

TELMA ROCHA LISOWSKI

**A LEGITIMIDADE DO PODER ESTATAL
NA NORMALIDADE E NA EXCEÇÃO:
BREVE ESTUDO SOBRE CARL SCHMITT**

Trabalho de conclusão de curso para a obtenção de grau de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Luis Fernando Barzotto

Porto Alegre
2010

TELMA ROCHA LISOWSKI

**A LEGITIMIDADE DO PODER ESTATAL
NA NORMALIDADE E NA EXCEÇÃO:
BREVE ESTUDO SOBRE CARL SCHMITT**

Trabalho de conclusão de curso para a obtenção de grau de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Banca Examinadora:

.....
Prof. Dr. Luis Fernando Barzotto

.....
Prof. Dr. Wladimir Barreto Lisboa

.....
Prof. Me. Alejandro Montiel Alvarez

Conceito: A

Porto Alegre, 9 de julho de 2010.

RESUMO

A justificação do poder estatal é assunto há muito tempo presente nas literaturas jurídica e política. Problemas como a diferenciação entre a validade e a eficácia do poder político e a explicitação das relações entre legalidade e legitimidade são apenas alguns exemplos entre os inúmeros pontos que permanecem sem solução. Um dos autores que se ocupou desses temas foi Carl Schmitt, importante jurista alemão nascido no ano de 1888. Neste trabalho, propõe-se a análise de seu conceito de legitimidade e das formas como, com base nessa noção, ele procura resolver a questão da justificação do poder. Inicialmente, estuda-se o comportamento das instituições estatais na situação de normalidade e observa-se, através da demonstração das deficiências do sistema de legalidade, a crítica feita por Schmitt ao pensamento liberal. Após, já no estudo do estado de exceção, analisa-se o modo como o autor constrói sua própria teoria da legitimação em contraposição àquela do liberalismo. Pretende-se, ao fim, apontar quais são suas contribuições à filosofia política, bem como os problemas e limites de seu pensamento.

Palavras-chave:

poder político – justificação – legitimidade – estado de exceção

INHALT

Die Rechtfertigung der staatlichen Macht ist ein Thema, das schon seit lang in der juristischen und politischen Literatur lebendig ist. Probleme wie die Unterscheidung zwischen Gültigkeit und Wirksamkeit der politischen Macht und die Verdeutlichung der Beziehungen zwischen Legalität und Legitimität sind nur Beispiele der vielen Punkten, die noch keine Lösung bekommen haben. Ein der Autoren, die sich mit diesen Themen beschäftigen haben, ist der 1888 geborene deutsche Jurist Carl Schmitt. Bei dieser Arbeit nimmt es sich vor, seinen Legitimitätsbegriff zu analysieren und die Weise, wie er die Frage nach der Rechtfertigung der Macht antwortet, zu untersuchen. Erstens wird man das Verhalten der staatliche Einrichtungen während des normalen Zustands und Schmitts Kritik des liberalen Denkens beobachten, indem er die Schwäche des Legalitätssystems nachweist. Zweitens wird man bei der Untersuchung des Ausnahmezustands die Weise analysieren, wie der Autor seine eigene Legitimationstheorie schafft und diese der Theorie des Liberalismus gegenüberstellt. Endlich wird man versuchen, sowohl Schmitts Beitrag zur politischen Philosophie als auch die Probleme und Grenzen seines Denkens zu zeigen.

Stichwörter:

Politische Macht – Rechtfertigung – Legitimität – Ausnahmezustand

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 LEGITIMIDADE NA NORMALIDADE	10
1.1 LEGITIMIDADE DA ORDEM LEGAL.....	11
1.1.1 Pressupostos e Problemas do Sistema de Legalidade	14
1.2 LEGITIMIDADE DO PODER CONSTITUINTE.....	18
1.3 ALTERAÇÃO CONSTITUCIONAL E O PODER CONSTITUINTE DERIVADO.....	23
1.3.1 A Supralegalidade e os Limites do Artigo 76 da Constituição de Weimar	26
2 LEGITIMIDADE NA EXCEÇÃO	32
2.1 A DITADURA COMISSÁRIA E O ART. 48 DA CONSTITUIÇÃO DE WEIMAR.....	33
2.1.1 Poder Constituinte, Soberania e Ditadura	36
2.1.2 Os Limites do Artigo 48 da Constituição de Weimar	40
2.2 A DITADURA SOBERANA.....	45
2.2.1 O Problema da Capacidade de Ação Política do Povo	48
CONCLUSÃO	53
BIBLIOGRAFIA	57

INTRODUÇÃO

A vida em comunidade é objeto de reflexão teórica desde que o homem passou a exercer a capacidade de pensar sobre si mesmo e questionar seu próprio modo de vida. Antes que existisse um “Estado”, da forma como o conhecemos hoje, já haviam surgido dúvidas a respeito do exercício de poder de uns sobre os outros, das causas e eventuais justificativas desse poder, das diversas formas de autoridade, do respeito e da obediência.

Foi a partir da criação do que comumente chamamos de Estado moderno, contudo, que essa discussão passou a povoar de forma mais intensa a filosofia jurídica e política ocidental e mostrar, então, toda sua beleza e complexidade. De Hobbes e Rousseau, passando por Hegel, Marx, Weber, até autores contemporâneos como Arendt e Rawls, todos se preocuparam com o estudo da dinâmica do poder estatal, sua relação com os cidadãos, suas origens e, talvez um dos pontos mais desafiadores, sua justificação.

