta alienação proposta por Sieyès, curiosamente, concretiza a ideia do pacto hobbesiano – tratada por muitos como ficção, como David Hume⁸³³ –, mas com Estados no lugar de *indivíduos atomizados*⁸³⁴. Esta concretização do pacto, como iremos demonstrar, não ocorreu de forma democrática, mas aristocrática, só que, para utilizarmos as palavras de Espinosa, “não duma forma aberta, mas oculta e, por isso mesmo, muito má”⁸³⁵.

A alienação *à la Sieyès* nem foi a principal questão da Constituição Americana, pois, embora os delegados dos Estados da Confederação tenham saído destes com o propósito de discutir certos problemas e tenham voltado com uma constituição na mão, esta, conforme as regras estabelecidas, teve a necessidade de ser ratificada pelos Estados para entrar em vigor – por ao menos $\frac{3}{4}$ deles, tal como em um tratado internacional – de modo que, se houve alienação, esta foi prévia e em relação ao povo, tomado como um todo, mas não em relação aos Estados que consentiram com a constituição e, assim, tornaram-se *estados*⁸³⁶.

831 Tradução livre de SONENSCHER, 2003, p. xiv.

832 Nome que utilizaremos para nos referir a Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, alguns dos principais arquitetos da Constituição Americana e seus principais defensores, que expuseram esta defesa em uma série de artigos publicados e mundialmente conhecidos como *The Federalist Papers* (cf., HAMILTON *et al.*, 2003, *passim*).

833 Cf., nota nº 738 deste trabalho.

834 O que não era mesmo o que acreditávamos que Hobbes estivesse propondo de fato, mas qualquer união definitiva entre soberanos, seja, abstratamente, estes *homens cogumelos* ou, como se deu na prática, uma *federação* de Estados anteriormente soberanos.

835 ESPINOSA, 1997, p. 462.

836 Sobre esta visão da Constituição americana como um tratado: “[p]ara compreender corretamente o que é a Constituição, é preciso ver como os *Founders* a conceberam. Para eles, a Constituição foi um tratado entre os treze estados. Observemos que foi um tipo peculiar de tratado. Era uma espécie de *foedus* – um tratado do tipo suserania que criou um governo central que controlava os negócios internacionais de seus estados-partes. Quando se olha para os debates sobre a ratificação durante a Convenção Constitucional, é evidente que os autores reconheceram que a Lei das Nações, que regem os tratados, também governou a substituição dos Artigos [*sc.*, da Confederação] pela Constituição”

O principal recurso dos Federalistas foi um intrincado sistema de separação de poderes e freios e contrapesos, que também faziam parte das ideias de Sieyès, mas preferimos abordar o caso americano por ser mais paradigmático:

O Federalista americano James Madison também recomendava “a política de refinamento de nomeações populares por uma série de filtros sucessivos” para produzir um Poder Legislativo bicameral e um Presidente indiretamente eleito, aspectos que se tornariam os mais permanentes da Constituição dos Estados Unidos. O pensamento político de Sieyès compartilhava das mesmas preocupações. O que quer que fosse sua teoria do governo, esta fora planejada para por um fim à discussão entre ter que escolher entre uma república ou uma monarquia.⁸³⁷

É neste sistema de filtros que nossa atenção será direcionada neste momento. Não iremos nos estender sobre a história da separação de poderes e seus princípios, pois, hoje, isto é algo de conhecimento notório⁸³⁸. Na verdade, o que faremos será reproduzir um comentário do ilustre Victor Nunes Leal, em seu clássico artigo *A divisão dos poderes no quadro político da burguesia*, e tecer nossas observações sobre ele. Leal apresenta um discurso de James Madison, na Convenção da Filadélfia, que demonstra que os *Founding Fathers* não estavam nem um pouco interessados em criar uma verdadeira democracia; discurso, qual, reproduzimos nossa tradução do original:

Em todos os países civilizados, o povo distribui-se em diferentes classes, tendo uma real ou suposta diferença de interesses. Haverá credores e devedores; fazendeiros, comerciantes e industrialistas; haverá, particularmente, a distinção entre o rico e o pobre. [...] Ao construirmos um sistema que desejamos durar por eras, não devemos perder de vista as mudanças estas eras produzirão. Um acréscimo na população aumentará necessariamente a proporção daqueles que trabalharão com todas as durezas da vida, secretamente desejando uma repartição mais equânime de suas benções. Estes podem, com o tempo, exceder em número os que estão acima dos sentimentos de indignância. De acordo com as leis igualitárias do sufrágio, o poder escapará para as mãos dos primeiros. [...] Como este perigo pode ser evitado com base em princípios republicanos? Como evitar este perigo em todos os casos de coalizões interessadas em oprimir a minoria? Dentre outros meios, estabelecendo um corpo governamental suficientemente respeitável por sua sabedoria e virtude, ajudando a preponderar a justiça em tais casos de emergência, colocando seu peso na balança.⁸³⁹

(tradução livre de MARTIN, 2007, p. 4-5).

837 Tradução livre de SONENSCHER, 2003, p. xiii-iv.

838 Reproduziremos uma síntese extraída de um livro de Direito Constitucional apenas para situarmos o assunto: “[a] divisão segundo o critério funcional é a célebre ‘separação de Poderes’, que consiste em distinguir três funções estatais, quais sejam, legislação, administração e jurisdição, que devem ser atribuídas a três órgãos autônomos entre si, que as exercerão com exclusividade, foi esboçada pela primeira vez por Aristóteles, na obra *‘Política’*, detalhada, posteriormente, por John Locke, no *Segundo tratado do governo civil*, que também reconheceu três funções distintas [...]. E, finalmente, consagrada na obra de Montesquieu *O espírito das leis*, a quem devemos a divisão e distribuição clássicas, tornando-se princípio fundamental da organização política liberal e transformando-se em dogma pelo art. 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e é prevista no art. 2º de nossa Constituição Federal” (MORAES, 2007, p. 408).

839 Tradução livre de MADISON, 2003, p. 90-1. No texto de Leal, a fala de Madison encontra-se, cf., LEAL, 1955, p. 106.

O fato de que os *Founding Fathers* americanos tinham como objetivo conter a democracia é notório:

O que estes homens estavam dizendo era que a Revolução Americana tinha ido longe demais. Sua grande esperança era que a convenção federal encontrasse uma maneira de colocar o gênio da democracia de volta em sua garrafa. Alexander Hamilton, o mais ostensivo conservador dos delegados da convenção, afirmou que muitos americanos – não apenas ele – estavam ficando ‘cansados com o excesso de democracia’. Outros identificavam o problema como ‘uma obstinada democracia’, um ‘um prevalente furor de democracia excessiva’, um ‘frenesi republicano’, ‘tirania democrática’ e ‘licenciosidade democrática’.⁸⁴⁰

Os Federalistas, contudo, são mais um caso de honestidade, pois também não afirmavam ser democratas, mas republicanos:

Uma democracia pura, o que significa uma sociedade consistindo de um pequeno número de cidadãos, reunindo-se e administrando o governo pessoalmente, não admite cura para os males das facções. [...] Uma república, que significa o governo no qual o esquema da representação é adotado, abre um diferente prospecto e promete a cura que estamos procurando.⁸⁴¹

Assim, mais uma vez, temos a representação, agora conjugada com a separação de poderes e o sistema de freios e contrapesos, com o objetivo de se estabelecer um freio à democracia. No caso específico do discurso de Madison, este referia-se ao Senado, mas todo o sistema elaborado pelos *Founding Fathers* foi minuciosamente construído para frear a democracia. Como descreve Leal:

Se, eventualmente, as massas populares (adversas à burguesia, ou com pretensões contrárias aos *direitos* da burguesia) viessem a formar maioria em uma das casas do parlamento, restaria o obstáculo representado pela outra. [...] Se, apesar disso, as reivindicações populares atravessassem as duas casas e não suscitassem o veto presidencial, ficando em condições de serem transformadas em lei, esta lei não poderia atingir os direitos fundamentais da burguesia, os quais foram inscritos na Constituição, através das emendas aprovadas em 1789 e ratificadas em 1791. Para alterar esses direitos seria necessário obedecer ao difícil e moroso formalismo da reforma constitucional. Se passasse na lei algum contrabando, para violar esses preceitos constitucionais, ali estava, de alcatéia, a Corte Suprema, que foi dotada da prerrogativa de negar validade às leis inconstitucionais.⁸⁴²

Mais do que a alienação, Leal apresenta toda a inutilidade do sistema de freios e contrapesos e da separação de poderes como meio de controlar o poder, ou seja, não torná-lo absoluto; serve apenas para subtrair o poder soberano do *demos*. Isto, pois, se concebermos o fluxo de poder como um sistema – dotado de *entrada*, *processamento* e *saída* –, se tivéssemos um sistema de freios e contrapesos realmente eficiente, haveria um *loop*: por exemplo, se o legislativo fosse controlado

840 Tradução livre de HOLTON, 2007, p. 5.

841 Tradução livre de HAMILTON *et al.*, 2003, p. 76.

842 Leal, *op. cit.*, p. 107-8.

pelo executivo, que, por sua vez, fosse controlado pelo judiciário, que, por seu turno, fosse controlado pelo legislativo e, daí, *ad nauseam*. Mas não é o que ocorre na prática, pois esta, ao invés de ser um *loop*, acaba sendo mais um *funil da vontade popular*, e, como aponta Victor Nunes Leal, o grande poder de veto acaba sendo daquele que tem a *guarda da Constituição*, que, mais do que um *poder judiciário*, acaba se tornando um *poder moderador*⁸⁴³, mas, novamente como diria Espinosa, “não duma forma aberta, mas oculta e, por isso mesmo, muito má”⁸⁴⁴.

E, assim, entramos na segunda parte de nossa crítica da alienação democrática, pois diz respeito a esta *judiciabilidade*; a esta *técnica*, que é o argumento utilizado para não caracterizar este poder como *moderador*, mas sim como *judiciário*: *as decisões do judiciário não são políticas, mas jurídicas*; o mesmo raciocínio aplica-se, também, no caso da separação de poderes, que prega haver uma *harmonia e autonomia* entre eles, como está na própria Constituição Brasileira. Ocorre que, se houver algum *conflito de competência*, *quem decide esta competência é o moderador* e, por consequência, um soberano que não é, nem *de facto*, nem *de jure*, mas poderíamos dizer que é *de cimice*, palavra que é o ablativo do latim *cimex*, que significa *bug*⁸⁴⁵, termo utilizado no mundo da informática para indicar “uma falha não intencional, geralmente no código do programa ou em sua implementação, que faz o sistema falhar ou comportar-se de maneira inesperada, e, em qualquer caso, causa ações que, nem o programador, nem o usuário esperavam”⁸⁴⁶. A diferença é que, neste caso, os *programadores* sabiam perfeitamente o que faziam⁸⁴⁷.

Assim, voltamos ao ponto inicial de nosso trabalho, que era a crítica ao discurso do neoconstitucionalismo, pois, se se acreditava que não haveria esta

843 Quarto poder que havia na *Constituição Política do Imperio do Brazil* – tal como se escrevia na época –, de 1824, que, em seu art. 98, dispunha: “[o] Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Politicos” (NOGUEIRA, 2012, p. 76). Nogueira afirma que: “[c]hamado com muita propriedade de Poder Real, Poder Imperial, Poder Neutro ou Poder Conservador, a sua concepção é atribuída, por Jellinek (*L’État moderne et son droit*), a Clermont-Tonnerre e a Benjamin Constant. Na prática, porém, foi aplicado apenas no Brasil e esta é uma das singularidades da Constituição Política do Império” (*ibid.*, p. 32).

