

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Paula Véspoli Godoy

HANS KELSEN E CARL SCHMITT:
o debate entre normativismo e decisionismo

MESTRADO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

SÃO PAULO
2010

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Paula Véspoli Godoy

HANS KELSEN E CARL SCHMITT:
o debate entre normativismo e decisionismo

MESTRADO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional, sob orientação do Professor Doutor Antônio Carlos Mendes.

SÃO PAULO
2010

Banca Examinadora

Ao meu saudoso pai, Iberê Godoy e à
minha grande incentivadora e amada
mãe, Silvia Véspoli Godoy.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu orientador, Professor Doutor Antônio Carlos Mendes, pela oportunidade, pelos ensinamentos e, principalmente, pela confiança irrestrita.

Agradeço ao Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, por acreditar e investir na minha formação acadêmica e profissional.

RESUMO

Este trabalho visa abordar o debate entre os juristas Hans Kelsen e Carl Schmitt ocorrido no entreguerras, durante a República de Weimar. Procura analisar a teoria e os conceitos que cada autor possui sobre questões como democracia, soberania, poder de um governante e seus limites, Estado de Direito, força e função da Constituição. Analisa os dualismos que permeiam este debate, dentre os quais, *normativismo* e *decisionismo*, *Direito e Poder*, *Jurídico e Político*, *normalidade* e *exceção*, reflexões que os levaram às respostas diversas sobre quem deve ser o “guardião da Constituição”: o Tribunal Constitucional na concepção de Kelsen e o Presidente do Reich na concepção de Schmitt. As posições teóricas de cada autor quanto ao controle de constitucionalidade das leis, não obstante terem ocorrido na primeira metade do século XX, ainda provocam estudos e críticas acirradas, seja pelo formalismo exacerbado de Kelsen ou pela ideologia reacionária e autoritária de Schmitt. Muitos doutrinadores da Teoria e da Filosofia do Direito e do Direito Constitucional contemporâneos abordam este tema para tratar dos problemas atuais da jurisdição constitucional. As críticas ao normativismo formalista, ao estado de exceção e ao modelo parlamentar demoliberal, destacam-se entre os temas mais analisados. A contemporaneidade deste debate e sua importância na incessante busca pelo aperfeiçoamento do controle de constitucionalidade das leis e garantia do princípio democrático e dos direitos inseridos na Constituição são o objeto do presente estudo.

PALAVRAS-CHAVE: Hans Kelsen. Carl Schmitt. Normativismo. Decisionismo. Estado de exceção. Formalismo. Controle de constitucionalidade. Tribunal Constitucional.

ABSTRACT

The purpose of this work is to analyze the debates between the jurists Hans Kelsen and Carl Schmitt occurred in between wars, during the Weimar Republic. It also purports to consider the theory and the concepts of each author on issues such as democracy, sovereignty, the power of a governor and his limitations, State of Law, strength and function of the Constitution. It analyzes the dualisms involved in this debate, among which, normativism and decisionism, Law and Power, Legal and Political affairs, normality and exception, reflections which eventually led them to the diverse answer on who must be the “guardian of the Constitution”: the Constitutional Court according to Kelsen’s conception and the President of the Reich according to Schmitt’s conception. The theoretical accounts of each author regarding the control of law constitutionality, notwithstanding having occurred on the first half of the twentieth century, still bring about studies and fierce criticisms, whether it is due to Kelsen’s exacerbated formalism or to Schmitt’s reactionary and authoritarian ideology. Many indoctrinators of the Theory and the Philosophy of contemporary Law and Constitutional Law address the subject to deal with the present problems of the constitutional jurisdiction. The criticisms to the formalist normativism, to the state of exception and the demo-liberal parliament model, are amongst the most analyzed issues. The contemporaneity of this debate and its importance in the relentless search for the improvement of the control of constitutionality of the law and assurance of the democratic principle and the rights introduced in the Constitution is the goal of the present study.

KEY WORDS: Hans Kelsen, Carl Schmitt, normativism, decisionism, state of exception, formalism, control of the constitutionality, Constitutional Court.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO E OBJETIVOS	08
CAPÍTULO I – CONTEXTO HISTÓRICO: OS AUTORES E SUAS OBRAS	12
1.1 Sobre Hans Kelsen	12
1.2 Sobre Carl Schmitt	13
1.3 O debate sobre “O guardião da Constituição”	15
1.3.1 Kelsen – 1929	15
1.3.2 Schmitt – 1931	20
1.3.3 Kelsen – 1932	40
CAPÍTULO II – O NORMATIVISMO KELSENIANO	49
2.1 Essência e valor da democracia – 1920	50
2.2 Teoria Pura do Direito – 1934 e Teoria Geral do Direito e do Estado – 1945	51
CAPÍTULO III – O DECISIONISMO SCHMITTIANO	62
3.1 Teologia política – 1922	63
3.2 A situação histórico-cultural do atual parlamentarismo – 1923	67
3.3 Teoria da Constituição – 1928	70
3.4 O conceito do político – 1932	74
3.5 Legalidade e legitimidade – 1932	77
CAPÍTULO IV – AS ANÁLISES DESTA DICOTOMIA	82
4.1 Sobre a posição adotada por Kelsen	82
4.1.1 Kelsen visto por Norberto Bobbio	82
4.1.2 Kelsen visto por Fabio Ulhoa Coelho	88
4.2 Sobre a posição adotada por Schmitt	91
4.2.1 Schmitt visto por José Caamaño Martínez	91
4.2.2 Schmitt visto por Giorgio Agamben	103
4.3 Outros estudos sobre o tema	107
CONCLUSÃO	118
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	125
BIBLIOGRAFIA	128

INTRODUÇÃO E OBJETIVOS

O debate intelectual entre o alemão Carl Schmitt e o austríaco Hans Kelsen se deu no entreguerras, mais especificamente entre 1929 e 1932, antes de Hitler ascender ao poder como chanceler na Alemanha e pôr fim à República de Weimar (que durou de 1919 a 1933) e sua Constituição de 1918.

Neste momento histórico, os dois juristas travam um debate sobre quem deve ser o guardião, o defensor, o garantidor da Constituição e dos direitos nela inseridos, ou seja, quem ou que órgão deve ser competente para realizar o controle de constitucionalidade das leis que regem uma nação.

O pensamento de cada um desses autores a respeito do controle de constitucionalidade das leis pelo “guardião da Constituição” é consequência dos conceitos e teorias que cada um possui do que seja a democracia, a soberania, o poder de um governante e seus limites, o Estado de Direito, o Estado Constitucional e, claro, a função e a força da Constituição.

Assim, a conclusão a que chegaram sobre quem deve ser o “guardião da Constituição” é pautada por todo raciocínio teórico que cada qual possui em relação à ciência do Direito, à Teoria do Estado, à Teoria Constitucional e que são frutos daquele período histórico.

A teoria de Kelsen é conhecida como um positivismo *normativista*, a qual parte da premissa de que o Estado e o Direito (ordenamento jurídico) são a mesma coisa, afinal, o ordenamento jurídico é formado pelas leis votadas pelos representantes do povo (soberania popular = soberania normativa), que manifestam a forma de Estado que aquele grupo social pretende formar.

Já Schmitt possui uma teoria designada *decisionista*. A norma jurídica, para Schmitt, difere da existência do Estado, pois este último é entendido como a “unidade política” (e não normativa) de um povo. Por isso, faz uma distinção entre Constituição e Lei Constitucional, pois para ele, uma Constituição não se apoia em

uma norma abstrata como fundamento de validade, mas em uma *decisão política*, surgida de um ser político concreto.

Por isso, a resposta à questão “Quem deve ser o guardião da Constituição?” irá depender dos componentes que formam a teoria jurídica de cada autor. Baseado no *normativismo*, Kelsen entende que os Tribunais Constitucionais são um meio idôneo para se garantir a essência da democracia, oferecendo proteção aos direitos, controlando leis, regulamentos, tratados internacionais, todos subordinados e conforme a “lei maior” que é a Constituição. Já Schmitt, que se baseia na tese *decisionista*, entende que os Tribunais podem até controlar as leis em face dos mandamentos constitucionais, mas não podem defender nem proteger a Constituição, pois o problema da unidade do Estado (como decisão política do povo) recai sobre outro representante popular: o Presidente do Reich.

Para Schmitt, a teoria de Kelsen acarreta uma “politização da justiça”, pois os litígios constitucionais sempre serão políticos e não de mera conformidade normativa. Já para Kelsen, a teoria schmittiana possui natureza ideológica e não científica, confundindo o problema da política com o de Direito, estando Schmitt naquela época ainda aderindo a um constitucionalismo monárquico. Para Kelsen, pretender que o Presidente do Reich represente um poder neutro é uma ficção, afinal, ele sempre será eleito por um partido político.

Muitos doutrinadores reduzem o debate destes dois juristas como sendo o enfrentamento de um liberal-democrata com um nacional-socialista. Mas é muito mais que isso, pois a bagagem intelectual e a abrangência de suas obras são de tamanha grandeza que são referências obrigatórias à Teoria do Direito, à Teoria do Estado e à Teoria da Constituição, até os dias de hoje.

Independentemente das críticas sofridas por Schmitt no sentido de que sua teoria “legitimou” a ascensão de Hitler e o regime nazista totalitário em Weimar, seu pensamento é baseado em alguns conceitos jurídicos e políticos que contrariam o modelo normativo kelseniano e que não podem ser ignorados. De fato, a história parece ter dado razão a Kelsen, haja vista o modelo jurisdicional de controle de constitucionalidade das leis hoje existente na maioria dos países ocidentais. Mas as observações realizadas por Schmitt, relacionadas aos problemas do modelo

normativo formalista, ainda são objeto de estudo e críticas de autores contemporâneos.

Ou seja, o debate ainda é atual. O modelo kelseniano demonstrou ser legitimador da democracia, um meio idôneo de representação popular na composição do ordenamento jurídico, assim como a formação do Tribunal Constitucional como garantidor da Constituição nos moldes austríacos, serviu de referência para muitos países com diferentes nuances. Porém, de alguma forma, a crítica de Schmitt quanto ao excesso de formalismo desvinculado da realidade social, à ineficácia do Parlamento na solução dos conflitos e na satisfação dos anseios sociais, bem como a crítica sobre a “politização” dos Tribunais são também pertinentes e merecem ser estudados.

Com o propósito de verificar a posição adotada por cada autor no debate sobre “Quem deve ser o guardião da Constituição?” partiremos primeiramente dos textos produzidos por eles neste enfrentamento teórico ocorrido no entreguerras, o que nos obriga, num segundo momento, a abordar o conjunto da obra de cada um, passando pelas discussões de *normativismo* e o *decisionismo*, *Direito e Poder*, *Jurídico e Político*, *normalidade* e *exceção*, ou seja, suas premissas, seus conceitos, seus caminhos.

Assim, a questão de quem deve realizar o controle de constitucionalidade das leis de um Estado será o ponto de partida para o conhecimento da obra destes autores e de suas visões antagônicas, as quais continuam causando polêmica. Pretende verificar, sob a visão destes juristas, quem vem à frente: o Direito ou o Poder? A norma ou a decisão? Qual o mecanismo mais adequado para cumprir e garantir o princípio democrático? Pretende verificar como, quem ou que órgão é mais competente e legítimo para resguardar e garantir os preceitos e princípios contidos na Constituição.

Primeiramente, será exposto o contexto histórico em que viveram estes autores e que influenciaram sua formação acadêmica e suas obras. Posteriormente, analisaremos diretamente o debate sobre o “guardião da Constituição”. Partindo do debate sobre o controle de constitucionalidade, abordaremos as obras principais destes autores e seus conceitos centrais que elucidam suas posições, para, então,

expormos as análises que têm sido realizadas por outros teóricos do Direito sobre esta questão e sobre o posicionamento destes dois grandes juristas.

CAPÍTULO I – CONTEXTO HISTÓRICO: OS AUTORES E SUAS OBRAS

1.1 Sobre Hans Kelsen

Hans Kelsen nasceu em Praga, pertencente à época ao Império Austro-Húngaro. Formou-se pela faculdade de Direito de Viena, na qual lecionou a partir de 1911. Foi assessor jurídico do Ministério da Guerra, o que lhe permitiu, a partir de 1918, colaborar com a redação da nova Constituição austríaca, proclamada em 1920. Foi membro do Tribunal Constitucional Austríaco de 1921 a 1930, quando se mudou para a Alemanha, sendo professor da Universidade de Colônia.

Judeu, abandonou a Alemanha com a ascensão dos nazistas ao poder, transferindo-se para Genebra. Ao começar a Segunda Guerra Mundial, emigrou para os Estados Unidos em 1940. Lecionou em Harvard e Berkeley. Em 1934 publicou sua mais famosa obra, a *Teoria Pura do Direito*. Sua obra *Teoria Geral do Direito e do Estado*, de 1945, é praticamente a condensação de todo seu pensamento.

Sua *Teoria Pura do Direito* teve muitos adeptos, sendo estudada e adotada além das fronteiras austríacas. Porém, sua pureza metodológica e o enfoque normativo de seu pensamento também sofreram críticas. Segundo o Professor Tércio Sampaio Ferraz¹:

[...] Kelsen foi continuamente acusado de reducionista, de esquecer as dimensões sociais e valorativas, de fazer do fenômeno jurídico uma mera forma normativa, despida de seus caracteres humanos. Sua intenção, no entanto, não foi jamais a de negar os aspectos multifaciais de um fenômeno complexo como é o direito, mas de escolher, dentre eles, um que coubesse autonomamente ao jurista. Sua idéia era a de que uma ciência que se ocupasse de tudo corria o risco de se perder em debates estéreis e, pior, de não se impor conforme os critérios de rigor inerentes a qualquer pensamento que se pretendesse científico.

Por isso, em busca dessa *pureza* metodológica, Kelsen enfoca todo seu raciocínio na norma posta. Afasta qualquer ato de vontade, qualquer aspecto social,

¹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Prefácio à obra *Para Entender Kelsen*, de Fabio Ulhoa Coelho. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. XVI.

político ou moral que possa estar por trás dela. A existência da norma independe de quem a criou, o que importa é a sua *validade*. Não importa a ele se a norma é justa ou não, pois o critério de justiça vai além do direito, envolvendo avaliações morais.

Um aspecto importante e fundamental para desenvolver o presente trabalho é verificar que para Kelsen, do ponto de vista da ciência jurídica, o Direito e o Estado se confundem. O Estado é organizado através de normas, que estabelecem competências e sanções. Sem a ordem normativa o Estado deixa de existir. Esta premissa fará com que compreendamos toda sua linha de pensamento, inclusive, a sua posição quanto ao “guardião da Constituição”.

1.2 Sobre Carl Schmitt

Carl Schmitt é certamente um dos mais polêmicos pensadores do século XX. Sua obra jurídica mescla constantemente com suas ideias políticas e os acontecimentos de sua época. Não obstante as críticas sofridas pelo autor em razão de sua militância política junto ao partido nazista, ao qual se filiou em 1930, seu pensamento jurídico é profundo e coerente, tendo uma obra vasta que merece ser estudada de forma científica e independente de ideologias.

Não há dúvida de que em sua obra constam, além de textos científicos sobre a teoria do Direito, alguns contendo verdadeiros discursos ideológico-panfletários. Por isso, sofreu um verdadeiro paradoxo pessoal, entre a independência intelectual e oportunismo político, o que lhe gerou inclusive ameaças de morte pelo regime nazista, pois tinha um passado em que manteve contato com judeus (dedicou, inclusive, sua obra “Teoria da Constituição” ao amigo Dr. Fritz Eisler, morto em 1914). Suas ideias acabaram por “incomodar” o regime nazista, não obstante ter mudado seu discurso para favorecê-lo (alguns textos possuem até um conteúdo antissemita).

O cerne de sua teoria é embasado no pensamento jurídico decisionista. Foi um debatedor não só do normativismo formal representado por Kelsen, como do liberalismo e do regime parlamentarista. Schmitt faz uma correlação direta entre os

conceitos de Direito e Soberania, diferentemente de Kelsen, que os separa completamente.

O autor, filho de pais católicos fervorosos, recebeu uma educação religiosa que marcaria toda sua trajetória intelectual. A situação política da Alemanha após a Primeira Guerra Mundial, entre 1917 e 1920, bem como a Revolução Bolchevique, os levantes comunistas alemães e os efeitos do Tratado de Versalhes para a Alemanha marcaram toda sua geração. O advento da República de Weimar em 1919 e o início do parlamentarismo no lugar de um regime autoritário permearam toda sua preocupação intelectual.

Schmitt tinha um verdadeiro temor de uma crise e fragmentação do Estado alemão. A Alemanha estava marcada por uma forte divisão de partidos no Parlamento, o que fez com que ele descreditasse o debate livre, o qual chama de “romantismo político”, pois, para ele, este era incapaz de chegar a uma decisão. Por isso, opta por uma posição conservadora, defendendo até a garantia de poderes excepcionais ao Presidente do Reich.

Schmitt, segundo Ronaldo Porto Macedo Jr.², a exemplo do que ocorreu com outros intelectuais alemães, menosprezou o poder dos nazistas em 1930. Não confiava em Adolf Hitler, pois entendia que ele não tinha capacidade para realizar as reformas necessárias, evitar a crise e recuperar a capacidade do governo que estava desmantelada por um parlamento pluralista. Mesmo após a tomada do poder pelos nazistas, Schmitt acreditou que uma influência mais conservadora e tradicional de suas ideias pudesse conter os perigos da ditadura anunciada pelo novo *Fuhrer*.

Em 1º de maio de 1933, após o partido nazista ter expurgado das universidades alemãs professores socialistas, judeus, liberais e antinazistas, Schmitt se filia ao partido nacional-socialista. Neste período escreveu muitos textos sobre o Estado totalitário, inserindo observações antisemitas em suas obras. Mas vale notar, que mesmo escrevendo estes textos pró-nazismo, o tempo todo precisou provar sua adesão ideológica ao nazismo, pois era visto pelos próprios nazistas como um “oportunista”.

² MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a fundamentação do Direito*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

Seu oportunismo chegou a tal ponto que suas posições não eram aceitas como autênticas nem para os nazistas nem para os antinazistas. Sua situação era difícil tanto internamente como no exterior. Manteve-se em silêncio desde o início de 1936 até o final da Segunda Guerra. Após a Segunda Guerra, Schmitt volta a escrever.

Mas as obras de Schmitt que interessarão a este trabalho são aquelas produzidas durante a República de Weimar, no entreguerras. Há quem diga que sua real intenção em apoiar o regime nazista era tentar realizar sua teoria constitucional do “Estado Total” e não o Estado ditatorial instalado naqueles moldes.

O que se busca aqui é contrapor sua teoria decisionista ao normativismo formal de Kelsen, mas para tanto, não poderíamos deixar de contextualizá-la em sua época, vez que é fruto destes acontecimentos.

1.3 O debate sobre “O guardião da Constituição”

1.3.1 Kelsen – 1929

Em 1928, Kelsen publicou em francês o artigo “A jurisdição Constitucional”. Com base em sua “Teoria Geral do Estado” de 1925, trata da natureza da garantia jurisdicional da Constituição. Tendo sido um dos elaboradores da Constituição austríaca de 1920, visa demonstrar a técnica por ele elaborada para “garantir o exercício regular das funções estatais”³.

Busca desta forma, a regularidade tanto da criação do direito, da legislação, como da execução da lei, das normas jurídicas aplicadas. Para isso, parte da premissa de que o direito regula sua própria criação e o Estado se cria e recria sem cessar com o direito. O direito, no caminho que percorre desde a Constituição até os atos de execução material, não para de se concretizar.

³ Kelsen entende por “funções estatais” os atos jurídicos de legislar e executar o direito.

Por isso, esclarece que Constituição, lei e decreto são normas jurídicas gerais, sendo que sentença e ato administrativo são normas jurídicas individuais. A cada grau que desce na escala hierárquica das normas a partir da Constituição, a liberdade de criação diminui. A regularidade nada mais é do que a relação de correspondência de um grau inferior com o grau superior da ordem jurídica. Assim garantia da Constituição significa regularidade das regras subordinadas a ela.

A transição da monarquia absoluta para a monarquia constitucional, fez com que deslocasse o poder das mãos do monarca para o texto da Constituição e que as leis fossem votadas com a colaboração dos representantes nacionais. Porém, não foi isso que se viu ocorrer, pois mesmo após a instauração da monarquia constitucional, em muitos Estados, não só o poder de sanção das leis permaneceu com o monarca, mas a promulgação das leis, ou seja, o monarca ainda exercia a função de controle.

Porém, não obstante houvesse quem ainda defendesse que o controle de constitucionalidade deveria ser realizado pelos chefes de Estado, Kelsen entendia que o exame de constitucionalidade devia ser retirado dos órgãos de aplicação do direito, pois se trata de técnica jurídica moderna de controlar a regularidade dos atos estatais.

Kelsen descreve estas técnicas como sendo preventivas (que evitam a produção de atos irregulares) e repressivas (que reagem contra o ato irregular já produzido). Essas técnicas não devem ser restritas a casos concretos, como faziam os Tribunais da época, pois geram falta de unidade das soluções e insegurança do direito daí resultante, afinal, um Tribunal pode entender pela aplicação de um regulamento ou lei por considerá-los regulares, enquanto um outro Tribunal faz o contrário, vedando-os.

Devido a isso, entendia que deveria haver uma centralização do poder de examinar a regularidade das normas gerais, por uma autoridade única, bem como deveria ser abandonada a limitação da anulação ao caso concreto, adotando-se um sistema de anulação total, para todos os casos em que a norma seria – ou não – aplicada. Tal poder só pode ser confiado “a uma instância central suprema”.

Kelsen discorre sobre a anulação de atos administrativos e sentenças, mas foca sua análise na técnica que objetiva garantir a regularidade das funções estatais, que é a anulação do ato inconstitucional, que representa a principal garantia da Constituição (o que não significa não considerar outros meios de assegurar regularidade de atos a ela subordinados).

Para ele, uma única forma de se ter uma garantia eficaz da constitucionalidade é por um terceiro órgão e não pelo próprio órgão que produziu aquele ato (seria, segundo o autor, até uma ingenuidade política contar que o Parlamento, por exemplo, anularia uma lei votada por ele próprio). Portanto, deveria ser um órgão diferente, independente dele e de qualquer outra autoridade estatal: *uma jurisdição ou um tribunal constitucional*.

Uma das objeções a este sistema jurisdicional diz que este seria incompatível com a soberania do Parlamento. Outra, que decorre da “separação de poderes”, diz que este sistema faz com que haja uma intromissão no poder legislativo. Kelsen rebate ambas. Para isso, traz a origem da doutrina da separação de poderes e fala que na verdade se trata de “divisão de poderes”, repartição de poderes entre diferentes órgãos, não para isolá-los reciprocamente, mas para permitir um controle recíproco de um sobre o outro, impedindo a concentração de poder e regularizando o funcionamento dos diferentes órgãos.

Assim, a *jurisdição constitucional* não só não é contrária a este princípio, como é a afirmação dele. É evidente que um Tribunal é independente diante de um Parlamento e diante do Governo. E justamente estes é que devem ser controlados pela jurisdição constitucional.

Por essa razão é importante esclarecer a distinção entre elaboração e anulação das leis. Quando se anula uma lei, aplicando as normas da Constituição, não há liberdade como na criação das leis. Enquanto o legislador só está preso à Constituição quanto ao procedimento e aos princípios e diretivas gerais, a jurisdição constitucional está determinada pela Constituição, é a aplicação do direito e pouca criação do direito, pois ela atua como um “legislador negativo”.

São objetos do controle de constitucionalidade das leis todos os atos que revestem a forma de leis, mesmo aqueles que contêm normas individuais, como atos administrativos e regulamentos. Para Kelsen, o controle deve se estender também aos decretos com força de lei, como o chamado “decreto de necessidade”, afinal, quanto mais estritas as condições que a Constituição os autoriza, maior o perigo de uma aplicação inconstitucional e, por isso, mais necessário um controle de sua constitucionalidade. Também aduz a necessidade de controle dos tratados internacionais, pois estes são fonte de direito equivalentes às leis e devem ser conforme a Constituição.

Quanto ao controle dos princípios constitucionais, o autor diz que os mesmos já estão incorporados às normas jurídicas. Mas, se alguns princípios não foram traduzidos como normas de direito positivo, difícil obter uma determinação unívoca dos mesmos, vez que são imprecisos: equidade, liberdade, igualdade, justiça, moralidade, etc. Nestes casos, tanto o legislador como os órgãos de execução das leis estão autorizados a preencher de forma discricionária o domínio que lhes é confiado pela Constituição.

Numa situação desta (quando se tratar de princípios), não é possível que o Tribunal se pronuncie sobre seu conteúdo, pois a concepção que os juízes tiverem destes termos poderia estar em oposição com a da população e com a da maioria do Parlamento que votou a lei. Para evitar tal deslocamento de poder, a Constituição deve abster-se desse gênero de termos e, se quiser estabelecer princípios relativos ao conteúdo das leis, deverá fazê-lo da forma mais precisa possível.

O significado jurídico e político que Kelsen dá à jurisdição constitucional é: se não houvesse a garantia de que atos que contrariem a Constituição fossem anulados, quer dizer, se não houvesse a anulação dos atos inconstitucionais, ela não seria tecnicamente obrigatória. Conforme o autor “seria um anseio sem força obrigatória”.

Outro valor importante da jurisdição constitucional se refere aos Estados que vivem uma república democrática, pois nestes, a jurisdição constitucional é uma forma de defesa das garantias das funções estatais, uma vez que quanto mais a democracia se expande, mais o controle deve ser reforçado. A jurisdição

constitucional acaba servindo como meio de proteção da minoria contra a maioria. Toda minoria (de classe, nacional, religiosa) cujos interesses são protegidos pela Constituição, tem interesse na constitucionalidade das leis. Neste ponto, importante transcrever o que aduz o autor:

Se virmos a essência da democracia não na onipotência da maioria, mas no compromisso constante entre os grupos representados no Parlamento pela maioria e pela minoria, e por conseguinte na paz social, a justiça constitucional aparecerá como um meio particularmente adequado à realização dessa idéia. A simples ameaça do pedido ao tribunal constitucional pode ser, nas mãos da minoria, um instrumento capaz de impedir que a maioria viole seus interesses constitucionalmente protegidos, e de se opor à ditadura da maioria, não menos perigosa para a paz social que a da minoria⁴.

Kelsen também verifica grande importância da jurisdição constitucional nas formas de Estado federativo. Este modelo descentralizado faz com que determinadas matérias sejam regidas por leis centrais e outras por leis locais. A repartição de competências é a ideia central do federalismo. E é por isso que diz o autor:

A proteção desse limite constitucional das competências entre União e estados federados é uma questão política vital, sentida como tal no Estado federativo, no qual a competência sempre dá ensejo a lutas apaixonadas. Mais que em qualquer outra parte, faz-se sentir aqui a necessidade de uma instância objetiva que decida essas lutas de modo pacífico, de um tribunal ao qual esses litígios possam ser levados como problemas de ordem jurídica e decididos como tal – isto é, de um tribunal constitucional.⁵

No Estado federado não há prevalência do direito federal sobre o direito estadual, por essa razão, ambos em suas relações recíprocas devem ser julgados de acordo com a Constituição que delimita seus domínios.

Esses são os pontos principais da *jurisdição constitucional*, teoria de Kelsen publicada neste período, a qual sofrerá críticas ao seu modelo, como veremos adiante.

⁴ KELSEN. *Jurisdição Constitucional*, p. 182.

⁵ KELSEN, op.cit., p. 183.

1.3.2 Schmitt – 1931

CRÍTICA AO MODELO KELSENIANO

O pensador alemão Carl Schmitt escreveu a obra “O Guardião da Constituição” em 1931, na qual questiona o papel do Poder Judiciário como o garantidor da Constituição, nos termos da teoria da jurisdição constitucional kelseniana. Sua crítica parte do rechaço ao *normativismo*, à neutralidade da Teoria Pura do Direito de Kelsen e ao liberalismo, que julga somente servirem de apoio aos ideais burgueses da época.

Inicia sua obra esclarecendo que a tarefa de apontar o “guardião” é difícil, haja vista a complicada situação constitucional da Alemanha vivida naquela época, encontrando-se em total transformação. A Constituição de Weimar tratava das garantias da Constituição e por isso a importância de se perguntar sobre seu defensor. Várias propostas da época são pelo tribunal do Reich, como “defensor e vigia”, mas entende serem estas propostas confusas, pois resultam numa justaposição entre os tribunais da Alemanha.

Todos que tratam o tema tendem a ser influenciados a transferir todos os problemas simplesmente para um processo judicial e desconsideram a diferença fundamental entre “decisão processual” e “decisão de divergências de opinião” sobre uma determinação constitucional. Limita-se a tratar do problema como sendo um mero problema de proteção contra leis e decretos inconstitucionais.

Schmitt diz que provavelmente estes entendimentos se deram em razão dos resíduos do período anterior à guerra e sob influência da “solução austríaca” (modelo kelseniano de jurisdição constitucional), mas pouco se discutiu sobre o significado de uma ampliação da justiça, contentando-se com normativismos e formalismos abstratos. Por isso se faz necessário apreciar o problema concretamente.

Começa dizendo que a ideia de tribunais sentenciadores como garantidores de uma Constituição surge a partir de ideias difundidas sobre a Suprema Corte dos

Estados Unidos da América, a qual defende princípios gerais, e se apresenta como guardião de toda uma ordem social e econômica. Porém, não se pode simplesmente transferir essa ideia às condições de um Estado europeu, vez que são política e socialmente bem diferentes.

Caracteriza o modelo americano de controle de constitucionalidade, que faz dos tribunais daquele país verdadeiros guardiões da Constituição, como sendo típico modelo de *Estado judicial*. Mas o modelo americano é absolutamente diferente do tribunal do Reich alemão, que tem uma importância muito modesta em comparação com o direito de exame de um tribunal norte-americano e se movimenta dentro de limites muito mais estreitos. O juiz alemão pode negar aplicação à lei ordinária num caso concreto, mas não privá-la de validade. Trata-se apenas do conflito de subsunções correspondentes ao tipo, não havendo outro tipo de exame pelos tribunais. Esclarece que:

A fundamentação atém-se cuidadosamente, para não falar formalmente, à normatização da norma constitucional e correspondente ao preceito jurídico, a qual, pelo seu tipo e sua estrutura lógica, possibilita uma confrontação com a lei ordinária. Sobretudo, não há segundo essa decisão nenhum exame judicial de uma lei no tocante a sua concordância com princípios jurídicos gerais como boa-fé, direito certo, razoabilidade (*reasonableness*, *expediency*) e noções semelhantes das quais se serve a prática do supremo tribunal dos Estados Unidos⁶.

Schmitt entende, assim, que o modelo alemão de exame judicial, ao contrário do norte-americano, deve permanecer situado na legislação, pois toda justiça está vinculada a normas e cessa quando as próprias normas tornam-se em seu conteúdo duvidosas e discutíveis. A justiça permanece vinculada à lei e, ainda que se anteponha uma lei ordinária a uma norma constitucional, ela não se torna a “guardiã da Constituição”.

Com efeito, somente quando ocorrer *insubordinação* e *resistência* aos comandos constitucionais é que deve existir um “guardião da Constituição” em sentido institucional. Por isso, os tribunais, tendo apenas a possibilidade de não aplicação de leis inconstitucionais, não podem ser considerados como guardiões. A aceitação do “guardião da Constituição” como pertencente à esfera da justiça pode

⁶ SCHMITT, *O guardião da Constituição*, p. 27.

ser explicada como uma ideia mal compreendida do Estado de Direito, a qual concebe a resolução judicial para todas as questões políticas, o que enseja no que ele chama de “politização da justiça”.

Espera-se de um guardião uma determinada proteção a um determinado risco bem definido e temido concretamente. Enquanto no século XIX este risco provinha do governo, ou seja, vinha do *executivo*, atualmente, a preocupação se dirige contra o *legislador*, por uma tutela contra as maiorias parlamentares. A norma constitucional deve proteger interesses minoritários, contra essa maioria. Por essa razão o legislador não pode ser o “guardião da Constituição”.