A secularização do Estado só veio a aumentar esses desafios. O que antes era explicado de forma mítica, através da remissão a eventos, símbolos, mitos, enfim, a uma tradição vivida em comum, ou (seja alternativa, seja cumulativamente) de forma religiosa, com base em textos sagrados revelados por uma divindade onipotente, agora deve ser racionalizado e entendido a partir do homem-terreno, independentemente de suas crenças e pertencas¹. A retirada do âmbito do político de quaisquer argumentos transcendentais

¹ Dyzenhaus afirma ser justamente essa a questão central da filosofia política de Hobbes. Para ele, “a pergunta de Hobbes é como é possível uma ordem inicial, dada a desintegração das justificações tradicionais oferecidas para a legitimidade do poder supremo”. Ele segue dizendo que “a resposta de Hobbes à questão é que nós precisamos de uma justificação racional para a ordem política e legal, uma que apele apenas à razão”. (DYZENHAUS, David. Legality and Legitimacy. Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar. New York: Oxford University Press Inc, 2003, 2ª edição, pág. 8)

pretendia conferir a essas novas teorias políticas a capacidade de universalização, tão admirada e almejada pelo iluminismo.

Esse desejo de racionalização, como era de se esperar, não diminuiu, mas aumentou as dificuldades de qualquer teoria que tentasse explicar e justificar as relações de poder, já que raciocínios explicitamente metafísicos haviam perdido quase que completamente sua credibilidade. Tão grande era (e ainda é) a dificuldade que não raramente são encontradas teses revestidas de suposta cientificidade, mas que deixam transparecer, ainda que muito sutilmente, a assunção de pressupostos em alguma medida transcendentais.

É nesse contexto de discussões políticas e filosóficas que se insere o autor cujo pensamento será objeto de análise neste trabalho. Carl Schmitt nasceu na pequena cidade de Plettenberg, oeste da Alemanha, no ano de 1.888, mesmo ano em que o imperador Wilhelm II (Guilherme II) chegou ao poder naquele país. Presenciou uma guerra mundial, a instauração e o fracasso da República de Weimar, outra guerra mundial – ainda mais brutal e traumatizante que a primeira –, a separação da Alemanha, a guerra fria, a ascensão e decadência do regime comunista soviético e veio a falecer em 1985, antes de ver seu país natal reunificado. Em 1915, graduou-se em Ciências Jurídicas na cidade de Strasbourg, após ter estudado também em Berlim e Munique².

A vasta obra de Schmitt abrange desde tratados jurídicos e políticos até textos literários e crônicas de viagem, passando por importantes produções nos campos teológico, sociológico e filosófico. Explorar toda essa riqueza, embora seja um projeto sem dúvida interessante, seria não apenas uma tarefa demasiadamente pretensiosa, mas também metodologicamente comprometedor. O objetivo deste trabalho, bastante específico, não admite tal leitura.

O que se propõe aqui é um estudo das formas como o poder aparece e se justifica dentro da estrutura do Estado moderno. Para tanto, partiremos do conceito de *legitimidade*, noção de certa forma recorrente nas literaturas política e jurídica, mas que foi apropriada de forma singular por Schmitt. As relações e modos de interação entre este conceito e aquele de legalidade é tema que foi explicitamente tratado pelo autor em sua obra intitulada justamente “Legalidade e Legitimidade”³, publicada em julho de 1932. A questão também se apresentou, entretanto, sob os mais diversos ângulos em outros de seus estudos,

² As informações biográficas foram extraídas de: HERRERO LOPÉZ, Montserrat. El Nomos y lo Político: La Filosofía Política de Carl Schmitt. Navarra: Ediciones Universidad de Navarra, 1997. Pág. 21-41.

³ SCHMITT, Carl. Legalität und Legitimität. Berlin: Duncker & Humblot, 1998. 6ª edição.

como “A Ditadura”⁴, a “Teologia Política”⁵, a “Teoria da Constituição”⁶, “O Conceito do Político”⁷ e a “Teoria do Guerrilheiro”⁸, publicados, respectivamente, em 1921, 1922, 1928, 1932 e 1963. Exceto o último, todos foram escritos durante a República de Weimar, período em que a justificação das instituições estatais na Alemanha foi particularmente problemática. Essas são as obras que fornecerão o principal substrato para esta pesquisa.

Ao longo deste trabalho, tentaremos demonstrar que, a partir do estudo da legitimidade do poder estatal, Schmitt formulou um dos pontos mais relevantes da sua famigerada crítica ao liberalismo político. Para o autor, uma teoria que pretende acabar com tudo o que é verdadeiramente público não é, de fato, uma teoria política. Uma das principais deficiências do liberalismo seria que, na sua crença de que apenas a lei pode ser uma justificativa racional para o exercício do poder, ele estaria ignorando os limites do raciocínio legal-burocrático e terminaria por não fazer qualquer diferenciação entre validade e eficácia nas situações em que a lei se torna uma explicação insuficiente. Entretanto, veremos que, mesmo ao desconstruir o liberalismo para construir sua própria teoria do político, Schmitt não dá uma solução cabal ao problema da justificação do poder, embora alcance uma resposta mais satisfatória.

A compreensão da teoria política de nosso autor depende do esclarecimento de alguns conceitos-chave, que deverão ser analisados neste estudo. Um deles é a noção de *estado de exceção*, à qual ele dedicou boa parte de sua obra. A única forma de se entender o funcionamento ordinário e corriqueiro das instituições do Estado seria através da negação dessa normalidade, é dizer, a partir do ponto de vista da exceção. Este seria o autêntico modo jurídico de argumentação: aquele que, através do método negativo, admite a existência do normal através da circunscrição do anormal.