844 ESPINOSA, 1997, p. 462.

845 Cf. MORWOOD, 2005, p. 31.

846 Tradução livre de SLADE, 2006, p. 28.

847 O que faz com que, mas especificamente, não seja um *bug*, mas a utilização de uma *backdoor*: “um *software* oculto ou um mecanismo de *hardware* que pode ser acionado para que os mecanismos de proteção de um sistema sejam contornados” (*ibid.*, p. 19). No entanto, não teríamos uma tradução boa para o latim, pois ficaria muito estranho *de postico ostico* (cf. MORWOOD, *op. cit.*, p. 253). De qualquer forma, para os usuários do sistema – os cidadãos – parece um *bug*, pois a democracia, que tanto prezam, não funciona como esperado.

subtração da soberania pelo judiciário, pois, como dizia Montesquieu, “os juízes de uma nação não são [...] mais do que a boca que sentencia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor”⁸⁴⁸, o que fazer quando estas *bocas animam-se*? “Dos três poderes dos quais falamos, o de julgar é, de algum modo, nulo”⁸⁴⁹, também dizia o francês, mas a experiência demonstra que a realidade é bastante diversa. E, assim, começam a se produzir discursos meio confusos, como vemos em Barroso, quando diz que:

Como se viu até aqui, não é possível neutralizar inteiramente a interferência de fatores políticos na interpretação constitucional. A racionalidade total, como bem percebeu Hesse, não é atingível no direito constitucional. Isso não significa que se deva renunciar a ela, mas sim buscar a ‘racionalidade possível’. A interpretação da Constituição, a despeito do caráter político do objeto e dos agentes que a levam a efeito, é uma tarefa *jurídica*, e não política. Sujeita-se, assim, aos cânones de racionalidade, objetividade e motivação exigíveis das decisões proferidas pelo Poder Judiciário. Uma Corte Constitucional não deve ser cega ou indiferente às consequências políticas de suas decisões, inclusive para impedir resultados injustos ou danosos ao bem comum. Mas somente pode agir dentro dos limites e das possibilidades abertas pelo ordenamento. Contra o direito o juiz não deve decidir jamais. Em caso de conflito entre o direito e a política, o juiz está vinculado ao direito.⁸⁵⁰

A racionalidade, conforme Hobbes a define, encontra-se no campo do *binário*, do *digital*; isto não significa que um ser humano seja igual a um computador, muito pelo contrário, mas que o que os distingue não é a razão, mas as paixões, ao menos conforme as definições hobbesianas. Podemos dizer que, também, os humanos têm uma forma distinta de perceber as coisas – seus *sentidos* –, coisa que os computadores também não têm, exceto de forma simulada, o que não é a mesma coisa. No campo da política, porém, quando coisas realmente sérias são discutidas, não deve haver espaço para argumentações *vagas e abstratas*; sendo assim: ou *é* racional, ou *não é* racional; ou se pode estabelecer um resultado a partir de um algoritmo, ou não se pode. Deste modo, esta ideia de *racionalidade possível* é incabível, pois ou é algorítmico ou é político, isto é, *uma decisão*; e se é decisão e se está em uma democracia, aquela cabe ao *demos* ou àquele a quem delegá-la, sabendo, porém, como e o que está delegando, e podendo revogar a decisão posteriormente. O que é incabível são estas “delegações” por meio de *subterfúgios retóricos*, pois, além de tudo, podemos considerar isto como algo desrespeitoso ao *demos*.

848 MONTESQUIEU, 1973, p. 160.

849 *Ibid.*, p. 159.

850 BARROSO, 1999, p. 112.

4.3.2

Entre a *inocência* e o *pecado*, ou o *doublethink* neocon

Ao nosso ver, a proposta *neoconstitucionalista* é mais um daqueles casos, quais, já repetimos diversas vezes, e resumem-se na máxima hobbesiana: *após determinar um trunfo, querer que ele seja o naipe que mais se tiver em mãos*; mas é também um *doublethink*, pois, ao mesmo tempo que se nega a cientificidade do direito para reclamar a competência do judiciário realizar decisões políticas, esta cientificidade também é reafirmada, para manter a competência de realizá-las. É o caso de Barroso que, em um mesmo livro, critica uma certa concepção do direito que se afirma como científica⁸⁵¹, mas, no entanto, algumas páginas depois, afirma que “[o] direito é certamente uma ciência, ao menos no sentido de ser um conjunto organizado de conhecimentos, regidos por princípios e conceitos próprios”⁸⁵².

A crítica de Hobbes a *Sir Coke* e ao seu método da *Common Law*, ao nosso ver, já encerra este assunto de *lex est ratio summa*, de modo que não há mais muito a ser discutido; e, para os que não pensam desta forma, mas, mesmo assim, ainda pretendem manter estes privilégios judiciários, muito menos há o que discutir: ou declara-se a favor da aristocracia ou da oligarquia – o que não nos objetaremos, pois todos têm o direito de ter suas preferências –, ou, então, é um *escárnio*, o que, para Hobbes, é uma violação das *leis naturais* – isto é, sua *moral* – e, por isto mesmo, uma *declaração de guerra*, pois:

Qualquer sinal de ódio e desdém provoca mais brigas e disputas do que qualquer outra coisa, a tal ponto da maioria dos homens preferir perder a paz e até a vida do que sofrer um insulto. Sendo assim, segue-se que, em sétimo lugar, é uma Lei da Natureza, *que ninguém pode declarar odiar ou escarnecer alguém por atos, palavras, semblantes ou risos*; e a violação desta lei chama-se *insulto*. Nada é mais comum do que os escárnios e as zombarias dos mais poderosos aos mais fracos, especialmente, as dos juízes aos acusados, o que nem diz respeito à ofensa do culpado nem ao dever do juiz. Com isto, estes homens agem contra a *lei da natureza* e por isso devem ser considerados *insolentes*.⁸⁵³

851 Barroso descreve, de forma crítica, certa concepção científica do direito da seguinte forma: “[o] direito é concebido como uma *ciência*, com objeto específico e acentuado grau de autossuficiência. Rigorosamente separado da política, não se inclui na sua esfera própria de atuação qualquer questionamento acerca da legitimidade e da justiça das leis. É a sua pureza científica. Ademais, o ordenamento jurídico é uma emanção estatal e tem a pretensão de completude, colhendo todas as situações verificáveis na vida social. O Estado é o árbitro imparcial dos conflitos que ocorrem na sociedade, e o juiz, como aplicador do direito se pauta pela objetividade e neutralidade. Correndo o risco de simplificações, mas com proveito didático, é possível afirmar que, na concepção clássica, amadurecida desde o final do século passado, incluem-se entre as principais características do direito: a) o caráter científico; b) o emprego da lógica formal; c) a pretensão de completude; d) a pureza científica; e) a neutralidade da lei e do intérprete” (*ibid.*, p. 266).

852 *Ibid.*, p. 278.

853 Tradução livre de HOBBS, 1998, p.

É claro que tudo isto pode ser apenas um mal-entendido; os *neoconstitucionalistas* poderiam apenas estar a procura de um remédio para os *males do positivismo*. Por mais irônica que possa parecer a nossa afirmação, na realidade, ao menos no caso de Dworkin, isto pode até ser verdade:

Dworkin, cuja teoria do direito pressupõe um diálogo com a teoria da justiça de John Rawls, toma como ponto de partida do desenvolvimento de sua concepção dos princípios a crítica da noção hartiana da textura aberta do direito, conforme a qual as situações não reguladas por regras ficariam no âmbito da discricionariedade (em sentido forte) do juiz. O argumento positivista levaria à tese que, “quando um juiz esgota as regras à sua disposição, ele possui o poder discricionário, no sentido de que ele não está obrigado por quaisquer padrões derivados da autoridade do direito”. E Dworkin é peremptório: “Ele [o positivista] conclui ainda que são padrões extrajurídicos que cada juiz seleciona de acordo com suas próprias luzes, no exercício do seu poder discricionário – *o que é falso*”. Então, no sentido diametralmente oposto à tese da discricionariedade, Dworkin introduz sobretudo o conceito de princípios como normas ou padrões pertencentes ao sistema jurídico. Os princípios vinculariam os juízes naquele espaço em que as regras não fossem suficientes para a solução do caso.⁸⁵⁴

Acreditamos que a crítica de Dworkin, sob certo ponto de vista, é bastante apropriada, mas, como diz a máxima popular, *a emenda saiu pior que o soneto*. Não entraremos no mérito de discutir o que é jurídico ou não, pois isto seria discutir sobre palavras. Em um sentido literal, tudo que diz respeito ao *jus*, é *jurídico*; é este o sentido que o sufixo acrescenta à raiz da palavra. A questão é *como passa a ser jurídico*, ou seja, *como entra no mundo do direito*, e isto Dworkin não resolve: ele apenas afirma o que Hart, anteriormente, já afirmava fazer os juízes, mas diz que isto é jurídico, e propõe que isto seja feito por meio destes *tais* princípios. No entanto, ao nosso ver, isto que é um típico caso de confundir o *ser* com o *dever ser*, pois nada no universo garante que os juízes realmente *ponderem* sobre tais princípios ao invés de realmente fazer o que Hart afirma que façam e, posteriormente, apenas utilizem estes *princípios* como *topi*⁸⁵⁵ retóricos para justificar suas decisões.

Não estamos afirmando que Dworkin estivesse sendo *malicioso*, mas ele possuía uma visão jurídica que podemos classificar, em sentido amplo, como jusnaturalista. O próprio jurista admite que, se “qualquer teoria que faz com que o conteúdo da lei, por vezes, dependa da resposta correta para alguma questão moral é

854 NEVES, 2013, p. 51-2.

855 Ou *topoi*. *Topi*, na versão latinizada: “formas gregas são encontradas apenas no singular, o plural quando ocorre, é regular (tradução livre de GREENOUGH, 1903, p. 20). Em grego é *τόποι*, plural de *τόπος*, mas preferimos a versão latina, por ser conforme a pronúncia ‘*tópi*’, pois já não se pronuncia ‘*tópoi*’ há uns dois milênios (cf., BRIXHE, 2010, p. 232).

uma teoria do Direito natural, então eu sou culpado de [sc., postular uma teoria sobre o] Direito natural”⁸⁵⁶; e este é o problema de Dworkin – a *resposta certa*: “[m]eus argumentos pressupõem que freqüentemente há uma única resposta certa para questões complexas de direito e moralidade política”⁸⁵⁷ – o *Logos*. E, para se chegar ao *Logos*, inventa a teoria de um *juiz hercúleo* – que, na verdade, não é outra pessoa senão Dworkin escrevendo *by proxy* – pela qual prescreve que:

Podemos, portanto, examinar de que modo um juiz filósofo poderia desenvolver, nos casos apropriados, teorias sobre aquilo que a intenção legislativa e os princípios jurídicos requerem. Descobriremos que ele formula essas teorias da mesma maneira que um árbitro filosófico construiria as características de um jogo. Para esse fim, eu inventei um jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas, a quem chamarei de Hércules.⁸⁵⁸

Ou seja, *decidamos como Dworkin decidiria*. Não estamos afirmando que Dworkin pensara fazer isto, mas, a nós, parece óbvio que não há outra alternativa, a não ser que ele apenas se referisse a um *ideal* de juiz, tal como um *rei filósofo platônico*, o que terminaria por ser apenas uma versão contemporânea do *imperativo categórico kantiano*: o que é uma ilusão, pois ninguém pode agir *universalmente*, mas apenas de acordo com as *causas* que traz consigo. É claro que entendemos *causas*, aqui, com todas as observações vistas no início deste trabalho, mas, se há algum sentido no conceito de *causa imanente* – não no sentido *divino*, mas *modal* e, no caso humano, *pessoal* –, é este: *ninguém pode mais do que pode*⁸⁵⁹.

Sendo assim, a partir de uma análise hobbesiana: em primeiro lugar, não há *resposta certa universal*; em segundo lugar, mesmo que a houvesse, *nada garante que o juiz chegará a ou utilizará tal resposta certa*, seja por *malícia* ou por mera *incapacidade*; e, em terceiro lugar, mesmo que se pense ter chegado a esta resposta, *nada garante que esta será equivalente a tal*, se existir tal resposta, obviamente. Com isto, podemos perceber que estas teorias, quando não são *malícia*, acabam por ser um tanto quanto *inocentes*, transformando-se apenas em *morais para juízes*.

É claro que, do ponto de vista *ideal*, ninguém em sã consciência, se for coerente, irá afirmar que, em uma *democracia*, um juiz deve interpretar a lei de forma a contrariar o *ethos* do *demos* – mesmo sendo isto uma abstração –, e é até bom que os juízes pensem assim. Isto, contudo, não basta, pois, como se pode

856 Tradução livre de DWORKIN, 1982, p. 165.

857 DWORKIN, 2002, p. 429.

858 *Ibid.*, p. 165.

859 O que pode parece *tautológico* – e é –, pois, se não foi possível até agora inferir tacitamente da *Philosophia Prima* de Hobbes, expressamos agora o que, de certa forma, pode ser sua síntese: *toda verdade é tautológica, se não, é metáfora*.

extrair de uma anedota popular atribuída ao futebolista Garrincha, do ponto de vista da arquitetura institucional, isto é *pensar que os russos agirão de forma que sequer foi combinada com eles*⁸⁶⁰.

Esta é uma máxima que pode ser inferida da filosofia hobbesiana e, combinada com a outra que o filósofo afirmou expressamente – *querer que, após escolhido o trunfo, este seja o naipe que mais se tiver em mãos* –, podemos considerar como a síntese da crítica às filosofias do *Logos*, principalmente quando aplicadas à política e ao direito. Isto, pois, estas filosofias parecem situar-se entre estes dois extremos: a *inocência* e o *pecado* – da *hybris*, é claro.

Mas esta tradição, tanto filosófica quanto jurídica, proclama-se a *guardiã da moral e dos bons costumes*, acusando filosofias materialistas que dispensem o *Logos* e concepções positivistas do direito como sendo relativistas, quando não *imorais* ou *pecadoras*. Sendo assim, como a nossa próxima crítica à alienação dirige-se a uma certa concepção do juspositivismo e, ao mesmo tempo, qualificamos a concepção hobbesiana do direito, em um sentido amplo, como positivista, é necessário que esclareçamos alguns mal-entendidos sobre o positivismo jurídico antes de avançarmos para deixarmos bem claro o que não pretendemos criticar ou, colocando de outra forma, deixar claro certas críticas que não endossamos.