Também, muitos estudiosos não procuraram na Constituição de Weimar o “guardião da Constituição” na esfera do executivo, pois ainda havia a impressão da secular luta constitucional contra o governo.

Mas isso não quer dizer, para Schmitt, que o guardião está na esfera da justiça, pois devido à estrutura judicial, a proteção judicial fica restrita a fatos típicos já concluídos, enquanto os casos “verdadeiramente interessantes da proteção constitucional” permanecem fora da abrangência judicial.

Entende que não há como se cogitar a justiça como “guardião da Constituição” nem mesmo nas hipóteses em que o Parlamento é incapaz de ação, não fazendo uso de seus poderes constitucionais. Se um tribunal for incumbido de dirimir todas as dúvidas e divergências emergentes, para a qual pudessem apelar a maioria e a minoria parlamentar, tal tribunal seria uma instância política junto ao Parlamento, ao presidente e ao governo do Reich.

Quando há uma “justiça constitucional” fiscalizadora do legislador e do governo, ou está havendo uma violação constitucional a ser comprovada exercendo o tribunal uma atividade repressiva, ou o caso se encontra obscuro e duvidoso seja por motivos concretos, seja por incompletude e amplidão de toda Constituição escrita. Não existe nestes casos “questão de direito pura”, sendo a decisão deste tribunal diferente de uma decisão judicial, diferente de justiça.

Nesse contexto, o juiz se verá na situação de tomar medidas políticas, tornando-se um fator poderoso na política interna do Estado, sendo que sua independência judicial não poderá mais protegê-lo da responsabilidade política.

Neste momento da obra, Schmitt inicia uma crítica direta à teoria de Kelsen, rechaçando seu formalismo exacerbado em que tudo pode virar questão de justiça, em que tudo pode se tornar norma e estabelecimento de normas:

Quando o juiz, com base em uma determinação da lei penal, condena o réu à pena de reclusão, a sentença que determina a prisão é derivada, em seu conteúdo, da lei por meio de uma subsunção do caso a ser decidido, correspondente ao tipo, a uma norma que possibilita uma subsunção correspondente ao tipo e que já define antecipadamente, dentro de uma determinada esfera (pena de reclusão), o conteúdo da sentença. Quando o Primeiro Ministro do Reich faz uma aliança com a Rússia com base no artigo 56 da Constituição, ou quando o Presidente do Reich, com base no artigo 48, ordena uma “ajuda para o leste”, a aliança russa ou a ajuda para o leste não é derivada, em seu conteúdo e por meio de subsunção correspondente ao tipo, das disposições da norma constitucional constantes no artigo 56 ou 48 como aquela pena de reclusão da norma da lei penal. É um abuso deixar misturar a diferenciação entre instrução de competências e normatização material, justificar as mais variadas proposições, ordens, regulamentações, poderes e decisões com a palavra “norma” e, onde se trata de justiça, nem mais diferenciar entre “normas” sujeitas e as não sujeitas à ação da justiça.

[...]

Como todo problema teórico constitucional, o da “justiça constitucional” pode ser simplesmente solucionado por meio de conceitos “formais”. Mas tão logo se tenha em conta a diversidade objetiva entre legislação e justiça e a diversidade entre normas sujeitas e normas não sujeitas à ação da justiça, revela-se que aquela leve simplicidade representa tão só um jogo de equívocos. Quando Kelsen, e.g., fala de uma universal “gradação da ordem jurídica” e sobre essa base constrói todo seu raciocínio, isso é possível apenas enquanto os diversos significados na ambígua palavra Constituição – norma de base, decisão política geral, o conteúdo incidente de parágrafos constitucionais escritos (R. Smend), instrução de competências da norma constitucional, normatização singular da norma constitucional para direito material – assim como os muitos tipos de “normas” não são diferenciados, mas continuamente confundidos uns com os outros.

[...]

Assim, a “teoria de graus”, com sua “universalidade da norma”, é interessante, talvez, para a teoria jurídica abstrata, mas não para a teoria constitucional. Não se atinge o problema específico, pois, em vez de uma base teórico-constitucional, é dado um esquema teórico-jurídico vazio de “ordem jurídica” e de “gradação” universal ou “hierarquia” de “normas”.

[...]

Com razão, há apenas uma hierarquia de seres concretamente existentes, uma superioridade e subordinação de instâncias concretas. Uma “hierarquia de normas” é uma antropomorfização da “norma”, sem espírito crítico e ametódica, e uma alegoria improvisada⁷. (grifo do autor).

⁷ SCHMITT, op.cit., p. 58-60 (notas).

Assim, para Schmitt, esses conceitos formais, em que tudo pode se tornar “norma” são uma estranha mistura de “abstrações sem fundamento e metáforas fantasiosas” que se revelam neste problema do “guardião da Constituição”.

Não há nenhuma justiça de norma sobre norma, enquanto o conceito de “norma” não manter certa precisão. Na Constituição de Weimar, esta questão é importante, pois na segunda parte estão colocados os mais variados princípios, disposições de direito material, programas, diretrizes e compromissos. Se qualificarmos todos esses preceitos como “norma”, esta palavra terá perdido seu valor e se tornado inútil. Por isso, é neste ponto que reside, nos mais importantes casos, a obscuridade e a contradição, até mesmo dentro das próprias determinações do texto constitucional. Aqui, também, elimina-se a possibilidade de se simular uma gradação de normas e resolver uma colisão de normas por meio da ideia de hierarquia.

Diante desta situação, uma decisão de um tribunal sobre norma de conteúdo duvidoso ou obscuro é uma interpretação autêntica. E para o autor “toda instância que coloca, autenticamente, um conteúdo legal duvidoso fora de dúvida, atua no caso como legislador. Caso ela coloque o conteúdo duvidoso de uma norma constitucional fora de dúvida, então ele atua como legislador constitucional”⁸.

Toda sentença, nestes casos, possui um caráter *decisionista*, numa eliminação autoritária da dúvida surgida exatamente das muitas possíveis argumentações. Quando assim decide um tribunal, ele se manifesta como constituinte em função altamente política.

Por isso, é útil que se estabeleça o quão serão incumbidas as instâncias existentes e as a serem instituídas, no estabelecimento do conteúdo de leis constitucionais obscuras e indeterminadas. Não é correto formalizar o conceito da divergência constitucional retirando dele seu sentido concreto e qualificar tudo como divergência constitucional para a qual se deva instituir um “tribunal constitucional” como competente. Aduz o autor:

⁸ SCHMITT, op.cit., p. 67.

Instituir, perante tal Constituição, um tribunal constitucional para divergências constitucionais e não lhe entregar em mãos um conceito de divergências constitucionais, ou seja, nenhuma outra delimitação de sua competência além de uma definição vocabular totalmente vã, segundo a qual toda divergência acerca de uma disposição constitucional é uma divergência constitucional, significa, na realidade, nada mais do que entregar ao próprio tribunal a decisão sobre sua competência⁹.

A primeira condição, segundo o autor, para uma “justiça constitucional” permanece sendo um nítido conceito de “divergência constitucional”. Este conceito, por sua vez, só pode ser definido com uma estreita relação, com um claramente reconhecido *conceito de Constituição*.

CONSTITUIÇÃO COMO CONTRATO

Se a Constituição for concebida como um *contrato*, ou seja, uma situação jurídica bi ou plurilateral e não uma decisão ou lei política fundamental, daí pode ser respondida a pergunta sobre o que é divergência constitucional e quem pode ser parte desta divergência, pois as divergências constitucionais seriam aquelas entre as partes do contrato ou acordo constitucional sobre o conteúdo de suas estipulações.

Numa federação, a Constituição é um contrato de uma confederação de Estados. Nesta organização instaura-se uma instância para dirimir as divergências entre os membros da federação, ou entre eles e a União. Na Alemanha, divergências entre o Reich e Estados ou entre Estados são divergências a partir do contrato federal.

Porém, as divergências constitucionais dentro de um Estado são divergências entre Parlamento e governo a partir do contrato constitucional existente entre eles. A federação está interessada numa resolução pacífica e esta decisão está ligada à organização federal e não pode ser dela separada.

Mas no caso da Alemanha, a Constituição de Weimar, segundo Schmitt:

Persevera na idéia democrática da unidade homogênea e indivisível de todo o povo alemão, o qual se outorgou uma Constituição por meio de uma decisão política positiva, ou seja, por intermédio de ato unilateral. Com isso todas as interpretações e aplicações da Constituição de Weimar que se

⁹ SCHMITT, op.cit., p. 73.

esforçam em fazer dela um contrato, um acordo ou algo semelhante, são solenemente rejeitadas como violações do espírito da Constituição¹⁰.

Na Constituição de Weimar, de fato, há um elemento de tipo contratual que é a organização federativa, o que baseia um tribunal de Estado como descrito anteriormente. Mas, há também outro elemento análogo ao contratual, o qual o autor chama de “elemento pluralista”. Este elemento é formado por grupos sociais, partidos políticos, associações, organizações que conduzem a um sistema organizado que transpõe as fronteiras estaduais, difundindo-se no Reich. Atuam como um poder calculável e relativamente seguro e sólido. Fazem com que haja uma tendência para uma divisão pluralista do Estado. E, sendo assim, as partes portadoras do pluralismo reivindicam a própria Constituição, isto é, o poder estatal e seu exercício.

Ou seja, num *Estado pluralista* como a Alemanha, as coalizões político-partidárias acabam processando um partido hostil ou acabam chegando a acordos, que têm por objeto verdadeiros litígios constitucionais.

Por isso que não pode ser indefinido um conceito de “norma” e do que seja uma “divergência constitucional”. Para ele, conceituar toda decisão, lei ou contrato, como “norma” encobre essa realidade pluralista com ajuda de um formalismo e mantém “uma turva antítese entre o jurídico e o político, servente a todos os subterfúgios e volatizações, numa confusa situação”¹¹.

É por essa razão que Schmitt vai defender que a Constituição de Weimar deve ser entendida como uma “decisão política do povo alemão em sua homogeneidade”, na qualidade de detentor do poder legislativo constitucional, sendo o Reich alemão uma democracia constitucional. Assim, a resposta sobre o “guardião da Constituição” não precisará ser baseada em “estruturas judiciais fictícias”.

¹⁰ SCHMITT, op.cit., p. 90.

¹¹ SCHMITT, op.cit., p. 93.

A PROPOSTA DE SCHMITT

Buscando chegar à resposta de quem deve ser o “guardião da Constituição”, Schmitt esclarece a concreta situação constitucional do Reich alemão e a caracteriza por meio de três conceitos: pluralismo, policracia e federalismo, que são fenômenos que devem ser diferenciados entre si dentro da vida estatal, sendo que estão ligados somente por uma oposição comum, que vem a ser a unidade estatal fechada e universal. São definidos a seguir:

- a) federalismo: justaposição e cooperação de Estados, uma pluralidade de formas estatais sobre base estatal;
- b) pluralismo: maioria de complexos sociais de poder, solidamente organizados, estendendo-se pelo Estado, apoderando-se da volição estatal, sem deixar de ser um produto social (não-estatal);
- c) policracia: maioria de detentores da economia pública, juridicamente autônomos, em cuja autonomia a vontade estatal encontra um limite.

É sobre esta complicada confusão que se encontrava o Reich, segundo o autor, e que vinha sendo fragmentado por estes três fenômenos. Por isso não se pode instituir um “guardião da Constituição” sem um conceito claro de “norma”, de “Constituição” e de “divergências constitucionais”.

PLURALISMO

Schmitt esclarece que as constituições alemãs do século XIX estruturaram-se sob uma diferenciação clara, um dualismo, entre *Estado* e *sociedade*. Naquele tempo o Estado era forte o suficiente para se opor às forças sociais, mas não impedia sua reunião na sociedade. Manteve-se em considerável neutralidade e não-intervenção perante a religião e a economia, respeitando amplamente a autonomia dessas esferas da vida. Dessa forma, foi possível um equilíbrio e um dualismo. Este tipo de Estado era ao mesmo tempo um *Estado dirigente* e um *Estado legiferante*¹².

¹² Para Schmitt, os Estados se classificam segundo a área na qual encontram o cerne de sua atividade: Estados jurisdicionais, Estados de governo ou executivo e Estados legiferantes. Mas não

O *Estado legiferante* como o desenvolvido no século XIX retirava do juiz e transferia ao legislador a decisão “cuja racionalidade e justiça possam sempre trazer discussão”. Neste tipo de Estado não pode haver justiça constitucional como “guardião da Constituição”, pois aqui a justiça não decide questões constitucionais e legislativas já discutidas. O Parlamento, nesta época, trazia em si mesmo a verdadeira garantia da Constituição.

Mas isso só foi possível nessa época em que o Parlamento representava o povo e toda a sociedade que se contrapunham ao governo e ao Estado. A partir da transformação do Estado em Estado liberal, mínimo e neutro, surgem partidos cuja discussão e luta de opiniões configuram a opinião pública, o que dentro de um jogo livre de forças estatais e econômicas, acabam por dominar.

Os direitos políticos, a liberdade pessoal, de opinião, de contrato, econômica e a propriedade privada fazem com que o Estado liberal seja um Estado neutro, não intervencionista perante a sociedade. Isso fez com que o Estado se mudasse por completo, na medida em que aquela construção dual entre Estado/sociedade, governo/povo, perdeu sua tensão, e o Estado legiferante chegou ao fim, havendo em Weimar uma “auto-organização da sociedade”.

A sociedade auto-organizada em Estado faz com que Estado e sociedade sejam inseparáveis (acaba aquele dualismo mencionado anteriormente). O Estado deixa de ser neutro, pois os partidos nos quais se organizam os diversos interesses e tendências sociais, são a própria sociedade transformada em Estado partidário. A sociedade que se auto-organiza no Estado está a caminho de passar de um Estado neutro para um *Estado total* da identidade entre Estado e sociedade. Com o Parlamento despedaçado e sendo o Estado uma auto-organização da sociedade, resta saber como essa sociedade que se auto-organiza chegará a manter uma *unidade*.

Devido a isso, outro grande problema que o autor aponta no Estado de Weimar é em relação aos partidos políticos. Entende que os partidos menores são produtos “sociologicamente pouco sólidos”, enquanto os partidos maiores são

há Estados que concentram somente um desses modelos, eles são uma mistura dessas três espécies, apesar de ser possível caracterizá-los segundo a área central de sua atividade estatal.

produtos rígidos e minuciosamente organizados, formados por burocracias influentes, vinculados a uma clientela unida intelectual, social e economicamente.

Esses grandes partidos são tão organizados que aspiram uma mudança para o “total” e reúnem seu time ainda na juventude. Mas essas organizações convivem lado a lado com as outras formando o Estado pluralista. Esta pluralidade partidária evita que ocorra um Estado total, unipartidarista, como na União Soviética e na Itália.

Por isso, para o autor, o Parlamento deveria ser o cenário de um processo de comutação, por meio do qual a pluralidade dos antagonismos, interesses e opiniões sociais, econômicas, culturais e confessionais se transformassem na unidade da vontade política. Porém, não era isso que ocorria na Alemanha da época, pois ao invés de uma vontade estatal, davam-se apenas interesses momentâneos e especiais:

A presente situação do parlamentarismo alemão caracteriza-se pelo fato de que a volição estatal depende de maiorias parlamentares de numerosos partidos heterogêneos em todos os aspectos, maiorias estas instáveis e alternantes de caso a caso. A maioria é sempre uma maioria de coalizão e, de acordo com as várias áreas da luta política – política externa, política econômica, política social, política cultural – muito diferente. Esse Estado partidário democrático-parlamentarista é, numa palavra, um instável Estado partidário de coalizão. Os defeitos e inconvenientes de tal situação já foram frequentemente apresentados e criticados o suficiente, p.ex., maiorias incalculáveis, governos incapazes de governar e, devido a suas vinculações compromissórias, irresponsáveis, acordos partidários e faccionais ininterruptos e realizados às custas de um terceiro ou do todo estatal, nos quais cada partido participe se deixa pagar por sua colaboração, distribuição de cargos e prebendas estatais, municipais e outros de caráter público entre os adeptos do partido segundo algum código da força da facção ou da situação tática. Mesmo os partidos que, com uma franca atitude político-estatal, queiram colocar o interesse do todo acima dos objetivos partidários, são forçados, em parte por consideração a sua clientela e a seus eleitores, mas ainda mais pelo imanente pluralismo de tal sistema, ou a ajudar a impelir o contínuo movimento compromissório ou, porém, a ficar insignificamente, à parte e, no final, encontram-se na situação aquele conhecido cachorro da fábula de La Fontaine, o qual guarda com a melhor das intenções o assado de seu senhor, mas, quando vê outros cachorros caírem sobre o mesmo, também passa a participar, finalmente, da refeição¹³.

Como se observa, para Schmitt, o Parlamento como um cenário de repartição pluralista de forças sociais organizadas se torna incapaz de ação ou de se transformar em maioria, ou faz com que a maioria faça uso de todas as

¹³ SCHMITT, op.cit., p. 129-130.

possibilidades legais como meios e instrumentos de proteção à posse de seu poder, restringindo a chance de seus adversários de fazerem o mesmo.

Neste ponto, faz mais uma crítica ao formalismo, que acaba por cobrir com um véu de palavras e fórmulas, a serviço desses mecanismos. Diz que surge um “pluralismo dos conceitos de legalidade” que destrói o respeito à Constituição e a transforma num terreno inseguro e disputado por vários lados, enquanto a lógica da Constituição deveria ser a de tomar uma decisão política capaz de colocar fora de dúvida o que é a base comum da unidade estatal, posta por ela.

POLICRACIA

Entende Schmitt que o Estado de Weimar era um Estado assistencial e preocupado com o bem-estar social, e também era fiscal e tributário, pois ainda tinha que levantar tributos como reparação a Estados estrangeiros (pós Primeira Guerra - Tratado de Versalhes). Ou seja, há uma grande mudança de *Estado legiferante* para um *Estado econômico*. Porém, diz que por mais que essa mudança para um Estado econômico e preocupado com o bem-estar social signifique um momento crítico para o tradicional Estado legiferante, não significa que se tenha que alimentar os tribunais, pois todos os problemas advindos com este novo modelo devem ser solucionados pelo governo e não pela justiça.

Essas tendências pluralistas já expostas ocorrem simultaneamente com a mudança para o Estado econômico. Na área da economia, deveria haver uma uniformidade mais forte de toda direção, com a possibilidade de um programa financeiro e econômico uniforme, que pudesse combater os problemas enfrentados na Alemanha. Mas um Parlamento que é tão somente um cenário de um Estado partidário-pluralista e instável, não é capaz de tal planejamento.

Como consequência de tal policracia, apresenta-se uma falta de diretrizes uniformes, uma desorganização e falta de planejamento, até mesmo uma adversidade ao planejamento. Toda tentativa de se estabelecer um programa

financeiro abrangente, encontra empecilhos nesta policracia multifacetada, a qual está “assegurada por detrás de um forte dique de proteção legal e constitucional”¹⁴.

FEDERALISMO

Schmitt entendia não haver incompatibilidade entre o modelo federalista e o parlamentarismo, como ocorre na Alemanha pós-guerra, porém entendia que só seria possível ser bem sucedido, se houvesse uma relação recíproca de coesão e rigidez da unidade estatal.

O federalismo podia ser, inclusive, um contrapeso forte para as correntes pluralistas de poder e seus métodos partidários de dominação, sendo o meio mais seguro de descentralização.

POR UMA NEUTRALIDADE

Schmitt entendia que, para superar os problemas do pós-guerra, devia-se impedir o domínio do Estado por meio dos vários partidos, o Estado pluralista, exigindo-se instâncias e procedimentos neutros, independentes desse tipo de Estado partidário, cujos métodos “dominam o primeiro plano de nossa vida política de forma inoportuna e evidente”.

Por isso se fazia necessário que houvesse uma força contrária a esse Estado partidário-pluralista, sob pena de haver uma dominação do poder, seja por meios legais, seja de forma sub-reptícia. Faltava um governo estável e capaz de governar.

Para tanto, Schmitt propõe um *Estado político-partidariamente neutro*, que se oponha às forças e métodos do Estado de coalizão partidário, que por seus agrupamentos pluralistas, policráticos e federalistas, ora estão em posições opostas, ora podem formar uma aliança.

Mas não é possível que a base deste Estado neutro seja a justiça, pois não se pode confiar as decisões políticas, sob quaisquer encobrimentos judiciais, aos

¹⁴ SCHMITT, op.cit., p. 135.

tribunais do Estado ocupados com juízes de carreira. Por mais que os alemães tendessem a ter uma “necessidade de legalidade”, a “jurisdicização” da política devia ser protegida justamente para que se tivesse uma estrutura judicial independente e um Estado de Direito não afetado por uma politização partidária.

O instável Estado partidário leva a um governo incapaz de governar, com decisões políticas parciais e sem objetividade, além de transformar o Estado numa justaposição de acordos e contratos por meio dos quais os partidos repartem cargos, rendimentos e vantagens. Assim, o pluralismo levava a uma total dispersão da unidade alemã. Destaca Schmitt mais um perigo:

Ficaria, então, a cargo da pressão de fora, do interesse dos Estados credores na unidade do devedor das reparações de guerra, se a unidade da Alemanha deve perdurar ou não, e seria uma questão de discricção de governos estrangeiros se um comissário ou uma potestade estrangeiro determina as diretrizes da política interna alemã após o senso político do povo alemão não mais ter sido suficiente para uma própria volição¹⁵.

Por isso dizia que a política é inevitável e inextermínável. Toda área da atividade humana é política e se torna imediatamente política quando os conflitos e questões decisivos se passam nessa área. Tudo o que é de interesse público é político e nada que diga respeito ao Estado pode ser despolitizado. “A fuga da política é a fuga do Estado”¹⁶.

Portanto, a solução para as dificuldades enfrentadas na Alemanha não estavam no enfraquecimento do Estado, fraqueza esta resultante dos métodos pluralistas-partidários, que geram falta de imparcialidade e objetividade. Quem propunha despolitizar o Estado (como Kelsen e seu normativismo!) em nome da neutralidade, esquecia-se que para que haja uma imparcialidade independente, é necessária uma força que possa oferecer resistência a agrupamentos de interesses poderosos:

Neutralidade no sentido de imparcialidade e objetividade não se constitui em fraqueza e apolitismo, mas em seu contrário. Assim, a solução não reside em uma imparcialidade apolítica, mas em uma política objetivamente informada e que não perde de vista o interesse do todo¹⁷.

¹⁵ SCHMITT, op.cit., p. 160.

¹⁶ Idem, p. 161.

¹⁷ Idem, p. 168.

Para que se tenha um governo capaz de governar, como Schmitt entendia querer a Constituição do Reich, devia-se criar um governo eficiente. Para ser eficiente este governo devia ser apoiado e aclamado pelo povo, pois assim fica mais forte do que qualquer outro tipo de governo. Por isso estava prevista na Constituição do Reich uma democracia parlamentar e também plebiscitária. E no centro da parte constitucional plebiscitária estava o *presidente do Reich*.

A importância do papel desempenhado pelo presidente do Reich estava prevista no artigo 48 da Constituição de Weimar:

Article 48

If a state does not fulfill the obligations laid upon it by the Reich constitution or Reich laws, the Reich President may use armed force to cause it to oblige.

In case public safety is seriously threatened or disturbed, the Reich President may take the measures necessary to reestablish law and order, if necessary using armed force. In the pursuit of this aim, he may suspend the civil rights described in articles 114, 115, 117, 118, 123, 124 and 153, partially or entirely.

The Reich President must inform the Reichstag immediately about all measures undertaken based on paragraphs 1 and 2 of this article. The measures must be suspended immediately if the Reichstag so demand.

If danger is imminent, the provincial government may, for their specific territory, implement steps as described in paragraph 2. These steps may be suspended if so demanded by the Reich President or the Reichstag.

Further details shall be established by Reich legislation.¹⁸

Para Schmitt, era no artigo 48 que se encontrava o instrumento mais importante de combate do pluralismo-partidário, através do “estado de exceção”, o direito de baixar decretos de emergência em casos de ameaças à ordem e segurança públicas. Entende que as críticas a este artigo se explicam tanto pela diversidade de interesses e concepções político-partidárias, como pelo fato do

¹⁸ Tradução livre do artigo 48.

“Se um estado não cumpre os deveres que lhe incumbem a Constituição ou as leis do Reich, o presidente do Reich pode usar força militar para lhes obrigar.

No caso da segurança pública ser seriamente ameaçada ou perturbada, o Presidente do Reich pode tomar as medidas necessárias para restabelecer a lei e a ordem, se necessário utilizado da força armada. Na prossecução deste objetivo, ele pode suspender os direitos civis descritos nos artigos 114, 115, 117, 118, 123, 124 e 153, parcial ou totalmente.

O Presidente do Reich deve informar o Reichstag imediatamente sobre todas as medidas tomadas baseadas nos parágrafos 1 e 2 do presente artigo. As medidas têm de ser imediatamente suspensas se o Reichstag exigir.

Se perigo for iminente, o governo estadual pode, para o seu território específico, implementar medidas, como descritas no parágrafo 2. Estas medidas devem ser suspensas se assim exigirem o presidente do Reich ou o Reichstag.

Maiores detalhes serão estabelecidos pela legislação do Reich”.

“estado de exceção” trazer resquícios de uma monarquia constitucional e, por isso, perturbava os pontos de vista de um direito constitucional republicano.

Mas para o autor, este artigo, que permitia ao presidente do Reich baixar decretos (em estado de emergência, considerável ameaça da segurança e ordem públicas), equiparava o presidente a um legislador ordinário. Inclusive, já havia na Alemanha a praxe de baixar decretos de emergência em casos de exceção - econômicos e financeiros - não tendo estes decretos sido contestados, tendo, inclusive, sido homologados pelo Tribunal e reconhecidos pelo Parlamento do Reich, o que fazia com que contivessem uma anuência a sua validade jurídico-constitucional.

Schmitt destaca, nos termos deste artigo, a possibilidade do presidente do Reich baixar decretos de ordem financeira. Entendia que a necessidade de uma “lei incondicionalmente formal” para tanto, fez-se necessária na época da monarquia, como meio de pressão da burguesia contra a monarquia constitucional, condição de separação entre Estado e sociedade, ou seja, dirigia-se contra a monarquia, buscando restringir o poder do rei e reservando ao Parlamento o poder de legislar sobre direito financeiro.

Porém, a situação da Alemanha mudou com a Constituição de Weimar. A lei orçamentária não era mais um “acordo” entre Parlamento e governo, bem como o governo não era mais independente do Parlamento, havendo controle sobre ele. Além disso, o presidente do Reich era eleito pela totalidade do povo alemão, representando-o.

Schmitt dizia ser a Constituição de Weimar democrática e afirmava a admissibilidade do direito de baixar decretos substitutivos de leis de finanças, o que não significa um poder ilimitado e incontrolado do presidente do Reich, pois esses “poderes extraordinários” têm de ser desenvolvidos a partir da Constituição vigente. Um eventual abuso seria controlado pelo Parlamento do Reich e, nas palavras do autor, “não em normatividades ou inibições judiciais”. O Parlamento, caso atingisse a maioria, teria esta capacidade, apesar de ter se tornado pluralista. Merece ser transcrito este trecho:

Seria não só historicamente impossível e moralmente insuportável, mas também juridicamente errado justificar hoje tal direito a uma incapacidade geral de ação com argumentos, com os quais um Parlamento liberal do século XIX, composto por notabilidades, procurava colocar fora de combate seu adversário monárquico. Se, na presente situação constitucional da Alemanha, se formou justamente uma praxe do estado de exceção econômico-financeiro com um direito de baixar decretos substitutivos de leis, isso, então, não é arbitrariedade nem acaso, nem mesmo “ditadura” no sentido da divisa vulgar e político-partidária, mas a expressão de uma relação profunda e internamente legal. Corresponde ao rumo que um Estado legiferante toma para o Estado econômico e que não mais pode ser executado por um Parlamento pluralisticamente dividido. O estado de exceção revela, como mostrado anteriormente, o núcleo do Estado em sua particularidade concreta e o Estado judicante desenvolve a lei marcial, um processo judicial sumário, o Estado militar e policial a transição do poder executivo como típico meio de seu estado de exceção. O direito econômico-financeiro de baixar decretos substitutivos de leis da atual praxe do artigo 48 permanece, analogamente, de acordo com a ordem existente e, diante de um pluralismo inconstitucional, procura salvar o Estado legiferante constitucional, cuja corporação legislativa está pluralisticamente dividida. A tentativa de produzir um antídoto e um movimento contrário só pode ser empreendida constitucional e legalmente pelo presidente do Reich, dá a perceber, simultaneamente, que o presidente do Reich precisa ser visto como guardião de toda essa ordem constitucional¹⁹.

O “GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO”

Schmitt entende, diante do exposto, que as divergências de opinião deviam ser conciliadas ou resolvidas não judicialmente, mas por meio de um órgão neutro, localizado não acima, mas ao lado dos outros poderes constitucionais, dotado de poderes singulares. Sua tarefa devia ser a de assegurar o funcionamento dos diversos poderes e salvaguardar a Constituição. Por isso essa tarefa não devia ser conferida a um dos poderes já existentes dando-lhe poder maior que aos demais, mas a um terceiro neutro que se situe ao lado deles, equilibrando-os.

Cita Benjamin Constant e sua teoria do *pouvoir neutre, intermédiaire e régulateur* da luta da burguesia francesa por uma Constituição liberal. Baseia-se em uma instituição política que reconhece no Estado constitucional a posição do rei²⁰ ou do presidente do Estado, como sendo neutra, intermediária, reguladora. A questão é se esse chefe de Estado deveria “reinar” ou “governar”, o que na Alemanha –

¹⁹ SCHMITT, op.cit., p. 190.

²⁰ Nesta passagem Schmitt menciona em nota o modelo brasileiro da Constituição de 1824, que previa um Poder Moderador ao Imperador (p. 195).

diferentemente da França – não se concebia, pois os alemães entendiam que não sobraria nada ao “reinar” se tirasse dele o “governar”.

Mas Schmitt responde dizendo que na teoria do poder neutro a função deste terceiro neutro não consiste em atividade contínua de comando e regulamentar, mas defensora e reguladora, ativada somente em casos imperiosos. Por isso, essa função é indispensável num sistema de Estado de Direito com diferenciação de poderes.

Na Constituição de Weimar a posição do presidente do Reich eleito pelo povo estava munida de poderes que o tornam independente do Parlamento, embora dependente de referenda ministerial. Os poderes constitucionais a ele destinados correspondiam aos mencionados por Benjamin Constant em sua teoria. A proteção da Constituição do Reich (o que é diferente de norma constitucional) conforme prevista no mencionado artigo 48 demonstrava isso.

Schmitt menciona que os autores da Constituição de Weimar já visualizaram a formação de um Estado de coalizão partidário pluralista, prevendo que quanto mais colegiados, referendos, votações, conselhos, etc., mais teria o Parlamento dificuldade de atingir uma maioria e, por isso, seria maior a necessidade de um *ponto fixo*, uma personalidade que tivesse o *todo* em vista. Ele menciona F. Naumann, um dos autores da Constituição de Weimar:

Temos também que ter alguém que cumpra deveres representativos, que mantenha relações com todas as partes do país, com todos os partidos e (!) com os Estados estrangeiros e que represente uma grandeza intermediária entre o Parlamento e o governo. Existe a possibilidade de que, no Parlamento do Reich, não possa ser encontrada uma maioria e que, por conseguinte, não possa, sem mais, ser formado um governo. Então o presidente tem que se tornar eficiente. [...] Toda a questão presidencial não é nenhuma questão partidária, mas, sim, uma questão de técnica política e harmonia²¹.

Assim, sendo o Reich alemão uma organização complicada, não somente por ser federativo, mas por ser pluralista e policrático, fazia-se necessário este *pouvoir neutre*, com função intermediária, reguladora e defensora.

²¹ SCHMITT, op.cit., p. 202.

Além disso, o significado deste “poder neutro” devia ser aplicado para o Estado (e não somente ao chefe de Estado) em sua *totalidade*, representando a unidade política de todo o povo. Em razão da Alemanha de Weimar viver um sistema pluralista formado por diversos agrupamentos de interesses, devia haver um conciliador que tome uma decisão neutra. No sistema pluralista alemão o Estado aparecia como um complexo de poder ao lado dos outros complexos sociais de poder, que se alia ora a um lado, ora a outro, provocando uma decisão.