Sugerimos, assim, duas perspectivas distintas de análise da questão da legitimidade. A primeira diz respeito com a política cotidiana, ordinária, com o caso *normal*; já a segunda é atinente à política extraordinária, ao conflito, ou ao caso *excepcional*. O objetivo de tal distinção é trazer à tona o fato de que todo exercício de poder, seja durante a realização da tarefa mais ordinária possível, seja durante o manejo de verdadeiro estado de exceção, carece de uma justificativa racional. Legalidade e legitimidade, como não poderia

⁴ Idem. *Die Diktatur*. Berlin: Duncker & Humblot, 1994. 6ª edição.

⁵ Idem. *Politische Theologie*. Berlin: Duncker & Humblot, 2009. 9ª edição.

⁶ Idem. *Verfassungslehre*. Berlin: Duncker & Humblot, 2003. 9ª edição.

⁷ SCHMITT, Carl. *Der Begriff des Politischen*. Berlin: Duncker & Humblot, 2002. 7ª edição.

⁸ Idem. *The Theory of the Partisan: a Commentary/Remark on the Concept of the Political*. Tradução de A. C. Goodson. Michigan State University Press, 2004.

deixar de ser, comportam-se de forma diversa em cada caso, adquirindo diferente peso e relevância conforme se esteja tratando de um ou de outro.

É essa separação entre normalidade e exceção que dará forma a este trabalho. Iniciaremos, então, pelo caso normal e trataremos, no primeiro capítulo, do sistema de legalidade (1.1), da legitimidade do poder constituinte (1.2) e da possibilidade e limites da alteração constitucional (1.3). A figura do poder constituinte somente será abordada aqui enquanto fonte primeira de legitimidade à qual se reportam todos os poderes constituídos durante a vigência do estado de normalidade. O momento de atuação propriamente dito desse poder originário, por ser tema que diz respeito ao estado de exceção, será analisado posteriormente.

No segundo capítulo, já tratando do caso excepcional, explicitaremos o que Schmitt entendeu pelo conceito de ditadura e veremos como se dá a atuação do ditador comissário (2.1) e do ditador soberano (2.2) nos diferentes tipos de estado de exceção. A justificação do exercício de poder por essas duas figuras se mostrará problemática e é então que tentaremos expor os principais limites do argumento de Schmitt.

Analisar o pensamento de um dos autores mais controversos do século XX não será uma tarefa fácil. O seu aparente gosto por teorias autoritárias, a recorrência de temas relacionados ao conflito e à guerra em seus escritos, a sua união ao partido nacional-socialista alemão em 1933, esses são alguns dos motivos que, por bastante tempo, levaram ao esquecimento das contribuições de Schmitt ao mundo acadêmico. Foi apenas na década de 90, por ocasião da reedição de “O conceito do Político” em língua inglesa, que o debate em torno da obra de Schmitt acendeu novamente e ganhou novo vigor⁹. É nesse contexto, então, que se deu a escolha do autor para a elaboração deste trabalho. Ao final do breve estudo, esperamos ter ajudado a tornar mais clara a importância de seu legado para o estudo das filosofias política e jurídica contemporâneas.

⁹ Cf. DYZENHAUS, David. Legality and Legitimacy. Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar. New York: Oxford University Press Inc, 2003. 2ª edição;

1 LEGITIMIDADE NA NORMALIDADE

No seio de uma comunidade política bem organizada, em que os cidadãos encontram as condições necessárias ao seu desenvolvimento pessoal e à realização de suas tarefas diárias, em que o Estado responde satisfatoriamente às demandas por segurança¹⁰ e infra-estrutura, enfim, em que sociedade civil, organizações políticas e aparato estatal convivem em harmonia, praticamente não há espaço para indagações a respeito da validade da ordem legal vigente e da legitimidade da atuação do Estado. Novas leis são promulgadas diariamente de acordo com os procedimentos previstos em um documento constitucional, providências diversas são tomadas pela administração e pelo executivo, decisões judiciais são proferidas em consonância com os ditames legais e tudo isso é observado e aceito pacificamente pelo cidadão.

A ausência de tais indagações tem fácil explicação: em condições ideais de funcionamento e normalidade, não há motivos para que nos questionemos constantemente a respeito dos fundamentos primeiros de nossa comunidade, sob pena de colocarmos sua atividade em dúvida e, no caso extremo, em risco. É normal e mesmo desejável que seja assim, pois a segurança oferecida pela ordem legal permite que nos preocupemos, ao invés de com temas existenciais, com as ordinárias e não menos importantes questões do dia-a-dia. É exatamente esse, aliás, o objetivo primordial de uma ordem jurídica estável e confiável.

Essas condições ideais, contudo, dificilmente estão dadas na prática. Os cidadãos não confiam absolutamente em seus representantes, as leis são muitas vezes consideradas (ainda que de forma vaga e pouco técnica) “injustas”, as decisões judiciais invocam valores supostamente superiores que as leis (deixando, assim, de aplicá-las), a insegurança nas ruas das grandes cidades torna duvidosas importantes decisões do executivo, para listar apenas algumas hipóteses que podem nos forçar a parar e refletir.

Quanto menos o Estado for exitoso em garantir a segurança e a ordem, assim como, eventualmente, outras demandas sociais tais que educação, emprego e seguridade social, menos nos contentaremos com a mera realização da legalidade e mais problematizaremos a correção e a justiça dos meios de atuação do poder estatal, bem como a

¹⁰ É interessante o que Hobbes diz a respeito da segurança que deve ser oferecida pelo soberano: “O cargo do soberano (seja ele um monarca ou uma assembléia) consiste no objetivo para o qual lhe foi confiado o poder, nomeadamente a obtenção da *segurança do povo* (...). Mas por segurança não entendemos aqui uma simples preservação, mas também todas as outras comodidades da vida, que todo homem por uma indústria legítima, sem perigo ou inconveniente ao Estado, adquire para si próprio.” HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Editora Nova Cultural, coleção Os Pensadores, volume I. Pág. 200.

justificação mesma desse poder. Por que, afinal, devemos respeitar as ordens e as leis impostas por um ente que não é capaz de atingir os objetivos para os quais ele foi criado?