4.3.2.1

O que é e o que não é o juspositivismo

Como brevemente mencionado anteriormente, distinguimos, *in lato sensu*, *juspositivismo* de *jusnaturalismo* simplesmente pela *tese da separação*⁸⁶¹, que, apenas para recapitularmos, repetiremos a distinção, com nossas próprias palavras:

- *Jusnaturalismo*: concepção do direito na qual este não é separado de uma moral, geralmente, tida como universal, podendo, no máximo, quando for o caso, regular o que for moralmente indiferente, mas nunca atentar contra esta moral.

860 Diz uma lenda que, na Copa de 1958, “na preleção do jogo contra os soviéticos, o técnico Feola teria dito ‘tudo é muito simples: o Didi passa para o Pelé, o Pelé para o Garrincha, o Garrincha dribla os marcadores, cruza na área e o Vavá faz o gol’ e Garrincha respondido ‘tudo certo, mas o senhor já combinou com os russos?’” (JAROUCHE, 1998, p. 116). Não sabemos, no entanto, se isto realmente ocorreu ou se é apenas uma anedota popular. Mas é uma anedota que, apesar de – ou, talvez, *justamente* por ser – *popular*, revela muito mais a verdade do que certas *categorias transcendentais filosóficas*.

861 Cf., nota nº 114 deste trabalho.

- *Juspositivismo*: concepção do direito na qual este é distinto do que possa ser considerado moral, podendo haver interseção entre as duas esferas, mas não sendo isto uma condição necessária para definir o que é jurídico ou não.

Uma observação importante é que isto é uma tese *descritiva*: não há nenhuma proposição normativa que determine que a lei deva ser obedecida somente por ser lei. Mas é desta confusão que muitas discussões inúteis surgem, pois, embora um jusnaturalista possa afirmar que está apenas descrevendo o direito – ou seja, que ele é idêntico à moral –, faz isto para rebaixar o *status* de um direito positivo que considere injusto – isto é, afirmar que ele não é *direito*.

Afirmamos que esta discussão é inútil – do ponto de vista descritivo –, pois, nenhum jusnaturalista, em sã consciência, negará que existe algo que seja um *ordenamento legal estatal*, embora negue o nome de *direito* a isto; se negasse a existência disto, a crítica perderia todo o sentido. Deste modo, esta crítica, no que tange a descrição, acaba se tornando uma discussão sobre *palavras*, como aponta Carlos Santiago Nino:

[O]s sistemas normativos comumente denominados “direito” em contextos descritivos apresentam traços comuns de natureza fática, com tal relevância para qualquer análise social – como as realizadas por sociólogos, antropólogos, historiadores etc. –, que se torna necessário agrupá-los conceitualmente em um única categoria, distinguindo-os de outros fenômenos sociais. Se não pudéssemos utilizar a palavra “direito” para denominar todos os membros dessas categoria, teríamos que inventar outra palavra que cumprisse a mesma função. (O jusnaturalismo não poderia se opor que chamássemos, por exemplo, “flux” a tudo que os positivistas chamam “direito”. Porém, por que o amplo uso da grafia “flux” seria admissível e não deveria ser o uso igualmente amplo da grafia “direito”?)⁸⁶²

Sendo assim, não discutiremos sobre palavras, afinal, se *moral* = *direito*, umas das duas partes da equação torna-se redundante, de modo que deixa de ser necessária para expressar a ideia⁸⁶³. Mas, fora esta discussão inane, não faz nenhum sentido as acusações de que os positivistas *não querem que a moral seja direito* e, em última instância, seriam *amoraís* ou, até, *imoraís*, acusação feita frequentemente a qualquer um que desvincule a moral do direito, como foi o caso de Hobbes; o próprio Kelsen afirma que:

O conceito de justiça deve ser distinguido do conceito de direito. A norma da justiça indica como deve ser elaborado o direito quanto a seu conteúdo, isto é,

⁸⁶² NINO, 2010, p. 49.

⁸⁶³ Como Hobbes afirma que quem quiser reter para si mais do que necessário viola a *lei da natureza*, sendo *incômodo* (cf., HOBBS, 1991a, p. 106, e *id.*, 1998, p. 48), os jusnaturalistas não podem querer ficar com as duas palavras para si, sob pena de serem injustos – *violarem a lei natural* –, logo, se não pudermos chamar o direito positivo de *direito*, chamá-lo-emos de *moral*, mas, como isto causaria muita confusão, preferimos deixar as coisas como estão.

como deve ser elaborado um sistema de normas que regulam a conduta humana, normas essas postas por atos humanos e que são globalmente eficazes – ou seja o direito positivo. [...] A justiça não pode, portanto, ser identificada com o direito. [...] Para a questão da validade do direito, isto é, para a questão de saber se as suas normas devem ser aplicadas e acatadas, é decisiva a relação que se pressuponha entre justiça e direito. Sobre este ponto apresentam-se duas concepções diametralmente opostas. Segundo uma delas, um direito positivo apenas pode ser considerado como válido na medida em que sua prescrição corresponda às exigências da justiça. Direito válido é direito justo: uma regulação injusta da conduta humana não tem nenhuma validade e não é, portanto, direito, na medida em que se deva entender por direito apenas uma ordem válida. Isto quer dizer que a validade da norma de justiça é o fundamento da validade do do direito positivo. Segundo a outra concepção, a validade do direito positivo é independente da validade da norma de justiça. [...] É esta a concepção da teoria jurídica positivista ou realista, enquanto contraposta à doutrina idealista.⁸⁶⁴

Apresentamos estas definições de Kelsen porque pensamos ser importante deixar claro o posicionamento do jurista austríaco, até para refletirmos se a classificação de Hobbes como jusnaturalista feita por Bobbio é realmente um reflexo da teoria de Kelsen ou se é uma má compreensão da mesma. Por esta definição, ao nosso ver, resta claro que, como Hobbes distingue moral de direito, não pode ser considerado um *jusnaturalista*⁸⁶⁵. Também achamos importante apresentar a definição de Kelsen para deixar claro que ele, assim como Hobbes, não nega a existência de uma moral, a qual chama de *justiça*, e até considera ser esta importante para determinar o conteúdo do direito, o que estamos plenamente de acordo, contanto que não se considere esta moral como um *logos*. Entretanto, o que consideramos muito importante, ambos reconhecem uma *distinção* relevante: a questão do *conteúdo*. Assim podemos perceber mais uma distinção entre *jusnaturalismo* e *juspositivismo*: enquanto que, para o primeiro, o direito é uma questão de *revelação*, para o segundo é, de *criação*.

Esta reserva do uso da palavra *justiça* por parte de Kelsen guarda uma relação estreita – quando pensamos em seu oposto: *injustiça* – com a crítica do uso da palavra *tiranía* feita por Hobbes: tanto uma como a outra, quando utilizadas individualmente, geralmente representam insatisfações pessoais e, quando é uma insatisfação coletiva suficientemente potente, como dizia o sábio Espinosa,

864 KELSEN, 1998, p. 67-8.

865 Cf., página 149 deste trabalho. Ele faz isto por meio de uma *correctio*, apresentando as leis naturais e, posteriormente, corrigindo-se, afirmando que são apenas a *suma moral*. A *correctio* – *correção*, em latim –, como o próprio nome diz, é uma figura retórica pela qual se corrige uma palavra ou frase utilizada anteriormente, também conhecida por *diorismo*, *epanortose* ou *epitímese* (cf., LANHAM, 1991, p. 42). É claro que esta correção tem uma função retórica e não apenas a correção de um erro, caso contrário, não estaria classificada entre os *topi* retóricos, afinal, ninguém precisa estudar como *errar*.

“a cidade é dissolvida e a lei suspensa; já não é, portanto, em concordância com o direito civil, mas em virtude do direito de guerra, que ela se protege”⁸⁶⁶. No entanto, quando o conceito de *injustiça* é alçado à condição de categoria jurídica, o juiz, que é *um* indivíduo⁸⁶⁷, aí sim, pode tornar-se não apenas *tirânico*, mas também *hostil*, por exemplo, condenando, em nome da *justiça*, um réu sem provas, quando o Código de Processo Penal determina que “[o] juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça [...] não haver prova da existência do fato”⁸⁶⁸ e a Constituição manda obedecer o devido processo legal⁸⁶⁹, entre outras coisas.

Este último exemplo e todos os outros casos de *hostilidades judiciais* são importantes para, também, esclarecermos um outro mito frequentemente associado ao positivismo, muito difundido entre juristas como, por exemplo, Gustav Radbruch – tido como um dos fundadores desta *jurisprudência dos princípios* tão cara ao neoconstitucionalismo⁸⁷⁰ –, que afirmava ser o positivismo uma das causas das injustiças do nacional-socialismo:

Por meio de duas máximas – *uma ordem é uma ordem* e *uma lei é uma lei* – o nacional-socialismo conseguiu fazer-se vincular por seus seguidores – soldados e juristas, respectivamente. O primeiro princípio sempre foi restrito em sua aplicabilidade: soldados não tinham a obrigação de obedecer ordens que servissem a fins criminais. *Uma lei é uma lei*, por outro lado, nunca sofreu nenhuma restrição. A máxima expressava o pensamento jurídico positivista que, praticamente incontestável, dominou os juristas alemães por muitas décadas. [...]

O Positivismo, com seu princípio de que *uma lei é uma lei*, tornou realmente a profissão jurídica alemã indefesa contra leis que são arbitrárias e criminais. O positivismo é, aliás, por si só, totalmente incapaz de estabelecer a validade das leis. Ele afirma ter comprovado a validade de uma lei simplesmente mostrando que tinha poder suficiente por detrás para prevalecer. Mas enquanto o poder pode, de fato, servir como base para a *necessidade* da compulsão, nunca serve como base para o *dever* da obrigação ou para a validade jurídica. Obrigação e validade jurídica devem basear-se, ao contrário, em um valor intrínseco do estatuto. [...]

Devemos ter a esperança que tal ilegalidade permanecerá como uma aberração isolada para o povo alemão; uma loucura a nunca mais se repetir. Devemos nos preparar, no entanto, para qualquer eventualidade. Precisamos nos armar contra a reincidência de um estado fora da lei, como o de Hitler, fundamentalmente, superando o positivismo, que tornou impotente cada defesa possível contra os abusos da legislação nacional-socialista.⁸⁷¹

866 ESPINOSA, 1997, p. 458.

867 Não no sentido *transcendental* do termo, mas no sentido que é *um homo sapiens sapiens*, mesmo que as vezes não pareça saber tanto.

868 Art. 386, c/c inciso II (BRASIL, 1941).

869 Art. 5º, LIV (BRASIL, 2012, p. 16).

870 “Radbruch foi o principal introdutor da problemática dos valores na esfera jurídica” (LIMA, 2009, p. 17).

871 Tradução livre de RADBRUCH, 2006b, p. 1-8.

Radbruch era um proponente do *jusnaturalismo* e, em outro ensaio, termina afirmando que “há princípios legais [...] que valem mais que qualquer decreto legal, de modo que uma lei que entre em conflito é totalmente desprovida de validade; estes princípios são conhecidos como as leis naturais e as leis da razão”⁸⁷². Mas, se realmente o positivismo era o que fazia o nacional-socialismo funcionar, podemos *respirar aliviados*, pois esta doutrina parece ter sido afastada da jurisprudência, como demonstra o sucesso do neoconstitucionalismo. No entanto, Rottleuthner, em um estudo sobre a relação do positivismo com o nacional-socialismo, afirma que “[o] positivismo, como uma filosofia ou teoria do direito [...] não era de forma alguma a perspectiva dominante durante o período de Weimar nem na teoria do direito público”⁸⁷³, e que, durante o período nazista, ao contrário do que Radbruch alega, os juízes não decidiam conforme os nazistas mandavam porque eram *indefesos*: “[a]o invés de uma cegueira de valores, encontramos a maior abundância de invocações de direito e justiça da parte dos filósofos legais [...]. Ao invés de indefensibilidade, encontramos bajulações, na forma de declarações de lealdade”⁸⁷⁴.