Só que se esse cenário pluralista tornasse as instâncias conciliatórias incapazes de ação, isso faria com que o Estado ou deixasse de existir como um todo, ou provocasse uma decisão necessária a partir da força da unidade e do todo. Seria uma decisão aberta e publicada pelo Estado, em que tanto a conciliação quanto a sua declaração de obrigatoriedade são obras do Estado.

Este conciliador deveria ser alguém *independente*, pois essa era uma condição de todas as propostas de “guardião da Constituição”. Havia vários membros do Estado que poderiam ser considerados independentes: o juiz, o funcionário de carreira, os membros do Tribunal de Contas, um deputado parlamentar, o professor de uma escola superior, etc. Mas havia a *independência do chefe de Estado*, seja o monarca de uma monarquia constitucional, seja a independência do presidente do Estado em uma democracia constitucional, como a que garantia a Constituição de Weimar, por meio de eleição por todo o povo alemão.

Era claro, para Schmitt, o porquê se pensava comumente na independência judicial. A posição do juiz é protegida, possui cargo vitalício, é retirado do conflito dos antagonismos econômicos e sociais, etc. Afinal, ninguém consideraria neutro um tribunal composto por políticos-partidários. Como são uma instância independente, neutra e objetiva, fica fácil compreender o porquê se acreditava ter despolitizado todos os conflitos constitucionais, quando a decisão era conferida a um colegiado de juízes funcionários públicos. Mas, Schmitt explica porque um tribunal não podia ser o “guardião da Constituição”:

No entanto, abusa-se dos conceitos de estrutura judicial e jurisdição, assim como da garantia institucional do funcionalismo de carreira alemão, quando, em todos os casos, nos quais, por motivos práticos, surgem independência e neutralidade como oportunas ou necessárias, pretende-se logo introduzir um tribunal e uma estrutura judicial lotados com juristas funcionários de

carreira. Tanto a justiça como o funcionalismo de carreira receberão uma carga insuportável se todas as tarefas e decisões políticas, para as quais forem desejadas independência e neutralidade político-partidária, se amontoarem sobre eles. Além disso, a instituição de semelhante guardião da Constituição seria diretamente confrontada com a consequência política do princípio democrático²².

Schmitt entende que era necessário nas monarquias constitucionais um exame judicial perante o direito real de baixar decretos, mas que isso não fazia mais sentido, pois a justiça não se direcionava mais ao monarca, e sim ao Parlamento. Ao concentrar todos os conflitos constitucionais num tribunal, estar-se-ia criando “uma instância de alta política dotada de poderes legislativos constitucionais. Do ponto de vista democrático, seria praticamente impossível transferir tais funções a uma aristocracia da toga”.

O autor destaca que dentre os diversos casos de “independência”, todos estão ligados com a ideia do *todo*, da *unidade* política. As referências que a Constituição de Weimar faz a essa totalidade contêm uma oposição ao sistema pluralista da vida social e econômica, sendo que esta totalidade deve ser superior a esses agrupamentos.

Neste ponto se distingue a posição do presidente do Reich dos demais membros “independentes” do Estado. Ele se encontra no centro de todo um sistema de neutralidade e independência político-partidárias, construído sobre uma base plebiscitária. O autor esclarece:

Antes que se institua, então, para questões e conflitos relativos à alta política, um tribunal como guardião da Constituição e, por meio de tais politizações, se onere e coloque em risco a justiça, dever-se-ia, primeiramente, lembrar desse conteúdo positivo da Constituição de Weimar e de seu sistema constitucional. Consoante o presente conteúdo da Constituição de Weimar, já existe um guardião da Constituição, a saber, o Presidente do Reich. Tanto o elemento relativamente estático e permanente (eleição por 7 anos, difícil revocabilidade, independência de maiorias parlamentares alternantes), quanto ao tipo de seus poderes (as competências segundo os artigos 45 e 46 da Constituição, dissolução do Parlamento do Reich segundo o artigo 25 e instituição de plebiscito segundo o artigo 73 da Constituição, assinatura e promulgação de leis segundo o artigo 70, execução pelo Reich e proteção da Constituição segundo o artigo 48) têm o objetivo de criar um órgão político-partidariamente neutro devido a sua relação direta com a totalidade estatal, o qual, como tal, é o defensor e guardião da situação constitucional e do funcionamento constitucional das

²² SCHMITT, op.cit., p. 227.

supremas instâncias jurídicas e, em caso de necessidade, está dotado de poderes eficientes para uma proteção efetiva da Constituição²³.

Por fim, entende Schmitt que o fato do presidente do Reich ser o “guardião da Constituição” respeita tanto o juramento feito no artigo 42 de que “defenderá a Constituição” como, principalmente, respeita o princípio democrático, sobre o qual se baseia a Constituição de Weimar, pois ele foi eleito pela totalidade do povo alemão.

²³ SCHMITT, op.cit., p. 233. Os artigos mencionados são os seguintes:

Article 25

The Reich president has the right to dissolve the Reichstag, but only once for the same reason. New elections, at the latest, are held 60 days after the dissolution.

Article 42

The Reich President, when taking his office, swears the following oath:

I swear to devote my energy to the welfare of the German people, to increase its prosperity, to prevent damage, to hold up the Reich constitution and its laws, to consciously honour my duties and to exercise justice to every individual.

The addition of a religious formula is acceptable.

Article 45

When it comes to international law, the Reich is represented by the Reich President. He concludes alliances and other treaties with foreign powers in the name of the Reich. He accredits and receives ambassadors.

War can only be declared and peace only be signed by Reich law.

Alliances and treaties which relate to matters of Reich legislation require the approval of Reichstag.

Article 46

The Reich President appoints and discharges Reich Beamte and officers, unless specified otherwise by Reich law. He may have other administrations take charge of.

Article 48

If a state does not fulfil the obligations laid upon it by the Reich constitution or the Reich laws, the Reich President may use armed force to cause it to oblige.

In case public safety is seriously threatened or disturbed, the Reich President may take the measures necessary to reestablish law and order, if necessary using armed force. In the pursuit of this aim he may suspend the civil rights described in articles 114, 115, 117, 118, 123, 124 and 154, partially or entirely.

The Reich President has to inform Reichstag immediately about all measures undertaken which are based on paragraphs 1 and 2 of this article. The measures have to be suspended immediately if Reichstag demands so.

If danger is imminent, the state government may, for their specific territory, implement steps as described in paragraph 2. These steps have to be suspended if so demanded by the Reich President or the Reichstag.

Further details are provided by Reich law.

Article 70

The Reich president has to sign laws which have been passed according to the constitutional process, and to publish them within one month in the Reich law gazette.

Article 73

A law passed by Reichstag has to be presented in a plebiscite, if the Reich president decides so, within the period of one month.

A law, the proclamation of which has been suspended because of a move supported by minimum one third of the members of Reichstag has to be presented in a plebiscite, if one twentieth of the enfranchised voters demand so.

A plebiscite also has to be held if one tenth of the enfranchised voters demand a law draft to be presented. In order for a referendum petition to be approved, a law draft must be prepared. It has to be presented to Reichstag by the government, accompanied by the latter's comment.

The plebiscite will not be held, if the law draft in question has been accepted unaltered by Reichstag.

In regard to the budget, taxation laws and pay regulations, only the Reich president can request a plebiscite. Plebiscite and referendum petitions are regulated by a Reich law.

Esses princípios democráticos são um contrapeso para o pluralismo dos grupos sociais e econômicos de poder, dando autoridade ao presidente do Reich para agir, defendendo a unidade do povo como uma totalidade política.

1.3.3 Kelsen – 1932

No mesmo ano em que Schmitt faz sua crítica ao normativismo e ao modelo do Tribunal Constitucional austríaco, Kelsen rebate frontalmente a essas críticas no artigo “Quem deve ser o guardião da Constituição?”.

Esclarece que ao princípio da máxima legalidade da função estatal, na qual se baseia o Estado de direito, corresponde a necessidade de se controlar a constitucionalidade do comportamento dos órgãos subordinados à Constituição: Parlamento e Governo.

Entende que no debate sobre o problema da garantia constitucional realizado nos últimos anos faltou salientar o fato de que ao se criar uma instituição para controlar a constitucionalidade dos atos estatais, este controle não pode ser confiado a um dos órgãos cujos atos devam ser controlados, afinal, ninguém pode ser juiz de causa própria. Para Kelsen, a função política da Constituição é estabelecer limites ao exercício do poder e garanti-la, o que significa que estes limites não serão ultrapassados.

Inicia seu artigo já rebatendo Carl Schmitt ao dizer que quem entende que o natural “guardião da Constituição” é o chefe de Estado, procura mascarar a perda de poder que o chefe de Estado experimentou na passagem da monarquia absoluta para a monarquia constitucional. Isso pertence a uma ideologia constitucional advinda do *princípio monárquico*.

Para Kelsen, dizer que o governo seria o “guardião da Constituição” é encobrir o real caráter de sua função. Dizer que o monarca é uma terceira instância, acima do antagonismo entre Parlamento e governo e detentor de um poder neutro é

uma “ficção de notável audácia”²⁴. Como poderia o monarca, detentor de grande parcela do poder do Estado, ser neutro em relação ao exercício de tal poder e controlar sua constitucionalidade?

A posição schmittiana buscava aplicar um conhecimento científico de Teoria do Estado, o que só pode ser entendido como ideologia política. Esta teoria constitucional buscava somente um objetivo político, que é o de um movimento contra um tribunal constitucional.

Entende que o artigo 48 da Constituição do Reich coloca um espaço muito estreito para conseguir evitar que com tal manobra ela seja golpeada. Admira a Kelsen, falando abertamente de Carl Schmitt, que em tempos de república democrática como a de Weimar, utilize-se a tese do chefe de Estado como “guardião da Constituição”. Admira-se ele ainda, com o fato de Schmitt querer restaurar a doutrina da monarquia constitucional, do *pouvoir neutre* do monarca de Benjamin Constant, e querer aplicá-la a um Estado republicano.

Critica a tese de Schmitt quando aquele diz que a situação da monarquia constitucional em que havia a dualidade entre Estado e sociedade se encontra superada, bem como quando diz que não seria necessário na Constituição de Weimar que o legislador aprove o orçamento na forma de lei, podendo fazê-lo por decreto o presidente, na forma do artigo 48. Para Kelsen, a fórmula do *pouvoir neutre* de Constant nas mãos de Schmitt, tornou-se um instrumento capital necessário na sua interpretação da Constituição de Weimar, pois, somente assim, Schmitt conseguiu estabelecer que o “guardião da Constituição” não fosse um Tribunal, mas o presidente do Reich, com base na própria Constituição de Weimar.

A tentativa de se aplicar a ideologia de Constant sobre o poder do monarca numa república democrática é discutível na medida em que se pretende estender a competência deste último para além do âmbito de atribuições de um monarca constitucional. Schmitt o fez através de uma interpretação extensiva do artigo 48, na qual ampliava a competência do presidente do Reich e o tornava senhor soberano

²⁴ Quem deve ser o guardião da Constituição? In *Jurisdição Constitucional*, p. 241.

do Estado (apesar de Schmitt recusar-se a chamá-la de “ditadura”), mas que não era compatível com quem deve garantir a Constituição.

Ora, o próprio Schmitt reconhecia que numa monarquia constitucional o perigo de violação da Constituição vinha do próprio governo (dualidade: governo x sociedade), mas depois justifica que numa república democrática do século XX, o temor não se dirigia mais a ele, mas ao legislador, como se em Weimar a questão da constitucionalidade do governo que atua com base no artigo 48 não fosse uma questão importante. Ou seja, Schmitt não cogitou a possibilidade de violação constitucional por parte do governo!

Kelsen também rebate a teoria schmittiana que não reconhece o judiciário como “guardião da Constituição”. Quando Schmitt tentou demonstrar que os tribunais da Alemanha “somente” exerciam um controle material sobre as leis, rejeitando a aplicação de lei inconstitucional a um caso concreto, entendeu que não se tratava de um “guardião da Constituição”. Mas Kelsen se admira pelo fato de Schmitt não ter enxergado tal atitude como controle, pois na prática funciona como garante da Constituição, mesmo não lhe concedendo este título.

Diz ainda que Schmitt partiu de um pressuposto errôneo de que uma decisão sobre a constitucionalidade das leis seria um *ato político*, com base na contradição entre *função jurisdicional* e *função política*. Mas, se usarmos o termo “política” como “exercício do poder”, não podemos restringi-lo somente no processo legislativo ou nos atos do executivo. O exercício do poder tem continuação na jurisdição, pois em toda sentença judiciária há uma “decisão”, um elemento de exercício de poder:

A opinião que somente a legislação seria política – mas não a “verdadeira” jurisdição – é tão errônea quanto aquela segundo a qual apenas a legislação seria criação produtiva do direito, e a jurisdição, porém, mera aplicação reprodutiva. Trata-se, em essência, de duas variantes de um mesmo erro. Na medida em que o legislador autoriza o juiz a avaliar, dentro de certos limites, interesses contrastantes entre si, e decidir conflitos em favor de um ou outro, está lhe conferindo um poder de criação do direito, e portanto um poder que dá à função judiciária o mesmo caráter “político” que possui – ainda que em maior medida – à legislação²⁵. (grifo do autor).

²⁵ KELSEN, op.cit., p. 251.

Quando Schmitt falava da “diferença fundamental entre a decisão de um processo e a decisão de dúvidas e diferenças de opinião sobre o conteúdo de uma disposição constitucional”, Kelsen diz que, de fato, a maioria das decisões dos processos são sobre dúvidas e diferenças de opinião sobre o conteúdo de uma disposição legal, sendo, portanto, absurdo dizer que a jurisdição “cessa quando as próprias normas tornam-se duvidosas em seu conteúdo”. Na verdade, a justiça só começa quando as normas se tornam duvidosas e polêmicas, do contrário, seriam controvérsias sobre fatos.

Outro equívoco verificado no pensamento de Schmitt é conceber que a decisão judicial já está pronta na lei, sendo apenas deduzida desta lei através de uma operação lógica, automática. Para Schmitt, o juiz não cria o direito, ele encontra e aplica um direito já formado, a decisão dele já existe na lei. Para Kelsen, este argumento não poder servir como meio de combate à jurisdição constitucional, vez que já ultrapassado. Sabe-se que tanto lei como sentença são produções do direito e que a “decisão” não se limita à função legislativa, mas também à função judicial, sendo que ambas possuem caráter “político”. Não há que se dizer que controle de constitucionalidade não seja jurisdição por ter caráter político.

Critica Schmitt ainda, ao dizer que uma pesquisa científica que se preocupasse com a possibilidade de uma jurisdição constitucional, não deveria ignorar o fato de que já existe um Estado (a Áustria) em que esta funciona perfeitamente organizada. Seria mais produtora a ele analisar sua real eficiência do que teorizar sobre sua compatibilidade com um *Estado legislativo*, dizendo ser esta jurisdição inadequada por seus “normativismos e formalismos abstratos”, referindo-se à Escola de Viena.

Kelsen não nega que seja legítima a questão lançada por Schmitt sobre os limites da jurisdição em geral e da jurisdição constitucional. Mas este problema não deve ser colocado como um problema do conceito de jurisdição, mas sim de suas funções. Se se pretende restringir o poder dos tribunais, o caráter político de sua função, então se deve limitar ao máximo sua margem de discricionariedade, que a leis concedem à utilização daquele poder. As normas constitucionais, em especial as de direitos fundamentais, não devem ser formuladas genericamente (tal como

“igualdade”, “justiça”, “liberdade”, etc.), pois existe o perigo de uma transferência de poder do Parlamento para uma instância externa a ele²⁶.

A diferença de um tribunal constitucional que cassa leis e um tribunal normal, é que enquanto o segundo produz normas individuais, o primeiro, ao anular uma lei inconstitucional, não produz, mas elimina uma norma geral, atuando como *legislador negativo*.

Ao analisar o que Schmitt falou em relação ao “pluralismo”, Kelsen é muito claro no que concerne à necessidade deste debate de ideias e conflito de interesses, sendo o litígio uma discussão sobre o melhor modo de criação do direito dentro do quadro traçado pela Constituição. O processo é o melhor meio de demonstrar e expressar os conflitos de interesses existentes, a serem decididos pelo tribunal constitucional. É no processo litigioso que tomam parte interesses contrastantes e expõem sua real conjuntura.

Por isso Kelsen entende ser uma “ficção” o que Schmitt chama de “interesse comum”, “unidade” ou “Estado total” em contraposição ao “pluralismo”. Para Kelsen, a oposição entre Estado e sociedade é condição para uma estrutura política considerada plural, pois deve existir uma esfera social livre do Estado onde surjam influências diversas sobre a vontade estatal. Por essa razão, não há como desaparecer este conflito entre Estado e sociedade como aduz Schmitt, que diz haver uma mudança para o “Estado total”. Ora, pergunta Kelsen, referindo-se ao Reich alemão:

Como é possível que esse estado de coisas seja, por assim dizer, o ápice do pluralismo e ao mesmo tempo uma “mudança para o Estado total”, se o pluralismo somente é possível na medida em que a vontade estatal seja influenciada por uma esfera social, não-estatal, em cuja supressão e estatização consiste justamente a “mudança para o Estado total”?²⁷ (grifo do autor).

²⁶ Já dizia Kelsen em seu primeiro artigo de 1928 que “a Constituição deve, sobretudo se criar um tribunal constitucional, abster-se desse gênero de fraseologia, e se quiser estabelecer princípios relativos aos conteúdos das leis, formulá-los de forma mais precisa possível”.

²⁷ KELSEN, op.cit., p. 268.

Entende, portanto, que a “auto-organização da sociedade em Estado total” que faz desaparecer o conflito entre Estado e sociedade, como diz Schmitt, é uma grande contradição.

Kelsen vê que o problema está no juízo de valor que Schmitt fez do que seja o pluralismo: “a sociedade reprimindo o Estado e tendências hostis ameaçando sua unidade”, “poder de diversas grandezas sociais sobre a vontade estatal”, divisão do Estado. Com esse entendimento Schmitt concluiu que a “mudança para o Estado total” era uma evolução, uma vitória do Estado sobre a sociedade hostil dividida, contra as forças pluralistas que ameaçam sua unidade.

Ora, desta forma, para Kelsen, Schmitt quis trazer o argumento para pôr fim à jurisdição constitucional, pois só o “Estado total” garante a unidade do Estado, ameaçada pelo pluralismo. Ele enxergava um caráter pluralista na jurisdição constitucional, pois se fazia valer neste processo de “direitos subjetivos” junto à Constituição, como se fossem hostis ao Estado. Mas Kelsen rebate dizendo que este “direito subjetivo” não é outra coisa senão um expediente para a garantia da ordem estatal, sendo o oposto do que se pode denominar de “dissolução pluralista do Estado”.

O pluralismo a que se referia Schmitt é caracterizado pela oposição a uma “plena e compacta unidade estatal”. Ele ameaça a “unidade homogênea e indivisível” na qual se “firma” a Constituição de Weimar. É essa “unidade homogênea e indivisível de todo o povo alemão” que consta do preâmbulo da Constituição de Weimar que dá suporte à tese do presidente do Reich como “guardião da Constituição”. Mas Kelsen diz que, na verdade, a Constituição de Weimar é a resolução de um Parlamento cuja identidade com o “povo alemão unitário” só pode ser afirmada com “a ficção da representação”, para que o presidente do Reich defenda esta unidade do povo como um “todo político”. Basta afirmar, para contrapor esta ficção, que a Constituição institui um tribunal constitucional não como uma “fictícia forma judiciária”, mas como uma instituição real.

Kelsen afirma que a importância da posição política do chefe de Estado não deve ser subestimada. Contudo, não se pode transformar a realidade em ideologia quando se vê na figura deste chefe de Estado não somente um símbolo de unidade

no plano ético-político, mas como produto de uma unidade real, como se fosse uma efetiva solidariedade de interesses.

Assim, Kelsen entende que este é o sentido que Schmitt deu à doutrina do *pouvoir neutre* do monarca, transferindo-a ao chefe de Estado republicano, mascarando o efetivo contraste de interesses que se expressa na realidade dos partidos políticos. É uma ficção achar que o povo que forma um Estado é um coletivo unitário homogêneo, que há uma vontade coletiva verdadeira, acima dos interesses político-partidários em conflito. Para Kelsen, essa interpretação possui um caráter ideológico evidente. Ora, mesmo em um plebiscito popular a vontade vencedora é a da maioria, que se apresenta como uma vontade geral, mas nunca homogênea. Diz Kelsen:

A eleição do chefe de Estado, que se dá inevitavelmente sob a alta pressão de ações político-partidárias, pode ser um método democrático de nomeação, mas não lhe garante particularmente a independência. Concluir – a partir do fato de que o chefe de Estado é eleito pelo povo, isto é, na verdade nomeado por uma maioria, por vezes mesmo por uma minoria do povo em luta com outros grupos – que ele expressará a vontade geral do povo unitário é portanto discutível, não apenas porque tal vontade geral não existe, mas também porque justamente a eleição não representa nenhuma garantia para uma função do chefe de Estado de equilibrar interesses em conflito. Se esta, via de regra, de fato se manifesta, é apesar desse método de nomeação. Enxergar na eleição uma garantia de independência, como faz Schmitt, só é mesmo possível se fecharmos os olhos para a realidade²⁸.

Com isso, Kelsen entende que não há razões suficientes para considerar a independência do chefe de Estado eleito mais forte ou mais garantida do que a de um juiz ou funcionário. Se a “independência” é a condição da neutralidade para ser “guardião da Constituição”, então, o chefe de Estado não possui nenhuma vantagem em relação a um tribunal independente. E se deve haver um poder neutro ao lado dos outros poderes para guardar a Constituição, não se pode deslocar este poder nas mãos do chefe de Estado!

E diz mais, que se Schmitt entendia que a Constituição de Weimar instituiu o chefe de Estado como “guardião da Constituição” em razão das competências a ele atribuídas, tais como, representação no exterior, declaração de guerra, dissolução do Parlamento, convocação de plebiscito, as autorizações do artigo 48, enfim, com

²⁸ KELSEN, op.cit., p. 283.

todas essas funções ele não “protege” a Constituição, mas a executa. “Guardar” a Constituição significa “garantir”. No entanto, Schmitt dá funções totalmente diversas ao que seja o controle constitucional.

O argumento de que um tribunal constitucional seria um guardião antidemocrático, uma “aristocracia da toga” como diz Schmitt, e que este tribunal não estaria como na monarquia do século XIX “voltado contra um monarca, mas sim contra o Parlamento”, também não procede. Para Kelsen, este argumento está em contradição direta com a realidade:

Se Schmitt tivesse se ocupado um pouco mais atentamente da solução austríaca, que dele merece apenas uma irônica menção, saberia que esse tribunal, por sua jurisprudência, entrou em conflito justamente com o governo, conflito esse que ameaça sua própria existência. Mas todo o escrito de Schmitt está imbuído da tendência de ignorar a possibilidade de uma violação da Constituição pelo chefe de Estado ou pelo governo, possibilidade que existe justamente em relação a uma Constituição que tem entre suas disposições mais importantes um artigo como o 48. Na medida, porém, em que Schmitt sustenta sua tese, não demonstrada e indemonstrável, de que um tribunal constitucional faria frente apenas ao Parlamento, ele reinterpreta a função desse “guardião da Constituição”, mudando-a de um controle de constitucionalidade de atos de Estado, particularmente de leis (note-se: promulgadas pelo chefe de Estado), para um “contrapeso ao Parlamento”²⁹. (grifo do autor).

A concepção de Schmitt acaba por superestimar o presidente do Reich e subestimar o Parlamento (Reichstag). Mas se o Parlamento é o “cenário do sistema pluralista” para influenciar a vontade estatal, isso não pode ser considerado inconstitucional. Na verdade os dois possuem o mesmo peso no jogo de forças políticas. Não há como justificar que o presidente do Reich vai “salvar” o Estado dos “métodos destruidores da Constituição próprios do sistema pluralista”. Schmitt não esclareceu nem se aprofundou no que seja materialmente essa “unidade” do povo alemão. Para Kelsen, trata-se de um ideal jusnaturalista colocado no lugar de um conceito positivo de Constituição:

Com a ajuda desse ideal pode-se interpretar como quebra da Constituição o sistema pluralista cujo cenário é o Parlamento – e com isso a função desse mantenedor da Constituição, pois ela, entrando no lugar da Constituição, destrói ou ameaça a “unidade” – e a função do chefe de Estado como salvaguarda da Constituição, pois ela restaura ou defende a “unidade”. Tal interpretação da Constituição não pode culminar senão na apoteose do art. 48. Seu resultado – tanto mais paradoxal se não for intencional – é que o

²⁹ KELSEN, op.cit., p. 292.

elemento que “no Reich alemão perturba ou ameaça notavelmente a segurança e a ordem públicas” é o sistema pluralista, ou falando claramente, o Reichstag, cuja verdadeira função parece consistir, por ser essencialmente “pluralista”, em satisfazer permanentemente a condição que a Constituição de Weimar vincula à aplicação do art. 48-2³⁰. (grifo do autor).

Kelsen ressalta, por fim, a importância de se fazer uma ciência pura, sem uso “de certos métodos que se apresentam como conhecimento sociológico e interpretação constitucional dentro da Teoria do Estado”. Deve-se buscar uma separação rigorosa entre o conhecimento jurídico e juízo de valor político. Esse método político não pode ser utilizado sob pena de prejudicar a ciência. Por mais que a política procure sempre ligar-se a ciência, esta deve resistir.

³⁰ Idem, p. 296.

CAPÍTULO II – O NORMATIVISMO KELSENIANO

A obra de Kelsen é muito vasta, tendo o autor produzido textos acadêmicos durante toda a sua vida. Seus pensamentos se encontram condensados em grandes obras que procuram demonstrá-los por completo, de uma forma que abranja cada etapa de sua teoria. Assim é que em 1945, em seu livro *Teoria Geral do Direito e do Estado*, Kelsen acaba por colocar numa só obra as ideias centrais do trabalho realizado ao longo de sua vida, tendo sempre como fundamento a Teoria Pura do Direito, de 1934.

Por isso, diferentemente de Carl Schmitt, que veremos no próximo capítulo, não será apresentada aqui a síntese de textos diversos, mas as ideias centrais de suas obras essenciais, para tentarmos demonstrar e justificar sua teoria positivo-normativa.

Importante ressaltar que a *Teoria Pura do Direito* é obra emblemática da Teoria do Direito servindo de embasamento para muitos dos sistemas contemporâneos. Por essa razão, neste trabalho não será adequado, até por uma questão metodológica, apreciar todos os pontos substanciais desta obra. Destacaremos somente o que seja relevante para o debate entre o normativismo e o decisionismo, o qual levou Schmitt a divergir de Kelsen na questão do “guardião da Constituição”.

Devido a isso, partiremos primeiramente de seu conceito de “democracia” que será a premissa para a construção de todo o raciocínio sobre o Estado e o Direito, analisados cientificamente de uma forma “pura”. Depois, será realizada uma verificação conjunta dos principais pontos das obras *Teoria Pura do Direito* e *Teoria Geral do Direito e do Estado*, que consideramos fundamentais para entender melhor o debate objeto deste trabalho.

2.1 Essência e valor da democracia – 1920

É de suma importância para compreender mais profundamente a teoria positivo-normativa de Kelsen o conceito que ele tem de “democracia”. Essa obra aparece pela primeira vez em 1920, sendo depois revisada e ampliada em 1929. Nesta época, a Áustria vivia seus primeiros anos de democracia.

Esta obra parte de uma polêmica com o marxismo, fazendo uma contraposição entre *democracia formal (política ou burguesa)* e *democracia social (marxista ou proletária)*. Faz uma análise do princípio da maioria em uma sociedade de classes e da questão do compromisso como base de um governo da maioria.

Kelsen diz que a democracia política foi identificada praticamente sem exame crítico com a democracia liberal americana. Então, deve ser esclarecido se a democracia liberal é a democracia política. Kelsen insiste na distância existente entre o povo como sujeito de imputação da vontade política e o povo legitimado para participar ativamente na configuração desta. Também aborda nesta obra a questão da representação e da democracia direta.

Mas o núcleo da análise da democracia liberal está na conexão dos conceitos de democracia e liberalismo. O problema da democracia só será corretamente examinado, se verificar sua relação com a liberdade. A democracia supõe uma recondução da liberdade natural, do indivíduo abstrato à liberdade social, ou seja, a liberdade na relação política significa obedecer a um poder no qual se participa e com o qual o indivíduo se identifica.

Mas essa liberdade está expressa na vontade da maioria, pois alguns grupos minoritários não irão obedecer a um poder com o qual se identificam. Por isso, Kelsen entende que a democracia liberal é contraditória, tenta conciliar o inconciliável: a vontade da maioria e a propriedade privada.

A forma desta democracia liberal se conciliar é através de um método: a *democracia política*. A ideia de democracia para Kelsen é este método, e só um método. O método é o processo legislativo parlamentar. A limitação da minoria

perante a maioria só é factível no procedimento parlamentar, que fará uma conciliação.

A discussão livre entre maioria e minoria é essencial à democracia porque esse é o modo de criar um compromisso entre as duas. O compromisso é a solução do conflito entre a maioria e a minoria, por meio de uma norma que não se conforma inteiramente aos interesses de uma parte, nem contradiz inteiramente os interesses da outra parte.

O princípio da maioria parlamentar é muito adequado para evitar a hegemonia de uma classe, sendo característico dele que resulte conciliável com os direitos da minoria. A maioria pressupõe a existência de uma minoria, e o direito da primeira também implica no direito da segunda existir, resultando pelo menos a possibilidade de uma proteção para a minoria frente à maioria. Essa proteção constitui os chamados direitos públicos subjetivos, direitos políticos ou garantias individuais consignados em todas as Constituições das democracias parlamentares.

Por isso, onde mais se revela o caráter racional da democracia é em sua aspiração em organizar a ordem estatal como um sistema de normas gerais. A legislação é o centro de gravidade das funções estatais. O ideal de legalidade desempenha nela um papel decisivo. Essa tendência ao compromisso entre maioria e minoria faz com que os indivíduos se sujeitem mais facilmente a esta ordem jurídica do que em qualquer outra organização política.

2.2 Teoria pura do Direito – 1934 e Teoria Geral do Direito e do Estado – 1945

A *Teoria Pura do Direito*, como o próprio autor esclarece no prefácio, é a conclusão de um trabalho que vinha desenvolvendo havia mais de vinte anos, desde 1911. Ele busca uma teoria jurídica “pura”, o que significa estar afastada de toda ideologia política e de todos os elementos das ciências naturais. Não vê na sua proposta uma novidade, mas um desenvolvimento de pontos de vista que já se anunciavam na ciência jurídica positivista do século XIX. Por isso, entende que

quem combate a *Teoria Pura do Direito* não o faz por motivos científicos, mas por motivos políticos.

Talvez o que incomode seus opositores seja justamente o fato da Teoria Pura do Direito separar rigorosamente a ciência jurídica e a política, fazendo com que se renuncie ao velho costume de, em nome da ciência do Direito, defender ideologias políticas.

As críticas normalmente feitas por seus opositores são as de que lhe falta conteúdo, que seus conceitos são vazios, podendo até servir para tendências subversivas contra o Estado. Segundo Kelsen, os fascistas a entendem como liberal e os liberais a consideram como um meio para o fascismo. Os comunistas a entendem como ideologia capitalista e do lado capitalista a entendem como bolchevista. Por essa razão, justamente por ela não servir a nenhuma ideologia política, é que ela demonstra a sua pureza.

Para fazer ciência jurídica pura, cujo objeto seja exclusivamente o Direito, Kelsen faz um corte metodológico essencial: liberta esta teoria de toda influência externa, ou seja, da sociologia, da ética, da psicologia e da política, que sempre influenciaram a ciência jurídica tradicional.