Essas considerações pretendem mostrar como é sensível e complexa a dinâmica entre legalidade e legitimidade e como a não-realização dos pressupostos de um dos modelos exige que se traga elementos do outro, a título de complementação. A pergunta acima colocada não possui uma resposta simples, isso se partirmos do pressuposto de que ela sequer *possui* uma resposta. A seguir, serão analisados de forma mais pormenorizada esses temas, a iniciar pelas características e pressupostos do sistema de legalidade.

1.1 LEGITIMIDADE DA ORDEM LEGAL¹¹

A primeira forma de se justificar a atuação de um governante é através da constatação de que a forma de aquisição de seu poder, assim como os meios com que ele age e intervém constantemente na vida de determinada comunidade política, estão revestidos de legalidade. Ou seja, esses meios e formas tanto de aquisição de poder como de atuação cotidiana estão previstos em leis gerais e abstratas, leis essas que, por sua vez, foram editadas e promulgadas segundo um procedimento também ele previsto em lei.

Essa cadeia de justificação, em que “legalidade superior” fundamenta uma “legalidade inferior”, não é outra coisa que o modelo jurídico de Estado formulado por Kelsen¹². O forte apelo dessa teoria reside, por um lado, na explicação altamente racional e universalizável e, por outro, na facilidade de manejo desses conceitos abstratos. Ordem jurídica e Estado se confundem e nasce, assim, o que Kelsen chamou de *Rechtsstaat* – o “Estado de Direito”.

Schmitt prefere intitular esse esquema de *Gesetzgebungstaat* – “Estado de Legislação” –, pois a terminologia “Estado de Direito” melhor se compatibilizaria com o modelo da Common Law, em que a fonte do direito é jurisprudencial¹³. Já o “Estado de

¹¹ A expressão é utilizada por David Dyzenhaus em dois trabalhos em que ele compara as teorias jurídico-constitucionais de Carl Schmitt e Hermann Heller. Cf. DYZENHAUS, David. Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar. New York: Oxford University Press Inc., 2003; DYZENHAUS, David. “Hermann Heller and the Legitimacy of Legality”, in: Oxford Journal of Legal Studies Vol 16, No 40, pag. 641 a 666.

¹² Nas palavras de Kelsen: “Devido ao caráter dinâmico do direito, uma norma vale porque e até ser produzida através de outra norma, isto é, através de outra determinada norma, representando esta o fundamento de validade para aquela. A relação entre a norma determinante da produção de outra e a norma produzida de maneira determinada pode ser representada com a imagem espacial do ordenamento superior e inferior.” KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito: introdução à problemática científica do Direito. Tradução de J. Cretella Jr., Agnes Cretella. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2003, pag. 103.

¹³ SCHMITT, Carl. Legalität und Legitimität. Berlin: Duncker & Humblot, 1998, 6ª edição. Pag. 9.

Legislação” reflete a construção do Estado parlamentar-burguês, cuja principal característica consiste na formação de uma estrutura fechada e completa de normas promulgadas por um Parlamento. São essas normas que vão delinear todas as ações do Estado.

Em uma primeira aproximação, as vantagens desse modelo são bastante claras. Sendo a principal função do Estado a garantia da ordem e da segurança, não há instrumento mais adequado à consecução desses objetivos do que aquele que melhor proporciona a estabilidade, a previsibilidade e a segurança jurídica: a lei. Schmitt, que está ciente desses atributos da legislação estatal, admite que a legalidade é o modo de legitimação por excelência do Estado moderno:

A legalidade mostra ser [...] de longe a forma mais forte de validade; de fato, ela se mostra como aquilo que significava originariamente para um republicano, a saber, a única forma moderna, racional, progressiva, em uma palavra, a mais alta forma de legitimidade.¹⁴

Esse modo de atuação estatal *via legislação* é de vital importância para o liberal. Ele precisa de um Estado que lhe dê segurança e que esteja apto a se impor coercitivamente; mas ele também necessita, sobretudo, que esse mesmo Estado se abstenha de ingerências (consideradas por ele indevidas) em seus negócios privados, ou que, no mínimo, eventuais ingerências estejam previstas em lei, para que ele possa antecipadamente fazer o cálculo das conseqüências de suas ações no mercado.

É isto, então, que a legalidade significa para o liberal: burocratização e racionalização. Seus direitos, que em sua concepção são prévios à existência de qualquer comunidade política, estão devidamente protegidos, pois somente por lei poderá o Estado atingi-los. “(...) a lei se converte em garantia da liberdade e em mensurabilidade de todas as manifestações do poder do Estado, é dizer, em controle do poder”¹⁵.

Mas não é esse modo de agir instrumental-burocrático que Schmitt pretende realçar quando trata do Estado de Legislação. Nosso autor, que não é um liberal, põe ênfase no fato de que a lei é a expressão de uma decisão tomada pelos órgãos representativos do Estado, ou seja, em última análise, de uma decisão de toda aquela unidade política que se concretiza em seu representante. “(...) mesmo uma legalidade duvidosa é mais forte, em um

¹⁴ SCHMITT, Carl. The Theory of the Partisan: a Commentary/Remark on the Concept of the Political. Tradução de A. C. Goodson. Michigan State University Press, 2004. Pag. 59 (tradução própria).