Isto, na realidade, ao contrário de comprovar o argumento de Radbruch, só prova que valores nada valem se os juízes não quiserem aplicá-los, ou seja, parece que Radbruch se esqueceu de *combinar com os russos* ou, neste caso, com os juízes. Na realidade, parece que se esqueceu de combinar, apenas quais princípios deveriam ser aplicados, pois os métodos não eram muito diferentes. Se tomarmos como exemplo o que Walter Scheuerman escreve sobre a teoria do chamado *Kronjurist des Dritten Reiches*, Carl Schmitt, vemos que isto comprova-se:

Os juristas alemães, em 1933, foram imediatamente confrontado com o imponente problema de como interpretar as leis anteriores à ascensão nazista ao poder [...] De forma simples, duas alternativas pareciam possíveis: poder-se-ia tentar vincular os juízes estritamente às leis preexistentes [...]: ou poder-se-ia argumentar que os juízes nacional-socialistas não tinham a obrigação de fazer cumprir as leis anteriores à “revolução nacional” de 1933. [...] Com base em suas reflexões teóricas sobre a questão da indeterminação jurídica, Schmitt formula uma solução engenhosa para este enigma: primeiro, ele argumenta contra a ideia de simplesmente descartar totalmente o conceito de um sistema jurídico vinculante. Claramente preocupado com o espectro de juízes ativistas hostis ao nacional-socialismo, Schmitt insiste que, contrariamente à segunda possibilidade que acabamos de descrever, a ação judicial requer sempre alguma base legal. Não se deve permitir que os juízes ajam *ex nihilo*; eles devem sempre ser capazes de fundamentar suas ações em algum estatuto legal. Mas esta afirmação também não leva Schmitt a abraçar a visão contrária, na qual os juízes são obrigados a seguir os cânones tradicionais de interpretação judicial quando confrontado com os estatutos anteriores ao período nazista [...]. Schmitt argumenta

872 Tradução livre de RADBRUCH, 2006a, p. 15.

873 Tradução livre de ROTTLEUTHNER, 2011, p. 106.

874 *Ibid.*, p. 108.

que o nacional-socialismo representa uma coerente visão do mundo, tal como apresentado no Programa do Partido Nazista e em uma série de esboços de intenções legislativas, que funcionariam como guias úteis para juízes e administradores tentarem averiguar os princípios básicos do direito nazista. [...] Para Schmitt, a partir de 1933, o primeiro passo indispensável para a determinação legal é bastante claro: todas as leis devem ser interpretadas de acordo com o coerente espírito “étnico” e intelectual do nacional-socialismo. [...] Para a liderança nacional-socialista, nos anos imediatamente seguintes à queda de Weimar, a argumentação de Schmitt, aqui exposta, deve ter sido uma benção dos céus.⁸⁷⁵

É claro que, com isto, não queremos dizer, nem que Radbruch seja nazista, nem que os neoconstitucionalistas também sejam, mas, sim, demonstrar que – além da semelhante metodologia decisória – a afirmação de que o positivismo teve alguma parcela de culpa na manutenção do nazismo no poder não possui nenhum cabimento, até porque uma doutrina legal ou leis, simplesmente, não possuem nenhuma capacidade de manter um regime por si só; apenas a *teoria dos princípios*, também não, pois o que foi descrito acima não teria sido possível se não tivesse havido um expurgo dos juízes indesejáveis para o nacional-socialismo⁸⁷⁶ e de um aparato para manter a conformidade das decisões⁸⁷⁷.

Na realidade, este debate todo, quando confrontado com o mecanismo real utilizado para a aplicação das diretrizes do regime nacional-socialista, só prova que é inócuo ficar discutindo *hermenêutica jurídica* sem se atentar para a arquitetura do sistema. A *teoria schmittiana dos princípios* foi apenas uma peça neste mecanismo, que, no caso de monarquias e oligarquias homogênicas é possível ser aplicado. Em uma democracia, no entanto, realizar isto seria mais problemático, pois, como aponta Espinosa:

Se fosse fácil mandar nos ânimos como é mandar nas línguas, não haveria nenhum governo que não estivesse em segurança ou que recorresse à violência, uma vez que todos os súditos viveriam de acordo com o desígnio dos governantes e só em em função das suas prescrições é que ajuizariam do que era bom ou mau, verdadeiro ou falso, justo ou iníquo. [...] E, a haver alguma maneira de o conseguir, seria, com certeza, num Estado monárquico, nunca numa democracia, onde todos, ou pelo menos a maior parte dos cidadãos, detêm colegialmente o poder.⁸⁷⁸

875 Tradução livre de SCHEUERMAN, 1999, p. 129-31.

876 “Pela *Lei de restauração do serviço público* e pela *Lei de admissão à prática legal*, ambas de sete de abril de 1933, além de ordens subsequentes, a remoção de membros política e socialmente indesejáveis foi levada a cabo” (tradução livre de ROTTLEUTHNER, *op. cit.*, p. 108).

877 “O novo regime, é claro, não contou apenas com as atitudes autoritárias dos juristas nem somente com a legalidade como mecanismo de controle do corpo de funcionários legais; além disto, uma variedade de medidas foram tomadas para garantir a conformidade do judiciário [...]: mudança na organização das cortes; influência no recrutamento, na educação jurídica, nas publicações jurídicas e nas organizações profissionais; intervenções pela administração, NSDAP [sc., Partido Nazista], polícia, SS, etc.” (*ibid.*, p. 109).

878 ESPINOSA, 2004, p. 300-1.

Sendo assim, em uma democracia – tal como a definimos neste trabalho –, o soberano será o *demos*, ou seja, uma assembleia composta pelo corpo todo de cidadãos, tal como Hobbes prescreve, de modo que, se o *demos* não tiver deixado alienar-se, terá o controle final das decisões jurídicas, que, obviamente não poderão ser todas – pois, caso seja, o *demos* não fará mais nada além de apreciar questões jurídicas –, mas terá a competência, também, para organizar-se e decidir como deve resolver seus problemas⁸⁷⁹. Deste modo, isto nos parece ser uma solução mais eficiente para o problema do nacional-socialismo do que uma *teoria dos princípios* que, como vimos, foi até utilizada pelo mesmo.

Com isto, a nossa crítica ao nacional-socialismo é, obviamente, ao próprio nacional-socialismo e aos seus princípios, mas qualquer organização política precisará de uma estrutura para fazer as leis valerem; o que, em uma democracia, supomos que será algo menos autoritário, visto que é o povo que decide e este não seria insano de escolher a própria opressão. Já a nossa crítica a Radbruch, ao contrário, não é em relação à sua crítica ao nacional-socialismo, mas a uma possível *inocência* ou seja lá o que fez pensar que recorrer ao *jusnaturalismo* – ao *Logos* – fosse resolver o problema, quando, além de ser, por si só, inócuo, era óbvio – principalmente para ele que viveu a situação e supomos que conhecesse o sistema⁸⁸⁰ – que o nacional-socialismo possuía também o seu próprio *logos*, por mais torto que fosse. Finalmente, a nossa crítica a Kelsen, como veremos, é por uma concepção de positivismo que percebe o problema da decisão jurídica, mas procura escondê-lo por trás de uma *cortina* de técnica e juridicidade, e nela encontra-se uma aberta crítica à ideia de soberania.

4.3.3

O incrível caso da norma que nunca existiu

Nossa crítica a Kelsen *via* Bobbio inicia-se com a insistência do jurista italiano em classificar Hobbes como um jusnaturalista; como já vimos, ele reco-

879 Agora, como o *demos* organizar-se-á para fazer valer as leis, além de fugir do escopo deste trabalho, acreditamos que é um problema que o *demos* precisa resolver por si mesmo, e o máximo que poderíamos fazer, se isto se incluísse em nossas pretensões, seria oferecer sugestões, obviamente, com base em análises e não meras opiniões, mas, de qualquer forma, a decisão final cabe ao soberano, como diria Hobbes.

880 Inclusive, “[d]urante o período nazista, o próprio Radbruch, em uma carta de 26 de abril de 1939, considerava o positivismo como um ideal. Após 1945, ele pleiteou por *Rechtssicherheit* [segurança jurídica] e pela reconstrução do *Rechtsstaat* [Estado de direito] contra a tirania nazista” (tradução livre de ROTTLEUTHNER, *op. cit.*, p. 112).

nhece que esbarra em vários paradoxos ao insistir nesta classificação e até indaga-se: “[j]usnaturalismo e positivismo são duas correntes antitéticas, em perene polêmica: uma representa a negação da outra. Como é possível que Hobbes pertença, ao mesmo tempo, às duas?”⁸⁸¹ Porém, ao invés de tentar rever seus critérios, busca de todas as formas adequar a teoria do filósofo inglês à sua classificação e acaba encontrando uma saída, baseada na teoria do *fundamento de validade da ordem jurídica*; e faz isto apresentando três modelos de jusnaturalismo, baseados na relação que se estabelece entre o direito natural e o positivo:

1. o direito natural e o direito positivo estão entre si numa relação de princípio a conclusão (ou de máximas gerais a aplicações concretas);
2. o direito natural determina o conteúdo das normas jurídicas, enquanto o direito positivo, tornando-as obrigatórias, garante-lhes a eficácia;
3. o direito natural constitui o fundamento de validade do ordenamento jurídico positivo, considerado em seu conjunto.⁸⁸²

Sendo assim, segundo Bobbio, Hobbes seria um legítimo representante do terceiro modelo: “[e]mbora o pensamento de Hobbes, como dissemos, não seja de modo algum simples [...], quase sempre a letra e sempre, na minha opinião, o sistema me induzem a interpretá-lo como um jusnaturalismo do terceiro tipo”⁸⁸³. Para o jurista italiano, o fundamento do direito estatal em Hobbes, assim como da fundação do próprio Estado, é o *direito natural*. Contrastando o pensamento de Hobbes com o de Kelsen, Bobbio irá afirmar que:

Estamos perfeitamente de acordo com Kelsen ao considerar que, se uma norma não é evidente por si mesma, deve haver um fundamento qualquer de sua própria validade; e concordamos com sua idéia de que o fundamento de validade de uma norma só pode ser outra norma, uma norma que – precisamente por isso – é chamada de norma superior. Ora, a norma segundo a qual os súditos devem obedecer ao soberano ou é uma norma evidente por si mesma, ou deve ter seu próprio fundamento numa norma superior. A resposta de Hobbes é a segunda. Com efeito, a norma com base na qual os súditos devem obedecer ao soberano deriva sua validade, segundo Hobbes, do fato de que os súditos, através do contrato de renúncia e de transferência, autorizam o soberano a ditar normas jurídicas. Portanto, o fundamento de validade da norma que prescreve a obediência dos súditos é a norma que prescreve aos súditos atribuírem ao soberano o poder absoluto de ordenar. Mas como, para Hobbes, essa norma é uma lei natural – mais precisamente, ela é, segundo o texto do *De cive*, a primeira das leis naturais, derivadas da fundamental –, disto se segue que o fundamento da validade de todo o sistema jurídico positivo é uma lei natural.⁸⁸⁴

881 BOBBIO, *op. cit.*, p. 101.

882 Cf., *ibid.*, p. 139.

883 *Ibid.*, p. 140.

884 *Ibid.*, p. 126.

Ele compara Hobbes a Kelsen e conclui que ambos sustentam seus sistemas jurídicos em uma norma fundamental, mas, enquanto Kelsen sustenta o seu em uma norma hipotética, Hobbes utiliza o Direito Natural⁸⁸⁵; mais precisamente, como na citação acima, é a lei pela qual os pactuantes devem abdicar sua soberania⁸⁸⁶. De saída, já achamos peculiar Bobbio afirmar que é esta regra, pois, mesmo pensando não ser este o caso, achamos que, se fosse para ser alguma *lei natural*, deveria ser a fundamental – *procurar a paz ou se defender como for possível* –, mas, como não achamos não ser uma nem outra, não pensamos que valha a pena discutir sobre isto. O que importa é que, também de saída, já percebemos alguns equívocos no raciocínio de Bobbio: uma *petitio principii* ao afirmar que o *fundamento de uma norma deve ser outra norma* e a confusão entre o *fundamento da moral* e o *fundamento do direito*. Na realidade, parece-nos que os equívocos de Bobbio decorrem principalmente do primeiro, pois ele analisa Hobbes a partir de uma concepção específica de positivismo jurídico – que é a kelseniana – e, como Hobbes não se enquadra nela, descarta a teoria do filósofo inglês como um jusnaturalismo que é apenas *protopositivista*.

De fato, Hobbes não é igual a Kelsen em vários aspectos, e se, por um lado, ambos podem ser considerados *positivistas* – em sentido amplo, por aderirem à tese da separação –, por outro – no que tange mais especificamente os fundamentos do direito –, são bastante diferentes. O primeiro fato a ser considerado é que, na época de Hobbes, não havia *separação de poderes*; para sermos mais precisos, o que não havia era a ideia de haver os poderes em agências separadas, excluindo uma pessoa soberana que as reunisse todas, em última instância: mas todos estes poderes encontram-se na obra de Hobbes – *legislar, executar e julgar*⁸⁸⁷.

A razão de não haver esta separação é, como já vimos, o ceticismo hobbesiano, apresentado na crítica a Coke: *se o judiciário for “autônomo”, ela acabará usurpando a soberania*⁸⁸⁸. Deste modo, não só é possível classificar Hobbes como positivista, em razão da *tese da separação*, mas também como um *realista jurí-*

885 “Assim como Kelsen, também para Hobbes o ordenamento jurídico remete a uma norma fundamental. E esta norma fundamental não é, para Hobbes, uma mera hipótese normativa, mas uma lei natural. Isto significa que a redução das leis naturais a teoremas não é completa, e que o direito natural tem valor normativo pelo menos num ponto que é o ponto de apoio de todo o sistema” (*ibid.*, p. 127).

886 Cf., HOBBS, 1998, p. 34.

887 Em *Leviathan*, por exemplo, no capítulo XVIII, *Dos direitos do soberano por instituição* (cf., HOBBS, 1991a, p. 121-129).