No prefácio da *Teoria Geral do Direito e do Estado*, Kelsen novamente destaca a necessidade de se fazer este corte metodológico para uma ciência cujo propósito seja a cognição do Direito. Para ele, a política é a arte do governo, voltada para valores e não uma ciência voltada para a realidade. Da mesma forma, para se fazer uma teoria pura é necessário separar o Direito da ciência natural, afinal, o Direito positivo, como uma ordem normativa, existe independentemente de sua conformidade – ou não – com a justiça ou o um direito “natural”.

O Direito natural repousa em julgamentos de valor que não possuem qualquer objetividade e acaba sendo a expressão de interesses de grupos ou classes, podendo ser conservador, reformista ou até revolucionário. Preocupa-se não com o conhecimento da realidade jurídica, mas tem uma tarefa política. A *justiça* é um ideal inacessível ao conhecimento humano, é uma ideia irracional. Por isso, dizer que

apenas uma ordem jurídica é “justa” como faz o Direito natural, não é algo que pode ser estabelecido racionalmente.

Por essa razão o objeto do conhecimento de uma ciência jurídica só pode ser o Direito positivo. Ela apresenta o Direito tal como ele é, sem apresentá-lo como justo ou injusto. Diz Kelsen³¹:

A “justiça” significa legalidade. [...] A justiça no sentido de legalidade, é uma qualidade que se relaciona não com o conteúdo de uma ordem jurídica, mas com sua aplicação. Nesse sentido, a justiça é compatível e necessária a qualquer ordem jurídica positiva, seja ela capitalista ou comunista, democrática ou autocrática. “Justiça” significa a manutenção de uma ordem positiva através de sua aplicação escrupulosa. [...] A declaração de que uma conduta específica é legal ou ilegal independe das vontades ou dos sentimentos do sujeito que julga; ela pode ser verificada de modo objetivo. Apenas com o sentido de legalidade é que a justiça pode fazer parte de uma ciência do Direito. (grifo do autor).

Entende como extremamente válido, especialmente após duas Guerras Mundiais, que se faça uma ciência objetiva do Direito e do Estado que seja livre de qualquer ideologia política, pois assim esta ciência terá mais chance de ser reconhecida num período de maior equilíbrio social. Faz uma crítica àqueles países que se encontravam sob uma ditadura de partido (como a Alemanha nacional-socialista de Carl Schmitt) em que seus juristas serviam, através de sua “ciência”, ao poder ideológico do momento. Aduz que³²:

É precisamente por seu caráter antiideológico que a teoria pura do Direito prova ser uma verdadeira ciência do Direito. A ciência como cognição tem sempre a tendência imanente de revelar o seu objeto. Mas a ideologia política encobre a realidade, seja transfigurando-a a fim de conservá-la ou defendê-la, seja desfigurando-a a fim de atacá-la, destruí-la ou substituí-la por outra realidade. Toda ideologia política tem uma raiz na volição, não na cognição, no elemento emocional de nossa consciência, não no racional; ela se origina de certos interesses, ou, antes, de outros interesses que não o da verdade. Este comentário, é claro, não implica qualquer asserção no tocante ao valor dos outros interesses. Não há nenhuma possibilidade de decidir racionalmente entre valores opostos. É precisamente desta situação que emerge um trágico conflito: o conflito entre o princípio fundamental da ciência, a Verdade, e o ideal supremo da política, a Justiça.

³¹ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 20.

³² Idem, Prefácio XXXII.

DIREITO E MORAL

Para melhor conhecer o objeto da ciência jurídica, a ordem jurídica, deve-se separar o Direito da Moral. As normas das duas “ordens” determinam ambas as espécies de conduta. Mas a norma moral se refere apenas aos motivos da conduta, quando, por exemplo, a doutrina ética exige que se tenha uma conduta que vá contra interesses egoísticos. Ou seja, na apreciação da norma moral o motivo não pode ser separado da conduta motivada, refere-se a uma conduta interna.

Já o Direito dispõe sobre a conduta externa. E é apenas o Direito *positivo* que interessa a uma teoria científica do Direito. O Direito só pode ser distinguido da Moral quando se concebe como uma ordem positiva de coação, como uma ordem normativa que procura obter determinada conduta humana para uma determinada comunidade jurídica e liga à conduta oposta um ato de coerção socialmente organizado. A Moral, ao contrário, não estatui sanções, há somente uma desaprovação da conduta contrária às suas normas.

O Direito pode ser também moral, no sentido de ser justo, mas não tem necessariamente que ser, pois ainda que moralmente não seja justo, pode ser Direito. Mas se admitirmos que o Direito deve ser também Moral, sendo essa o conteúdo do Direito, daí se identifica Direito e Justiça. Mas um valor moral nunca é absoluto (a não ser que se aceite por uma questão religiosa), não há uma moral que exclua qualquer outra. Em vista da diversidade daquilo que os homens consideram como bom e mau, justo e injusto, não se pode delimitar um elemento comum para uma ordem moral. Por isso não se pode dizer que aquilo que uma ordem jurídica coercitiva prescreve é bom, mau, justo ou injusto. Por isso, que todo Direito constitui um valor moral, mas esse valor é relativo. Esclarece Kelsen³³:

A pretensão de distinguir Direito e Moral, Direito e Justiça, sob o pressuposto de uma teoria relativa dos valores, apenas significa que, quando uma ordem jurídica é valorada como moral ou imoral justa ou injusta, isso traduz a relação entre a ordem jurídica e um dos vários sistemas de Moral e não a relação entre aquele e “a” Moral. Desta forma, é enunciado um juízo de valor relativo e não absoluto. Ora, isto significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente da sua

³³ KELSEN, op.cit., p. 75.

concordância ou discordância com qualquer sistema de Moral. (grifo do autor).

Essa distinção entre Direito e Moral é necessária para a ciência jurídica, pois para se obter um conhecimento científico do Direito positivo, a legitimação deste por uma ordem moral é irrelevante, afinal, a ciência jurídica deve conhecer o seu objeto e não aprová-lo ou desaprová-lo. A tarefa não é de valoração, mas de uma descrição alheia a valores. A teoria jurídica tradicional fez essa valoração, o que a Teoria Pura rejeita.

Ao se pressupor a legitimação de uma ordem jurídica por uma ordem moral absoluta, como querem os tradicionalistas, pode-se levar o Direito a servir para determinados interesses políticos ou determinadas “ideologias”. Por isso que para a ciência jurídica pura isso é insustentável. Sendo assim, a Teoria Pura do Direito só possui como objeto as normas jurídicas.

A ORDEM JURÍDICA

Para se fazer ciência do Direito, seu objeto deve ser a *norma*, que empresta significado jurídico a um fato da realidade. A norma confere a determinados fatos um caráter jurídico. Por essa razão o Direito é uma ordem normativa, a qual será o objeto deste conhecimento. Para Kelsen, “norma é o sentido de um ato através do qual uma conduta é prescrita, permitida ou, especialmente, facultada, no sentido de adjudicada à competência de alguém”³⁴.

Quando Kelsen faz um paralelo entre *norma* e *valor* o faz para esclarecer que para a ciência do Direito a validade de um ato não está no juízo de valor que é feito dele, isto não importa. O que de fato é relevante é se aquele ato obedece ou não obedece a uma norma válida. Diz-se que uma conduta humana é boa quando ela corresponde a uma norma objetivamente válida. Se ela é uma conduta má, é porque ela contraria uma norma válida. Ou seja, o valor do que seja “bom” ou “mal” vale em relação às pessoas cuja conduta está de acordo ou não com a norma válida e não

³⁴ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 6.

porque sua conduta é desejada e querida ou indesejada. “O ato de vontade cujo sentido objetivo é a norma não entra aqui em linha de conta”³⁵.

O Direito, por sua vez, é uma ordem de conduta humana, sendo esta “ordem” um sistema de normas cuja unidade é constituída pelo fato de todas elas terem o mesmo fundamento de validade. Mas quando é que uma norma pertence a uma certa ordem jurídica, a um certo sistema de normas? Essa questão está ligada à questão da validade de uma norma. E o fundamento de validade de uma ordem normativa é a *norma fundamental*. Uma norma é considerada jurídica quando pertence à determinada ordem jurídica, e pertence a uma determinada ordem jurídica quando a sua validade se funda na norma fundamental dessa ordem.

Sendo o Direito concebido como uma ordem normativa, como um sistema de normas que regula a conduta dos homens, resta saber o que fundamenta a validade desta pluralidade de normas e por que uma determinada norma pertence a uma determinada ordem, ou seja, por que uma norma é válida e qual seu fundamento de validade. Kelsen responde dizendo que “o fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma”, de uma norma superior.

A norma, portanto, é um comando, é a expressão da vontade de que alguém se conduza de certa maneira. Este comando só é obrigatório não porque o indivíduo que comanda possui superioridade de poder, mas porque está “autorizado” a emitir comandos de natureza obrigatória, está “investido de poder” para tanto, possui capacidade e competência para produzir normas.

Como somente uma autoridade competente pode estabelecer normas válidas, tal competência só pode se afirmar sobre uma norma que lhe confere poder para editar normas. Mas essa verificação da validade da norma pela norma superior não pode ir ao infinito, tem de terminar numa norma que se pressupõe como sendo a última e a mais elevada. Esta norma mais elevada não é posta, mas pressuposta, visto não poder ser posta por nenhuma autoridade. Esta é a *norma fundamental*, a qual serve de fundamento de validade para todas as demais ordens de uma mesma ordem normativa.

³⁵ Idem, p. 22.

O fundamento para a validade de uma norma é, portanto, sempre uma norma, não um fato. Reporta-se não à realidade, mas à outra norma da qual é derivável. Sendo que a norma fundamental é aquela que não pode ser derivada de nenhuma norma superior.

O fundamento de validade de um enunciado de “ser” é a sua conformidade à realidade de nossa experiência; o fundamento de validade de uma norma é uma pressuposição, uma norma pressuposta como sendo definitivamente válida, ou seja, uma norma fundamental³⁶. (grifo do autor).

A norma fundamental pressuposta institui um fato produtor de normas, a atribuição de poder a uma autoridade legisladora, a qual irá fixar uma regra para fixar normas neste sistema. A norma fundamental fornece apenas o fundamento de validade e não o conteúdo das normas deste sistema. Este sistema tem caráter dinâmico.

SISTEMA ESTÁTICO E SISTEMA DINÂMICO

Um sistema considerado “estático” é aquele que contém uma ordem de acordo com a natureza da norma fundamental, seu conteúdo tem uma qualidade evidente que garante a sua validade, ou seja, suas normas são deduzíveis da norma fundamental, assim como o particular é deduzível do geral.

Já um sistema considerado “dinâmico” é aquele em que a norma fundamental vai estabelecer quem são as autoridades e como elas poderão produzir normas. É uma delegação. O poder de criar normas é delegado de uma autoridade para outra autoridade. A norma fundamental é a regra básica de acordo com a qual devem ser criadas as normas do sistema.

Ao tratar do sistema dinâmico de normas, Kelsen aborda, dentre outros pontos importantes, a criação, a aplicação e a observância do Direito. Trata especificamente do conflito de normas e da inconstitucionalidade das normas dentro de uma ordem normativa, assunto que interessa a este trabalho.

³⁶ KELSEN, *Teoria Geral*, p. 163.

A estrutura hierárquica da ordem jurídica de um Estado é aquela que se pressupondo a norma fundamental, a Constituição é o nível mais alto dentro do Direito nacional. A Constituição pode ser escrita ou não-escrita, ter caráter estatutário ou consuetudinário.

Quando uma lei válida dentro de uma ordem normativa específica é considerada contrária aos ditames constitucionais, é uma contradição a princípio, pois uma lei só poderia ser válida com fundamento na Constituição. Mas poderá surgir um ato de pretensão subjetiva de criação de lei e, neste caso, deve-se saber quem possui competência para decidir se num caso concreto foram cumpridas as normas constitucionais.

Mas quem deverá decidir se a norma superior corresponde à superior, se a norma individual corresponde à norma geral? Para Kelsen, a Constituição apenas pode conferir esta competência a um órgão jurídico, já que os tribunais são os órgãos competentes para aplicar as leis. Neste caso, se todo tribunal for competente para controlar a constitucionalidade da lei, ele apenas pode fazê-lo num caso concreto. Mas, se o controle de constitucionalidade das leis é reservado a um único tribunal, este pode deter competência para anular a validade da lei tida como inconstitucional não só em relação a um caso concreto, mas em relação a todos os casos a que a lei se refira, ou seja, anula a lei como tal.

Kelsen entende que deverá existir um órgão especial para garantir se a legislação corresponde às regras constitucionais, e este órgão deve ser diferente do legislador, por isso deverá ser um tribunal especial, um “tribunal constitucional”, com capacidade para abolir completamente um estatuto inconstitucional de modo que não possa ser aplicado por nenhum outro órgão.

DIREITO E ESTADO

Outro ponto importante constante da Teoria Pura do Direito para o confronto que se faz neste trabalho entre normativismo e decisionismo, trata-se do dualismo realizado pela teoria jurídica tradicional entre *Direito e Estado*.

A teoria dinâmica do Direito procura apreender seus processos de criação, renovação e autocriação. Há vários métodos de produção jurídica na formação do Direito. Devido a isso, a forma do Direito produzido acaba reproduzindo a forma do Estado. “Com o conceito de forma do Estado caracteriza-se o método de produção de normas gerais regulados pela Constituição”³⁷.

Porém, quando a teoria jurídica tradicional contrapõe Estado e Direito como entidades diferentes, ela estrutura essa ideia considerando o Estado como pessoa atribuindo-lhe uma existência independente da ordem jurídica. Esta dualidade tem grande importância ideológica, ou seja, para que o Direito justifique o Estado, transformando-o em poder diverso do Direito, não podendo ser concebido juridicamente. Essas ideologias em vez de aprofundarem o conhecimento, para Kelsen, pretendem determinar sua vontade.

Por isso que para um conhecimento do Estado livre de elementos ideológicos, este deve ser concebido como uma ordem de conduta humana, uma ordem de coação. “O Estado é, portanto, uma ordem jurídica relativamente centralizada”³⁸.

O poder do Estado sobre uma população residente dentro de seu território é um poder juridicamente regulado, ou seja, os indivíduos que exercem o poder recebem competência de uma ordem jurídica para exercerem aquele poder. Diz Kelsen que o poder do Estado é a vigência de uma ordem jurídica efetiva e não uma instância – como querem os tradicionalistas – isolada, mística, que esteja escondida detrás do Estado ou de seu Direito. Importante transcrever este trecho³⁹:

Em primeiro lugar, deve observar-se que um Estado não submetido ao Direito é impensável. [...] Isto quer dizer, porém, que o Direito regula sua própria criação. Não há, nem pode haver, lugar a um processo no qual um Estado que, na sua existência, seja anterior ao Direito, crie o Direito e, depois, se lhe submeta. Não é o Estado que se subordina ao Direito por ele criado, mas é o Direito que, regulando a conduta dos indivíduos e, especialmente, a sua conduta dirigida à criação do Direito, submete a si esses indivíduos.

[...]

Se o Estado é reconhecido como uma ordem jurídica, se todo o Estado é um Estado de Direito, esta expressão representa um pleonasma. Porém, ela é efetivamente utilizada para designar um tipo especial de Estado, a saber,

³⁷ KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, p. 310.

³⁸ *Idem*, p. 317.

³⁹ *Idem*, p. 346.

aquele que satisfaz aos requisitos da democracia e da segurança jurídica. “Estado de Direito” neste sentido específico é uma ordem jurídica relativamente centralizada segundo a qual a jurisdição e a administração estão vinculadas às leis – isto é, às normas gerais que são estabelecidas por um parlamento eleito pelo povo, com ou sem intervenção de um chefe de Estado que se encontra à testa do governo -, os membros do governo são responsáveis pelos seus atos, os tribunais são independentes e certas liberdades dos cidadãos, particularmente a liberdade de crença e de consciência e a liberdade de expressão do pensamento, são garantidas. (grifo do autor).

É por isso que o dualismo de Estado e Direito deve desaparecer. Reconhecer o Estado como ordem jurídica, como “ordem de coação relativamente centralizada”, não envolve qualquer espécie de juízo de valor político. A superação deste dualismo acaba com qualquer ideologia de legitimidade, o que faz com que a teoria jurídica tradicional resista à tese de identidade entre os dois.

Assim, Kelsen vê o Estado como uma “personificação da ordem jurídica nacional”. Devemos admitir que a comunidade a que chamamos de “Estado” é a “sua” ordem jurídica. Por essa razão, apenas como ordem normativa é que o Estado pode ser uma autoridade com poder de obrigar, uma autoridade soberana. Para Kelsen, “a soberania é concebível apenas dentro do domínio do normativo”⁴⁰.

Quando os sociólogos caracterizam o Estado como sendo uma sociedade “politicamente” organizada, Kelsen vê esta organização como uma ordem, cujo caráter político reside no fato de ser uma ordem coercitiva, na qual o Estado monopoliza o uso da força. Mas essa ordem coercitiva é o Direito.

O Estado não é uma ordem política, como querem os tradicionalistas, pelo fato de ter ou ser um “poder”, como se este poder se encontrasse por trás do Direito, impondo o Direito. O poder, para Kelsen, só é possível dentro da estrutura de uma ordem normativa regulando a conduta humana. O poder implica em autoridade de um superior para um inferior. Isso só ocorre quando há uma ordem que investe poder a um e obriga o outro a obedecer. Esta ordem é o Direito⁴¹:

O poder do Estado é o poder organizado pelo Direito positivo – é o poder do Direito, ou seja, a eficácia do Direito positivo. [...] O “poder” não é prisões e cadeiras elétricas, metralhadoras e canhões; o “poder” não é algum tipo de substância ou entidade por trás da ordem social. O poder político é a

⁴⁰ KELSEN, *Teoria Geral*, p. 273.

⁴¹ *Idem*, p. 274.

eficácia da ordem coercitiva reconhecida como Direito. Descrever o Estado como “o poder por trás do Direito” é incorreto, já que sugere a existência de duas entidades distintas onde existe apenas uma: a ordem jurídica. (grifo do autor).

Assim, ao dar significado à palavra “poder”, Kelsen diz que o poder do Estado ao qual o povo está sujeito nada mais é que a validade e a eficácia da ordem jurídica, de cuja unidade resultam a unidade do território e a do povo. O “poder” do Estado deve ser a validade e a eficácia desta ordem jurídica e a soberania é considerada uma qualidade desse poder, já que a soberania é a qualidade de uma ordem normativa.

Apenas uma ordem normativa pode ser “soberana”, uma autoridade suprema, o fundamento último de validade das normas que um indivíduo está autorizado a emitir como “comandos” e que os outros são obrigados a obedecer. Dizer que o Estado é soberano significa que a sua ordem jurídica é uma ordem acima da qual não há nenhuma outra.

Mesmo nos casos em que o chefe do Poder Executivo ou chefe de Estado é autorizado a decretar normas gerais no lugar do Legislativo, em casos de circunstâncias excepcionais, essa competência não é ampla e ilimitada. Afinal, existe uma ordem jurídica e não existem matérias que não sejam regulamentadas juridicamente, a lacuna não existe.

Isso significa que uma ação do Estado através de seus agentes e órgãos só é possível quando corresponde à ordem jurídica pressuposta. Uma ação é um ato de Estado na medida em que seja uma execução da ordem jurídica.

A posição de Kelsen acima apresentada rebate frontalmente a posição de Carl Schmitt, especialmente quanto aos conceitos de “poder” e “soberania”, como veremos adiante.

CAPÍTULO III – O DECISIONISMO SCHMITTIANO

Na análise que faz do mundo de sua época, a qual é marcada pela ascensão do pensamento liberal-burguês e da democracia de massas, Schmitt enxerga uma tendência à despolíticação, um caminho rumo à neutralidade técnica e econômica. Para ele, o indivíduo singular emancipado se torna neste mundo liberal-burguês o centro de tudo e se afasta de um ordenamento social com hierarquia e funções⁴².

Para ele, o pensamento político romântico⁴³ é caracterizado pelo eterno diálogo, pelo debate sem fim, que impossibilita uma decisão, típico do pensamento liberal-burguês. Por isso, Schmitt admirava os contrarrevolucionários católicos como o espanhol Donoso-Cortès, pois estes tinham consciência de que o tempo requer uma decisão firme e enérgica, sem mediações. Estes pensadores ultraconservadores formularam alternativas radicais, cuja decisão ditatorial seria oposta ao diálogo romântico da discussão parlamentar.

Schmitt pretende combater o processo de fragmentação política do Estado alemão ocorrido em razão do pluralismo, da policracia e do federalismo, e de sua incapacidade de decidir. A única solução seria o *decisionismo* que, como veremos, se contrapõe ao liberalismo, ao “romantismo político” e ao normativismo.

A democracia para ele é a identidade da unidade política do povo com seu governante, ou seja, a identidade entre governantes e governados, dominadores e dominados. Por isso, não necessariamente a democracia se opõe à ditadura. Pode haver uma democracia pacifista ou militarista, liberal ou absolutista. Ou seja, o oposto da ditadura não é a liberdade, mas a discussão. A democracia, para ele, pode ser combinada com o parlamentarismo, o presidencialismo e até com uma ditadura.

⁴² Porém, os Estados que reagiram a esta situação de forma radical, acabaram por implantar regimes totalitários, como a União Soviética, a Itália fascista e a própria Alemanha nazista.

⁴³ Em 1919, Schmitt escreve a obra “Romantismo Político” (em alemão: *Politische Romantik*) na qual faz essa crítica ao debate liberal-burguês que não chega a uma decisão.

Assim, no princípio dos anos de Weimar, Schmitt propunha a extensão dos poderes excepcionais do Presidente para combater a crise do Estado parlamentar (pluralista, romântico), ou seja, ele queria manter o Estado alemão e evitar sua fragmentação, e até possíveis assaltos ao poder por grupos radicais como os comunistas ou os nazistas. Foi num momento posterior que ele se vinculou ao regime nacional-socialista.

Por essa razão, há autores que entendem que houve até uma ingenuidade de Schmitt ao pretender que sua teoria de implementação do “Estado total” decisionista iria manter um Estado total e democrático, no qual seu líder, o *Fuhrer*, respeitaria as demais instituições sociais. Não se falava ainda nessa época em uma ditadura soberana.

Uma das tensões mais importantes do pensamento schmittiano é encontrar uma fórmula política (a ditadura democrática) e jurídica, para solucionar os problemas estruturais que o Estado econômico liberal e o pluralismo político geravam. Com o advento do Estado totalitário foi momentaneamente superado o receio de Schmitt em ver o Estado fragmentado. Mas ainda não estava claro o preço a ser pago por isso.

A fim de esclarecer melhor a teoria schmittiana, seguem breves sínteses de seus principais textos, que a fundamentam.

3.1 Teologia política – 1922

Nesta obra Schmitt analisa os autores chamados “contrarrevolucionários”, em especial, o espanhol Donoso Cortés, que utilizaram em suas obras elementos teológicos. Considera importante a relação entre a política e a teologia, dizendo que “todos os conceitos que se impõem na moderna teoria do Estado são conceitos teológicos secularizados”. Diz que na política há uma necessidade inevitável de decisão, não se pode escapar dela, sob pena de se cair numa irresolução do liberalismo que rechaça toda eleição.

Entende que no campo da jurisprudência política a situação de exceção tem um significado análogo ao do milagre na teologia. O Estado se apresenta como uma providência e inclusive como um dispensador de graças.

Inicia seu texto definindo a soberania: “Soberano é aquele que decide sobre o Estado de exceção”. Isso quer dizer que sua definição não se encaixa num caso normal, mas num caso limite. A decisão num caso de exceção é imanente. Uma norma genérica nunca irá assimilar uma exceção absoluta, e nunca poderá justificar uma decisão tomada em um verdadeiro caso de exceção. Diz⁴⁴:

No sentido do Estado de Direito não há, portanto, nenhuma competência, nesse caso. A Constituição, no máximo, menciona quem pode tratar da questão. Se esse tratamento não se subordinar a nenhum controle, então não se distribuirá (como na prática da Constituição do Estado de direito) de alguma forma entre as diversas instâncias mutuamente restritivas e balanceadoras; assim se evidenciará quem é o soberano. Ele não só decide sobre a existência do Estado emergencial extremo, mas também sobre o que deve ser feito para eliminá-lo. Ele se situa externamente à ordem legal vigente, mas mesmo assim pertence a ela, pois é competente para decidir sobre a suspensão total da Constituição. Todas as tendências do desenvolvimento do moderno Estado de direito são no sentido de eliminar o soberano. É nisso que se situa a conseqüência da idéia de Krabbe e Kelsen, discutida no próximo capítulo. Mas se o caso extremo de exceção realmente pode ou não ser eliminado do mundo, não é uma questão jurídica. A confiança e a esperança de que ele possa realmente ser eliminado depende muito mais de convicções filosóficas, principalmente histórico-filosóficas ou metafísicas.

Quando a ordem e a segurança públicas são abaladas e correm perigo, devemos saber quem possui o poder de decisão para restabelecê-la. Esse poder não é atribuído por uma decisão positivada, por uma capitulação. Quem seria competente no caso em que não há previsão de competência? Quem possui esse poder ilimitado num caso de extrema necessidade? Schmitt responde que no caso da Constituição de Weimar, o Estado de exceção é declarado pelo presidente, mas sob o controle do Parlamento que pode exigir sua suspensão a qualquer momento. É no artigo 48 que está o ponto crucial da questão.

Uma jurisprudência que se baseia na “normalidade” não consegue prever a situação excepcional, não tem interesse no conceito de soberania. Para ela só o normal pode ser compreendido e diante de um caso extremo ela se confunde. Para

⁴⁴ SCHMITT, Carl. Teologia Política. In *A crise da democracia parlamentar*. São Paulo: Scritta, 1996.

que haja uma atribuição de poder ilimitada, que suspenda toda a ordem vigente, a decisão deve ainda permanecer no âmbito jurídico, isso por que mesmo num Estado de exceção a ordem continua subsistindo. No caso de exceção, a decisão liberta-se de qualquer ligação normativa e torna-se absoluta. O Estado suspende o direito em função de um “direito à autopreservação”, mas permanecendo no âmbito jurídico. Esclarece⁴⁵:

Não existe norma aplicável no caos. A ordem deve ser implantada para que a ordem jurídica tenha um sentido. Deve ser criada uma situação normal, e soberano é aquele que decide, definitivamente, se esse Estado normal é realmente predominante. Todo direito é um direito “situacional”. O soberano cria e garante a situação como um todo, em sua totalidade. Ele detém o monopólio dessa última decisão. [...] O caso de exceção revela com maior clareza a essência da autoridade estatal. Nesse caso, a decisão distingue-se da norma jurídica e (formulando-a paradoxalmente) a autoridade prova que, para criar a justiça, ela não precisa ter justiça. (grifo do autor).

Por isso para Schmitt, um neokantiano como Kelsen, um racionalista, não consegue prever o Estado de exceção que suspende a si mesmo. A exceção confunde a unidade e a ordem do esquema racional da doutrina positiva.

Não é que a exceção seja mais importante que a regra, mas ela deve ser encarada com seriedade: “O normal não prova nada, a exceção prova tudo; ela não só confirma a regra, mas a própria regra só vive da exceção. Na exceção, a força da vida real rompe a crosta de uma mecânica cristalizada na repetição.”⁴⁶

Entende que Kelsen ao conceituar a soberania buscou uma solução muito simplista, separando sociologia e jurisprudência. Ele afastou todos os elementos sociológicos do conceito jurídico para se obter uma pureza autêntica. O Estado, para Kelsen, deveria ser algo puramente jurídico, no qual a validade de uma norma é somente outra norma e o Estado é idêntico à sua Constituição, a norma básica unificada. É essa unidade que faz tudo permanecer no âmbito jurídico, livre de tudo que é sociológico. Por isso, para Schmitt, unidade e pureza são fáceis de conseguir quando se ignora a dificuldade em si, e Kelsen resolve o problema do conceito de soberania simplesmente negando-o.

⁴⁵ SCHMITT, Carl., op. cit., p. 92.

⁴⁶ Idem, p. 94.

Essa objetividade que Kelsen reivindica pretende evitar tudo que é personalista. Tudo que é pessoal deve desaparecer do conceito de Estado. O subjetivismo do comando toma o lugar de uma norma válida objetivamente.

Porém, Schmitt entende que estas objeções não levaram em conta que a ideia de personalidade e sua conexão com uma autoridade formal vieram de uma decisão jurídica. Essa decisão é inerente a toda percepção jurídica, a determinação do valor jurídico. Não é com a ajuda de uma norma que se confere competência a alguém, mas o inverso. É a partir de uma imputação que se estabelece o que é a norma.

Com base nessas premissas, ao tratar especificamente da *teologia política*, diz que a teologia ao longo da história foi se transferindo à doutrina do Estado, e sua compreensão é necessária para melhor compreensão dos conceitos. “Para a jurisprudência, o Estado de exceção possui um significado análogo ao do milagre para a teologia. Só com a consciência dessa situação consegue-se compreender o rumo da evolução das idéias da filosofia do Estado nos últimos séculos”⁴⁷.

O racionalismo do Iluminismo repudiava os casos de exceção em todas as suas formas. Por isso a importância de se estudar os escritores conservadores da contrarrevolução que sustentaram a soberania pessoal do monarca, comparando-a a uma teologia teísta⁴⁸. A “onipotência” do legislador não foi extraída só verbalmente da teologia.

Os filósofos de Estado católicos da contrarrevolução destacaram a consciência de que a época pós-revoluções (1789 e 1848) exigia uma decisão e o

⁴⁷ SCHMITT, op. cit., p. 109.

⁴⁸ No dicionário Aurélio:

“Deísmo = s.m. Teoria sobre a natureza e a existência de Deus. Ela afirma que Deus existe e que criou o mundo, mas que Ele não tem relação atual com o mundo. Com esta afirmação, os deístas buscam harmonizar a ciência e o livre-arbítrio com a existência de um ser como Deus. Acreditam que não há conflito real entre a idéia de um Deus todo-poderoso e a idéia de um mundo regido por leis que a ciência estuda, ou a idéia de as pessoas escolherem o seu caminho na vida. O deísta não precisa acreditar que os milagres não são possíveis. Ao invés disso, ele acredita que Deus, estando afastado do mundo, não faz milagres. O deísta normalmente prova a existência de Deus pela ordem e harmonia existentes no universo. O deísta tende a rejeitar a revelação, assim como o resto da doutrina religiosa, aceitando, em seu lugar, a razão.

Teísmo = s.m. Doutrina que afirma a existência pessoal de Deus e sua ação providencial no mundo”.

conceito de decisão que passou a ocupar seus pensamentos. Para eles, soberania significa decisão. Para Donoso Cortés, pertence à essência do liberalismo burguês discutir e se desviar da decisão, pois para este, o constitucionalismo liberal tenta paralisar o rei por meio do Parlamento, mas ao mesmo tempo quer deixá-lo no trono, agindo assim com a mesma inconsequência do deísmo que quer excluir Deus, mas se agarra à sua existência. Ele dizia que a burguesia queria um monarca, mas este deveria ser frágil.

Para Schmitt, esta é uma percepção admirável do liberalismo continental. Ele admira em Cortés a sua crítica à classe “discutidora”, a burguesia, e sua incapacidade de tomar decisões que evitassem o caos provocado pela desagregação à monarquia.

3.2 A situação histórico-cultural do atual parlamentarismo – 1923

Schmitt pretende demonstrar neste artigo que o sistema parlamentar difere muito de uma aceção genuína de democracia, pois o “governo pela discussão” do sistema parlamentar não consegue cumprir com o princípio democrático. Faz esta análise pela Constituição de Weimar, a qual tenta fundir o princípio liberal-parlamentar com o princípio democrático. Esta é a polêmica analisada, que não deixa de envolver a real competência do presidente da República para ser melhor compreendida.

Entende que a diferença entre as ideias liberal-parlamentaristas e as democráticas de massa não podiam mais passar despercebidas. A alegação de que o sistema parlamentar de Weimar seria melhor do que uma ditadura ou um regime fascista que possuem consequências imprevisíveis, não podem ser a base intelectual de uma instituição adequada.

No sistema parlamentar, todas as normas e disposições têm sentido através da discussão e da publicidade. Porém, tornam-se incompreensíveis quando o princípio da discussão política não possui mais credibilidade.