¹⁵ HERRERO LÓPEZ, Montserrat. El Nomos y lo Político: La Filosofía Política de Carl Schmitt. Navarra: Ediciones Universidad de Navarra, 1997. Pag. 206.

Estado moderno, do que qualquer outro tipo de justiça. Isso reflete a força decisionista do Estado e a sua transformação da justiça em lei.”¹⁶

Em sua análise a respeito do conceito de “nomos” em Schmitt, Montserrat Herrero López afirma que para ele o Direito, antes de ser um conjunto de normas, é uma ordem concreta, é “direito situado” em determinada comunidade ou grupo de pessoas. A norma é apenas expressão dessa ordem concreta: “em um segundo momento, esta [a substância jurídica] se expressará em regras gerais, mas somente como explicitação dessa substância, de sua particularidade e de sua ordem interna. Nesse contexto a norma deixa de ser um fantasma ideal para ser manifestação de uma ordem, um meio para a realização do direito”¹⁷. A decisão apenas opera a mediação entre a substância jurídica, que está em um plano abstrato, para um plano de maior concretude, que é o da realidade positiva¹⁸.

Quer a norma seja vista como manifestação de uma decisão, quer como expressão de uma ordem concreta, o fato é que a “força da legislação” não pode residir apenas na peculiaridade de que ela é capaz de tornar racional e previsível a ação estatal. Schmitt vê com ressalvas as características de neutralidade e mera instrumentalidade que o liberalismo pretende atribuir à legislação, mesmo porque (ou principalmente porque) a pretensão última dessa doutrina é garantir a neutralidade do próprio Estado. Ora, se o Estado é a corporificação de uma comunidade política e esta, por sua vez, é a união de pessoas em torno de um valor ou ideal comum que as identifica, é inteligível, em termos *schmittianos*, falar-se em um Estado neutro.

Mas, em não se querendo trazer ao Estado valores distintos daqueles preconizados pelo liberalismo – individualismo, garantia da propriedade privada, etc. –, tem-se como conseqüência necessária que ao próprio modo de atuação burocrática deve-se atribuir um valor em si mesmo. Schmitt é, de certa forma, um continuador do pensamento de Weber¹⁹ a respeito da crença na validade do poder como forma primordial de sua legitimação. Especificamente sobre esse ponto do pensamento de Weber, expõe Andreas Kalyvas:

A dominação legal se baseia na crença da legalidade da lei, segundo a qual as normas, uma vez formuladas de acordo com as normas procedimentais corretas, são gerais e imparciais. Essa é a crença de que a legalidade e o *rule of Law* limitam a discricção e a arbitrariedade. Mesmo nesse caso de legitimidade *qua* legalidade, entretanto, a legitimidade legal-racional ainda é condicionada à crença de que

¹⁶ SCHMITT, Carl. The Theory of the Partisan: a Commentary/Remark on the Concept of the Political. Tradução de A. C. Goodson. Michigan State University Press, 2004. pag. 60 (tradução própria).

¹⁷ HERRERO LOPEZ, Montserrat, op. cit., pag. 157 (tradução própria).

¹⁸ Idem, ibidem, pag. 172

¹⁹ Sobre a noção *weberiana* de carisma, cf. KALYVAS, Andreas. Democracy and the Politics of the Extraordinary: Max Weber, Carl Schmitt and Hannah Arendt. New York: Cambridge University Press, 2008, pág. 46-64.

igualdade formal, regras impessoais e justiça procedimental abstrata representam ou incorporam valores normativos mais profundos. Dessa forma, essa crença não pode ser separada de um conjunto particular de valores e significados do qual a legalidade obtém sua legitimidade²⁰.

É a crença no valor do procedimentalismo que, em última análise, legitima o Estado liberal naquela que é sua configuração por excelência: o Estado parlamentar. “Enquanto a crença na racionalidade e idealidade de seu normativismo estiver viva, (...) ele [o Estado de legislação] parecerá por isso mesmo ser algo mais alto e mais ideal”²¹. A idéia de que um procedimento, ou melhor, uma discussão de certa forma pré-determinada por parâmetros já definidos em lei (que funcionam como “regras do jogo”) pode *e vai* alcançar uma verdade em virtude dessa formalização mesma, essa idéia subjaz qualquer organização estatal em que a mais importante figura pública seja a de um parlamento.

1.1.1 Pressupostos e Problemas do Sistema de Legalidade

A crença no valor do procedimento parlamentar, seguindo o argumento de Schmitt, não tem qualquer sentido sem que haja um momento logicamente anterior de confiança no próprio parlamento. Tal confiança não é um simples elemento desse tipo de sistema, nem pode ser mera vicissitude dependente de outros fatores circunstanciais, tais como a momentânea formação partidária do corpo legislativo; ela é pressuposto de funcionamento do Estado de legislação e sua falta significaria um desmoronamento das tão prezadas objetividade e racionalidade da estrutura hierárquico-normativa:

Toda dignidade e supremacia da lei dependem exclusivamente e imediatamente (...) dessa confiança na justiça e racionalidade do próprio legislador e de todas as instâncias participantes do procedimento legislativo. (...) Esse sistema de legalidade não é em caso algum livre de pressupostos. Uma equiparação livre de pressupostos do direito com o resultado de qualquer procedimento formal seria apenas uma submissão cega (...) à decisão daqueles a quem foi confiada a legislação, ou seja, uma renúncia também livre de pressupostos a qualquer direito de resistência.²²

Os problemas, evidentemente, começam a aparecer quando esse pressuposto não se realiza. Schmitt não vê isso como uma hipótese, mas como a realidade vivida pela Alemanha de sua época. A crítica ao parlamentarismo é tema que percorre importante parte de sua obra, principalmente aquela compreendida no período de Weimar, e na verdade não é

²⁰ Idem, ibidem, pág. 50 (tradução própria).