888 Crítica a Coke, cf., p. 179 deste trabalho.

dico, cuja definição de Holmes expressa bem o sentido desta concepção do direito: “[a] profecia do que as cortes farão, e nada que seja mais pretensioso que isto, é o que eu entendo por direito”⁸⁸⁹, ou seja, *a lei é o que os juízes decidem*. Isto, porém, só pode ocorrer quando há separação de poderes ou se o soberano for negligente, e Hobbes não é nem um pouco a favor desta negligência, pois, como vimos, vai além e afirma que o “poder legislativo (e na verdade todo o poder possível) está compreendido no poder de milícia”⁸⁹⁰; um controle total da *entrada*, do *processamento* e da *saída* do sistema político-jurídico.

Kelsen, ao contrário, é de uma época na qual a crença na separação de poderes já passara de seu auge, o qual consideramos ter sido o formalismo dos exegetas franceses. Conforme Bobbio, “na França [...] a *escola da exegese* [...] se limitava a uma interpretação passiva e mecânica do Código [viz., de Napoleão]”⁸⁹¹, e uma das causas desta atitude era a “*doutrina da separação dos poderes*. [...] Com base nesta teoria, o juiz não podia criar o direito [...], mas devia, de acordo com a imagem de Montesquieu, ser somente a boca através da qual fala a lei”⁸⁹². Esta é uma visão do positivismo que muitos têm até hoje, como o próprio Ministro Barroso – ou que, pelo menos, tinha na época que escreveu *Interpretação e aplicação da Constituição* –, pois, Sepúlveda Pertence, autor do prefácio, corrige-lhe, afirmando que:

A Hans Kelsen, contudo, a obra reserva, depois [...], um tratamento injusto e incide na assimilação, também difundida mas equivocada, entre o normativismo da Teoria Pura – que tem um dos seus pontos fortes na revelação do caráter também criador das etapas sucessivas de aplicação do direito, até a sentença, inclusive [...] – e o formalismo dos exegetas, este, sim, que parte da premissa de ‘que a atividade do intérprete se desenvolve por via de um processo dedutivo, de mera subsunção do fato à norma, de sentido supostamente inequívoco’: permita-me o autor a crítica ligeira, que, por força do contraste, realçará os muitos elogios.⁸⁹³

4.3.3.1

Kelsen e o vácuo

Este elogio que Pertence tece a Kelsen, no entanto, é algo que não concordamos muito, pois parece-nos que a raiz dos problemas atribuíveis à concepção neoconstitucionalista do direito encontram-se nesta *revelação do caráter também*

889 Tradução livre de HOLMES, 2009, p. 9.

890 *Ibid.*, p. 150.

891 BOBBIO, 1995, p. 78.

892 *Ibid.*, p. 79.

893 PERTENCE, 1999, p. XIVn.

criador das etapas sucessivas de aplicação do direito, até a sentença, inclusive; a qual consideramos ser fruto de uma percepção da impossibilidade do projeto dos exegetas – que é, como Pertence fala, *crer que a aplicação do direito pode ser apenas um caso de subsunção do fato à norma* –, mas ao mesmo tempo em que o problema é percebido, ao invés de denunciá-lo, procura justificá-lo por meio de uma teoria que inclui isto na *técnica* e na *pureza do direito*. Kelsen afirma que:

[O juiz] também [...] é um criador do Direito e também ele é, nesta função, relativamente livre. Justamente por isso, *a obtenção da norma individual no processo de aplicação da lei é, na medida em que nesse processo seja preenchida a moldura da norma geral, uma função voluntária*. [...] *A] produção do ato jurídico dentro da moldura da norma jurídica aplicada é livre*, isto é, *realiza-se segundo a livre apreciação do órgão chamado a produzir o ato*.⁸⁹⁴

Com isto, embora consideremos sua solução inócua, a proposta de Dworkin, enquanto crítica a Hart – já que a mesma pode ser aplicada a Kelsen –, torna-se até escusável; afinal o que Kelsen faz é decretar um *absolutismo jurídico*. Deste modo, até os realistas jurídicos que assumem sua doutrina como normativa, ao menos, são mais honestos: afirmam que a lei é o juiz que decide e pronto. Kelsen, no entanto, por um lado, fala que o juiz é *criativo*, por outro, que *precisa adequar-se a uma moldura*, mas *o que é esta moldura, é o próprio juiz que decide*. Não à toa, os neoconstitucionalismos correram para *tapar este buraco* na teoria de Kelsen, pois este acaba propondo uma abertura até maior que a proposta pelos neoconstitucionalistas.

No entanto, como já dissemos e vimos, esta solução é inócua como tudo que provém do *horror* – pois, se os neoconstitucionalistas levam realmente a sério suas teorias, mais parece um *horror vacui*. É preciso de uma *estrutura* para fazer valer princípios e não *tabus*. Como não há esta estrutura – ou melhor, há só uma: *o próprio judiciário* –, o que ocorre na prática é que estes princípios tornam-se apenas uma retórica para se decidir o que quiser, e, mesmo que não se queira – mesmo que haja um juiz que acredite piamente que está *revelando princípios* –, como o próprio Barroso reconhece:

Interpretar envolve, freqüentemente, a escolha de valores e alternativas possíveis. Ainda quando não atue movido por interesses de classe ou estamentais, o juiz estará sempre promovendo as suas crenças, a sua visão do mundo, o seu senso de justiça. [...] Ainda quando fosse utopicamente possível libertar o juiz de suas injunções ideológicas, não seria possível libertá-lo do seu próprio inconsciente, de sua memória e de seus desejos.⁸⁹⁵

894 KELSEN, 2000. p. 393, grifos nossos.

895 BARROSO, 1999, p. 288-9.

E, assim, nas primeiras instâncias, os juízes decidem como querem⁸⁹⁶; algumas decisões serão revistas nos tribunais, finalmente chegando ao STF, no qual, como constatou o ministro Celso de Mello, “funciona, igualmente, o poder constituinte”⁸⁹⁷.

Não devemos, no entanto, ficar chocados com a declaração do ministro; ao contrário, devemos agradecê-lo por sua honestidade – embora possa ter sido apenas *hybris* –, pois ele não foi nada *maquiavélico* – no sentido negativo do termo⁸⁹⁸ –, apenas revelando algo que, dada a arquitetura atual do sistema – e entendendo *poder constituinte* como uma metáfora para *soberania* ou o que sobrou dela – é a mais pura realidade e só comprova o que falávamos antes: a separação de poderes e o sistema de freios e contrapesos são inócuos, a não ser que o sistema entre em *loop*⁸⁹⁹.

O judiciário, como é sabido, possui apenas um *poder negativo*, ou seja, como regra, não legisla, no entanto, acaba funcionando como o fecho da saída do sistema ou, como dizia Constant, “*la clef de la voûte*”⁹⁰⁰. Assim vemos que, embora possa ter sido *maquiavélico* por outros motivos, Constant também não o foi ao declarar seu *poder moderador*, pois, como talvez tenha sido possível concluir de tudo que vimos até aqui, este *poder moderador* é inevitável a não ser que tenhamos um *loop de indecisão*. Talvez, sua proposta de quatro poderes não tenha vingado não por ser *absolutista demais*, mas sim por revelar demais os mecanismos de poder que, muitas vezes, preferem ser escondidos pelos arquitetos dos sistemas. E, se a

896 Ou melhor, como *podem*, mas alguns podem pensar que podem o que querem.

897 STF, 2008, p. 472.

898 Afinal, como recomendou o agudíssimo florentino, “[d]eve o príncipe, contudo, cuidar para não deixar escapar dos lábios expressões que não revelem as cinco qualidades já mencionadas, devendo aparentar, à vista e ao ouvido, ser todo piedade, fé, integridade, humanidade e religião” (MAQUIAVEL, 1999, p. 111). Maquiavel não era maquiavélico, pois, se fosse, como coloca Schmitt, “ao invés de *O príncipe*, teria escrito um livro de discursos edificantes” (tradução livre de SCHMITT, 1932, p. 53). Acreditamos que Hobbes também não fosse, embora, sob certo ponto de vista, possamos considerar as obras tanto do inglês quanto do florentino bastante *edificantes*. Mas, talvez, Schmitt estivesse fazendo referência a outro tipo de discurso, tais como aqueles que não resultam em perseguições e todos choram de emoção ao final da leitura.

899 A prova disto são as palavras de Francisco Campos, fonte original da citação de Celso de Mello, que parecem mais constatar uma *idiossincrasia do sistema* do que propor uma *metafísica constitucional*, pois, ao contrário, até a crítica: “[é] verdade que uma doutrina metafísica da Constituição estabeleceu que as questões políticas são defesas ao vosso conhecimento e à vossa decisão. [Entretanto ... s]e podeis decidir sobre a Constituição, e sobre ela decidis toda vez que a interpretaís, o que decidis, em suma, é sobre matéria de Governo e, particularmente, sobre a política legislativa do Governo. [...] Desde que decidis matéria constitucional, estais decidindo sobre os limites do Governo. Sois o juiz dos limites do poder do Governo, e, decidindo sobre os seus limites, o que estais decidindo, em última análise, é sobre a substância do poder. E eis, assim, *aberto ou franqueado* à vossa competência sobre todo o domínio da política [...] *O poder de interpretar a Constituição envolve, em muitos casos, o poder de formulá-la. A Constituição está em elaboração permanente nos tribunais incumbidos de aplicá-la*; é o que demonstra a jurisprudência de nosso Supremo Tribunal e, particularmente, a da Suprema Corte Americana” (CAMPOS, 1956, p. 402-3, grifos nossos).

900 CONSTANT, 1837, p. 378. A tradução mais usual é *a chave da abóboda*.

proposta monárquica de Constant deve ser descartada – a não ser que se queira uma monarquia –, a sua ideia de poder moderador não deve ser ignorada, pois, ou, realmente, cria-se um sistema de controle do poder, como os romanos faziam⁹⁰¹, ou, sendo o *poder moderador* inevitável, para que este seja compatível com a soberania, como se pode deduzir de Hobbes: se for uma monarquia, deverá ser o *rei*; se for uma aristocracia, os *aristocratas*; e, se for uma democracia, o *demos*.

Mas é a partir desta percepção que podemos entender o propósito do sistema kelseniano, pois o que faz, na prática, é ocultar esta *moderação* ou a própria soberania, pois é um inimigo declarado desta no âmbito do direito internacional e, como é possível inferir de sua doutrina, também no âmbito doméstico:

O dogma da soberania do Estado, resultando na primazia do sistema jurídico do próprio Estado, corresponde completamente a uma visão subjetiva que, por fim, colapsa em um solipsismo; a visão pela qual compreenderia o indivíduo, o “Eu”, como o centro do mundo, é o mundo, portanto, meramente como algo desejado e imaginado pelo “Eu”. Isto é um subjetivismo estatal radical, quando confrontado por uma visão especificamente objetiva do mundo e da lei; uma visão que encontra expressão na primazia do sistema legal internacional.⁹⁰²

E a *técnica* que o jurista austríaco utiliza para *sublimar* a soberania consiste em dois *movimentos*. O primeiro é conceber uma distinção de dois tipos de sistemas normativos: os *sistemas estáticos* e os *sistemas dinâmicos*:

De acordo com a natureza da norma fundamental, podemos distinguir dois tipos de ordens ou sistemas normativos: sistemas estáticos e dinâmicos. Dentro de uma ordem do primeiro tipo as normas são “válidas”, e isso significa que presumimos que os indivíduos cuja conduta é regulada pelas normas “devem” se conduzir do modo prescrito pelas normas em virtude do conteúdo destas [...].⁹⁰³

Os sistemas morais seriam, por essência, estáticos, e o jusnaturalismo, por ser essencialmente moral, enquadrar-se-ia neste tipo. Um ordenamento dinâmico

901 Na Roma republicana, “[e]ste sistema de freios e contrapesos [viz., da Constituição Romana] não era um resultado, como na Constituição Americana, de uma divisão do poder a partir das funções legislativa, executiva e judiciária do governo: por um lado, consistia na combinação de poderes quase ilimitados dos mais altos oficiais com os poderes de veto dos oficiais de posto igual ou superior; por outro, no controle político de oficiais pelo Senado, pelos tribunos e pelo povo” (tradução livre de WOLFF, 1951, p. 27). “Em conexão com o direito de ‘interceder’, outro princípio bastante característico da Constituição Romana deve ser mencionado, a saber, a ‘colegialidade’. Isto significa que as funções eram dadas a vários homens simultaneamente, possuindo uma igual *potestas* [...]. Pois era um princípio do direito romano que, sempre que um poder ou direito era dividido entre várias pessoas, cada um poderia, separada e independentemente, exercer plenamente os poderes que envolvessem tal direito. Isto incluía o direito de prevenir qualquer um de usurpar este poder, incluído, o outro colega” (*ibid.*, p. 30). “Em tempos de emergência, o princípio da colegialidade, o direito tribunicio de interceder e o direito dos cidadãos de apelar ao povo pela *provocatio* poderiam dificultar seriamente um governo forte. Para estas ocasiões, os romanos tinham um magistrado extraordinário, com poder de *imperium* – o *dictator* – que era livre destas limitações” (*ibid.*, p. 36).