Por isso, quem defende hoje o sistema parlamentar o faz mais porque entende que este é a melhor escolha política, por ser prático sob o aspecto “técnico-social”, mas sabe que não é o ideal. O Parlamento só é “autêntico” na medida em que a discussão pública é levada a sério e é efetivamente realizada, ou seja, quando há um verdadeiro “conflito de opiniões” e não um “conflito de interesses”.

A discussão política deve ter a predisposição de deixar-se convencer por opiniões outras, sem vinculação partidária, deve ser isenta de interesses egoísticos. Mas a maioria das pessoas sabe que este desprendimento é quase impossível e este ceticismo faz parte da crise do sistema parlamentar. Diz Schmitt⁴⁹:

A situação do sistema parlamentar tornou-se hoje extremamente crítica, porque a evolução da moderna democracia de massas transformou a discussão pública, argumentativa, numa simples formalidade vazia. Algumas normas do direito parlamentar atual, sobretudo as determinações quanto à autonomia dos deputados e à abertura de sessões, surgem, ao invés disso, como uma ornamentação inútil, supérflua e até patética, como se alguém pintasse chamas vermelhas nos aquecedores de um moderno sistema de aquecimento central para transmitir a ilusão de um fogo ardente. Os partidos (que de acordo com o texto da Constituição escrita nem existem oficialmente) atualmente não se apresentam mais em posições divergentes, com opiniões passíveis de discussão, mas sim como grupos de poder sociais ou econômicos, que calculam os interesses e as potencialidades de ambos os lados para, baseados nesses fundamentos efetivos, selarem compromissos e formarem coalizões. As massas são conquistadas por meio de um aparato de propaganda, cujos bons resultados derivam de um apelo a interesses e paixões mais imediatos. O argumento, no seu sentido mais literal, característico da discussão autêntica, desaparece. [...] Podemos, portanto, aceitar como pressuposto que não se trata mais de convencer o opositor de uma verdade ou de uma atitude correta, mas sim de conquistar a maioria, para poder exercer o poder por meio dela.

E acrescenta:

A crença no sistema parlamentar, num “government by discussion”, pertence ao mundo intelectual do liberalismo. Não pertence à democracia. O liberalismo e a democracia devem ser separados, para que se reconheça a imagem heterogeneamente montada que constituiu a moderna democracia de massas. (grifo do autor).

Schmitt entende que o direito universal e igual de voto e de voz é somente possível com uma igualdade entre iguais, ou seja, quando há homogeneidade. O mundo está dividido em sua maioria em nações homogêneas, as quais no seu

⁴⁹ SCHMITT, Carl. A situação intelectual do sistema parlamentar atual. In *A crise da Democracia Parlamentar*. São Paulo: Scritta, 1996, p. 8.

interior procuram concretizar uma democracia homogênea. Mas não há uma igualdade de pessoas, pois estas são diferentes (ex.: cidadãos X estrangeiros). Essa é uma igualdade sem substância, uma igualdade utópica.

A verdadeira “vontade geral” só poderá existir se o povo for homogêneo. Se houver diferentes partidos, interesses especiais, crenças religiosas, a igualdade é fictícia. A “vontade geral” como Rousseau a concebeu é na verdade homogênea, uma democracia consequente. É dessa homogeneidade que se extrai a identidade democrática de governantes e governados.

Para Schmitt, governante e governado estão numa unidade inseparável, resultante da homogeneidade nacional do povo. É uma democracia que se assenta na essência de um povo e se mostra na prática. Não é incompatível com a intersubjetividade dos cidadãos, pois esta intersubjetividade é reconhecida como igualdade e liberdade, pois o cidadão é aquele que exerce direitos políticos e assume deveres de toda a comunidade. É este cidadão que faz a democracia.

As pessoas possuem várias identidades e essas identidades não são uma realidade palpável. Não podem alcançar uma identidade absoluta. Por isso sempre haverá uma distância entre a igualdade real e o resultado da identificação, ou seja, o sistema liberal-democrático não representa a realidade. Devido a isso, o importante é a maneira como essa vontade é formada. Com o sistema de votos, uma minoria pode encarnar a verdadeira vontade do povo e este pode ser enganado, por meio de técnicas de propaganda e manipulação de opinião pública, normalmente realizadas pela maioria.

Para Schmitt, a discussão do Parlamento é obsoleta e inconcebível. Pois quando se leva a sério a identidade democrática, esta é a vontade do povo verdadeira. Só há igualdade dos iguais. A crença na discussão não tem fontes democráticas, mas sim liberais. O Parlamento se transformou num expediente técnico-social sem sentido, que não expressa a vontade do povo. “A crise do Estado moderno consiste na incapacidade da democracia humana e de massas de construir qualquer forma de Estado, e muito menos um Estado democrático”⁵⁰.

⁵⁰ SCHMITT, op.cit., p. 16.

Por isso entende que a ditadura, o bolchevismo e o fascismo são antiliberais, mas não necessariamente antidemocráticos. É aqui que Schmitt diz que a vontade do povo pode ser muito melhor expressada através da aclamação (*acclamatio*), do que por meio de um aparato estatístico, pois a democracia não se resume a um simples sistema de registro de votos.

Pode existir democracia, para Schmitt, sem um sistema parlamentar moderno, assim como pode existir um sistema parlamentar sem democracia, assim como democracia e ditadura não são opostos.

É verdade que o sistema parlamentar se baseia na publicidade e na discussão, essenciais ao sentimento de justiça de toda uma época. É a vitória do direito sobre a força. Mas a realidade político-partidária está muito distanciada desta crença. As grandes decisões não se baseiam em discurso e contra-discurso, mas por interesses de comissões cada vez mais restritas de partidos e coalizões partidárias. Com isso o sistema parlamentar perdeu sua base intelectual, a sua *ratio*. Esse sistema atual, comparado àquelas políticas de gabinete tão criticadas dos séculos XVII e XVIII, as faz até “inofensivas e idílicas”⁵¹.

3.3 Teoria da Constituição – 1928

Esta obra é uma das mais completas de Carl Schmitt, na qual o autor, na qualidade de professor de Direito Público, busca realizar uma Teoria Constitucional independente do Direito Político e da Teoria Geral do Estado. Entende que falta na Alemanha da época um estudo sistemático da Constituição e esta é sua proposta. Esclarece que tratará da Teoria da Constituição do Estado burguês de Direito, pois este tipo de modelo de Estado era dominante à época e a Constituição de Weimar corresponde a este tipo.

⁵¹ Idem, p. 48.

Tendo em vista a extensão desta obra, mister se faz mencionar neste trabalho somente os pontos mais relevantes. Consideramos como o mais relevante deles a distinção entre Constituição e leis constitucionais, distinção esta baseada no decisionismo que permeia todo o pensamento schmittiano.

Trata do conceito de *Constituição* como sendo a *unidade política de um povo*. É a situação da unidade e ordenação políticas. Pode ser também um sistema fechado de normas, mas nesse caso não seria uma unidade concreta, mas ideal. Por isso há equívoco em conceber a Constituição como um conjunto de leis e deve ser diferenciado o significado de Constituição de lei constitucional. Schmitt faz crítica aos que concebem a Constituição como “norma fundamental”, como Kelsen, pois se dá um sentido tópico e confuso a uma questão politicamente muito importante.

Quando se dá à Constituição o significado de regulação legal fundamental, um sistema de normas supremas e últimas se constitui não uma atuação do *ser*, mas de um *dever ser*. Com isso se faz uma “normação” total da vida do Estado, o Estado se converte em ordenamento jurídico. A Constituição é que dá origem ao Estado e não o contrário, fazendo dela a soberana. Isso é para Schmitt, “uma forma pouco clara de expressar-se, pois só uma coisa com existência concreta, e não uma simples norma válida, pode ser soberana”⁵².

Faz crítica aberta à Teoria do Estado de Kelsen que apresenta o Estado como sistema e unidade de normas jurídicas, sem esclarecer o princípio objetivo e lógico desta “unidade” e deste “sistema”, e sem explicar como ocorrem e com que necessidade sucede que as muitas prescrições legais positivas de um Estado e as distintas normas legal-constitucionais formam um sistema ou uma unidade.

Para Schmitt, esta teoria é inteligível quando analisada sob a ótica da teoria do Estado burguês de Direito, no qual a burguesia encontrou forças em um verdadeiro sistema de normas válidas em si mesmas, de conceitos como propriedade privada e liberdade pessoal que valem antes e até sobre qualquer *ser* político, envolvendo um *dever-ser*, independente da realidade do *ser*, ou seja, uma realidade jurídico-positiva. Para Kelsen, as normas não valem porque são justas,

⁵² SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 2006, p. 33.

mas porque são positivas, sem considerar qualidades como razoabilidade, justiça, etc.

Mas Schmitt, ao contrário, entende que⁵³:

En realidad, una Constitución es válida cuando emana de un poder (es decir, fuerza o autoridad) constituyente y se establece por su voluntad. La palabra "voluntad" significa, en contraste con simples normas, una magnitud del Ser como origen de un Deber-ser. La voluntad se da de un modo existencial: su fuerza o autoridad reside en su ser. Una norma puede valer cuando es justa; entonces la concatenación sistemática conduce al Derecho natural y no a la Constitución positiva; o bien una norma vale porque esta positivamente ordenada, es decir, por virtud de una voluntad existente. (grifo do autor).

Schmitt quer dizer que nenhum sistema fechado numa natureza puramente normativa pode ser tratado como sistema ordenado e como uma unidade, se não há uma "vontade unitária" que deu origem a ele. A unidade e a ordenação residem na existência política do Estado e não em leis ou regras. A ideia de "norma fundamental" é para ele obscura e imprecisa.

No caso da Constituição de Weimar, a unidade sistemática, normativa e lógica não reside em seus 181 artigos, mas na "existência política do povo alemão". Foi a vontade do povo alemão que fundou sua unidade política e jurídica, o que vai muito além das contradições sistemáticas, incongruências e obscuridades das leis constitucionais concretas.

Por isso não se pode confundir os conceitos de Constituição e lei constitucional, tendo esta última uma característica *formal*. O fato de uma Constituição escrita conter leis constitucionais formais, faz com que sua reforma esteja ligada a procedimentos de maior dificuldade, o que cria uma certa garantia de duração e estabilidade. Mas não se admite dissolver o conceito de Constituição em uma pluralidade de leis constitucionais, pois assim se perde um conceito essencial da Teoria do Estado e da Teoria da Constituição.

A Constituição, portanto, surge mediante um ato do poder constituinte. Este ato não contém quaisquer normas, mas a *decisão*, a totalidade da unidade política

⁵³ SCHMITT, op. cit., p. 34.

em sua particular forma de existência. É este ato que constitui e forma o modo da unidade política, ou seja, é anterior a ela, por isso, não há que se dizer que foi a Constituição que deu a unidade política. A Constituição contém a decisão consciente da unidade política, através do titular do poder constituinte, que a adota “por si mesma e se dá a si mesma”.

A Constituição, portanto, não surge de si mesma, ela é dada por uma unidade política concreta⁵⁴: *“La Constitución vale por virtud de la voluntad política existencial de aquel que la da. Toda especie de normación jurídica, y también, la normación constitucional, presupone una tal voluntad como existente”*.

As leis constitucionais, pelo contrário, pressupõem uma Constituição. Toda lei, inclusive a lei constitucional, necessita para sua validade de uma *decisão* política prévia, adotada por um poder ou autoridade politicamente existente. A unidade política existe não pela conveniência das normas, mas em sua própria existência⁵⁵:

La Constitución como decisión. Es necesario hablar de la Constitución como de una unidad, y conservar entre tanto un sentido absoluto de Constitución. Al mismo tiempo, es preciso no desconocer la relatividad de las distintas leyes constitucionales. La distinción entre Constitución y ley constitucional es solo posible, sin embargo, porque la esencia de la Constitución no está contenida en una ley o en una norma. En el fondo de toda normación reside una decisión política del titular del poder constituyente, es decir, del Pueblo en la Democracia y del Monarca en la Monarquía auténtica.

Então, na Constituição de Weimar, a democracia foi adotada pelo povo alemão, assim como a decisão a favor da república e contra a monarquia, e ainda, a estrutura da forma federativa do Reich, o modelo parlamentar-representativo, os direitos fundamentais e a separação de poderes. Estas foram decisões fundamentais que constituíram a Constituição de Weimar. Não são leis constitucionais. São mais que leis ou normas, são decisões políticas concretas que demonstram a forma política de ser do povo alemão e formam o suposto básico para todas as demais normas, inclusive para as leis constitucionais.

A importância da distinção entre Constituição e lei constitucional se dá, sobretudo, quando se trata da resolução de dúvidas e diferenças de opinião na

⁵⁴ SCHMITT, op. cit., p. 46.

⁵⁵ Idem, p. 47.

interpretação das leis constitucionais. Schmitt entende que a confusão ao delimitar o que seja um verdadeiro litígio constitucional ocorre devido aos elementos liberais (do Estado de Direito) e democráticos (políticos) contidos na Constituição de Weimar.

Para Schmitt, o Tribunal de Estado do Reich deve dizer somente se uma lei ou ordem são compatíveis com as prescrições contidas na lei constitucional, mas não deve interpretar as leis constitucionais. Um Tribunal Constitucional instituído somente para interpretar as dúvidas e divergências de opinião sobre as leis constitucionais atuaria como uma alta instância política, o que para ele é inadmissível.

Por isso, Schmitt entende importante separar as questões jurídicas das políticas, pois crer que um assunto jurídico-político possa despolitizar-se seria uma ficção. O Tribunal do Estado deve decidir somente questões jurídicas em contraposição às questões políticas: “Se não, existe o perigo de que, no lugar de levar o Direito à política, se leve a política à Justiça, minando sua autoridade”⁵⁶.

3.4 O conceito do político – 1932

Schmitt inicia este texto dizendo que “O conceito de Estado pressupõe o conceito do Político”. O Estado é uma condição de características especiais de um povo, que compreende vários *status* individuais e coletivos, mas que só terão sentido quando se adiciona a este povo e a estes *status* a característica do político, pois, sem ela, tornam-se incompreensíveis.

Para definir o conceito deve-se partir do Estado absolutista do século XVIII, passando pelo Estado neutro (não intervencionista) do século XIX, até o Estado total do século XX (contrário a neutralizações e despolitizações, da identidade entre Estado e sociedade, em que o Estado não se desinteressa por nenhuma área, em que tudo é político).

⁵⁶ SCHMITT, op. cit., p. 132.

Ainda para definir este conceito, deve-se partir de verificações e identificações de categorias especificamente políticas, em que há ação política. Essa ação política pode ser verificada através da diferenciação entre *amigo* e *inimigo*, não como uma definição exaustiva, mas como um critério.

O inimigo político não precisa ser imoral, feio ou um concorrente econômico. Ele simplesmente é o outro, o desconhecido, basta que seja diferente, de modo tal que num caso extremo, possa haver um conflito com ele, o qual não pode ser decidido nem por normas gerais, nem por sentença de um terceiro imparcial⁵⁷:

Assim, inimigo não é concorrente ou o adversário em geral. Tampouco o inimigo é adversário privado a quem se odeia por sentimentos de antipatia. Inimigo é apenas um conjunto de pessoas em combate ao menos eventualmente, i.e., segundo a possibilidade real e que se defronta com um conjunto idêntico. Inimigo é somente o inimigo público, pois tudo o que se refere a um conjunto semelhante de pessoas, especialmente a todo um povo, se torna, por isso, público.

A contraposição política é a contraposição mais intensa e extrema, do tipo amigo-inimigo. O conceito corresponde à eventualidade de um combate, um combate real. A guerra é a realização extrema da inimizade. Essa definição de política não é considerada por Schmitt nem belicista ou militarista, nem imperialista, nem pacifista, mas pressupõe que a decisão política acerca de quem seja o inimigo já exista.

A guerra não é um objetivo, uma finalidade, mas um *pressuposto* sempre presente de uma real possibilidade, que vai determinar a ação e o pensamento humanos e, como consequência, um comportamento político⁵⁸:

A guerra como o mais extremo meio político evidencia a possibilidade desta distinção entre amigo e inimigo subjacente a toda representação política, só tendo, por isso, sentido enquanto esta distinção estiver realmente existente na humanidade ou, pelo menos, realmente possível. Em contrapartida seria absurda uma guerra conduzida por motivos “puramente” religiosos, “puramente” morais, “puramente” jurídicos ou “puramente” econômicos. [...] Assim, a questão continua sendo apenas se tal agrupamento do tipo amigo-inimigo existe ou não como possibilidade real ou realidade, não importando quais motivos humanos são fortes o suficiente para suscitá-lo. (grifo do autor).

⁵⁷ SCHMITT, Carl. *O Conceito do Político/Teoria do Partisan*. Belo Horizonte: Del Rey Editora: 2009, p. 30.

⁵⁸ Idem, p. 38.

Os motivos religiosos, econômicos, morais e de outros tipos, da vida humana, podem dar força ao político, mas caracterizam somente o grau de intensidade de uma associação ou dissociação de pessoas, provocando em momentos distintos ligações e separações. Só que estas contraposições a princípio não-políticas chegam a casos críticos. Por isso, diz Schmitt, “político é, em todo caso, sempre o agrupamento que se orienta pelo caso crítico”. Em havendo forças antagônicas tão fortes a ponto de definirem a decisão sobre o caso crítico, elas ter-se-ão convertido em política.

O Estado, enquanto unidade política normativa, tem possibilidade de fazer a guerra e dispor sobre a vida das pessoas. Mas só um Estado em situação de normalidade produz “tranquilidade, segurança e ordem”, pois esse é o requisito para a eficácia de suas normas jurídicas, afinal, nenhuma norma tem validade em situação anormal. Em situações críticas, essa paz intraestatal pode fazer com que o Estado também defina seu inimigo interno, desencadeando uma guerra civil.

Por isso, a essência da existência política de um povo reside no fato dele próprio determinar quem é amigo e inimigo. Quando não mais possui essa capacidade, cessa sua existência política. Se permitir que um estranho determine quem é seu inimigo, este povo não será mais livre e será dominado por este estranho. Nenhum povo pode negar sua existência política, pois outro povo dominá-lo-á. O povo não desaparecerá do mundo por não ter vontade de se manter politicamente, mas segundo Schmitt, desaparecerá por ser um povo fraco.

É por essas ideias que Schmitt faz nesta obra uma crítica contundente ao liberalismo. Mesmo o liberalismo, com suas neutralizações e despolitizações, possui um sentido político, pois praticam política com suas ideias liberais, contrapondo-se às forças antiliberais. Esclarece⁵⁹:

Dado que, como dito, na realidade concreta da existência política não reinam ordens e normas abstratas, sendo, ao contrário, sempre pessoas ou associações concretas que governam outras pessoas e associações concretas, também aqui, naturalmente, visto de uma perspectiva política, o “domínio” da moral, do Direito, da economia e da “norma” possui apenas um sentido político concreto. (grifo do autor).

⁵⁹ SCHMITT, *O conceito do político*, p. 79.

Neste sentido Schmitt mais uma vez se contrapõe ao pensamento kelseniano. Kelsen entendia a democracia como sendo procedimental, formal, em que as diversidades dos indivíduos não podem ser homogeneizadas. Já Schmitt entende que esta proposta kelseniana faz com que o conteúdo material recaia nas mãos do legislador ordinário, o que implica insegurança e instabilidade política. Por essa razão, para Schmitt, a essência da política é pura decisão e não racionalidade; é vontade e não legalidade.

Assim se opõe ao pluralismo liberal que nega a unidade soberana do Estado. Esta unidade do poder soberano é dada pela decisão em estado de exceção, de quem seja o amigo e o inimigo público.

3.5 Legalidade e legitimidade – 1932

Para iniciar sua explanação sobre “legalidade e legitimidade”, temos que analisar na Alemanha de Weimar o “Estado legiferante”, o qual é um tipo de Estado caracterizado pela suprema e decisiva expressão da vontade comum, que reside em *normas*. O Parlamento, na qualidade de “corporação legiferante” compõe as normas como legislador. A organização do Estado legiferante conduz à separação entre lei e aplicação da lei, entre Legislativo e Executivo.

Schmitt critica este modelo legiferante, por criar uma “ficção normativa”, opondo-se a uma vontade legítima realmente existente. Faz crítica também ao modelo de *Estado jurisdicional*, no qual as últimas decisões são tomadas por uma Justiça separada do Estado, na qualidade de guardiã e protetora do Direito. Neste modelo, no lugar de uma unidade política surge uma simples comunidade jurídica, de cunho não-político, “pelo menos conforme a ficção”⁶⁰. Por isso, prefere o modelo de Estado dirigente e administrativo⁶¹:

Tanto o Estado dirigente quanto o Estado administrativo prestam-se muito mais como um instrumento de transformações radicais, sejam elas

⁶⁰ SCHMITT, Carl. *Legalidade e Legitimidade*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2007, p. 6.

⁶¹ Idem, p. 8.

revolucionárias ou reacionárias, e de organizações amplas, planejadas e calculadas em longo prazo. O Estado legiferante é o típico veículo de uma era reformista, revisionista, evolucionista, munida de programas partidários, a qual busca realizar o “progresso” por intermédio de leis corretas pela via parlamentar legal.

O “ethos” do estado jurisdicional consiste em o magistrado julgar diretamente em nome do Direito e da Justiça, sem que lhe sejam transmitidas ou impostas normatizações dessa Justiça por meio de outros poderes políticos não-judiciários.

[...]

O Estado administrativo pode recorrer à necessidade objetiva, à situação do objeto, ao imperativo das circunstâncias, à urgência da época e a outras justificativas não determinadas pela norma, mas pela situação dada. [...]

Tanto o Estado dirigente quanto o Estado administrativo vêem uma qualidade especial na ordem concreta, exequível sem maiores delongas ou a ser respeitada. Dão um fim às defesas advocatícias que acompanham o Estado jurisdicional, assim como às igualmente intermináveis discussões do Estado legiferante parlamentar e já reconhecem, no decisionismo da disposição imediatamente exequível, um valor jurídico positivo em si mesmo. Vale aqui a máxima: “A melhor coisa do mundo é uma ordem!” (grifo do autor).

O ideal de legalidade do Estado legiferante cria a ilusão de um procedimento legal legítimo. Ou seja, o racionalismo do sistema de legalidade transforma-se em seu oposto. Cria uma obediência incondicional à norma abstrata. No Estado legiferante parlamentar o legislador mantém o monopólio da legalidade. Porém, Schmitt destaca que ninguém respondeu o que deverá ocorrer quando se acabar a confiança no legislador, na harmonia entre o Direito e a lei votada. É essa confiança no legislador que mantém o Estado de Direito na forma de Estado legiferante.

A lei, em seu sentido formal, é separada de sua origem, de sua fonte, não é vinculada com Direito e Justiça. O legislador faz o que quiser, sempre será “lei” e sempre criará “Direito”. A legalidade fica aberta de qualquer valor e qualidade, “neutra”, meramente formal e funcional.

Numa situação de normalidade social ninguém nota estes pontos obscuros. Quando a lei, numa coerência democrática é manifestação da vontade popular, ela lhe empresta toda a dignidade e grandeza. Na democracia parlamentar, a vontade do Parlamento é idêntica à vontade do povo. Nesse caso, a decisão por maioria simples pode ser Direito e lei, contendo aquelas qualidades da vontade popular.

Mas, concretamente, um conceito de lei formal e neutra, desprovida de valores, faz com que a “lei” seja tão somente a vontade da maioria parlamentar, ou seja, um processo de votação “neutra”, indiferente e acessível a qualquer conteúdo.

Se o Parlamento se reduzir a meras votações majoritárias, renunciando a exigência “material” da lei, sua decisão majoritária se torna uma lei votada, não havendo qualquer garantia de justiça e razão.

A formação da vontade por meio de uma averiguação da maioria simples é razoável para Schmitt somente quando há uma homogeneidade substancial de todo o povo, pois a votação fará surgir apenas uma concordância. Um povo que seja homogêneo, inteiro, uniforme, não possui maioria ou minoria. Mas isso só é possível em “tempos relativamente calmos”. Não sendo satisfeita essa precondição de “homogeneidade nacional indivisível”, então os parlamentares farão averiguações puramente aritméticas, vazias de conteúdo, que passa a ser o oposto de neutralidade e objetividade. “Cessa a identidade democrática de governantes e governados, de autoritários e obedientes. A maioria ordena, e a minoria tem de obedecer”. A mera estatística majoritária e a sua falta de conteúdo tiram da legalidade qualquer capacidade de convencimento, destruindo tanto a democracia quanto o próprio Estado legiferante parlamentar. O partido que obtém a maioria passa a comandar o próprio Estado.

Schmitt quer dizer que o critério quantitativo, a regra da maioria do Parlamento, seja ela simples ou qualificada, não encerra nenhum princípio positivo de justiça ou de razão, nem tampouco algo democrático. Afinal, essa maioria pode ser opressora e essa matemática pode se tornar desumana. A diferença entre leis simples e superiores não deveria residir na qualificação do quorum, mas na vontade da Constituição. Diz⁶²:

Em princípio, toda democracia, inclusive a parlamentar, fundamenta-se na precondição da homogeneidade constante e indivisível. Como já afirmamos, o sentido de todo escrutínio não é uma vitória por meio de uma acachapante maioria de votos, seu único sentido é gerar concordância como um modo de se constatar aquela unanimidade que deverá haver em uma camada mais profunda, a menos que se queira cessar a democracia.

Este sistema de legalidade, para Schmitt, busca uma tal neutralidade da lei, que esta absoluta legalidade vai contra si mesma, ou seja, caminha rumo ao suicídio. Isso porque, tudo o que for decidido pela via da lei simples ou da emenda

⁶² SCHMITT, op. cit., p. 42.

constitucional, torna-se legal, “tudo sem diferença de conteúdo e de envergadura política”. Assim, o partido da maioria consegue manter a posse legal do poder, aproveitando as possibilidades legais, utilizando-a para alcançar sua meta partidária.

No capítulo 3 desta obra “O legislador extraordinário *ratione necessitatis*. Verdadeiro significado: a medida tomada pelo Estado administrativo reprime a lei do Estado legiferante parlamentar”, Schmitt diz que a Presidência do Reich, com a tolerância do parlamento alemão e de uma prática jurídica legitimadora, conseguiu impor um legislador extraordinário, a quem o art. 48, § 2º da Constituição de Weimar conferiu competências para a promulgação de decretos.

Nesse tipo de legislador extraordinário, vem à tona a “verdade jurisdicional simples” que está camuflada por intermédio de ficções, segundo a qual as normas valem somente para situações normais, a normalidade pressupõe sua “validade”. Por isso o legislador da situação normal é diferente daquele que está encarregado da “situação anormal”, o qual tem que restabelecer o estado de normalidade (segurança e ordem). Este legislador não é absoluto, nem superior ao legislador ordinário, mas é superior quando houver uma situação extraordinária.

Para o legislador do art. 48, a distinção entre lei e aplicação da lei, entre Legislativo e Executivo, não é um obstáculo nem do ponto de vista jurídico nem do fático. Ambas as coisas são encarnadas por ele, em uma única pessoa. Assim, o Presidente do Reich tem liberdade para intervir em todo o sistema de normatizações jurídicas existentes. E diz mais⁶³:

Consoante o art. 48, § 2º, alínea 2, a tal legislador extraordinário, além da competência para medidas extraordinárias, ainda foi conferida explicitamente a competência para revogar sete direitos fundamentais. Como se poderia supor, a revogação de direitos fundamentais não é um procedimento formal. [...] Na alusão formular ao art. 48, § 2º, já se encontra uma declaração suficiente e juridicamente válida para a intenção de revogar aqueles direitos fundamentais.

[...]

Quando a Constituição prevê, para casos de exceção, a possível revogação de direitos fundamentais por meio desse ato, ela deseja eliminar para uma instância que não é legisladora as restrições e os obstáculos contidos nos direitos fundamentais (a liberdade pessoal e a propriedade) e na primazia legal.

[...]

⁶³ SCHMITT, op. cit., p. 76.

Quando o Estado legiferante parlamentar permite, de forma típica, um “estado de exceção” com a suspensão de direitos fundamentais, não é a sua intenção equiparar o comissário da ação desse estado de exceção ao legislador, nem equiparar as medidas do comissário à lei, mas criar uma margem de ação livre para as medidas efetivas necessárias. (grifo do autor).

Assim, para Schmitt, num estado legiferante parlamentar, pluripartidário, em que complexos hegemônicos disputam o poder, estes farão o possível para aproveitar o instante de seu poder e considerar toda justificativa como arma de sua luta política. Legalidade e legitimidade passam a ser instrumentos táticos de que estes partidos lançarão mão para tirar vantagens. Por isso, nenhum sistema pode sobreviver a tamanha degradação. A própria Constituição acaba por dissolver-se, acirrando uma guerra civil. Nessa situação, os resquícios de autoridade exaurem-se e uma reformulação da Constituição far-se-á necessária, buscando-se uma “ordem substancial” e não uma “neutralidade valorativa de um sistema funcionalista da maioria”.

CAPÍTULO IV – AS ANÁLISES DESTA DICOTOMIA

4.1 Sobre a posição adotada por Kelsen

4.1.1 Kelsen visto por Norberto Bobbio

Um dos maiores estudiosos e seguidores da teoria de Kelsen foi Norberto Bobbio. Este autor busca explicar as origens do positivismo formalista de Kelsen, suas razões e a relação deste com o conceito de “poder”. A redução do “Estado ao ordenamento jurídico”, bem como o chamando “normativismo” ficam mais compreensíveis a partir da leitura de Bobbio sobre Kelsen, o que nos ajudará a entender a opção kelseniana do poder judiciário como “guardião da Constituição”.

Não vamos neste trabalho fazer um estudo aprofundado da *Teoria Pura do Direito* como fez Bobbio, pois o que nos interessa é entender a teoria normativista de Kelsen voltada à Teoria do Estado, principalmente, no que se refere à visão kelseniana de democracia, entendida como “conjunto de regras destinadas a permitir a um grupo de indivíduos tomar decisões coletivas com o máximo de consenso”⁶⁴ e, ainda mais, “a paz por meio do Direito”.

Bobbio, primeiramente, esclarece o corte metodológico feito por Kelsen para o estudo do Direito, afastando dele as demais ciências. O que se busca na “pureza” do estudo do Direito é não contaminá-lo com juízos de valor. Essa tarefa da ciência jurídica é a de descrever e não prescrever baseando-se em juízos de valor. Por isso, uma ciência pura não vai explicar o valor da justiça, o que é justo ou injusto, pois não se pode responder cientificamente a esta pergunta.

Mas salienta que, para Kelsen, ao contrário do que dizem a maioria de seus críticos, o Direito não é algo desligado da sociedade, mas é considerado um

⁶⁴ BOBBIO, Norberto. *Direito e Poder*. São Paulo: Ed. Unesp, 2008.

instrumento para a realização de certos fins que se colocam para os homens que vivem em sociedade.

Bobbio esclarece que a construção do ordenamento jurídico como uma pirâmide, como sistema hierarquizado de normas, nasce em Kelsen da observação do Estado Constitucional após a Primeira Guerra, sobre o valor das constituições rígidas, da subordinação das leis ordinárias às leis constitucionais. Assim é que Kelsen foi um dos redatores da Constituição austríaca de 1920 e sua contribuição permitiu a inovação mais significativa daquela Constituição: a criação de uma corte suprema chamada a controlar a legitimidade das leis ordinárias.

O significado histórico da obra kelseniana está ligado à análise estrutural do Direito como ordenamento jurídico específico, cuja especificidade consiste justamente não nos conteúdos normativos, mas na forma pela qual as normas estão unidas umas às outras no sistema. Este é o limite da Teoria Pura do Direito. Kelsen se preocupa com a estrutura e não com a finalidade do Direito. Ele entende o Direito como forma de controle social, meramente instrumental, o que, segundo Bobbio, combina com o relativismo ético e o irracionalismo de valores, pois o Direito não é um fim, mas um meio, uma técnica de organização social, um “mecanismo coercitivo”.