²¹ SCHMITT, Carl. Legalität und Legitimität. Berlin: Duncker & Humblot, 1998, 6ª edição, pag. 15 (tradução própria).

²² Idem, ibidem, pags. 22 e 23 (tradução própria).

outra que a crítica feita ao próprio liberalismo. Em 1923 publica, especificamente sobre essa problemática, um estudo intitulado “A Crise da Democracia Parlamentar”²³, e a retoma na “Teoria da Constituição”²⁴ e em “Legalidade e Legitimidade”²⁵.

Na concepção de nosso autor, o parlamento alemão nas décadas de 20 e 30 não apenas não era um local de verdadeiro debate público e político, como também havia perdido toda consciência dos próprios pressupostos ideológicos que o sustentavam. Ele se dizia *democrático*, sem perceber que seu modo de funcionamento, em que as principais decisões eram tomadas em comitês cada vez menores e eram baseadas em coligações e pactos confidenciais, sequer parecia com aquele de uma real democracia. O valor da publicidade estava esquecido e o pleno parlamentar não passava de mera fachada²⁶.

Na verdade, Schmitt já considera a expressão “democracia parlamentar” em si um contra-senso. Enquanto a democracia é guiada pelo princípio da identidade entre governantes e governados, o parlamento é uma clara expressão do princípio da representação política²⁷. Contudo, esse fato não significaria um problema por si só, uma vez que, ele mesmo admite, não existe na realidade qualquer sistema capaz de realizar por completo o ideal da identidade, de modo que um mínimo de representação sempre se fará necessário. Schmitt, então, continua seu argumento e afirma que esse sistema parlamentar, da forma como se encontrava naquele momento histórico, não mais constituiria uma alternativa digna à irrealizável democracia²⁸.

Ocorre que o parlamento alemão, na vigência da Constituição de Weimar, estava longe de ser um órgão de verdadeira *representação política* (*Räpresentation*). Esta é uma representação de direito público que pressupõe a existência de um povo unificado, homogêneo, dotado de certas qualidades morais e, assim, capaz de ser representado por um órgão que também será, por sua vez, uno.

Schmitt não vê nada disso, mas apenas um povo fragmentado, composto de um sem-número de organizações que buscam cada uma a concretização de seus interesses particulares. Essa fragmentação se reflete no parlamento, que já não é mais um representante político, mas sim exerce um tipo de representação típica de direito privado (*Vertretung*); ou

²³ Idem. *The Crisis of Parliamentary Democracy*. Tradução de Ellen Kennedy. Massachusetts Institute of Technology, 2000. 6ª edição.

²⁴ Idem. *Verfassungslehre*. Berlin: Duncker & Humblot, 2003. 9ª edição. Pag. 218 e seg; 312 e seg.

²⁵ Idem. *Legalität und Legitimität*. Berlin: Duncker & Humblot, 1998, 6ª edição.

²⁶ Idem. *The Crisis of Parliamentary Democracy*. Tradução de Ellen Kennedy. Massachusetts Institute of Technology, 2000. 6ª edição, pag. 49-50.

²⁷ Idem. *Verfassungslehre*. Berlin: Duncker & Humblot, 2003. 9ª edição, pag. 205.

²⁸ Idem, *ibidem*, pag. 205 e seg.

seja, não há falar em formação de uma vontade política de um povo, pois o que é trazido à discussão são apenas os interesses privados dos mais distintos segmentos da sociedade.

Fica fácil perceber, então, como se perde a confiança no legislador: uma vez que não há um povo unificado a sustentar e fortalecer as bases do sistema, há apenas a submissão de determinadas vontades particulares àquelas que conseguiram sair vencedoras em uma votação. A maioria não tem qualquer distinção qualitativa em relação à minoria, a qual deixa de se ver representada no parlamento e passa a constituir simplesmente uma massa vencida. Tudo se resolve em termos de acordos, compromissos e trocas de favores, pois essa é a única forma de fazer com que os vencidos continuem a ter alguma vantagem em participar do sistema.

Essa desunião da sociedade Schmitt vê refletida na própria Constituição de Weimar. No momento de sua elaboração, havia tantas forças e interesses contrapostos – monarquistas, republicanos, comunistas, liberais, social-democratas – que algumas decisões importantes e mesmo essenciais foram simplesmente postergadas e substituídas por meros acordos²⁹. É certo que se decidiu pela república em desfavor à monarquia; mas a Constituição de Weimar não tomou uma verdadeira decisão a respeito da adoção do liberalismo ou da democracia social.

O resultado dessa postergação é que o documento formal da Constituição de Weimar continha, na verdade, duas Constituições, não só diferentes como mesmo incompatíveis entre si³⁰. Retomaremos esse ponto abaixo, em 1.3. O que nos é interessante, por enquanto, é perceber que a crítica feita ao parlamento alemão em “A crise da Democracia Parlamentar”, aquela feita aos falsos acordos (*Scheinkompromisse*) da Constituição de Weimar em “Teoria da Constituição” e, por fim, aquela feita ao liberalismo em “Legalidade e Legitimidade” são uma e a mesma crítica.

Todos esses problemas, que Schmitt obviamente considerava importantes, tinham sua origem nas circunstâncias sociais e políticas vividas à época, mas não eram, a princípio, defeitos internos ao próprio sistema de legalidade. Há, entretanto, um problema ainda mais grave, este sim interno, a que nosso autor dedica especial atenção.