902 Tradução livre de Kelsen, 2002, p. 116.

903 Kelsen, 2005, p. 163-4.

seria tipicamente o jurídico, pois a validade de uma norma não decorre de seu conteúdo, mas de uma autorização; a norma dinâmica, puramente, seria apenas uma norma autorizadora de outra norma e isto seria o elemento fundamental de um ordenamento jurídico positivo:

[A] derivação de uma norma particular também pode ser realizada de outra maneira. [...] A norma fundamental apenas estabelece certa autoridade, a qual, por sua vez, tende a conferir poder de criar normas a outras autoridades. As normas de um sistema dinâmico têm de ser criadas através de atos de vontade pelos indivíduos que foram autorizados a criar normas por alguma norma superior. [...] O sistema de normas que chamamos de ordem jurídica é um sistema do tipo dinâmico.⁹⁰⁴

A partir daí, Kelsen provoca uma verdadeira *alteração* no sentido de positivismo jurídico e, até, no sentido de *direito*, pois, como vimos antes, juspositivismo distingue-se do jusnaturalismo pela tese da separação entre direito e moral; em um sentido mais primordial, distinguia-se apenas entre as *leis postas* – por seres humanos, obviamente – e as ditas *leis naturais*⁹⁰⁵; mas o importante a ser considerado é que, em todas as concepções antigas de *direito positivo* ou *lei positiva*, havia *conteúdo*: afinal, uma coisa é haver um conteúdo *predefinido* ou *predeterminado*, tal como um *Wille* kantiano ao qual *die Willkür* deve adequar-se – o que é uma fórmula geral tanto do jusnaturalismo como do logocentrismo –. outra é ter apenas o conhecimento que este conteúdo, embora indefinido, existe.

Kelsen, embora não afirme expressamente que as normas jurídicas não possuem conteúdo, mas “podem ter qualquer tipo de conteúdo”⁹⁰⁶, ao nosso ver, acaba criando uma terceira alternativa: se verificarmos que ele afirma que “[o] sistema de normas que chamamos de ordem jurídica é um sistema do tipo dinâmico”⁹⁰⁷ e que, neste sistema, “[a] norma fundamental apenas estabelece certa autoridade, a qual, por sua vez, tende a conferir poder de criar normas a outras autoridades”⁹⁰⁸, podemos ver claramente – quer tenha ele percebido ou não o que

904 *Ibid.*, p. 165.

905 No caso de Roma, por exemplo, Bobbio, em sua obra sobre o positivismo, afirma que: “*jus gentium* e o *jus civile* correspondem à nossa distinção entre direito natural e direito positivo, visto que o primeiro se refere à natureza (*naturalis ratio*) e o segundo às estatuições do *populus*” (BOBBIO, 1995, p. 18).

906 KELSEN, *op. cit.*, p. 166. “Não existe nenhum tipo de conduta humana que não possa, por causa de sua natureza, ser transformado em um dever jurídico correspondente a um direito jurídico. [...] O Direito é sempre Direito positivo, e sua positividade repousa no fato de ter sido criado e anulado por atos de seres humanos, sendo, esse modo, independente da moralidade e de sistemas similares de normas. Esse fato constitui a diferença entre Direito positivo e Direito natural, o qual, como a moralidade, é deduzido a partir de uma norma fundamental presumivelmente auto-evidente, considerada como sendo a expressão da ‘vontade da natureza’ ou da ‘razão pura’” (KELSEN, *op. cit.*, p. 166-7).

907 *Ibid.*, p. 166.

908 *Ibid.*, p. 166.

estava escrevendo – que Kelsen afirma, contradizendo-se, que a *norma jurídica stricto sensu* – por ser dinâmica – só pode ter *um* conteúdo: *conferir autoridade*. Mas isto não é *conteúdo*, no sentido original do termo, pois o *comando* ou a *injunção* da lei acaba se tornando apenas um resquício de sistema estático que se acopla ao sistema dinâmico do direito: a *moldura*, na qual o juiz *pinta o quadro que quiser, contanto que tenha tinta para isto*⁹⁰⁹.

4.3.3.2

A relação da norma

Assim, Kelsen procura esconder que, *no princípio era o ato*; e faz isto por meio de um discurso de *pureza*:

Quando a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe a garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende liberar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental.⁹¹⁰

Kelsen procura encontrar o *logos que principia o direito*; o problema é que, quando se procura fazer isto, a única coisa que se encontra é uma *différance*: na realidade, só há *ato*. Ele talvez tenha percebido este *ato*, mas prefere chamá-lo de *norma*: no princípio era a *norma fundamental*. Antes de tratarmos dela, porém, consideremos novamente à crítica de Bobbio a Hobbes, pois ele afirma que, em um sistema de normas, uma delas só pode encontrar validade em outra, *ad infinitum, ad*

909 Não ignoramos que Kelsen também trata do que chama de uma *estática jurídica*: “[p]aralelamente, Kelsen distingue duas possibilidades de organização de sistema de normas: relacionando-as a partir de seus conteúdos ou a partir das regras de competência e as demais reguladoras de sua produção. No primeiro caso dá-se origem a um sistema estático e no segundo, a um sistema dinâmico” (COELHO, 2001, p. 4). No entanto, “[u]mas das distinções mais importantes da teoria kelseniana diz respeito à norma jurídica (*Rechtsnorm*), de um lado, e à proposição jurídica (*Rechtssatz*), de outro” (*ibid.*, p. 7). “A proposição jurídica [*sc.*, apenas] descreve uma norma jurídica. Assim, em 1940, ao editar o Código Penal, o legislador enunciou que o *homicídio deve ser punido com reclusão de seis a vinte anos*” (*ibid.*, p. 8). E assim, podemos perceber claramente que o papel do legislador será apenas editar *proposições jurídicas*, ou seja, *propor normas*, pois: “a distinção mais relevante entre normas e proposições jurídicas concerne à organização lógica do sistema jurídico. Para Kelsen, o conjunto de normas jurídicas, a ordem em vigor, não tem lógica interna. As autoridades simplesmente baixam atos de vontade, no exercício de suas competência jurídicas. Aliás, como as normas podem ser unicamente válidas ou inválidas, não havendo sentido atribuir-lhes ou negar-lhes função de verdade, e, por outro lado, a lógica se cinge às inferências entre enunciados verdadeiros ou falsos, então não cabe submeter as relações entre normas de uma mesma ordem jurídica aos preceitos lógicos. Apenas indiretamente, isto é, através das proposições jurídicas que as descrevem, será admissível investigar a logicidade das relações internormativas” (*ibid.*, p. 9). O que Ulhoa explica, de maneira não muito clara, é que, ao fim de tudo, um legislador pode editar uma proposição jurídica, por exemplo, “ $1+1=2$ ”, e o magistrado declarar que a norma jurídica é “ $1+1=3$ ”, pois o *sistema dinâmico* sobrepõe-se completamente ao *sistema estático*, ou, em outras palavras, *dada a moldura, o juiz pinta o quadro que quiser*.

910 KELSEN, 2000, p. 1.

nauseam; o que, ao nosso ver, não só é uma *petitio principii* como uma tautologia: em um sistema no qual só há *normas* – não só como elemento ontológico, mas como o único elemento, por ser o único *puro*⁹¹¹ –, uma norma só pode ter validade em outra, pois isto é tudo que há; e Kelsen define tudo desta forma:

O Estado é aquela ordem da conduta humana que chamamos de ordem jurídica, a ordem à qual se ajustam as ações humanas, a idéia à qual os indivíduos adaptam sua conduta. [...] Não existe nenhum conceito sociológico de Estado ao lado do conceito jurídico. [...] O dualismo de Direito e Estado é uma duplicação supérflua do objeto de nossa cognição, um resultado de nossa tendência a hipostatizar nossas personificações.⁹¹²
O conceito de pessoa física (natural) nada mais significa que a personificação de um complexo de normas jurídicas. O homem, um homem individualmente determinado, é apenas o elemento que constitui a unidade na pluralidade dessas normas.⁹¹³

Realmente, isto pode não ser uma *hypostasis*, mas não deixa de ser uma *nomostasis*, afinal, segundo Kelsen, *somos todos normas*. No entanto, mesmo que o jurista não postulasse a superioridade desta sua visão, até como descrição sistêmica ela é precária, pois um sistema que só possui um único elemento só pode estabelecer relações entre o mesmo elemento, o que nada explica⁹¹⁴; tanto que ninguém procura transformar realmente este sistema em uma linguagem formal, o que é perfeitamente possível se este sistema for *realmente científico*. Isto, porém, não é muito difícil de se realizar, pois, se o *jurídico* é apenas o caráter dinâmico, teremos uma sequência de normas de autorização – $(N_n \rightarrow \dots (N_2 \rightarrow (N_1 \rightarrow N_0)) \dots)$ – às quais se acoplam as várias *molduras da lei* – $\{M_0; M_1; M_2 \dots M_n\}$ –, que são, como o nome diz, apenas *molduras*. *Mas o que são estas normas? A quem elas dirigem-se? O que é esta norma fundamental?*

Para respondermos a estas perguntas, voltemos a Hobbes. Ele, obviamente, só pode ser um *positivista* no sentido de distinguir a *moral* do *direito*; acreditamos que também só pode ser chamado de *realista jurídico* no sentido que reconhece que, para o direito ser eficiente, este necessita de uma estrutura de poder por detrás; mas, por outro lado, não confunde *mero poder* com *direito*, caso contrário, não teria o conceito de *hostilidade*. No entanto, embora não seja um *normativista*

911 “Fazendo-se o devido desconto à tautologia, a teoria do Direito aqui apresentada é uma teoria jurídica. Ela mostra o Direito como sendo um sistema de normas válidas. O seu objeto são as normas, gerais e individuais. Ela considera fatos apenas na medida em que eles sejam, de um modo ou de outro, determinados por normas” (KELSEN, 2005, p. 235).

912 *Ibid.*, p. 272-5.

913 *Ibid.*, p. 138.

914 Como comenta Keeney sobre a obra de Bateson, este “uma vez propôs que ‘são necessários dois para conhecer um’” (KEENEY, 1991, p. xii). Ou, como vimos com Spencer-Brown, *traçar uma distinção* é necessário para criar um sistema e *uma norma* não pode distinguir-se apenas de si mesma (*cf.*, SPENCER-BROWN, 1979, p. 3).

ou um *positivista kelseniano*, acreditamos que está muito longe de ser o *jusnaturalista* que Bobbio afirma que ele seja; Hobbes está mais próximo a uma concepção do direito que podemos chamar de *relacional*, tal como Pashukanis, quando ele afirma que “a relação jurídica é a célula do tecido legal; somente assim o direito atinge seu movimento real. Comparado a isto, o direito como um agregado de normas é apenas uma abstração sem vida”⁹¹⁵.

Sendo assim, Bobbio quase *acerta* ao apontar a lei natural que recomenda a abdicação da soberania como fundamento do sistema jurídico hobbesiano, mas falha em perceber que a *validade do sistema* – apenas para utilizar a terminologia do jurista italiano, pois Hobbes não faz uso destes termos – é o *ato* em si e não a norma que o autoriza, pois, na realidade, ela, por ser moral, *não cria nenhuma autorização*, mas apenas recomenda – tal como um *conselho* – e, como o próprio Hobbes afirma, *obriga apenas de forma* metaforica, pois isto, na realidade, é apenas um *desejo* de ver a lei cumprida, isto é, estar em paz – *in foro interno*.

Tentaremos explicar a teoria hobbesiana utilizando termos jurídicos atuais: a chave para sua compreensão é a relação estabelecida entre a pessoa jurídica do soberano e as pessoas dos súditos; é uma abordagem ao mesmo tempo *relacional* – pois é intersubjetiva – e *subjettiva* – pois se estabelece por um ato voluntário e não um imperativo categórico –, em oposição à abordagem *normativista* que caracteriza o positivismo de Kelsen; ela parte dos conceitos de *pessoa*⁹¹⁶ e de *pacto*⁹¹⁷ ao invés de ter como base o conceito de *norma*; assim, o que há como fundamento de todo o sistema jurídico não é uma norma fundamental ou de reconhecimento, mas um *negócio jurídico*, que é o pacto, estabelecendo uma *relação jurídica fundamental*⁹¹⁸; este *ato* é, naturalmente, também *social*, mas *torna-se jurídico pelo reconhecimento dos participantes*, isto é, *torna-se um ato jurídico*⁹¹⁹; é um ato de vontade que cria a primeira norma e não outra norma; uma norma não pode criar-se *ex nihilo*.

915 PASHUKANIS, *op. cit.*, p. 85.

916 O conceito de *pessoa*, aqui, refere-se ao conceito de *personalidade jurídica*, que “está intimamente ligada ao de pessoa, pois exprime a *aptidão genérica para adquirir direitos e contrair deveres*” (PEREIRA, 2007. p. 213. Grifos nossos).

917 No sentido de *negócio jurídico*: “declaração de vontade no sentido da obtenção de um resultado” (*ibid.*, p. 475), hábil “a produzir efeitos jurídicos queridos” (*ibid.*, p. 475).

918 “O direito subjetivo se decompõe em três elementos fundamentais: *sujeito, objeto e relação jurídica*” (*ibid.*, p. 39). “*Relação jurídica* traduz o poder de realização do direito subjetivo, e contém a sua essência. É o vínculo que impõe a subordinação do objeto ao sujeito. Mas não existe relação jurídica entre o sujeito e o objeto. Somente entre pessoas é possível haver relações, somente entre sujeitos, nunca entre o ser e a coisa” (*ibid.*, p. 44).