Sendo a função do Direito obter determinados fins sociais, estes fins não interessam à teoria do Direito, pois variam de uma sociedade para outra. Apesar disso, Bobbio salienta que na “Teoria Geral do Direito e do Estado” ele deixa escapar que o Direito tem sim um objetivo: a paz social. Bobbio diz que hoje em dia a função do Direito não é mais protetora-repressiva, mas promocional. Houve uma mudança na análise funcional do Direito, o que não nega a validade da análise estrutural na forma elaborada por Kelsen.

Bobbio esclarece que a Teoria Pura do Direito de Kelsen apresentou-se como uma teoria do direito positivo, é o Direito entendido como norma ou conjunto de normas, produzido pela ação humana. O direito é um *produto* não um *dado*. O positivista acredita que o direito não existe *in natura*, não existe na sociedade e, portanto, não se trata de descobri-lo ou revelá-lo, pois é a expressão de uma

atividade humana consciente e deve-se interpretá-lo, criando-o e recriando-o permanentemente.

A teoria dinâmica do direito de Kelsen é a de que se deve produzir normas que têm a função de regular a própria produção de normas. Um ordenamento jurídico é um sistema normativo em que a produção das normas do sistema é regulada por outras normas do sistema. Partindo-se da norma inferior para a norma superior chega-se à norma fundamental, que, para Kelsen, é o único fundamento possível do Direito, de um ordenamento que se autoproduz.

Por isso, para um positivista como Kelsen, o problema do fundamento do direito se resolve no problema do fundamento da *validade* das normas jurídicas. O positivista não se preocupa com o *valor* das normas. Por esta razão, o fundamento do direito é o próprio direito. A validade é uma qualificação jurídica, independente de valores éticos ou oportunidades políticas.

Ao tratar do problema do *poder* em Kelsen, Bobbio faz uma análise a partir dessa noção positivista do direito. Afinal, já que para o positivista as normas são produtos da atividade humana que as cria e as recria permanentemente, o poder que um sujeito possui de criar normas é um *poder jurídico*⁶⁵, assim, os dois conceitos de norma e poder remetem um ao outro.

Já que o positivismo jurídico considera como direito somente aquilo que é direito positivo, o conceito de produção jurídica é fundamental. O que difere o positivismo do direito natural é que este é algo dado, enquanto para o positivista este é produzido. Foi na base desta contraposição que Kelsen criou uma de suas teorias mais conhecidas, a distinção entre sistemas normativos estáticos e dinâmicos. Nos primeiros, como nos sistemas morais de direito natural, as normas se deduzem umas das outras pelo conteúdo. Nos segundos, as normas se produzem umas por meio das outras, e o que as produz é um ato de *poder*. Diz Kelsen⁶⁶:

⁶⁵ BOBBIO, op. cit. A terminologia “poder jurídico” é desenvolvida por Bobbio no capítulo 2, “Esclarecimento terminológico”, p. 141 e ss e também p. 177 a 180. Para Kelsen, o “poder jurídico” é a capacidade de produzir e aplicar normas jurídicas.

⁶⁶ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 217.

Apenas uma autoridade competente pode estabelecer normas válidas; e uma tal competência somente se pode apoiar sobre uma norma que confira poder para fixar normas.

[...]

(Sistema estático) As normas de um ordenamento do primeiro tipo, quer dizer, a conduta dos indivíduos por elas determinada, é considerada como devida (devendo ser) por força do seu conteúdo: porque sua validade pode ser reconduzida a uma norma a cujo conteúdo pode ser subsumido o conteúdo das normas que formam o ordenamento, como o particular ao geral. [...] Da norma segundo a qual devemos amar o nosso próximo podemos deduzir as normas: não devemos fazer mal ao próximo, não devemos, especialmente, causar-lhe a morte, não devemos prejudicá-lo moral ou fisicamente, devemos ajudá-lo quando precise de ajuda. Talvez se pense que a norma da verdade e a norma do amor ao próximo se podem reconduzir a uma norma ainda mais geral e mais alta, porventura a norma: estar em harmonia com o universo. Sobre ela, então poderia fundar-se uma ordem moral compreensiva. Como todas as normas de um ordenamento deste tipo já estão contidas no conteúdo da norma pressuposta, elas podem ser deduzidas daquela pela via de uma operação lógica, através de uma conclusão do geral para o particular. [...] Um sistema de normas cujo fundamento de validade e conteúdo de validade são deduzidos de uma norma pressuposta como norma fundamental é um sistema estático de normas.

[...]

O tipo dinâmico é caracterizado pelo fato da norma fundamental pressuposta não ter por conteúdo senão a instituição de um fato produtor de normas, a atribuição de poder a uma autoridade legisladora ou – o que significa o mesmo – uma regra que determina como devem ser criadas as normas gerais e individuais do ordenamento fundado sobre esta norma fundamental. [...] Com efeito, a norma fundamental limita-se a delegar numa autoridade legisladora, quer dizer, a fixar uma regra em conformidade com a qual devem ser criadas as normas deste sistema. [...] Uma norma pertence a um ordenamento que se apóia numa tal norma fundamental porque é criada pela forma determinada através dessa norma fundamental – e não porque tem um determinado conteúdo. A norma fundamental apenas fornece o fundamento de validade e já não também o conteúdo das normas que formam este sistema.

A teoria jurídica positivista como a de Kelsen, representada pelos dois tipos de sistema acima, não pode excluir o conceito de produção jurídica (sistema dinâmico) e, conseqüentemente, o conceito de produção jurídica não pode excluir o conceito de *poder*. Para que as normas sejam produzidas é preciso que alguém tenha o poder para produzi-las. Por isso, não se pode na teoria positivista dissociar as noções de norma e poder.

Como explica Bobbio, são duas faces da mesma moeda, resta saber qual das duas é a frente e qual é o verso. Neste ponto da obra de Bobbio, quando este autor explica o significado de *poder* para Kelsen, conseguimos vislumbrar o que originou o entendimento kelseniano sobre o controle de constitucionalidade das leis e quem deve ser o “guardião da Constituição”. Afinal, diferentemente de Schmitt, como

restará demonstrado no decorrer deste trabalho, a frente é o poder, que não reconhece nenhum outro acima dele, sendo preciso partir do poder para justificar a existência do Direito.

Para Kelsen, a frente é a norma, sendo a norma fundamental o fundamento de validade de todas as normas do sistema. É preciso partir das normas para justificar o poder (poder jurídico).

Tanto para Kelsen, quanto para a teoria tradicional de direito público, a qual incluía Schmitt, a lógica do sistema é a mesma, o que difere é o ponto de partida.

Bobbio ao analisar a obra de Kelsen questiona o porquê da insistência do autor da Teoria Pura na tese segundo a qual a característica do Direito é regular a própria produção normativa, de que “a fonte do direito, pode ser somente o direito”. Entende que para Kelsen é esta característica que serve para distinguir um ordenamento jurídico do puro exercício de um poder de fato. E diz Bobbio⁶⁷:

Em um parágrafo da Teoria Geral do Direito e do Estado, Kelsen acrescenta que, dentre os outros argumentos a favor da redução do Estado a direito, do Estado como organização política e ordenamento jurídico, também aquele pelo qual o poder do Estado não é um poder qualquer, o poder de quem consegue induzir o outro a um comportamento desejado, mas é um poder autorizado, e um poder autorizado é possível “apenas na base de um ordenamento em virtude do qual alguém seja autorizado a comandar e outro seja obrigado a obedecer”. E ainda: “o poder social é sempre um poder organizado, de uma ou de outra maneira. O poder do Estado é o poder organizado pelo direito positivo, é o poder do direito, ou seja, a eficácia do direito positivo. (grifo do autor).

Há um trecho na Teoria Pura do Direito⁶⁸, em que Kelsen trata diretamente deste ponto:

É quase de per si evidente que o chamado poder do Estado, que é exercido por um governo sobre uma população residente dentro do território do Estado, não é simplesmente qualquer poder que qualquer indivíduo efetivamente tem sobre outro indivíduo e que consiste em o primeiro ser capaz de conduzir o segundo a observar uma conduta por aquele desejada. Há muitas relações de poder fáticas deste tipo sem que aquele que tem um tal poder sobre outrem seja considerado como Estado ou órgão estadual. O que faz com que a relação designada como poder estadual se distinga de outras relações de poder é a circunstância de ela ser juridicamente regulada, o que significa que os indivíduos que, como governo do Estado,

⁶⁷ BOBBIO, op. cit., p. 161.

⁶⁸ KELSEN, op. cit., p. 320.

exercem o poder, recebem competência de uma ordem jurídica para exercerem aquele poder através da criação e aplicação de normas jurídicas – que o poder do Estado tem caráter normativo. O chamado poder estadual é a vigência de uma ordem jurídica estadual efetiva.

Fazendo esta análise do pensamento positivista kelseniano, Bobbio consegue demonstrar claramente o que diferencia seu pensamento, do pensamento da teoria tradicional de direito público, ou seja, o porquê “norma” e “poder” são duas faces da mesma moeda, sendo que para um a norma está na frente (norma sobre o poder) e para os outros é o poder que está (poder sobre a norma).

Para a teoria clássica de direito público coloca no vértice o conceito de soberania entendida como poder supremo acima do qual não existe outro, considera o Estado do ponto de vista do poder. Já a teoria positivista de Kelsen coloca no vértice do sistema não o poder soberano, mas a norma fundamental e considera o Estado do ponto de vista normativo. Diz Bobbio⁶⁹:

Em uma teoria normativista rigorosa como a de Kelsen, a norma fundamental é o conceito exatamente simétrico ao de poder soberano. A norma fundamental é a norma das normas, assim como o poder soberano é o poder dos poderes. São perfeitamente simétricos esses dois conceitos, uma vez que a norma fundamental e o poder soberano têm a mesma função, a de fechar o sistema: a primeira em uma teoria jurídica; a segunda, em uma teoria política, do Estado.

Por isso que em uma Teoria do Estado que parte da primazia da norma sobre o poder, não pode existir outro poder que não seja o poder jurídico, regulado pelo direito. O que diferencia o poder estatal de todas as relações de poder é que é juridicamente regulado, ou seja, o poder estatal tem caráter normativo.

Segundo Kelsen, é a norma fundamental que tem a função de “transformar o poder em direito”. Devido a isso, em sua obra, Kelsen chega a negar o dualismo tradicional entre Direito e Estado e formula a conhecida teoria da redução do estado ao ordenamento jurídico. É neste ponto que Kelsen abre a discussão com a teoria tradicional de direito público, pois esta teoria, ao contrário dele, coloca o poder como alguma coisa por trás do Direito, que institui o Direito.

⁶⁹ BOBBIO, op. cit., p. 171.

Mas Bobbio destaca um problema fundamental no normativismo que é o de um ordenamento normativo poder ser considerado direito positivo somente se existirem órgãos dotados de poder que façam respeitar as normas que o compõem, ou seja, “o poder sem direito é cego, mas o direito sem poder é vazio”. O direito público tradicional que parte do poder, sempre buscou distinguir o que é poder de fato do que é poder legítimo (Weber). Kelsen também teve que distinguir um ordenamento jurídico imaginado de um ordenamento jurídico efetivo. Para Bobbio, aqueles buscavam desatar o nó do problema da *legitimidade* e Kelsen precisava desatar o nó da *efetividade* do ordenamento jurídico.

Bobbio explica, então, que Kelsen chega à conclusão de que um ordenamento jurídico além de válido deve ser efetivo. A teoria tradicional busca aquilo que torna legítimo o poder (que é o direito) e a teoria kelseniana busca aquilo que torna efetivo o direito (que é o poder). Esse é o contínuo e complexo embate entre direito e poder.

Um ordenamento jurídico em seu conjunto só será válido se as normas que ele produz são cumpridas amplamente, isto é, se o ordenamento é efetivo. Para isso, é preciso que exista um poder capaz de obter o respeito pelas normas. Por isso que a um ordenamento jurídico é necessário além do poder de produzir normas, o poder de aplicá-las. O ordenamento jurídico deve ter, portanto, eficácia contínua.

4.1.2 Kelsen visto por Fabio Ulhoa Coelho

Pretende o Professor Fabio Ulhoa Coelho em seu escrito “Para entender Kelsen” abordar o pensamento metodológico kelseniano de uma forma ampla e não restrita à Teoria Pura do Direito, ou seja, acompanhar seu pensamento até o fim.

O grande objetivo da obra kelseniana foi discutir e propor os princípios e métodos para uma teoria jurídica. O debate entre o positivismo e a livre interpretação do direito estava, em sua época, questionando a própria autonomia da ciência jurídica. Por isso, Kelsen tentava a todo custo dar à ciência jurídica uma metodologia e um objeto próprio, para que o jurista tivesse “autonomia científica”.

Para tanto, a teoria jurídica de Kelsen teve um total enfoque normativo. A pureza do Direito consistia em encará-lo como norma. O cientista do direito deve ocupar-se exclusivamente com a norma posta. Os valores que interferem na produção da norma são estranhos ao objeto da ciência jurídica. Não que a Teoria Pura do Direito negue uma conexão com fatores sociológicos, psicológicos, éticos e políticos, mas entende que estes são impertinentes à ciência jurídica. Diz o autor⁷⁰:

Considerar esses aspectos pré-normativos ou metanormativos implica obscurecer o conhecimento da norma, comprometendo-se a cientificidade dos enunciados formulados acerca dela. Note-se que o estudo dos fatores interferentes na produção normativa e a consideração dos valores envolvidos com a norma não são apenas inúteis, inócuos, dispensáveis. O cientista do direito deve ignorar tais matérias não porque seriam elas simplesmente irrelevantes para a definição do sentido e alcance das normas jurídicas em estudo. Mais que isso, deve fazê-lo para não viciar a veracidade de suas afirmações. A desconsideração pela doutrina dos limites precisos de seu objeto (a norma posta) confere-lhe ou o caráter de saber estranho à realidade jurídica, ou o de mera aglutinação de proposições ideológicas. A pureza da ciência do direito, portanto, decorre da estrita definição de seu objeto (corte epistemológico) e de sua neutralidade (corte axiológico).

Para Kelsen, ainda, o direito é entendido como ordem social coativa que impõe sanções. É diferente da moral não pelo conteúdo das normas, mas justamente pela reação quando há uma desobediência a estas normas, ou seja, pela sanção. Quando se infringe uma norma moral, a conduta é reprovada. Já no caso direito, uma norma infringida gera uma sanção. “O ilícito, assim, é o pressuposto do direito e não a sua negação”.

Quanto à hermenêutica, Kelsen verifica a existência de uma margem de indeterminação nas normas jurídicas e entende que a Constituição não pode determinar de modo exaustivo o conteúdo das leis em termos absolutos. Isso faz com que as normas possam ter muitos significados. Metaforicamente falando, os vários sentidos das normas jurídicas se inserem dentro de uma moldura. Mas esta moldura possui os limites traçados pela ciência jurídica, não podendo ir além.

O autor entende que Kelsen, ao fazer o corte metodológico rigoroso no exame das normas gerais e individuais (na hermenêutica), ou seja, ao afastar, por exemplo, as razões que levaram um juiz a aplicar uma norma num determinado sentido,

⁷⁰ COELHO, Fabio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 3

permitindo somente uma análise restrita à lógica, empobrece a sua epistemologia. Entende que este é o ponto sensível da teoria kelseniana, citando o Professor Tércio Sampaio Ferraz⁷¹:

[...] Essa coerência de Kelsen com seus princípios metódicos, porém, deixa-nos sem armas. Sua renúncia pode ter um sentido heróico, de fidelidade à ciência, mas deixa sem fundamento a maior parte das atividades dogmáticas, as quais dizem respeito à hermenêutica. [...] Ou seja, para Kelsen, é possível denunciar, de um ângulo filosófico (zetético), os limites da hermenêutica, mas não é possível fundar uma teoria dogmática da interpretação.

Com isso, porém, Kelsen frustra um dos objetivos fundamentais do saber dogmático, desde que ele foi configurado como um conhecimento racional do direito. Ainda que lhe atribuamos um caráter de tecnologia, de saber tecnológico, sua produção teórica fica sem fundamento, aparecendo como mero arbítrio. Não teria, pois, realmente, nenhum valor racional procurar um fundamento teórico para a atividade metódica da doutrina, quando esta busca e atinge o sentido unívoco das palavras da lei? Seria um contra-senso falar em verdade hermenêutica?

Enfrentar esta questão constitui o que chamaríamos de o *desafio kelseniano*. (grifo do autor).

Na teoria kelseniana, portanto, na impossibilidade de superar a multiplicidade de sentidos, de interpretações, de uma forma científica, renuncia-se à avaliação do que seja justo ou injusto. “Em suma, para ele, o que não se pode falar sobre o direito positivo, com consistência científica, deve-se calar”⁷².

Isso é o que diferencia Kelsen do direito natural, pois enquanto Kelsen adota a pureza científica, os jusnaturalistas se importam com a moral da natureza humana, ou seja, vão além da “moldura”. É de importância fundamental a teoria kelseniana para o conhecimento científico do direito, mas essa teoria peca na hermenêutica restrita à lógica, à técnica, e ao afastar possíveis significados “não científicos” das normas, o que demonstra uma insuficiência de sua epistemologia jurídica.

⁷¹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 230.

⁷² COELHO, Fabio Ulhoa, op.cit., p. 65.

4.2 Sobre a posição adotada por Schmitt

4.2.1 Schmitt visto por José Caamaño Martínez

O professor espanhol José Caamaño Martínez escreveu sua tese de doutorado em 1947, a qual deu origem, no ano de 1950, ao livro *“El pensamiento jurídico-político de Carl Schmitt”*, cujo prólogo foi escrito por seu mestre, Don Luis Legaz y Lacambra, Reitor da Universidade de Santiago de Compostela, o qual escreveu uma das obras mais completas até hoje realizadas sobre Hans Kelsen.

Neste prólogo, Legaz y Lacambra destaca a importância de Carl Schmitt na paisagem cultural compreendida entre os anos de 1918 e 1939. Os intelectuais da época se atraíam pela grande cultura alemã e, por isso, tinham que estudar duas figuras importantes: Hans Kelsen e Carl Schmitt. Enquanto Kelsen buscava no formalismo o refúgio das possíveis verdades jurídicas, Schmitt verifica a situação concreta, pela razão, e afirmava o poder personalista da decisão.

Diz que à Schmitt se deve a mais exata análise sobre a situação e a realidade constitucional da Europa no século XX, fixando-se na situação constitucional da Alemanha, tanto no texto constitucional como na realidade política e social em que este texto se inseria. A grande crise política e social que enfrentou a Alemanha após a Primeira Guerra e a instauração da república democrática de Weimar refletiram em todo o continente europeu.

Para Legaz y Lacambra, Schmitt é muito mais que um jurista, mais que um teórico do Direito, pois ainda que tenha um espírito jurídico, falta a ele a limitação de horizontes que ao menos se adverte no pensamento dos juristas. O tom que domina o pensamento de Schmitt é o político, seu objeto é a realidade política. O “decisionismo” chave de seu pensamento é talvez a expressão intelectual deste sentido político da construção intelectual schmittiana.

Schmitt parte de um conceito pessimista do homem, como o representado por Maquiavel e Hobbes. Sobre a desconfiança no homem, deve haver uma decisão

autoritária que cria a ordem e a segurança, condições indispensáveis de qualquer realidade política. É por essa razão que Hobbes foi um tema especial para Schmitt, a quem ele dedicou um estudo breve, mas fundamental para justificar o sentido político de seu pensamento.

Para Legaz y Lacambra, apesar da obra de Schmitt ter muitos pontos vulneráveis objeto de críticas, diz que:

Pero he de limitarme, como resumen, a insistir en el valor de la obra de Carl Schmitt, sin duda más sugeridora que sistemática, más llena de incitaciones que de acabamientos; pero que es la obra de quien há asimilado una larga herencia intelectual de pensamiento clásico, que en él se transforma en viviente problematismo, problematismo que no existe para él clásico, pero que está destinado a desvelarse a los modernos a través de quienes saben captar la fecunda vitalidad y dinamismo que circula por debajo de la aparente serenidad y quietud de las formas.

CRÍTICAS DE SCHMITT AO NORMATIVISMO KELSENIANO

Para compreender o pensamento schmittiano, Caamaño Martínez busca contextualizar sua obra na situação social e política da crise que vivia a Alemanha após a Primeira Guerra. Schmitt via naquela época uma “crise da modernidade”, ou seja, a fé que havia na razão e na ciência não foi suficiente para orientar e resolver os problemas essenciais da sociedade, pois existia na moderna civilização uma desproporção notória entre o progresso material e o progresso moral do homem. A sociedade industrial desenvolvida no século XIX alterou profundamente a estrutura social: junto com a burguesia que criou o Estado Liberal nascia a classe proletária. Foram estes fatores, o grande desenvolvimento industrial e técnico e a irrupção das massas que determinaram o semblante da vida moderna.

Por isso, a sociedade adquiriu uma complexidade cada vez maior e uma crescente densidade de relações. Esta complexidade exige uma regulação mais extensa das relações sociais, uma cada vez mais intensa intervenção estatal e com ela o aumento da burocracia e do trabalho especializado. Por esta razão, entende que estes foram um dos principais motivos da crise do Estado Liberal. Este só tinha a missão de garantir a liberdade individual e assegurar o livre exercício de seus direitos. Seu sistema de freios e contrapesos o incapacitava para intervir eficazmente na vida social, sobretudo, quando a sociedade havia perdido aquela

“unidade”. As relações econômicas foram, em primeiro lugar, aquelas que vieram pedir urgentemente uma regulação estatal.

O positivismo, para Schmitt, representava o triunfo e a consagração dos êxitos da razão (*ratio*) no terreno da técnica e das ciências físico-matemáticas. Porém é estendido a todos os objetos, não só aos que pertencem às ciências naturais. As ciências humanas, como a filosofia, reduziram-se a uma teoria geral da ciência e a metafísica restou eliminada. A razão só se ocupa dos fenômenos e de suas relações, trata de formular em leis, mas não aspira conhecer a essência das coisas.

Por isso, esse positivismo possui pontos fracos e entra em crise. Os grandes acontecimentos históricos do século XIX conduzem ao descobrimento de uma nova realidade: a realidade histórica. Sua natureza peculiar exige para ser apreendida um novo método, cujo problema central é o homem e a vida humana, os quais são, em sua essência, historicidade e relatividade.

A *ratio* das ciências físico-matemáticas, em que pesem seus êxitos, não podia resolver nenhum dos essenciais problemas humanos. Desse modo, a consciência da crise alcança sua mais alta expressão.

Por esta razão, o historicismo é uma das tendências mais importantes no trânsito dos séculos XIX e XX, o que significa o império absoluto do relativismo: toda obra humana é o produto das condições existentes no momento histórico em que teve lugar. Diferentemente da razão positivista, todas as obras do homem, todas as obras culturais são determinadas pelo ambiente histórico, pelas condições econômicas e sociais em que produzem. Devido a isso, é necessária a relação com outras ciências, como a sociologia, para verificar a realidade humana.

Baseada nessas premissas é que sucede a crítica de Schmitt ao normativismo kelseniano. Para Kelsen, existe o mundo do “ser” e do “dever ser”. O primeiro é o mundo da realidade natural, o segundo é o mundo das normas. Mas o “dever ser” é para Kelsen não um “dever ser” ético, expressão ou exigência de um mundo de valores, mas uma simples categoria lógico-formal. Daí deriva o postulado da pureza metodológica. Para os positivistas neokantianos como Kelsen, as

categoria lógicas são aplicadas na experiência, o método cria o objeto e o Direito não é mais que um conjunto de normas.

Para Kelsen, a norma não pode ser um imperativo, porque o Estado não pode querer mais que sua própria conduta, a vontade do Estado é previamente determinada. Por isso, de acordo com a pureza metodológica, todas as realidades psicológicas e sociológicas são juridicamente irrelevantes. O Estado, para Kelsen, não pode ser outra coisa que o Direito. Mas para Schmitt, Kelsen, com grande engenho, reduz todos os problemas do Estado a problemas jurídicos.

Ademais, Kelsen se orgulhava ao afirmar que seu sistema não estava ligado a nenhuma doutrina política. Porém, se por um lado não cabe relacioná-la com nenhuma tendência política concreta, por outro, responde a um tipo ideal de Estado de Direito, que é um edifício vazio, esquema formal disposto a ser preenchido por qualquer conteúdo.

O PENSAMENTO DE SCHMITT

O conceito de “decisão” é utilizado por Schmitt para levar a cabo um ataque profundo e uma crítica ao Estado Liberal. As teorias normativistas, apesar de sua aparente apoliticidade, respondem a uma intenção e tem um sentido político. E a intenção é substituir pelo império das normas, o mando e o poder de homens concretos. Este é o ideal liberal do Estado de Direito burguês.

O anseio burguês é garantir e proteger os direitos fundamentais frente ao Estado e pretende consegui-lo regulamentando todas as funções estatais, sujeitando-as ao império da lei, reduzindo o Estado ao mínimo. O liberalismo reduz o Estado a um mero protetor de direitos e da liberdade da pessoa. Mas apesar disso, as Constituições liberais contêm a decisão acerca da forma de existência política. Importante destacar essa passagem na obra de Schmitt⁷³:

El concepto ideal todavía hoy dominante de Constitución es el ideal de Constitución del Estado burgués de Derecho. [...] . La particularidad de su ideal de Constitución consiste en que con él se adopta una organización del Estado desde un punto de vista crítico y negativo frente al poder del Estado

⁷³ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 2006, p. 62.

– protección del ciudadano contra el abuso del poder del Estado - . Los medios y métodos del control sobre el Estado se organizan más que el propio Estado; se crean seguridades contra ataques estatales, y se trata de introducir frenos en el ejercicio del poder publico. [...] La tendencia del Estado burgués de Derecho va en el sentido de desplazar lo político, limitar en una serie de normaciones todas las manifestaciones de la vida del Estado y transformar toda la actividad del Estado en competencias, limitadas en principio, rigurosamente circunscritas. De aquí resulta ya que lo característico del Estado burgués de Derecho sólo puede integrar una parte de la total Constitución del Estado, mientras que la otra parte contiene la decisión positiva acerca de la forma de la existencia política. Las Constituciones de los actuales Estados burqueses están, pues, compuestas de dos elementos: de un lado, los principios del Estado de Derecho para la protección de la libertad burguesa frente al Estado; de otro, el elemento político del que ha de deducirse la forma de gobierno (Monarquía, Aristocracia o Democracia, o un status mixtus) propiamente dicha. En la reunión de estos dos elementos reside la particularidad de las actuales Constituciones del Estado burgués de Derecho.

Dessa forma, Caamaño Martínez diz que Schmitt abriu uma brecha no Estado Liberal, vez que este, apesar de sua tendência despolitizadora, não deixa de ter conteúdo político e de decidir-se por uma ou outra forma de Estado.

Para sustentar sua teoria, Schmitt trata do “conceito burguês de norma”, como sendo a lei elaborada pelo Parlamento, que por sua vez, encarna a “vontade geral”. A única questão prática para ele é averiguar quem dispõe dos meios para formar a vontade do povo. Existem, assim, técnicas de adesão popular que influem e configuram a “vontade geral”: força militar e política, propaganda, domínio da opinião pública, organização dos partidos, assembleias, escolas, etc.

Por isso ele fala da “crise do parlamentarismo”⁷⁴. Os princípios espirituais nos quais o Parlamento descansava já não existiam. Estes eram discussão e publicidade. Porém, a lei acabou derivando não de uma luta de opiniões, mas de interesses dos deputados ligados a seus respectivos partidos. A opinião pública se converteu num órgão de controle. As decisões políticas que afetavam a vida dos povos, já não eram tomadas no plano do Parlamento, depois de argumentos, discursos, réplicas, mas adotadas de portas fechadas no seio de pequenas coalizões de partidos, que representavam o “interesse geral”. Por isso, o

⁷⁴ Sobre a crise do Parlamento, Schmitt escreve um artigo em 1923, cujo título é “Sobre a diferença entre sistema parlamentar e democracia”. O estudo se encontra traduzido para o português no livro “A crise da Democracia Parlamentar”. São Paulo: Scritta, 1996.

parlamentarismo, ao perder seu espírito para a discussão e a publicidade, reduziu-se a uma mera fachada, a uma simples formalidade vazia.

Baseado nisso, Schmitt verifica que os Estados Liberais se transformaram em “Estados pluralistas de partidos” que destruíram a unidade política. Os velhos partidos de opinião, que representavam os cidadãos, já não existiam mais, sendo substituídos por modernos partidos totalitariamente organizados. Nesta situação o Estado aparece como um objeto dos compromissos e transações dos diferentes partidos ou como um servidor do partido dominante, mas não como uma entidade independente capaz de uma decisão autoritária.

Para Schmitt, os acordos entre os partidos não podiam constituir base alguma da “unidade política”, pois são vínculos frágeis que podem se romper a qualquer momento. Esses acordos são tratados de paz entre os partidos, e os tratados de paz sempre são feitos com vistas a uma possível guerra futura. Faltava, assim, uma “situação normal”, que é indispensável para que existam normas éticas e jurídicas. O novo dever do cidadão é trabalhar por uma restauração da situação normal e pelo restabelecimento da “unidade política”. É a “unidade política” que representa a vontade de todo o povo. Os deputados não são representantes nem de seus partidos, nem de seus eleitores, mas de toda uma nação: *“La administración no es representante, el Gobierno sí lo es. Porque el Gobierno lleva en sí, el principio espiritual de esa unidad”*.

Como todos os conceitos de Schmitt, o conceito de “decisão” também é polêmico. Diz Caamaño Martínez: *“El concepto de decisión es la antítesis del concepto de norma y el enemigo con quien se enfrenta, es el positivismo jurídico y el normativismo formalista de Kelsen y la Escuela de Viena”*⁷⁵.

Se o mundo jurídico fosse, como fundamenta Kelsen, um mundo de normas que descansam sobre uma norma hipotética, esse mundo não seria mais que um conjunto de abstrações. Ele somente existe quando é produzido e se apoia sobre pessoas reais e concretas. A norma não é um juízo hipotético, mas um mandato, uma ordem, um ato de vontade. A decisão é, assim, um elemento essencial da

⁷⁵ CAAMAÑO MARTÍNEZ, J., op. cit., p. 85.

ordem jurídica, tão essencial quanto a norma. É a decisão que cria a norma e a sustenta. A teoria normativista ignorou este elemento fundamental da ordem jurídica.

Schmitt entende que é preciso admitir uma instância decisória suprema, uma instância soberana que não recebe sua autoridade, que não é criada por norma alguma. O conceito de decisão faz parte da definição do conceito de soberania. E aí entra o conhecido argumento de Schmitt de que “soberano é aquele que decide sobre o estado de exceção”. É nos casos excepcionais que se manifestam os elementos que se encontram em todo ordenamento jurídico: norma e decisão.

En el estado excepcional desaparece el Derecho, pero continúa el Estado, desaparece la norma, pero continúa la decisión. Si en la situación normal es la norma la que prevalece y es la decisión la que está reducida al mínimo, en el estado de excepción es, por el contrario, la norma la que desaparece y es la decisión la que decubre su existencia de un modo rotundo e inequívoco⁷⁶.

Essa é, para Schmitt, a brecha aberta no normativismo, pois nenhuma norma pode prever um estado de exceção. Nem tudo é previsível e calculado. Uma norma só pode prever o normal, mas não o excepcional.

Por isso que em sua obra *Teoría de la Constitución* fica clara a insistência de Schmitt em diferenciar a Constituição das *leis constitucionais*. A Constituição não é, como entendiam os normativistas, uma norma suprema e última. Nela entram os mais diferentes conteúdos, os postulados doutrinários dos partidos políticos triunfantes. Ela é a decisão sobre a situação conjuntural da época que foi elaborada, sobre a forma de existência de sua “unidade política”. E quem decide isso é o povo, em uma democracia, o rei, em uma monarquia, no momento de sua elaboração.