A principal deficiência desse sistema pretensamente fechado de legalidade é sua incapacidade de lidar com qualquer gênero de situação excepcional ou extraordinária. Na tentativa de abarcar todos os possíveis casos em normas gerais e abstratas previamente publicadas, a legalidade esquece a condição mais básica ao seu próprio funcionamento: a

²⁹ Idem, *ibidem*, pag. 28 e seg.

³⁰ Idem. *Legalität und Legitimität*. Berlin: Duncker & Humblot, 1998, 6ª edição, pág. 38 e seg.

normalidade³¹. Dito de outra forma, a existência de uma situação normal, ordinária, é pressuposto de fato necessário à validade mesma de qualquer lei formal, é condição que deve ser observada antes da possibilidade de sua aplicação. Nas palavras de Schmitt, “nós sabemos que a norma pressupõe uma situação *normal* e tipos *normais*”³².

O caso excepcional é, por definição, imprevisível e passível de adquirir infinitas configurações concretas. Não espanta, dadas essas características, que a lei não consiga previamente abarcá-lo, pois a sua forma de atuação é diametralmente oposta àquela das *providências* (*Maßnahme*), instrumentos executivos típicos do caso de exceção. As providências existem e fazem sentido somente em sua relação com a situação concreta; as leis, por sua vez, têm aversão à concretude e, sobretudo, à imprevisibilidade.

O que acontece, então, quando um Estado fundado em um sistema rígido de legalidade se vê diante de um caso que não apenas não foi previsto pela legislação, mas que representa verdadeira exceção à normalidade? Dado que (a) esse modelo resume todo o Direito à legalidade e que (b) aquilo que não pode ser previsto também não pode ser objeto de lei, resta claro que onde há exceção não há Direito. Essa conclusão é nada mais do que lógica, pois o sistema de legalidade não admite a existência de qualquer outra fonte normativa legítima, a par de sua própria legislação, que seja capaz de criar Direito.

O que nos resta, então, é apenas um vácuo jurídico-normativo em que todo tipo de arbitrariedade pode ter lugar. Justamente o modelo que mais preconizava a segurança e estabilidade jurídicas é aquele que mais deixa espaço à vontade pura e simples de qualquer poder que obtenha sucesso em se impor. E, assim, o sistema de legalidade flutua de um extremo a outro: de um lado, normativismo rígido; de outro, voluntarismo sem amarras. Talvez a única forma de explicar, nesse ponto, uma eventual justificação do poder seja através de sua eficiência; mas sabemos que Schmitt vai além de Weber e que, para o nosso autor, a força não é suficiente para legitimar o poder³³. “O poder não demonstra nada para o Direito³⁴”.

³¹ “Essa concepção [normativista] tem, na opinião de Schmitt, duas falhas fundamentais: Em primeiro lugar, não se dá conta de que para que seja possível o governo da norma é necessário que exista uma situação normal. Por isso, depende de uma ordem concreta, é dizer, da situação que se considera como normal. Enquanto essa normalidade desaparece, desaparece a norma, porque perde todo sentido jurídico.” HERRERO LÓPEZ, Montserrat. *El Nomos y lo Político: La Filosofía Política de Carl Schmitt*. Navarra: Ediciones Universidad de Navarra, 1997, pag. 173 (tradução própria).

³² SCHMITT, Carl. *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*. Berlin: Duncker & Humblot, 1993. 2ª edição. Pag. 19 (tradução própria – grifo no original).

³³ “Uma tentativa que aceite esses termos, sejam quais forem suas diferenças substanciais em relação a Weber, está mais ou menos disposta a concluir que o poder faz o direito. Não existe nenhuma ilustração melhor da problemática do que aquela oferecida pelas teorias do direito e da política de Carl Schmitt e Hans Kelsen. Schmitt não está muito obrigado a abraçar a tese de que o poder faz direito; na verdade esse é o ponto de partida

Voltaremos a essa questão em 2.1. Antes disso, falaremos daquele que é autor e fonte de legitimidade de qualquer ordem constitucional: o poder constituinte.

1.2 LEGITIMIDADE DO PODER CONSTITUINTE

O primeiro momento de toda legitimidade está na decisão soberana e fundamental de uma unidade política a respeito de sua própria existência. É com essa tese que Schmitt procura se afastar da orientação normativista dominante, encampada sobretudo por Kelsen, bem como de toda sorte de concepção empirista que vê na eficiência do poder a única fonte de sua justificação.

O problema do fechamento lógico da teoria jurídica de Kelsen é tema que já foi amplamente discutido e não nos cabe, neste trabalho, adentrar em seus pormenores. Parece-nos interessante, entretanto, fazer duas observações sobre essa questão. A primeira diz respeito à interessante interpretação de seus escritos mais tardios feita por Andreas Kalyvas em “Democracy and the Politics of the Extraordinary”³⁵; a segunda concerne à solução *schmittiana* alternativa ao conceito de “norma fundamental” de Kelsen.

O sistema formulado por Kelsen pretende ser puramente jurídico-normativo, isento do quaisquer influxos provenientes de além do Direito, seja da sociologia, da economia, da política ou mesmo da realidade empírica. Para tanto, ele concebeu uma forma de legitimação de normas em que a validade de uma norma inferior depende única e exclusivamente de sua conformidade (material e procedimental) com uma norma que lhe seja hierarquicamente superior, e assim sucessivamente, até que cheguemos à maior de todas as normas positivas: a Constituição.