919 *Ato jurídico* em *lato sensu* — aquele que “tem o poder de instituir resultados ou gerar efeitos jurídicos” (*ibid.*, p. 475) —, do qual o pacto, como *negócio jurídico*, é espécie.

Adeptos de uma teoria estritamente normativista poderiam opor-se a esta forma de conceber o Direito, afirmando que *pessoas, objetos, relações e negócios jurídicos* só podem existir como tais se houver uma norma assim definindo; é possível argumentar contra esta posição afirmando que *uma norma jurídica*, em si, é *uma espécie de relação jurídica estabelecida entre o soberano e o súdito*, tendo sempre um objeto que, para uma parte, é uma obrigação, ao mesmo tempo em que, para a outra, é um direito.

Outra objeção que poderia surgir é a de que *relações jurídicas* e, principalmente, *negócios jurídicos* são matérias de *direito privado*; contra isto, argumentamos que, como já alertamos, não devemos nos prender à *literalidade*, pois este negócio jurídico pode muito bem ser entendido como um *tratado entre soberanos* no momento constitucional do Estado, e, como vimos, assemelha-se mais a uma *capitulação* ou a uma *federação* do que com um *contrato comercial*; e, posteriormente, quando o soberano promulga leis, não há nem que se falar em negócios jurídicos, mas em *atos jurídicos de direito público* – relações de *subordinação* – diferentemente de uma relação de direito privado – que é de *coordenação*⁹²⁰.

Deste modo, mesmo que se queira realizar uma análise normativa do direito, entendendo a *norma* como seu *átomo*, podemos enxergar os elementos da relação – *pessoas, objeto e vínculo* – como suas *partículas elementares*. No entanto, um normativista como Bobbio ainda pode objetar que, mesmo não sendo um *comando da lei natural*, se os soberanos pactuam é porque há uma norma autorizando-os e esta é o *direito natural* hobbesiano. É claro que, quem tanto procura uma *norma*, acaba encontrando-a, mesmo que seja em sua própria imaginação, mas o fato de chamar a liberdade absoluta de *direito natural*, como já vimos extensivamente, é apenas uma metáfora, e não repetiremos tudo que já falamos.

O que devemos apenas observar é que esta suposta *norma autorizadora* não é nada além da resultante da ausência de qualquer *logos* ou *direito natural*. Deste

920 Entendamos esta ideia a partir do conceito de *ato administrativo*, pois é espécie de um *ato jurídico de direito público*: “[o] conceito de *ato administrativo* é fundamentalmente o mesmo do ato jurídico, do qual se diferencia como uma categoria informada pela finalidade pública. É ato jurídico todo aquele que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos. [...] Partindo desta definição, podemos conceituar o ato administrativo com os mesmos elementos fornecidos pela Teoria Geral do Direito, acrescentando, apenas, a *finalidade pública* que é própria da espécie [...]. [...] *Ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria*” (MEIRELLES, 2008, p. 152). A partir desse conceito, basta trocar *administração pública* por *soberano* e chegaremos à nossa definição de *lei*, em sentido amplo, distinta de *negócio jurídico*, e as principais diferenças são: 1) *declaração unilateral de vontade*; 2) *proferida pelo soberano*.

modo, é simplesmente lógico que o direito da natureza seja, no *estado de natureza*, totalmente absoluto, pois, não havendo nenhuma lei neste estado, não poderia ser diferente. O fato de trazermos esta *equação hobbesiana* novamente a tona é simplesmente para mostrar que Bobbio utiliza-se da mesma lógica para afirmar a completude de seu *direito positivo*; ele afirma que, em todo ordenamento jurídico, há uma norma geral exclusiva, que significa, de forma sintética, que *o que não é proibido é permitido*:

[U]ma norma que regula um comportamento não só limita a regulamentação e, portanto, as consequências jurídicas que desta regulamentação derivam para aquele comportamento, mas ao mesmo tempo exclui daquela regulamentação todos os outros comportamentos. [...] Todos os comportamentos não-compreendidos na norma particular são regulados por uma *norma geral exclusiva*, isto é, pela *regra que exclui* (por isso é exclusiva) *todos os comportamentos* (por isso é geral) *que não sejam aqueles previstos pela norma particular*. [...] Segundo essa teoria, nunca acontece que haja, além das normas particulares, um espaço jurídico vazio, mas acontece, sim, que além daquelas normas haja toda uma esfera de ações reguladas pelas *normas gerais exclusivas*.⁹²¹

Para exemplificarmos, pensemos em uma lógica estritamente positivista, na qual não há nenhum direito – no sentido de conjunto de leis – fora do Estado e nem antes do Estado, consequência de não haver jusnaturalismo: pela lógica, *só há a norma geral exclusiva*. O mesmo acontece no sistema de Hobbes: como no estado de natureza não há nenhuma norma positiva, não há nenhuma proibição, logo, este suposto direito natural é apenas o que ocorre quando se considera o direito positivo como o único sistema de direito vinculante e não há nenhuma lei positivada. A lógica proposta por Bobbio é a mesma que há em Hobbes, pois este afirma a norma geral exclusiva quase que expressamente:

Se notarmos que não existe no mundo inteiro qualquer Estado que tenha estabelecido Regras suficientes para regular todas as Ações e palavras dos homens (o que seria impossível), conclui-se, necessariamente, que em todos os tipos de ações não previstas pelas leis, os homens têm a Liberdade de fazer o que for sugerido pela sua razão, e que esteja de acordo com o seu interesse.⁹²²

Ou seja, *realiza-se um pacto* ou *capitula-se* não porque haja uma *norma fundamental autorizando*, mas porque não há nada proibindo; é tal como Diógenes, que anda para frente e para trás porque simplesmente pode e não porque há uma *lógica zenônica* autorizando-o⁹²³. Assim, quando se abdica da soberania, seja por pacto social ou por capitulação, ao contrário do que é comumente interpretado, não

921 BOBBIO, 1994, p. 133, grifos nossos.

922 HOBBS, 2008, p. 155-6.

923 Cf., nota nº 561 deste trabalho, a respeito dos Eleáticos.

há uma cessão completa de todos os direitos, mas a possibilidade do soberano revogar qualquer direito na forma de uma lei, permanecendo-se livre em todos os outros aspectos até que o soberano determine o contrário; esta interpretação é perfeitamente compatível com a nossa visão do estado de natureza de Hobbes como um espelho da ordem internacional; com isto, havendo uma perfeita simetria entre o *jus naturale* e a *norma geral exclusiva*, ou é impossível afirmar que Hobbes seja um jusnaturalista ou Bobbio também o é, pois afirma o mesmo.

4.3.3.3

A norma que nunca existiu

Com tudo isto, poderia haver um último argumento contra o positivismo hobbesiano: mesmo não sendo baseado nas leis naturais, o Estado hobbesiano é fundado em um fato social, seja o contrato ou a conquista; isto significaria que a teoria de Hobbes não seria *pura* como a de Kelsen. Este argumento, porém, seria apelar para o lado mais fraco do positivismo kelseniano: a fundamentação do direito com base em sua *norma fundamental* ou *Grundnorm*.

O jurista austríaco propôs sua *Grundnorm* como uma ficção; uma pressuposição que o jurista precisa fazer para conceber um sistema jurídico *puramente* positivo: “[a] norma fundamental de uma ordem jurídica [...] não é positiva, mas meramente pensada, e isto significa uma norma fictícia, não no sentido de um real ato de vontade, mas sim de um ato meramente pensado”⁹²⁴. Esta descrição apresentada, contudo, é sua última versão; em obras mais antigas, Kelsen tentou explicar como ocorre o fundamento desta norma, dando o exemplo de uma revolução:

O fenômeno da revolução demonstra de forma clara a significação da norma fundamental. Suponha-se que um grupo de indivíduos tente conquistar o poder pela força, a fim de depor o governo legítimo de um Estado até então monárquico e introduzir uma forma republicana de governo. Se forem bem-sucedidos, se a velha ordem terminar e a nova ordem começar a ser eficaz, porque os indivíduos cuja conduta a nova ordem regula efetivamente se conduzem – de um modo geral – em conformidade com a nova ordem, então essa ordem é considerada como uma nova ordem válida. Agora, é de acordo com essa nova ordem que a conduta dos indivíduos é interpretada como sendo lícita ou ilícita. Mas isso significa que se pressupõe uma nova norma fundamental.⁹²⁵

Isto, de modo algum, seria diferente da instituição da soberania pela conquista, conforme Hobbes descreve; e se a conquista é possível, o contrato

924 Kelsen, 1986, p. 328.

925 Kelsen, 2005, p. 173.

também o é, pois, no fundo, ambos são apenas uma *abdicação da soberania*, ou seja, uma *autorização ao novo soberano*.

Kelsen, contudo, procura *esconder* este *ato*, preferindo afirmar que *no princípio era o Logos*; e, assim, propõe sua incrível teoria da *norma que nunca existiu*. No entanto, não vamos discutir sobre isto, pois, embora não seja exatamente uma discussão sobre palavras, é uma discussão sobre qual o momento que algo *torna-se* direito. Ao nosso ver, algo *torna-se* direito da mesma forma que um pedaço de papel torna-se *dinheiro*: quando as pessoas acreditam nisto e quando há uma estrutura que realmente o faça valer. Na teoria jurídica de Hobbes, este momento é a *autorização* e o que valida esta autorização é o fato de, *in abstracto* – no caso do *estado de natureza*, por exemplo –, não haver nada a proibindo; podemos chamar isto, também, de uma espécie de *Grundnorm*. No entanto, enquanto que, para Kelsen, esta tem mais um sentido de *fiat potestas*, para Hobbes, é mais um caso de *nulla potestas*; assim, enfatizamos o *ato* por ser o aspecto *positivo* da instituição do direito, enquanto esta norma é meramente *negativa*.

Contudo, pelo fato desta concepção hobbesiana do direito ser, de certa forma, *subjetiva*⁹²⁶, isto talvez seja o que leva Kelsen a censurá-la, pois, voltando à sua crítica da soberania, ele afirma que:

Na prática, é próximo do impossível negar, de plano, o caráter normativo, não só do direito internacional, como também de um sistema de Estados além do próprio, de modo que a concepção dualista precisa recorrer a uma ficção para levar em conta a natureza legal dos complexos normativos existentes fora do próprio Estado. É, a saber, a doutrina que, se uma norma internacional será vinculante para o próprio Estado e se Estados além do próprio devem ser considerados como comunidades legais perante o próprio Estado, precisam ser “reconhecidos” como tais por este Estado. Desta forma, a base de validade do Direito internacional e de outros sistemas jurídicos estatais além do próprio está construída dentro do sistema legal de um Estado, na “vontade” do próprio Estado *qua* máxima entidade legal em uma esfera social.⁹²⁷

Kelsen é um internacionalista e sustenta uma abordagem monista do direito internacional em oposição à concepção dualista, criticada na citação acima, na qual, para uma norma de direito internacional ser válida, esta dependeria da vontade do Estado soberano⁹²⁸. O porque deste posicionamento pode ser explicado por razões políticas: o problema da guerra foi uma grande preocupação para o jurista austríaco, talvez por boa parte de sua produção acadêmica inicial ter sido escrita entre as duas

926 Dizemos *subjetiva*, pois inclui esta *autorização*, mas, após isto, é tão objetiva quanto a teoria da dinâmica jurídica de Kelsen.

927 Tradução livre de KELSEN, 2002, p. 114-5.

928 “O monismo internacionalista teve em Hans Kelsen seu expoente maior” (REZEK, 2008, p. 4).

guerras mundias. A solução do problema, para Kelsen, passava pela ordem jurídica, e, assim, em 1944, escreveu um livro chamado *A paz pelo direito*, no qual chega a afirmar que:

Não há dúvidas que a solução ideal para a organização do mundo no que concerne o problema da paz mundial é o estabelecimento de um Estado Federal Mundial composto de todas as nações ou tantas quanto for possível. A concretização desta ideia, porém, esbarra em sérias e, ao menos no presente momento, incontornáveis dificuldades.⁹²⁹

Por ser uma obra mais realista – talvez em razão do momento no qual foi escrita –, Kelsen abandona a ideia de um Estado mundial e fala abertamente de um pacto entre nações: “[o] fato do Estado não ter originado-se em um contrato social não é argumento contrário suficiente para o estabelecimento ordem garantidora da paz por meio de um tratado internacional”⁹³⁰; e conclui este raciocínio afirmando que:

Se, ao final da Segunda Guerra Mundial, somente três ou quatro Grandes Potências permanecerem, e estas estiverem satisfeitas com suas reivindicações territoriais, então estará inteiramente dentro do escopo da política prática a chance de um tratado estabelecer uma organização mundial efetiva para a manutenção da paz e, com isto, a paz internacional ser alcançada pelo direito internacional.⁹³¹

Ou seja, nada mais hobbesiano, só que em um escala internacional. Em outras obras, porém, na tentativa de procurar uma justificativa para o problema da *vinculação objetiva* dos Estados ao direito internacional, Kelsen continuará propondo uma teoria baseada em sua *norma hipotética*; e, com isto, conforme entendemos a lógica de sua doutrina, acaba caindo em contradição:

Para encontrar a fonte da ordem jurídica internacional, temos de seguir um curso semelhante ao que nos conduziu à norma fundamental da ordem jurídica nacional. Precisamos começar a partir da norma mais baixa dentro do Direito internacional, isto é, da decisão de um tribunal internacional. Se perguntamos por que a norma criada por tal decisão tem validade, a resposta nos é fornecida pelo tratado internacional em conformidade com o qual o tribunal foi instituído. Se, novamente, perguntamos por que esse tratado tem validade, somos levados de volta à norma geral que obriga os Estados a se conduzir de acordo com os tratados por ele firmados, uma norma comumente manifestada pela expressão *pacta sunt servanda*. Essa é uma norma do Direito internacional geral, e o Direito internacional geral é criado pelo costume constituído pelos atos dos Estados. A norma fundamental do Direito internacional, portanto, deve ser uma norma que aprova o costume como fato criador de normas e que poderia ser formulada da seguinte maneira: “Os Estados devem se conduzir como têm se conduzido de costume”. O Direito internacional consuetudinário, desenvolvido com base nessa norma, é o primeiro estágio dentro da ordem jurídica internacional.⁹³²

929 Tradução livre de KELSEN, 1944, p., p. 5.

930 *Ibid.*, p. 8.