Outra crítica contumaz ao normativismo kelseniano citada por Caamaño Martínez é a realizada por Herman Heller, que, sendo da mesma escola que Schmitt, entendia que Kelsen, ao reduzir sua teoria jurídica “pura” somente às normas e a juízos hipotéticos do “dever ser”, acabou por reduzi-la em relações e funções, sendo que todos os conceitos substanciais do “ser”, como o conceito de pessoa e de vontade, foram aniquilados e reduzidos a uma imputação normativa. Para ele, Kelsen, ao identificar Estado e Direito, acaba por suprimir o Estado, ou seja, faz uma

⁷⁶ CAAMAÑO MARTÍNEZ, J., op. cit., p. 87.

teoria do Estado sem Estado. Assim como que para compreender o Direito, na sua essência, não se pode prescindir da realidade humana e social, de seus valores éticos. Por isso, entende, também, que a teoria kelseniana é uma teoria jurídica sem o Direito.

Com a ajuda do conceito de decisão, Schmitt evidencia a profunda contradição vista no positivismo kelseniano: o qual afirma como sendo válidas somente as normas positivas e estas valem não por serem justas e razoáveis, mas por serem positivas. No entanto, não é por isso que Schmitt adere ao Direito Natural. Ele prefere resolver essa contradição do positivismo jurídico kelseniano, em que a unidade normativa descansa sobre uma “norma fundamental”, da seguinte forma: a unidade normativa descansa sobre uma decisão da unidade política acerca da sua concreta forma de conjunto.

A norma é válida por força de uma autoridade que a estabelece por sua vontade ou porque é justa (esse segundo ponto vem do direito natural). Assim, para uma norma ter validade jurídico-positiva, ela deve advir de um ato de vontade e não de um dever abstrato ou normativo.

Para Schmitt, o normativismo kelseniano era um puro “apriorismo lógico-formal, fantasmagórico e abstrato”. O decisionismo o ataca, apontando suas contradições, mas não deixa de ser positivismo. Kelsen se afasta da realidade política e social. Já Schmitt não, pois verifica a decisão política por trás das normas positivas. São as forças sociais e políticas que decidirão a vontade política e isso é puro relativismo. Porém, para Caamaño Martínez, a decisão independe de valores e pode servir a qualquer tipo de Estado. Este é o ponto fraco do decisionismo.

O autor também destaca que um dos teóricos que Schmitt estuda e incorpora em sua teoria é Donoso Cortés, um escritor católico da contrarrevolução do final do século XIX. Este afirmava que toda questão política se reduz a uma questão teológica. Ao ver o fim da legitimidade do monarca, viu no decisionismo uma última forma de resgate desse poder real, apoiando as formas ditatoriais. Donoso chega a dizer que a religião da burguesia é a livre manifestação do pensamento e Schmitt considera essa visão uma perfeita definição do liberalismo. Donoso tinha uma visão, assim como Hobbes, totalmente pessimista do homem e de sua história.

Por isso, não é de se estranhar que um homem que tinha um conceito tão pessimista da natureza humana e uma total desconfiança das forças do entendimento, como Donoso, não conseguisse enxergar na livre discussão a possibilidade de se chegar a qualquer posição. Para ele, a autoridade e a decisão eram os únicos meios de se salvar o mundo do caos.

Schmitt em seu livro *Teología Política* incorpora elementos dos autores da contrarrevolução, que acentuam a necessidade e o valor da decisão. Mas infelizmente, nestes autores, a decisão possui por trás de si alguns valores absolutos a cujo serviço se põe.

Outro ensaio fundamental para entender o pensamento e a posição de Schmitt que vai levá-lo à conclusão quanto ao “guardião da Constituição” é *O conceito do político*. Para ele, o espírito do político parte de uma distinção própria: amigo e inimigo. Os inimigos de que se fala aqui são os inimigos públicos, um conjunto de homens, uma coletividade, uma “unidade política”. O inimigo não precisa ser moralmente mal, ele somente possui valores opostos e por isso é uma “ameaça existencial”.

O agrupamento entre amigos e inimigos traz a ameaça real de guerra. Ao Estado compete a decisão acerca do inimigo e a decisão quanto à guerra. E não se trata somente de uma guerra externa, mas de uma guerra interna, como sendo o guardião da ordem e da paz. É ao político que compete esta decisão acerca da guerra.

Num Estado pluralista, todo o complexo social de poder, se tiver força suficiente, pode decidir uma guerra de acordo com seus interesses. E neste ponto Schmitt faz uma crítica ao Estado Liberal que, em nome da liberdade individual, busca neutralizar o Estado, limitando-o e restringindo-o, convertendo-o em um servidor da sociedade *apolítica*. Em vez de guerra têm-se uma discussão ética eterna.

Por isso que para Schmitt proclamar o império das ordenações e normaões abstratas não é mais do que um modo encoberto de proclamar a prevalência dos valores das pessoas que representam essa ordem. Falar em soberania do Direito

significa defender a continuação do *status quo*. Para Caamaño Martínez é neste ensaio de Schmitt que se percebe um eco da situação política concreta do povo alemão de injustiças vividas após a derrota da Primeira Guerra. Essa obra sobre o político simboliza uma verdadeira crise, suas inseguranças e ódios no campo internacional.

Mas o sentido de toda a obra schmittiana está no livro sobre o *Leviathan* de Thomas Hobbes. Schmitt, assim como Hobbes, luta contra *poderes indiretos*, que para ele é o Estado pluralista de partidos. A Alemanha de Weimar, de 1919 a 1932, viveu esta situação pluralista de partidos. É a esta situação concreta que Schmitt dirige seus ataques. São os poderes dos partidos políticos, suas lutas e alianças, sua política irresponsável que busca somente seus próprios interesses, que destroem a unidade e a existência do Estado.

Schmitt critica assim, sempre fiel ao seu conceito de decisão, o Estado de Direito, o Estado constitucional liberal, indiferente e neutro a valores, que por isso mesmo se coloca a serviço dos ideais, dos fins e dos interesses mais contrapostos. Para sair dessa insegurança, para o Estado cumprir sua missão enquanto protege, essa proteção deve ser eficaz e só poderá sê-lo se tiver um adequado aparato de mando.

Por isso que em todo pensamento schmittiano está implícito o dogma do Estado nacional. Para ele, a igualdade humana, com sentido político, significa pertencer a um povo determinado, é a participação na homogeneidade de um povo. Um estrangeiro, por exemplo, nunca é equiparado a um cidadão. Ele pode até possuir direitos civis, mas pelo fato de ser homem, fundado na igualdade humana, e nem por isso, possui direitos políticos. Assim, Schmitt entende que a humanidade pode chegar a constituir uma união econômica ou moral, mas não uma unidade política.

Esse é o corolário de seu conceito do político. A possibilidade real de agrupamento em amigos e inimigos é o fato que condiciona e faz possível a existência da unidade política. Por isso, a humanidade não pode ser uma organização política unitária (em que não haveria amigos e inimigos).

O Estado, para ser considerado *unitário*, não admite a existência dentro de si, comunidades anteriores ou superiores ou algum intermediário entre ele e os cidadãos. Somente em direito internacional – e não no direito interno – é possível a existência de comunidades independentes do Estado.

Numa federação, como na Alemanha, a soberania, inteira e indivisa, pertence tanto ao estado federal como aos estados-membros. Ambos são igualmente soberanos, sendo o primeiro no campo das relações exteriores, enquanto os estados-membros a exercitam na esfera dos assuntos internos.

Mas um conflito entre eles só poderia ser resolvido pelos interessados. Schmitt entende que encomendar uma sentença a um tribunal especial não constitui solução alguma, porque ou existe uma lei geral segundo a qual deve o tribunal dar sua sentença – o que não seria um verdadeiro conflito existencial - ou o tribunal decide por si mesmo e atua, nesta hipótese, como poder político soberano.

O verdadeiro fundamento da federação reside na homogeneidade substancial dos estados que a formam. Esta homogeneidade pode ser das mais diversas índoles: religiosa, de classe, mas para Schmitt, modernamente, a mais frequente é a nacional. Ambos são soberanos e respeitam suas próprias existências políticas. Por essa razão, Schmitt é contra universalismos de sociedade ou nações. Isso só faz com que, num caso de guerra, suprima a soberania e independência dos estados, e encomenda a um terceiro estado ou a um grupo de estados uma decisão como se fossem uma comunidade supraestatal ou universal. Esses “universalismos” fazem com que haja uma supressão dos velhos estados nacionais independentes, *unitários*.

Desta visão de Estado nacional unitário e forte que parte a crítica schmittiana ao Estado de Direito “liberal-burguês”. Este tipo de Estado é a tradução dos interesses burgueses. Submeter o Estado nacional ao império da lei, e sujeitar a esta lei todas as atividades do Estado é suprimir, de fato, as ordens e decretos dos monarcas absolutos, mas por outro lado, põe em seu lugar a legalidade de normas abstratas. Só que estas, que deveriam ser elaboradas por livre discussão no Parlamento, como expressão da vontade popular, expressam, na verdade, a

vontade dos burgueses que asseguravam na legislação a proteção a possíveis ataques e invasões na esfera de suas propriedades e da liberdade.

Segundo Caamaño Martínez⁷⁷, para Schmitt:

Proclamar el señorío de órdenes abstractos equivale a proclamar el señorío de los hombres, de las personas concretas que representan aquellos ordenes. [...] En el orden internacional, cuando Francia e Inglaterra proclaman la soberanía del derecho vigente, defienden, en realidad, la permanencia del status quo, fruto de la victoria aliada y consagrado en el Tratado de Versalhes, que favorece a ambas naciones.

Por isso que em todo seu trabalho de crítica ao Estado de Direito e ao normativismo, Schmitt busca descobrir as infraestruturas sociológicas ou econômicas que se ocultam por trás das normas jurídicas. Dentro do Estado liberal, em que a sociedade se impôs sobre o Estado reduzindo-o ao mínimo (já foi mencionada a visão schmittiana da dialética entre Estado e Sociedade, em que esta absorve e se transforma neste), aparecem diversos grupos e forças sociais que lutam e se aliam entre si sob a forma de partidos, sendo que um deles vence e se impõe, criando o *Estado total*, ou seja, o Estado de um só partido.

Por essa razão, para Caamaño Martínez, a obra de Schmitt é um claro símbolo da situação de crise vivida na Alemanha após a Primeira Guerra. Conhecedor que era dos trabalhos do sociólogo francês Hauriou, Schmitt tende a estudar as infraestruturas sociológicas dos fenômenos jurídicos. E não obstante a crítica que sempre sofreu por basear seus escritos na doutrina nacional-socialista, era um pensador sistemático, de um espírito inquieto, que raciocinava conforme lhe vinham os acontecimentos. Por esta razão, entende que sua teoria é brilhante, mas ao mesmo tempo adoece de unilateralidade e falta de solidez.

⁷⁷ CAAMAÑO MARTÍNEZ, J., op. cit., p. 167.

4.2.2 Schmitt visto por Giorgio Agamben

O filósofo e jurista italiano Giorgio Agamben escreveu um livro recente intitulado “Estado de Exceção” no qual trata fundamentalmente da contemporaneidade da tese schmittiana, verificando que hoje em dia estamos vivendo um “estado de exceção” como regra, como paradigma de governos.

Entende que ainda que o livro “Teologia Política” de Carl Schmitt no qual ele define o soberano como “aquele que decide sobre o estado de exceção” seja de 1922, falta um aprofundamento maior sobre essa ideia no direito público, tendo em vista que a maioria entende que estado de necessidade não pode ter forma jurídica e também em razão da difícil limitação do termo que fica entre a política e o direito.

Mas é justamente pelo fato dos casos excepcionais não poderem ser compreendidos no plano do direito, justamente pelo fato do “estado de exceção” incluir em si a suspensão do próprio direito, esta teoria se faz necessária, para que se defina a relação que liga e, simultaneamente, abandona o direito.

Inicia seu texto justamente falando do Estado nazista, no qual Hitler, como base do artigo 48 da Constituição de Weimar, promulgou o *Decreto para a proteção do povo e do Estado*, suspendendo os artigos da Constituição relativos às liberdades individuais. Ou seja, tendo o Terceiro Reich durado doze anos, este foi, do ponto de vista jurídico, um estado de exceção que durou doze anos.

Por isso diz que o totalitarismo moderno é a criação de um estado de necessidade permanente, uma “guerra civil legal”, que vem sendo utilizado em alguns estados que se dizem democráticos. Nestes, o estado de exceção se apresenta como um paradigma de governo na política contemporânea⁷⁸:

Esse deslocamento de uma medida provisória e excepcional para uma técnica de governo ameaça transformar radicalmente – e, de fato, já transformou de modo muito perceptível – a estrutura e o sentido da distinção tradicional entre os diversos tipos de constituição. O estado de exceção

⁷⁸ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 13.

apresenta-se, nessa perspectiva, como um patamar de indeterminação entre democracia e absolutismo.

O autor dá, como exemplo de estado de exceção em que o direito inclui em si a sua própria suspensão, o Ato do Senado norte-americano de 2001, *USA Patriot Act*, no qual se podia manter preso qualquer estrangeiro suspeito de colocar em perigo “a segurança nacional dos Estados Unidos”, o que anula qualquer estatuto jurídico, pois não seriam nem prisioneiros de guerra, nem um acusado comum segundo as leis norte-americanas. Ou seja, estariam fora da lei e do controle judiciário.

O autor quer chamar a atenção para as chamadas “ditaduras constitucionais”, nas quais o estado de exceção torna-se regra e se apresenta muito mais como uma técnica de governo do que como uma medida excepcional, estendendo poderes ao Executivo por meio da promulgação de decretos e disposições de “plenos poderes”. Embora o uso provisório e controlado destes “plenos poderes” seja teoricamente compatível com as constituições democráticas, seu uso sistemático e regular acaba por destruir a democracia. Ou seja, as medidas excepcionais, que, em tese, são utilizadas temporária e provisoriamente para conter uma crise e defender a democracia, acabam aniquilando-a. A exceção torna-se regra.

Carl Schmitt foi um autor que sempre criticou a previsão constitucional do estado de exceção, pois para ele, por definição, é algo que não pode ser normatizado. Mas o que a história mostrou, a partir da Primeira Guerra Mundial, é que o estado de exceção se desenvolve independentemente de ser ou não formalizado constitucionalmente. A Constituição de Weimar previa em seu artigo 48 os poderes excepcionais do presidente do Reich, e o estado de exceção lá ocorreu de uma forma até mais determinante que na Itália, por exemplo, em que este instituto não era previsto.

Um exemplo mencionado pelo autor é que em várias oportunidades na Alemanha de Weimar, o governo utilizou-se do artigo 48 para enfrentar a queda do marco alemão, confirmando uma tendência moderna de se fazer coincidir emergência político-militar com crise econômica. Schmitt justificava o estado de exceção no plano constitucional a partir da ideia de que o presidente do Reich agia como “guardião da Constituição”. Mas, o fim da República de Weimar mostrou, ao

contrário, que uma “democracia protegida” não é uma democracia e que esta ditadura constitucional leva fatalmente à instauração de um regime totalitário.

Schmitt em suas primeiras obras já descrevia o estado de exceção como sendo um paradigma que não só permanece atual, como para Agamben, atingiu hoje seu pleno desenvolvimento. O centro da teoria schmittiana é a inscrição do estado de exceção num contexto jurídico. Schmitt sabia que este estado de exceção suspendia a ordem jurídica, mas entendia que não podia deixar de ter uma relação com a ordem jurídica. A ditadura schmittiana se inseria em um contexto jurídico. O estado de exceção não era uma anarquia, um caos, uma desordem, mas, no sentido jurídico, existia nele uma ordem. Ele visava uma articulação entre o estado de exceção e a ordem jurídica. Segundo o autor:

Trata-se de uma articulação paradoxal, pois o que deve ser inscrito no direito é algo essencialmente exterior a ele, isto é, nada menos que a suspensão da própria ordem jurídica (donde a formulação aporética: “Em sentido jurídico [...], ainda existe uma ordem, mesmo não sendo uma ordem jurídica”). (grifo do autor).

Em Teologia Política o estado de exceção se insere na ordem jurídica através da distinção de dois elementos: a norma e a decisão. Suspendendo a norma, o estado de exceção revela a decisão. Mas os dois elementos permanecem no âmbito do jurídico. Porém Schmitt entende que a norma é suspensa no estado de exceção para que torne possível justamente a aplicação das normas. É uma “zona de anomia” para tornar a normatização efetiva, é um espaço onde o que está em jogo é uma força de lei, sem lei.

Para Agamben, o estado de exceção de Schmitt é um “vazio jurídico”. Quem age nessa condição de anomia, não executa nem transgide, mas inexecuta o direito. Está fora do âmbito do direito. Por isso a doutrina schmittiana é para ele falaciosa, tentando vincular o estado de exceção ao direito.

Mas esse “espaço vazio”, esta “zona de anomia” é essencial à ordem jurídica e esta deve buscar uma relação com este espaço. A tentativa de um poder estatal de fixar-se à anomia por meio do estado de exceção é a tentativa por excelência de manter o direito em sua própria suspensão. Em seu lugar prevalece uma ação humana que renuncia qualquer relação com o direito, como ocorreu com o Reich

nazista, cujo estado de exceção, proclamado em 1933, nunca foi revogado. Isso ocorreu de fato, mesmo Schmitt não concordando que o estado de exceção se tornasse regra, o que para Agamben, fez com que sua teoria fracassasse e o sistema jurídico-político se transformasse em uma máquina letal.

4.3 Outros estudos sobre o tema

A doutrina nacional e internacional tem procurado explorar e buscar explicações, bem como avaliar, por diferentes perspectivas, este debate tão polêmico e contemporâneo.

O espanhol *Carlos Miguel Herrera* escreveu um artigo muito abrangente sobre este tema, destacando uma premissa básica que levou cada um dos dois autores a chegarem à conclusão que chegaram sobre o “guardião da Constituição”. Esta premissa consiste na visão que cada qual possui sobre o **papel do Parlamento** no Estado de Direito.

Kelsen define o sistema parlamentar como a construção da vontade normativa do Estado através de um órgão colegiado eleito pelo povo com base no sufrágio universal, democraticamente seguindo o princípio da maioria. Ou seja, Kelsen via no Parlamento, ao contrário de Schmitt, a capacidade para resolver as questões sociais. É o Parlamento o meio técnico adequado para a produção da ordem estatal, para o alcance da democracia. Como vimos, Schmitt, ao contrário, entende o Parlamento como ineficaz, incapaz de tomar decisões em prol da sociedade.

Como bem salientou João Batista Marques⁷⁹ em artigo recente, a democracia para Kelsen é procedimental, ou seja:

um modelo puramente formal de gestão e gestão dos interesses comuns, pela primazia dos princípios garantidores da liberdade do indivíduo, do fortalecimento da participação do titular da soberania, que é o povo, de maneira não direta, mas de maneira a ser exercida por representantes em um órgão articulador das decisões políticas relevantes, mediante um método ou procedimento formal de tomada de decisões baseado na transação, na negociação, que deverá existir entre a maioria e a minoria, com o necessário respeito à segunda.

Por isso, para Kelsen, o controle de constitucionalidade realizado por um Tribunal estava totalmente ligado à questão da democracia. Só um Tribunal poderia

⁷⁹ MARQUES, João Batista. O princípio de maioria na doutrina de Hans Kelsen. *Revista de Informação Legislativa*, ano 42, n. 165. Brasília: jan.-mar. 2005.

ser idôneo para efetivar a essência da democracia, ou seja, garantir os compromissos realizados pelos grupos que formam o Parlamento, protegendo os direitos das minorias frente às majorias. Além disso, representava uma garantia para a vontade do Parlamento expressada em leis, uma medida de controle da democracia. Para se garantir a vontade do Parlamento, portanto, um órgão de controle da Constituição deveria ser distinto do próprio Parlamento e do Governo.

Já Schmitt entendia que os Tribunais de Justiça poderiam controlar as leis ordinárias perante a lei constitucional, mas não podiam proteger a Constituição. Por isso distinguia controle judicial e proteção política, distinção essa que se deriva diretamente da separação entre Constituição e lei constitucional. Os Tribunais para ele, ao declararem a inconstitucionalidade das leis, somente contribuiriam para o respeito à Constituição, mas não para sua defesa.

O Parlamento, para Schmitt, reduziu-se a um cenário de lutas e repartições que já não garantiam a unidade da vontade do povo, estava degenerado num pluralismo dos partidos e grupos políticos. Por essa razão, para ele, a proteção da Constituição era necessária contra o Parlamento e sua vontade expressa em leis. E não é um Tribunal que tem capacidade para tanto, mas somente o representante do povo em sua unidade que está acima desse jogo de interesses: o presidente do Reich.

Para Schmitt, a Constituição não era um contrato e a democracia não era um compromisso acima do qual um Tribunal pode estar para solucionar litígios e garantir interesses da sociedade, não era um processo civil. A Constituição é uma decisão política. E só o presidente eleito pelo sufrágio e representante do povo como unidade é que poderia desempenhar um poder neutro, mediador, regulador e tutelar da Constituição.

Para Kelsen, o argumento schmittiano não é científico e tem natureza ideológica. Falar em “unidade” do Estado e solidariedade de interesses, em “unidade do povo”, é uma interpretação ideológica, pois não existe um “interesse do Estado” que não seja o interesse de um grupo particular. Por isso, só um Tribunal tem capacidade de verificar os interesses contrapostos e garantir os direitos da minoria, realizando o princípio democrático.

Kelsen nutre uma confiança na capacidade do Parlamento, pois só por ele se pode realizar o princípio da legalidade e, conseqüentemente, o princípio democrático. Assim é que Kelsen escreve um trabalho publicado em italiano como “*// primato del parlamento*”, no qual enfatiza esta primazia.

Já para Schmitt, ao contrário, como bem salienta o professor chileno *Luis R. Oro Tapia*, o sistema parlamentar demo-liberal de governo resultou ser um fiasco, porque a evolução da moderna democracia de massas converteu o *slogan* da discussão pública em uma mera formalidade vazia:⁸⁰

Para Schmitt, la esencia del liberalismo radica en la negociación y la indecisión permanente, puesto que tiene la expectativa de que en el debate parlamentario el problema se diluya, suspendiéndose así indefinidamente la resolución mediante la discusión eterna.

(...)

Schmitt afirma que en el parlamento no hay discusión, pero si negociación y ajuste de intereses entre los partidos que tienen representación parlamentaria. Por tal motivo, Schmitt sostiene que afirmar que los parlamentarios alientan una genuína discusión pública sería faltar a la verdad.

Outro ponto importante para justificar a posição de Carl Schmitt é sua **crítica ao liberalismo**. Como já explicitado, Schmitt é filiado a uma corrente de pensamento conservadora de inspiração católica e por isso tinha uma forte rejeição da política liberal. Ele rejeita a neutralidade do político operada pelo liberalismo e refuta os princípios liberais.

Para ele, a condição da natureza humana é conflituosa e por isso o político é necessário. A política é a instância na qual o conflito se exprime. A pretensão de haver uma vida sem conflitos é para ele uma ilusão liberal, e na verdade, o burguês pretende tão somente garantir sua segurança, neutralizando o político que o representa. O mundo burguês “pacificado” encontra sua realização política numa sociedade sem Estado.

Para Schmitt, aquilo que é puramente econômico, religioso, moral, étnico sempre acaba se tornando político. Uma atividade econômica, por exemplo, quando

⁸⁰ TAPIA, Luis R. Oro. *Crítica de Carl Schmitt al Liberalismo*. Centro de Estudios Públicos do Chile Estudios Públicos, 98 (otoño 2005), p. 171-187. Disponível em: <<http://www.cepchile.cl>>.

ultrapassa a simples oposição de interesses, transforma-se em política. Por isso, não há que se falar em limitar o político e o poder do Estado. Segundo Cesar Ramos⁸¹:

A idéia schmittiana de que “o conceito do Estado pressupõe o conceito de político” visa destacar a autonomia do político que deixa de ter uma fundamentação normativa para obtê-la na esfera existencial do caráter conflituoso da natureza humana. [...]

Para Schmitt, o Estado não se limita ao aspecto institucional e normativo do mecanismo burocrático, e nem o compreende como um organismo social complexo. [...] Por isso, o Estado não pode ser a extensão jurídica ou a resultante institucional da sociedade civil.

O liberalismo ao promover a neutralidade e a despolitização do Estado faz com que este fique impotente como instituição política. O instrumento mais poderoso utilizado pela ideologia liberal para despolitizar e neutralizar o Estado é o recurso à legalidade, ao normativismo. Essa legalidade acaba por favorecer somente a determinados grupos de interesses.

Ao colocar uma ordem normativa abstrata como soberana, desqualifica-se o autêntico caráter de soberania que é a decisão da forma de governo, a identidade entre governantes e governados. Continua o autor:

Para Schmitt, a racionalidade da norma é intrínseca e necessária a um Estado de Direito e à sua legalidade, mas não pode ser estendida à natureza do político. A racionalidade jurídica é de procedimento e de métodos, a “racionalidade” política é de outra ordem, ela é *existencial*, porque é intrínseca à decisão que institui a norma.

[...]

Esse caráter metafísico existencial do político é sustentado pela *voluntas* e não pela *ratio* e afirmado mais pelos atos de decisão do que pela norma. (grifo do autor).

Com esse raciocínio Schmitt pretende demonstrar que a racionalidade liberal da neutralidade e legitimidade da norma é uma ilusão.

Outro autor que analisa a obra schmittiana sob o aspecto da crítica ao liberalismo é o espanhol *Pablo Lucas Verdu* que, por sua vez, faz diversas críticas a sua obra. Entende que Schmitt faz uma crítica ao Estado liberal burguês descrevendo as estruturas sociológicas ou econômicas que se ocultam por trás das

⁸¹ RAMOS, Cesar. Carl Schmitt: a afirmação (existencial) do político na crítica ao liberalismo. *Revista de Sociologia e Política*, n. 6-7, 1996, p. 178.

normas e instituições jurídicas, desmascarando os verdadeiros motivos e as forças sociais que deram origem a elas.

Para entender Schmitt, segundo Verdu, é importante partir da premissa pessimista que o autor alemão tinha da natureza humana. Assim como Maquiavel e Hobbes, seus conceitos sobre o político, a ditadura e a soberania se inspiram em uma antropologia pessimista, pois o otimismo não está em condições de compreender o fenômeno fundamental do político: a possibilidade real do inimigo.

Para Verdu, o conceito schmittiano do político tem o mérito de revelar a hipocrisia despolitizadora do Estado burguês liberal de Direito, ainda que incorra numa excessiva politização de todas as estruturas da convivência humana.

Verdu também fala que a ordem jurídica enquanto sistema – tão bem arquitetado em Kelsen – não pode ser visto em Schmitt. Nele os conceitos ocasionais, irracionais, a argumentação politizada não se enquadram num sistema dinâmico e escalonado. Mas para Verdu, Schmitt buscou uma obra sistemática, porém com um sistema peculiar, um *sistema-assistemático*. Isso porque não lhe importam as consequências racionais, coerentes ou a situação “normal” a que se ajustam as legalidades do Estado liberal de Direito. Para ele, interessa a excepcionalidade, que segundo Verdu⁸²:

El peculiar sistema schmittiano es coherente porque, partiendo de unos postulados voluntaristas (decisionistas), los va desarrollando en sus diversas obras hasta su propósito final: la debelación del Estado demoliberal.

Assim, é a através dos dualismos amigo-inimigo, norma-exceção, legalidade-legitimidade, Constituição-lei constitucional que Schmitt vai desmantelando o edifício constitucional liberal revelando suas contradições.

Mas sua teoria, para este autor espanhol, é perigosa ao inter-relacionar a todo tempo teoria e prática, deixando vulnerável o Estado, pois, desta forma, tenta destruir a ordem jurídico-política liberal, gerando uma constante tensão.

⁸² VERDU, Pablo Lucas. *Carl Schmitt: interprete singular y maximo debelador de la cultura político-constitucional demoliberal*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Epoca)*. Madrid, n. 64, abr.-jun. 1989.

O professor mexicano *Lorenzo Córdova Vianello* também analisou este debate sob a perspectiva da contraposição entre **Direito e Poder**. Verifica que o diferente significado de Constituição sustentado por cada um dos dois autores é a consequência natural de dois modos opostos de conceber o direito, a política e a sociedade. Para Kelsen, o pluralismo da sociedade deve ser reconhecido e guardado, sendo que a Constituição representa o conjunto de normas que permitem uma existência pacífica e democrática. Já para Schmitt, o pluralismo corrompe e dissolve a unidade do povo, que é uma massa homogênea, que tem afinidades e se identifica, e a Constituição é a forma pela qual este povo existe politicamente e só um poder capaz de tomar decisões, que se contraponha a este pluralismo, pode defender o povo enquanto totalidade política.

Por isso, os mecanismos de controle de constitucionalidade propostos por cada autor são o resultado coerente dessas concepções opostas de Estado e democracia. Kelsen busca um mecanismo de controle do poder político no interior do sistema democrático, em que se garanta a proteção das minorias frente aos abusos da maioria representados no Parlamento. Já para Schmitt, somente o presidente eleito pelo povo, que garante a unidade nacional e a vontade geral, pode guiá-lo politicamente. Diz o autor⁸³:

La construcción teórica schmittiana implica esta vertiente inevitable que la conduce a resolverse y confundirse, en última instancia, en la Idea del poder autocrático de un dictador, jefe y guía política del pueblo. A pesar de que esta figura, por definición, rebase lo que comúnmente consideramos como la esfera normativa, para Schmitt debe seguir siendo considerada como un aspecto del "derecho". En realidad, llegando a su punto culminante, el pensamiento schmittiano, nulifica la posibilidad de distinguir entre el mero hecho concreto, la imposición de la fuerza y la racionalidad y previsibilidad con que necesariamente debe contar el derecho. Cualquier imposición de facto puede convertirse en derecho, anulando así uno de los principios fundamentales de la convivencia social: la necesidad de reglas jurídicas ciertas, claras y predefinidas que normen la vida colectiva. En la concepción schmittiana, la certeza jurídica, e incluso la misma regulación social, son expuestas al riesgo de sucumbir frente al poder arbitrario, ilimitado e incontrolable, en suma, autocrático, de un sujeto que sepa y que tenga la capacidad de imponerse a los demás, y eso, la mera fuerza, desde nuestro punto de vista, es todo menos derecho. (grifo do autor).

⁸³ VIANELLO, Lorenzo Córdova. *La contraposición entre Derecho y Poder desde la perspectiva del control de constitucionalidad en Kelsen y Schmitt. Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n.15, jul.-dic. 2006.

O jurista argentino *Dante Cracogna* verifica que não se pode compreender estes dois pensadores desvinculados de suas origens e do contexto histórico e cultural em que viveram. São produtos de uma época em crise e em função dela desenvolvem suas teorias. Mas entende que apesar das notórias divergências existentes entre ambos os autores há um traço comum entre eles: a afirmação do Direito positivo estabelecido por uma autoridade dotada de força como único Direito. A coincidência fundamental se dá quando Kelsen desemboca numa norma fundamental pressuposta (primeiramente hipotética e depois a entende como fictícia) que dá validade ao Direito.

Quando o legislador cria as normas, ele é movido por uma “ideologia política” não racional, um ato de vontade, “*entonces se cuela el decisionismo que, de esta suerte, se amalgama con el normativismo*”⁸⁴. Por isso que Kelsen, ao final de sua vida, reconhece que a norma fundamental é um ato de vontade fictício.

O professor português *Alexandre Franco de Sá* procurou analisar em artigo, o conceito de soberania schmittiano e o decisionismo. Em Teologia Política, ao afirmar a soberania como a possibilidade de abertura de um estado de exceção, Schmitt remete a uma origem teológica dos conceitos que se contrapõe às doutrinas normativistas, as quais mudaram uma concepção pessoal e subjetiva de soberania para uma concepção impessoal e objetiva, na qual a soberania deveria residir na própria lei. Assim, para os normativistas, a soberania, longe de consistir na possibilidade de decisão sobre um estado de exceção, é justamente o poder que torna impossível uma exceção à norma ou a sua relativização.

A contraposição de Schmitt à teoria normativista consiste na recusa em se pensar o direito como puramente abstrato, sem considerar sua aplicação concreta a qual é sempre exigida. Seria um direito ideal, um nada abstrato. Por isso, a norma deve ser pensada a partir de sua efetivação, a partir de sua aplicação numa situação existente, a partir de sua articulação com o poder capaz de decidir essa mesma aplicação, pois sem a *decisão* que a efetiva, a norma nada é, pois, quando

⁸⁴ CRACOGNA, Dante. *Acerca del concepto de Constitución em Carl Schmitt y Hans Kelsen*. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana*, Medellín. n. 75, p. 65-90, out.-dez. 1986.

despojada do elemento decisório, é pura abstração. Por essa razão a decisão de uma autoridade não pode ser deslocada do mundo jurídico.