931 *Ibid.*, p. 9.

932 KELSEN, 2005, p.525.

O raciocínio de Kelsen pareceria coerente se não fosse por um pequeno detalhe: ele afirma como norma fundamental do Direito internacional uma *norma estática*. Como vimos anteriormente, o jurista alemão afirma que o que é típico do direito é o ordenamento do tipo dinâmico, cuja norma fundamental é uma autorização e não uma norma material que impõe um *dever ser*. A norma fundamental do direito internacional determina que os Estados *devem agir como sempre agiram*, de modo que não é uma norma tipicamente jurídica, pois, como o próprio Kelsen afirma, a norma fundamental de um ordenamento jurídico deve ser uma norma do tipo dinâmico: *uma norma autorizadora*. Assim, com esta proposição, Kelsen sustenta seu direito internacional em um *dever ser*, uma norma de conduta e, portanto, *moral*, o que é uma enorme contradição, pois o equipara a um jusnaturalista.

Poder-se-ia dizer que estamos *jogando com as palavras*, e que Kelsen expressou-se mal, pois, na verdade não quis dizer que os Estados *devem se conduzir como têm se conduzido de costume*, mas que *estão autorizados a se conduzir como têm se conduzido de costume*; no entanto, além de ser o óbvio ululante afirmar que alguém ou um algum Estado está autorizado a agir como de costume, não é este o caso, pois, em sua obra *Princípios do direito internacional*, de 1952, ele afirma claramente que “a força vinculante do direito internacional consuetudinário baseia-se, em última instância, nesta suposição fundamental: na hipótese que o costume internacional é um fato criador de normas”⁹³³, e faz isto para afirmar que “o direito internacional convencional [viz., o direito criado por tratados] é inferior ao direito internacional consuetudinário”⁹³⁴.

Com isto, podemos perceber que, como jurista, Kelsen é um ótimo retórico, pois ele propõe esta *tese* justamente contra a “outra teoria [...], na qual o direito internacional consuetudinário é válido porque é baseado no reconhecimento e, assim, no consentimento dos Estados que são vinculados por suas normas”⁹³⁵, mas, em *A paz pelo direito*, defendia ardentemente um *pacto* de Estados para a formação de uma confederação – quiçá um Estado mundial – que possa manter uma paz mundial efetiva:

A analogia entre a paz nacional e a internacional, que implica a prioridade da teoria da força sobre a doutrina do contrato, não é conclusiva no que diz respeito às relações intraestatais por mais um motivo: a paz internacional pode ser garantida sem o

933 Tradução livre de Kelsen, 2010, p. 314.

934 *Ibid.*, loc. cit.

935 *Ibid.*, loc. cit.

estabelecimento de um Estado Mundial. O alto grau de centralização, que é característico de um Estado, não é, ou não será após a conclusão desta guerra necessário para a garantia de uma paz durável. O monopólio da força, o elemento necessário para uma comunidade legal garantir a paz entre seus membros, é possível até quando a centralização não atinge o nível característico de um Estado.⁹³⁶

Deste modo, quando encontramos um Kelsen mais pragmático, tratando de problemas reais no fim da Segunda Guerra Mundial, vemos que o jurista até se aproxima de Hobbes. Por outro lado, em seus outros escritos teóricos sobre o direito internacional, além de ser contraditório – pois, se o direito consuetudinário prevalece sobre o convencional, e sua *organização mundial para a paz* é baseada em uma convenção, não haveria nenhuma obrigação a um Estado curvar-se a ela, caso seja contra o costume –, é até curioso que ainda seja considerado um *positivista*, pois como pode haver um que ache que o costume deve prevalecer sobre o direito estabelecido? Não temos nada contra quem expressa suas opiniões políticas e jurídicas, mas que não seja contraditório, pois isto é uma *paradiástole* no mal sentido do termo. Além disto, como diria Hobbes, *quem decide qual costume é lei e qual não é*⁹³⁷?

O fato é que Kelsen enfrenta sérias dificuldades para sustentar uma teoria puramente normativista e, assim, é até curioso que critique os dualistas, afirmando que *se baseiam em uma ficção solipsista para fundamentar a ordem legal internacional*, mas, ao final, descreva sua *Grundnorm* como uma “uma norma fictícia, [...] um ato meramente pensado”⁹³⁸. Mais que uma ficção, a *grundnorm* é um *paradoxo*, pois, como Bobbio informa, Kelsen considera que “o fundamento de validade de uma norma só pode ser outra norma”⁹³⁹, e como não possui validade em outra norma, a *Grundnorm* não pode ser válida, o que, por consequência, invalida todas as outras que dependem de sua validade para que também sejam válidas. Sendo assim, não há nada mais *subjetivo* que isto: um sistema inteiro – todo um pensamento jurídico – que se baseia no que Hobbes chama “[u]m Ídolo ou uma mera ficção do cérebro”⁹⁴⁰.

936 Tradução livre de Kelsen, 1944, p. 9.

937 Acreditamos que as palavras de Hobbes sobre quem deve julgar o direito natural (*jus gentium*, cf., p. 141 deste trabalho), aplicam-se igualmente ao caso em questão “[n]ão há acordo, entretanto, sobre quem deve julgar quais nações são as mais sábias” (tradução livre de Hobbess, 1999, p. 81). Hobbes também afirma que “[a] ignorância das causas e da origem do Direito, da Equidade, da Lei e da Justiça faz um homem acreditar que o costume e exemplo são as regras de suas ações” (tradução livre de Hobbess, 1991a, p. 73), e, “quando Práticas antigas obtêm a autoridade de Lei, não é o Lapso Temporal que as autoriza, mas a vontade do Soberano, marcada pelo seu silêncio” (*ibid.*, p. 184).

938 Kelsen, 1986, p. 328.

939 Bobbio, 1991, p. 126.

940 Tradução livre de Hobbess, 1991a, p. 113.

4.4

Conclusão: e no fim, também o ato

O problema maior de Kelsen não é tanto sua teoria, mas o seu discurso. Para sermos mais precisos, sua teoria é problemática, pois é contraditória, e uma teoria não pode ser contraditória, *per definitionem*; mas o seu discurso de *cientificidade* e *pureza* é ainda mais problemático, pois procura esconder uma proposta política que é evidente desde seus primeiros escritos, como em *O problema da soberania e a teoria do direito internacional*, de 1920, no qual afirma que “o conceito de soberania precisa, de fato, ser radicalmente suprimido”⁹⁴¹ para que a comunidade internacional possa sair “de seu *status* primitivo para uma *civitas maxima* – também no sentido político material destas palavras”⁹⁴². “Como uma tarefa sem fim [...] todos os esforços políticos devem ser direcionados a este Estado mundial constituído como uma organização mundial”⁹⁴³; o que não nos parece ser um discurso muito *científico*.

Isto nos lembra do cientista experimental Boyle e seus companheiros da Royal Society que defendiam ter a competência para provar *fatos* pela *ciência*, mas utilizavam esta prerrogativa para provar a existência de *espíritos*⁹⁴⁴. Este cientista foi mais um dos adversários de Hobbes, com quem este teve uma controvérsia; e, embora a questão possa parecer científica, na verdade, era política:

As acusações de Hobbes aos experimentalistas eram acusações contra os efeitos políticos [...]. As questões de autoridade intelectual e autonomia eram componentes centrais desta crítica política. [...] Os experimentalistas eram apenas mais um grupo de conspiradores cujos interesses consistiam em obter poder sobre os cidadãos, e cuja desonesta confederação procurou por uma autonomia ilegítima dentro do Estado.⁹⁴⁵

Ou seja, mais um daqueles casos em que, *após decidido o trunfo*, *pretende-se que este seja o naipe que mais se tiver em mãos*; e esta máxima pode ser aplicada a qualquer pessoa ou grupo que queira, por retórica ou qualquer subterfúgio, compelir alguém à obediência, tal como Kelsen e sua *Grundnorm*, com sua *pureza* e sua *cientificidade* que mais oculta do que revela.

941 Tradução livre de KELSEN, 1920, p. 320.

942 *Ibid.*, loc. cit.

943 *Ibid.*, loc. cit.

944 “Uma gama de estratégias vinculam os experimentos com os esforços sacerdotais para ganhar a aprovação de crentes indisciplinados. Clérigos, como More e Glanvill usaram tecnologias experimentais para fazer histórias de fantasmas e testemunhos de bruxas tornarem-se questões de fato e assim convencer os homens que espíritos eram reais” (tradução livre de SCHAFFER & SHAPIN, p. 314). “Boyle colaborou com esta tentativa de fazer os testemunhos de percepção de espíritos convincentes [...]: uma boa evidência de ‘seres inteligentes que não são visíveis’ poderia ajudar na ‘recuperação’ de ateus” (*ibid.*, p. 314-5).

945 *Ibid.*, p. 320.

Nisto, talvez, se encontre a *ironia* do soberano hobbesiano: *se há algo que seja realmente convincente a compelir à obediência de alguém é uma arma apontada em sua direção* – o resto é *retórica* –, uma crítica que pode ser vista de vários ângulos; a escolha é do leitor – “*Read [by] thy self*”⁹⁴⁶. Mas mesmo que não se ache muita graça nas *ironias hobbesianas*, qualquer que seja a leitura do *soberano*, acreditamos que será proveitosa.

Em primeiro lugar, se, como vimos, tantos esforços foram travados para *varrer a soberania do mapa*, algo de *perigoso* ela deve ter – perigoso para os inimigos da soberania do *demos* –, pois ninguém se esforça tanto à toa; e, para isto, a *Philosophia Prima* de Hobbes oferece um arsenal de técnicas para revelar estes discursos que pretendem criar um *trunfo* do nada.

Em segundo lugar, em todos estes esforços, acaba que a soberania não é *suprimida*, mas sim *escondida* ou *deslocada para outro lugar*: é o que vemos em Kelsen, pois o próprio Bobbio acaba por afirmar que, “[e]m uma teoria normativa rigorosa como a de Kelsen, a norma fundamental é o conceito exatamente simétrico ao poder soberano”⁹⁴⁷. Assim, no âmbito da teoria pura, Kelsen *esconde* a soberania em sua *Grundnorm*; já na sua proposta política internacionalista, o que faz não é suprimir a soberania *em geral*, mas a soberania *estatal*: aquela é apenas *deslocada* para um nível superior – o da *ordem internacional*.

E é curioso o verbo que utiliza – *verdrängen*⁹⁴⁸ –, pois tem um sentido duplice – tanto *suprimir* como *substituir*⁹⁴⁹ –, como, também, o *Aufhebung* hegeliano. Não há, porém, *suprassunção*, mas o contrário: *Verdrängung* é o original do termo freudiano que, em português, é traduzido por *recalque* ou *repressão*⁹⁵⁰. Por isto acreditamos ser importante estudar a soberania: para percebermos quando ela é *recalcada*.

Porém, mesmo acreditando que, um dia, a soberania possa *evanescer* junto com o Estado, como diria Pashukanis, isto é algo para o *futuro* e não a realidade concreta e atual; assim, pensamos que Hobbes oferece-nos um *léxico* para não apenas entender, mas também poder *mapear* a soberania e o direito, e, com isto, permite-nos perceber os *fluxos de poder*, o que, para qualquer um, pode ser útil; e este é o nosso último ponto: a soberania e o direito como *linguagem* – sem esquecermos, é claro, que *tantum juris quantum potentia valet*.

946 HOBBS, 1991a, p. 10.

947 BOBBIO, 2008, p. 171.

948 “*Die Souveränitätsvorstellung freilich muß radikal verdrängt werden*” (KELSEN, 1920, p. 320).

949 Cf., TÜRCK & WILLMANN, 2003, p. 608.

950 Cf., FREUD, 1915, p. 129, e GARCIA-ROZA, 1995, p. 164.