Schmitt concorda que sempre haverá a possibilidade de arbítrio no poder que institui a lei. Mas não é por isso que deve se submeter o poder do legislador a um segundo poder para “guardar a lei”. O poder de determinar o conteúdo da lei e o de a “guardar” devem ser unidos num único poder, um poder representativo que não reconhece diante de si mesmo nenhum outro poder que o limite. Este é o fundamento teológico, o do poder representando a existência da própria lei na sua visibilidade e presença, sendo esse poder incontestável. Para ele, isso não significa que será arbitrário, irracional, mas ao contrário, este poder será ligado à ordem e à razão, autoconservando o próprio Estado.

E o professor⁸⁵ questiona Schmitt:

Em nome de que razão tem o Estado o direito de auto conservar-se à custa, se necessário, de uma exceção à ordem jurídica? Como se pode justificar racionalmente que a auto-conservação do Estado possa pôr em causa o próprio direito, suspendendo a ordem jurídica que por este mesmo Estado é sustentada?

Schmitt encontra essa resposta em Hobbes, para quem a própria decisão soberana estabelece o critério que determina o seu conteúdo, de modo que o poder é ilimitado para garantir que os membros de uma sociedade não se sujeitem à “guerra de todos contra todos”. Sem a presença de tal poder, os indivíduos estariam em risco permanente.

Schmitt se baseia nessa concepção hobbesiana, porém dá a ela nova justificativa, sendo esta a de que a lei não pode ser pensada senão a partir de sua remissão à decisão do poder político que a determina, ou seja, o jurídico não pode ser pensado senão a partir do político. E para justificar o poder político, Schmitt remete a conceitos teológicos.

O professor francês *Michel Troper* analisa especificamente a questão do **controle de constitucionalidade** na teoria kelseniana, mais especificamente, como

⁸⁵ FRANCO DE SÁ, Alexandre. Do Decisionismo à Teologia Política: Carl Schmitt e o conceito de soberania. *Revista Portuguesa de Filosofia*, v. 59, p. 102, jan.-mar. 2003.

Kelsen justifica a necessidade de se realizar o controle de constitucionalidade das leis, respeitando-se o princípio democrático. Ele se baseia em duas teses prescritivas: a primeira de que deve haver o controle de constitucionalidade e, a segunda, de que este deve ser realizado por um Tribunal.

Porém, o questionamento que este autor faz a Kelsen é: se Kelsen é um defensor rigoroso da democracia e do Parlamento, então, como compreender que se preconize um sistema que parece distinto da democracia, posto que as normas superiores são controladas e parcialmente produzidas por juízes profissionais?

Assim o autor busca na obra kelseniana essas justificativas. Kelsen argumenta que o controle de constitucionalidade é o único meio para garantir a supremacia da Constituição e, portanto, a hierarquia normativa, pois sem controle não há supremacia. Uma Constituição carece de garantia de anulabilidade dos atos inconstitucionais, o que equivale a dar-lhe uma força obrigatória. Sem o controle, o sistema fica incoerente.

Mas o autor faz críticas a Kelsen invocando o argumento da separação de poderes, no sentido de haver ingerência do poder judiciário no âmbito do poder legislativo. Kelsen elabora para responder a esta crítica a tese do “legislador negativo”, pois o juiz de um Tribunal acaba tendo uma função legislativa ao exercer o controle de constitucionalidade, mas através de um ato negativo de legislação, havendo uma profunda diferença entre fazer leis e anulá-las.

Também justifica Kelsen dizendo que a conformidade ou a não conformidade de uma lei com a Constituição são dados objetivos e que a jurisprudência de um Tribunal não é mais que uma função de conhecimento, de modo que sua competência é necessária e não discricionária. Isso evita qualquer influência política sobre a jurisdição e a torna propriamente técnica, já que sua atividade é de aplicar o Direito e não a de criar.

Por isso, para se preservar o caráter neutro e apolítico do Tribunal, é conveniente que se evitem no texto constitucional termos vagos como “liberdade”, “igualdade”, “justiça”, que dão margem à discricionariedade.

Troper entende que Kelsen demonstra neste aspecto uma lamentável ingenuidade ou uma excessiva prudência, afinal, os princípios servem para controlar as leis e os Tribunais podem se utilizar deles para interpretar livremente. Essa ampla interpretação faz com que os juízes não disponham de uma competência necessária e sim discricionária, expressando se querem ou não que a lei se mantenha em vigor. Para Troper, o próprio juiz constitucional ao interpretar a Constituição está determinando a norma constitucional, exercendo um poder constituinte.

Outra crítica importante feita por Schmitt é a destacada pelo professor chileno *Luis R. Oro Tapia*, em relação ao **Estado de Direito**. Schmitt diferencia Estado de Direito e Estado Legislativo, sendo este último o que está regido por normas impessoais, gerais e predeterminadas (o que para ele corresponde ao modelo kelseniano), diferentemente do Estado de Direito que se origina numa decisão. Para ele, neste Estado Legislativo se operam as relações de poder, vontades humanas, valorações e interesses sob a aparência da impessoalidade, objetividade e neutralidade das normas.

Instigante também é o trabalho do professor espanhol *Eliás Díaz*, o qual procura demonstrar como Carl Schmitt destrói o Estado de Direito. Importante destacar primeiramente a definição que este professor traz do Estado de Direito: é “a institucionalização jurídico-política da democracia”. Com esta posição, este autor faz críticas tanto a Kelsen, mas principalmente quanto a Schmitt.

Para ele, o Estado de Direito é o império da lei, mas não se reduz a qualquer império da lei. Afinal, as ditaduras e os regimes totalitários também podiam alegar o império da lei, convertendo as decisões e vontades de seus ditadores em lei, ou seja, legislando suas arbitrariedades. Isto também é Direito (ilegítimo, injusto), também é Estado (ditatorial, totalitário), mas não é Estado de Direito.

Para ser um legítimo Estado de Direito deve haver o império da lei como expressão da vontade popular, pois se não houver essa origem democrática, poderá até haver o império da lei, mas nunca um Estado de Direito. Por isso, o Estado de Direito deve ser coerente com valores e exigências éticas, pois a democracia não é uma questão meramente procedimental, seu fundamento ético, sua validade e

efetividade radicam em valores como liberdade, igualdade, justiça, entre outros. Os direitos fundamentais constituem a razão de ser do Estado de Direito.

A menção a esta fundamentação do Estado de Direito se faz necessária para poder criticar não só Schmitt, mas também Kelsen, procurando demonstrar o professor a evolução histórica e a configuração do Estado de Direito⁸⁶:

Con muy diferentes implicaciones e, incluso, en opuestas direcciones: por un lado, las afirmadoras concepciones (liberales) que pretendían inmovilizarlo en esa su fase inicial y así hasta sacrilizarlo científicamente; por otro, las negadoras posiciones (antiliberales) cuyo objetivo – con pretexto antiformalista – era precisamente la destrucción sin más del Estado de Derecho. Tal vez el positivismo neokantiano de Hans Kelsen (1881-1973) pudiera ser considerado como nuestra flexible y eminente de la primera (liberal) actitud, mientras que por su parte el inconsistente antiformalismo de Carl Schmitt (1888-1985) – a quien ya se han hecho aquí algunas referencias críticas – lo sería de esa segunda (antiliberal y también antidemocrática) posición, destructora del Estado de Derecho. Hablo, como se ve, de los debates y enfrentamientos de los años veinte y treinta del ya pasado siglo, tiempo en que están incubándose el nazismo y la segunda guerra mundial.

Elías Díaz entende que em que pese a difícil situação da Alemanha no entreguerras e os indubitáveis problemas da República de Weimar, as propostas de Schmitt em nada contribuíram para resolver esses problemas e, ao contrário, os agravaram até chegar à tragédia final. Suas argumentações políticas contra o economicismo, o apoliticismo, a ineficiência do sistema democrático liberal e de suas instituições como o Parlamento motivaram este desastre, adotando um Estado decisionista.

Com o argumento da legitimidade plebiscitária do Presidente do Reich e com suas atribuições de soberania (decisão em situação excepcional), Schmitt propunha a revisão constitucional (o “guardião da Constituição”) como forma de corrigir as anomalias do Parlamento, o que na realidade, só veio a alterar profundamente o sistema democrático da República de Weimar.

⁸⁶ DÍAZ, Elías. *Carl Schmitt: la destrucción del Estado de Derecho*. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, n. 8, 2003, p. 152.

CONCLUSÃO

O presente estudo apresenta os pontos centrais da teoria de cada autor que os levaram às posições díspares quanto ao “guardião da Constituição”. O momento histórico da República de Weimar após a Primeira Guerra Mundial influenciou a posição doutrinária de cada um, em especial, quanto ao papel do Direito e da Política na formação do Estado Constitucional.

Os conceitos antagônicos de *democracia* e *soberania* são premissas que embasam suas teorias. Para Kelsen a democracia é algo procedimental, é um modelo formal de gestão dos interesses comuns. A democracia é a participação, o debate, o método e o procedimento de conciliação de interesses da maioria e da minoria do Parlamento que representam os interesses da sociedade, que formam a vontade política e criam o Direito. Por isso, para ele, é a participação política que legitima a regra da maioria como um mecanismo democrático na tomada de decisões.

Já Schmitt entende como democracia a identidade da unidade política do povo com seu governante, ou seja, uma homogeneidade de identidade entre governantes e governados. Por isso Schmitt vê possibilidade de existir democracia mesmo em uma ditadura, entendendo que esta pode até ser antiliberal, mas não antidemocrática.

Quanto à soberania, Kelsen a concebe dentro do que é normativo, é a qualidade de uma ordem normativa, visão esta completamente oposta a de Schmitt que a concebe dentro de um “estado de exceção”, ou seja, só se verifica quem realmente é soberano fora da normalidade, numa situação limite.

Schmitt impugna a tese kelseniana de identidade entre o ordenamento jurídico e o Estado, pois critica, sobretudo, a formação liberal do Estado. Para o autor alemão, ao contrário, é a existência do Estado que conserva e dá validade ao ordenamento jurídico, pois em casos excepcionais, a decisão do governante deve se liberar de toda obrigação normativa.

Para Schmitt, no Estado liberal, a democracia popular representada pelo Parlamento nada mais é do que um infindável debate pluralista dos partidos políticos, que sempre acaba por atender aos interesses burgueses dos membros do Parlamento alemão, que eram sua maioria. Por isso é um crítico do sistema parlamentar, não vê no pluralismo partidário um debate democrático, mas ao contrário, a permanência dos interesses da maioria.

Com base nesses entendimentos chegam às conclusões distintas quanto ao “guardião da Constituição”. Kelsen verificando que o controle de constitucionalidade deve ser retirado dos órgãos de aplicação do Direito, através de uma técnica de controle de regularidade dos atos estatais do Parlamento e do Governo por meio de um Tribunal Constitucional. Para ele, a importância da jurisdição constitucional consiste na garantia de que os atos que contrariam a Constituição serão anulados, pois se assim não acontecer, ela não será tecnicamente obrigatória. A função política da Constituição, para Kelsen, consiste em estabelecer limites ao exercício do poder e garanti-la.

Por essa razão, para Kelsen, o “guardião da Constituição” deve ser distinto e independente do Parlamento e do Executivo, pois tem uma função estritamente jurisdicional ao analisar a constitucionalidade das leis.

Schmitt, por sua vez, seguindo sua posição decisionista, entende que não se pode conceber resoluções judiciais para questões políticas, pois corre-se o risco de haver uma “politização da justiça”. As dúvidas e divergências sobre leis constitucionais não são questões jurídicas, mas políticas. Os princípios, programas e diretrizes não são normas e neles é que residem a obscuridade e a contradição do texto constitucional, não havendo nestes casos gradação de normas.

Por isso, a interpretação nestas situações acaba tendo caráter decisionista e um Tribunal, fazendo esta interpretação, agiria em uma função que é política. Devido a isso é contra os Tribunais realizarem o controle de constitucionalidade das leis, pois a estrutura judicial nestes casos deixa de ser independente e pode manifestar posições político-partidárias. Quem possui legitimidade para defender os interesses políticos da Constituição é somente aquele que foi eleito de forma plebiscitária pela maioria do povo: o Presidente do Reich.

Segundo Schmitt, o controle judicial é totalmente diferente da proteção política. Diz que num estado pluralista, o Parlamento também não consegue garantir a unidade da vontade do povo (pois está dominado pela maioria) e o problema só pode ser resolvido pelo Presidente do Reich, que representa o povo em sua *unidade*, acima dos interesses parciais e da luta dos partidos políticos. Para ele, só o presidente do Reich representava um poder neutro, mediador, regulador e tutelar, pois estava além de órgãos políticos, de conflitos de classes, representando o povo como unidade.

Para Schmitt, a solução proposta por Kelsen sobre o Tribunal Constitucional que concentra e monopoliza o controle de constitucionalidade traz uma “politização da justiça” mais que uma “judicialização da política”. É o produto de uma teoria que trabalha com ficções, formas, sem ter em conta os conteúdos, ignorando as diferenças efetivas entre Constituição e lei constitucional.

A questão do “poder” também é de máxima importância. O poder para Kelsen é visto como “poder jurídico”, ou seja, dentro de sua teoria normativa só pode ser o poder de produzir normas. Diferente de Schmitt que vê o poder como poder de decisão, pois a decisão é que cria a norma e a sustenta, ou seja, o poder vem antes da norma.

Mas como diz Caamaño Martínez, uma decisão desprovida de valores pode servir a qualquer tipo de Estado e este é o ponto frágil da teoria schmittiana. A relação entre a homogeneidade e unidade deste povo com seu líder⁸⁷, o *Fuhrer*, pode abrir espaço para abusos ditatoriais deste líder, como ocorreu posteriormente⁸⁸.

Como salientou Bobbio, estas diferentes posturas se deram em razão da distinção do conceito de cada autor quanto à soberania, pois numa teoria normativa

⁸⁷ Como mencionado, para Schmitt, democracia corresponde à identidade do povo em sua existência concreta consigo mesmo, como uma unidade política (*del pueblo presente consigo mismo como unidad política, cuando, por virtud de propia conciencia política y voluntad nacional, tiene aptitud para distinguir entre amigo y enemigo*). É a identidade entre a unidade política e o governo que a representa. (*Teoria da Constituição*, p. 213).

⁸⁸ Há autores que defendem que a intenção de Schmitt jamais foi a de implantar um regime ditatorial como o nazista, racista e antisemita. Seu propósito era tão somente implantar um Estado total, homogêneo, com unidade política e com um líder forte com capacidade de decisão. Porém, estes conceitos abriram espaço para uma interpretação radical como a do nazismo.

rigorosa como a de Kelsen a norma fundamental é o conceito exatamente simétrico ao do poder soberano da teoria tradicional do direito público na qual se situa Schmitt. A norma fundamental é a norma das normas como o poder soberano é o poder dos poderes e ambos têm a mesma função, qual seja, a de fechar o sistema. A lógica do sistema é a mesma, o que difere é o ponto de partida.

Destaca claramente que norma e poder são duas faces da mesma moeda e ambos estão estritamente entrelaçados e interdependentes. Diz Bobbio⁸⁹ que:

simétricamente contrario al de la teoría tradicional, la teoría pura del derecho sugiere que cuando se llega al vértice del sistema ya no se puede separar el derecho del poder, y resulta cada vez más difícil comprender dónde termina uno y dónde empieza el otro. La máxima de los legistas Lex facit regem se convierte continuamente en la máxima opuesta, que siempre han sostenido los políticos realistas: Rex facit legem.

Uma questão muito criticada do normativismo kelseniano é o fato de se deter estritamente em conhecer o direito tão puramente que acaba por se esquecer do próprio direito, ou seja, identifica-o como um complexo de normas a serem estudadas independente da realidade, o que faz com que essa neutralidade lógico-científica fique alheia aos juízos axiológicos desta norma, sua referência valorativa em relação à realidade que se busca normatizar.

E outra crítica feita ao decisionismo schmittiano é a de Agamben, o qual verifica que na obra Teologia Política o estado de exceção se insere na ordem jurídica através da distinção de dois elementos: a norma e a decisão. Suspendendo a norma, o estado de exceção revela a decisão e os dois elementos permanecem no âmbito do jurídico. O Presidente agiria como “guardião da Constituição” neste estado de exceção dentro de um contexto jurídico. Schmitt entende que a norma é suspensa no estado de exceção para que torne possível justamente a aplicação das normas. É uma “zona de anomia” para tornar a normatização efetiva, é um espaço onde o que está em jogo é uma força de lei, sem lei.

Mas para o jurista italiano isto seria muita ingenuidade, pois este estado de exceção é um “vazio jurídico” e está fora do Direito. A situação excepcional, como

⁸⁹ BOBBIO, Norberto. *Kelsen y el poder político. In: El lenguaje del derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983.

ocorreu na Alemanha nazista, acaba se tornando permanente. O fim de Weimar demonstrou que esta “democracia protegida” não era democracia e levou à instauração do regime totalitário.

Por outro lado, também, a obra de Kelsen, por ser extremamente formal, permite que as normas tenham conteúdos não democráticos. Por isso, talvez não se devesse nem adotar posturas extremamente formais como a de Kelsen, nem ideológicas como a de Schmitt, mas se complementar texto e contexto, ideal e real, formal e material.

Quanto àqueles que advogam contra a jurisdição constitucional, mister se faz mencionar a posição do Professor André Ramos Tavares. É irrefutável que tanto o Chefe do Executivo como o Poder Legislativo devam obedecer aos ditames constitucionais e defender a Constituição. E conceder a um Tribunal o poder de controlar a constitucionalidade das leis não significa deslocar e concentrar poderes nas mãos deste Tribunal. A interpretação das normas não se confunde com total liberdade ou arbitrariedade. Como bem salienta o Professor⁹⁰:

O eixo em torno do qual se desenvolve a problemática da natureza do Tribunal Constitucional é o da oposição entre o político e o jurídico. O que move essa discussão é o interesse em determinar o grau de discricionariedade do Tribunal Constitucional, os contornos aos quais se deve circunscrever sua atividade (suas funções).

Mas ainda que se considere a Constituição como a opção política fundamental de uma sociedade na acepção schmittiana, não significa que a função de um Tribunal Constitucional seja estritamente política. Afinal, a Constituição também possui natureza normativa e o Tribunal deve obedecer a uma racionalidade jurídica, vinculada à independência e imparcialidade dos magistrados. Ainda, segundo este Professor⁹¹:

Jurisdição sobre matéria política não é o mesmo que jurisdição política, no sentido de processo que siga o tipo e o método da decisão política, justamente porque permanece como um processo decisório amoldado à estrutura e pressupostos jurídicos.

Sinteticamente: o método jurídico não é “contaminado” pelo enfrentamento de questões políticas. Também não significa que as decisões sejam formalmente jurídicas e materialmente políticas. A decisão a ser adotada

⁹⁰ TAVARES, André Ramos. *Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 448.

⁹¹ Idem, p. 462.

pelo Tribunal Constitucional é de cunho jurídico, apesar dos aspectos políticos que possam ser enfrentados no curso do processo decisório. (grifo do autor).

Conclui, em consonância com o Professor José Afonso da Silva, que o caráter político de um ato não exclui o aspecto jurídico, ou seja, o substrato político não afasta o caráter jurídico da decisão, assim como o resultado político desta decisão não está isento de juridicidade. A questão política se encontra na função do Tribunal Constitucional, mas como uma atividade hermenêutica, de criação do Direito, que em nenhum momento poderá deixar de ser uma atividade judicante e tornar-se político-partidária.

Outro ponto importante a ser destacado neste debate, em especial, na experiência alemã, é o abuso dos decretos presidenciais, o que enfraquece a representação popular, pois foi assim que em Weimar esses decretos conduziram à decadência da democracia, fazendo com que o sistema parlamentar se transformasse em ditadura presidencial. No Brasil atual, devemos considerar o que ocorreu na Alemanha, como sabiamente menciona Friedrich Müller⁹², onde situação normal e a situação de estado de sítio misturaram-se, “criando um sub-reptício estado de exceção que corre o risco de se tornar crônico”.

Temos visto atualmente, não só no Brasil, a crise do Parlamento, sua desmoralização, parcialidade, corrupção, falta de comprometimento e inércia. Também, como mencionado acima, temos visto um abuso do Executivo na promulgação de medidas provisórias. Isso tem feito com que as grandes questões político-sociais tenham como palco de debates o Poder Judiciário. Na falta de consenso ou de ação do Parlamento ou na omissão do Executivo, os assuntos de grande envergadura acabam sendo deslocados para os Tribunais. Assim, quem acaba por sanar conflitos ou suprir omissões é o Poder Judiciário⁹³.

⁹² MÜLLER, Friedrich. As Medidas Provisórias no Brasil diante do pano de fundo das experiências alemãs. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago. (Org.) *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001.

⁹³ Sobre esta problemática foi publicado artigo recente: “E não é para cumprir a Constituição?” escrito pelos Professores André Ramos Tavares, Clèmerson Clève, Ingo Sarlet e Lenio Streck. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br>>. Acesso em: maio 2009.

Como salienta Alexandre de Moraes⁹⁴, a lei como expressão da vontade soberana do povo hoje se tornou ficção, em razão da crise da democracia parlamentar sujeita ao poder de grupos de pressão, desrespeitando muitas vezes direitos fundamentais, favorecendo a poucos. Por isso, entende absolutamente legítima a atuação do Tribunal Constitucional para garantir a supremacia das normas constitucionais, o controle do poder estatal e a proteção das minorias. A democracia precisa de um sistema em que se garanta a proteção aos direitos fundamentais, exigindo-se do poder público respeito a estes princípios.

Mas ainda que seja legítima e competente a atuação de um Tribunal no controle de constitucionalidade das leis, como mencionado, não estaria havendo nos dias de hoje uma “politização” dos Tribunais como previa Schmitt? Ou uma “judicialização” da política? Não estaria sendo desvirtuada a separação dos Poderes e o princípio democrático? Estaria havendo um “excesso de judicialização” como diz Luis Roberto Barroso⁹⁵?

Por estas questões se nota a importância e a contemporaneidade do debate travado entre os dois autores. Afinal, há limites na atuação do Tribunal Constitucional? Quais limites? No que exatamente consiste a “politização” do Poder Judiciário ou a “judicialização” da Política? Ela se verifica no modelo brasileiro?

O tema é de tamanha atualidade e relevância que o presente estudo acaba sendo tão somente uma demonstração do quanto a questão da jurisdição constitucional ainda merece reflexão e discussão, visando sempre o aprimoramento do respeito e da garantia aos ditames constitucionais em um Estado Democrático de Direito.

⁹⁴ MORAES, Alexandre de. Legitimidade da Justiça Constitucional. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 40, n. 159, jul.-set. 2003.

⁹⁵ Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática in *Migalhas*, jan. 2009.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2007.

BARROSO, Luís Alberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br>>. Acesso em: fev. 2009.

BOBBIO, Norberto. *Direito e Poder*. São Paulo: Editora UNESP, 2008.

_____. *Kelsen y el poder político*. In: *El lenguaje del derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983.

CAAMAÑO MARTÍNEZ, José. *El pensamiento jurídico-político de Carl Schmitt*. Santiago de Compostela: Porto y Cía. Editores, 1950.

COELHO, Fabio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CRACOGNA, Dante. *Acerca del concepto de Constitución em Carl Schmitt y Hans Kelsen*. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana*. Medellín, n.75, p. 65-90, out.-dez. 1986.

_____. *La interpretación del derecho en Kelsen*. In: *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*. n 9. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1989.

DÍAZ, Elíaz. *Carl Schmitt: la destrucción del Estado de Derecho*. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*. Madrid, n. 8, 2003, p. 143-162.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. *O Judiciário frente à divisão de poderes: um princípio em decadência?* *Revista da USP*. São Paulo, n. 21, mar.-abr.-maio, 2000.

FRANCO DE SÁ, Alexandre. *Do Decisionismo à Teologia Política: Carl Schmitt e o conceito de soberania*. *Revista Portuguesa de Filosofia*. Braga, v. 59, jan.-mar. 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria Processual da Constituição*. 3. ed. São Paulo: RCS Editora, 2007.

HERRERA, Carlos Miguel. *La polemica Schmitt-Kelsen sobre el guardian de la Constitucion*. *Revista de Estudios Políticos*. Madrid, n. 86. oct.-dic. 1994.

_____. *Schmitt, Kelsen y el Liberalismo. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. DOXA, n. 21, II, 1998.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *O Estado como Integração – Um confronto de princípios*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *A Democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Esencia y valor de la Democracia*. Barcelona: Ediciones Guadarrama, 1977.

_____. *Il primato del parlamento*. Milano: Giuffré, 1982.

_____; BOBBIO, N.; PERELMAN, Ch.; PASSERIN D'ENTREVES, A.; DE JOUVENEL, B.; PRELOT, M.; EISENMANN, Ch. *Crítica del Derecho Natural*. Madrid: Taurus Ediciones, 1966.

MACEDO JR, Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a fundamentação do Direito*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

MARQUES, João Batista. O princípio de maioria na doutrina de Hans Kelsen. *Revista de Informação Legislativa*, ano 42, n. 165. Brasília: jan.-mar. 2005.

MORAES, Alexandre de. Legitimidade da Justiça Constitucional. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 40, n. 159, jul.-set. 2003.

MÜLLER, Friedrich. As Medidas Provisórias no Brasil diante do pano de fundo das experiências alemãs. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago. (Org.) *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001.

RAMOS, Cesar. Carl Schmitt: a afirmação (existencial) do político na crítica ao liberalismo. *Revista de Sociologia e Política*. Curitiba, v.1, n. 6-7, 1996.

SCHMITT, Carl. *Legalidade e Legitimidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. *O Conceito do Político*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

_____. *O Guardião da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 2006.

_____. *A crise da Democracia Parlamentar*. São Paulo: Scritta, 1996.

SILVA, José Afonso da. Tribunais Constitucionais e Jurisdição Constitucional. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, v. 60-1, p. 495-524, 1985.

TAPIA, Luis R. Oro. *Crítica de Carl Schmitt al Liberalismo*. *Centro de Estudios Públicos do Chile Estudios Públicos*, 98 (otoño 2005), p. 171-187. Disponível em: <<http://www.cepchile.cl>>.

TAVARES, André Ramos. *Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____; CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. *E não é para cumprir a Constituição?* Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br>>. Acesso em: mai. 2009.

TROPER, Michel. *Kelsen y el control de Constitucionalidad 'Derechos y Libertades'* *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*. Madrid, ano 2, n. 4, 1995.

VERDU, Pablo Lucas. *Carl Schmitt: interprete singular y maximo debelador de la cultura político-constitucional demoliberal*. *Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*. Madrid, n. 64, abr.-jun. 1989.

VIANELLO, Lorenzo Córdoba. *La contraposición entre Derecho y Poder desde la perspectiva del control de constitucionalidad en Kelsen y Schmitt*. *Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. Ciudad de Mexico, n.15, jul.-dic. 2006.

BIBLIOGRAFIA

AGESTA, Luis Sanchez. *Sobre la crise del regimen parlamentario en Carl Schmitt. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Revista de Estudios Políticos (Nueva Epoca)*. Madrid, n. 64, abr.-jun. 1989.

ARENDDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

ARGUELLO, Katie. Decisionismo: um confronto entre Max Weber e Carl Schmitt. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. Curitiba, v. 33, 2000.

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed., 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2007.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Controle concentrado de constitucionalidade. O “Guardião da Constituição” no embate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 41, n. 164, out.-dez. 2004.

BATISTA, Vanessa Oliveira. Elementos de Teoria da Constituição: de Carl Schmitt aos dias de hoje. *Revista Brasileira de Estudos Políticos da UFMG*. Belo Horizonte, n. 87, jul. 1998.

BERCOVICI, Gilberto. Constituição e Política: uma relação difícil. *Lua Nova Revista de Cultura e Política*. São Paulo, n. 61, 2004. ISSN 0102-6445.

_____. Carl Schmitt, o Estado total e o guardião da Constituição. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. São Paulo, n. 1, p. 195-201, jan.-jun. 2003.

_____. Entre institucionalismo e decisionismo. *Revista Novos Estudos*. São Paulo, n. 62, mar. 2002.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. A justiça kelseniana. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, n. 96. São Paulo: Serviço Técnico de Imprensa – USP, 2001.

BLANCO, Alejandro Vergara. Bibliografía. *Revista Chilena de Derecho*. Santiago, v. 32, n. 1, p. 193-204, 2005.

BREWER-CARÍAS, Allan R. *Los problemas de la gobernabilidad democrática en Venezuela: el autoritarismo constitucional y la concentración y centralización del*

poder. In Gobernabilidad y Constitucionalismo en América Latina. UNAM, México, 2005.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado.* 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1992.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Separação de Poderes e garantia de direitos. *Folha de São Paulo.* São Paulo, 4 fev. 2006, p. A3.

EISENBERG, José; POGREBINSCHI, Thamy. Pragmatismo, Direito e Política. *Revista Novos Estudos.* São Paulo, n. 62, mar. 2002.

FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais.* São Paulo: Landy Editora, 2004.

FREUND, Julien. *Vista en conjunto sobre la obra de Carl Schmitt.* Buenos Aires: Editorial Struhart & Cía., 2006.

FROSINI, Vittorio. *Kelsen y las interpretaciones de la soberanía.* *Revista Española de Derecho Constitucional.* Madrid, año 11, n. 31, enero-abr. 1991.

GARCÍA, Pedro de Vega. *El tránsito del positivismo jurídico al positivismo jurisprudencial en la doctrina constitucional.* UNED. *Teoría y Realidad Constitucional.* Madrid, n. 1, 1 semestre 1998, p. 65-87.

GUIMARÃES, Ylves José de Miranda. Kelsen e o normativismo. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo,* n. 14. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

KERVÉGAN, Jean-François. *La critique schmittienne du normativisme kelsenien.* *Cahiers de philosophie politique et juridique,* n. 27. France: Centre de Publications de l'Université de Caen, 1995.

LAVIÉ, Humberto Quiroga. *El pensamiento de Hans Kelsen sobre el derecho como organización.* *Anuario de Filosofía Jurídica y Social,* n. 16. Buenos Aires: Abelardo-Perrot, 1996.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución.* Barcelona: Ariel, 1970.

LONGO, Gianfranco. *Il concetto di mutamento costituzionale in Hans Kelsen e Carl Schmitt.* *Rivista internazionale di filosofia del diritto.* Milano, Giuffrè editore, apr.-giugno, 1996.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como Superego da Sociedade. *Revista Novos Estudos*. São Paulo, n. 58, nov. 2000.

MURO, Ignacio Torres. *Kelsen y la teoría de la democracia*. Historia Constitucional (revista electrónica), n. 8, 2007. Disponível em: <<http://hc.rediris.es/08/index.html>>.

NEUMAN, Franz. *Estado Democrático e Estado Autoritário*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1969.

PAULSON, Stanley L. *Un cisma en la Teoría Pura de Kelsen ya en la década de 1920*. *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*. n. 17. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

RUF, Pablo López. *Comentario sobre la Teoría General de las Normas*. *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, n. 16. Buenos Aires: Abelardo-Perrot, 1996.

SALDANHA, Nelson. *O Estado Moderno e a Separação de Poderes*. São Paulo: Saraiva, 1987.

SOSA, Rocío Rondinel. *Carl Schmitt: entre el decisionismo y el normativismo kelseniano*. *Revista de Derecho y Ciencia Política*, v. 57, n. 1, Lima, 2000.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *A supremacia do direito no Estado democrático e seus modelos básicos*. Porto Alegre, 2002.

VALENTE, Manoel Adam Lacayo. Democracia em Max Weber. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a 41, n. 164, out.-dez. 2004.

VILLEGAS, Francisco Gil. *Democracia y Dictadura en la teoría del realismo político de Max Weber y Carl Schmitt*. *Foro Internacional*, v. XXX, n. 1, Mexico, jul.-sept. 1989.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)