A questão que surge, nesse ponto, é evidente: se a Constituição é a fonte de validade de todas as normas que lhe são inferiores, e ela própria é o ápice hierárquico desse sistema, então de onde ou do quê ela deriva sua própria validade? Certamente não de uma norma positiva superior, pois assim estaríamos a admitir um regresso ao infinito. A resposta, diz Kelsen, só pode estar na existência de uma “pressuposição mental”³⁶, uma norma não-positiva que deve ser postulada para que o sistema ganhe em lógica e coerência. Kalyvas aponta que, nos primeiros escritos de Kelsen, ele chamou essa norma hipotética de “norma

das suas reflexões sobre a política e o direito.” (tradução própria). Dyzenhaus, David. “Hermann Heller and the Legitimacy of Legality”. In: Oxford Journal of Legal Studies, vol. 16, nº 40, 1996, pag. 645.

³⁴ SCHMITT, Carl. *Politische Theologie*. Berlin: Duncker & Humblot, 2009. 9ª edição. Pag. 26.

³⁵ KALYVAS, Andreas. *Democracy and the Politics of the Extraordinary*: Max Weber, Carl Schmitt and Hannah Arendt. New York: Cambridge University Press, 2008.

³⁶ Idem, *ibidem*, pag. 109.

original” (*Ursprungnorm*) e apenas mais tarde de “norma fundamental” (*Grundnorm*)³⁷, como acabou ficando amplamente conhecida.

A problemática acerca da validade dessa “norma original” foi inicialmente ignorada por Kelsen, que a considerava anti-jurídica e acientífica. Entretanto, conforme a interpretação feita por Kalyvas, ele não pôde ficar calado frente a críticas, como a de Schmitt³⁸, que chamaram atenção para o fato de que essa construção era incapaz de distinguir entre validade e eficácia³⁹. Então, na articulação da “norma fundamental” feita por Kelsen na segunda versão da “Teoria Pura do Direito”, publicada em 1960, ocorre uma sutil mas importante mudança no seu pensamento.

A diferença está na postulação não mais apenas da norma em si, mas da existência de um sujeito reconhecido como a mais alta autoridade, o qual está, assim, autorizado a criar ou estabelecer essa norma fundamental. Kelsen, embora admitindo ao seu sistema um conceito de autoridade que antes lhe parecia extravagante, procura manter seu ideal de cientificidade, ou melhor, de “pureza” de sua teoria jurídica. Para isso, destaca que o reconhecimento dessa autoridade não provém dos destinatários da norma, mas do cientista jurídico:

Há um elemento de reconhecimento que é indispensável para prover a norma fundamental da legitimidade apropriada. Esse reconhecimento é expresso pelo cientista jurídico ou a partir do “ponto de vista da ciência do direito positivo”, que corresponde a um ponto de vista científico e objetivo. Em outras palavras, parece que, para Kelsen, o agente que funda uma nova ordem política e jurídica e estabelece uma nova norma fundamental deve ser reconhecido pelo jurista, o qual o vê *sub specie aeternitatis*, como a mais alta autoridade.⁴⁰

Embora essa visão tardia de Kelsen, segundo Kalyvas, de certa forma se aproxime daquela de Schmitt (principalmente em virtude da admissão de um ato constitutivo original⁴¹), ainda resta uma diferença avassaladora que novamente distancia as duas teorias. Para nosso autor, não basta que o reconhecimento da autoridade provenha do jurista; é a própria unidade política que deve reconhecê-la. Aqui chegamos à nossa segunda observação: Schmitt, identificando essa autoridade com o poder constituinte, coloca sua *decisão fundamental* no lugar da *norma fundamental* de Kelsen, e daí deriva a legitimidade de todo o sistema⁴².

³⁷ Idem, *ibidem*, pag. 103.

³⁸ SCHMITT, Carl. *Verfassungslehre*. Berlin: Duncker & Humblot, 2003. 9ª edição, pag. 8-9.

³⁹ KALYVAS, Andreas. *Democracy and the Politics of the Extraordinary*: Max Weber, Carl Schmitt and Hannah Arendt. New York: Cambridge University Press, 2008, pag. 105.

⁴⁰ Idem, *ibidem*, pag. 109 (tradução própria).

⁴¹ Idem, *ibidem*, pag. 110.

⁴² “Uma *norma* pode valer ou porque ela é *correta*, e então a consequência sistemática conduz ao direito natural e não à Constituição positiva, ou porque ela é ordenada positivamente, ou seja, por força de uma *vontade*

Em sua “Teoria da Constituição”, Schmitt afirma que “uma Constituição é legítima, isto é, reconhecida não só como estado fático, mas também como ordem jurídica válida, quando o poder e a autoridade do poder constituinte, em cuja decisão ela repousa, também são reconhecidos”⁴³. Nessas poucas palavras, o existencialismo de Schmitt adquire uma de suas mais importantes expressões. Não é em virtude de uma norma jurídica ou ética superior, tampouco em razão de uma imposição fática de poder, que uma ordem jurídica é considerada válida. “A decisão política (...) que forma a substância da Constituição vale porque a unidade política, de cuja Constituição se trata, *existe* (...)”⁴⁴.

A legitimidade de uma Constituição depende, então, da legitimidade do poder constituinte que a concebeu. Este se legitima, por sua vez, unicamente em sua própria existência e no seu reconhecimento como tal. Essa concepção de poder constituinte, à qual se poderia chamar “orgânica”, representa em última análise a concepção também orgânica que Schmitt tem do próprio Estado. Ele é um ser, um ente uno, capaz de tomar as próprias decisões e orientar o próprio destino. É comparável, assim, a um ser humano:

Não se pode falar de legitimidade de um Estado ou de um poder estatal. Um Estado, isto é, a unidade política de um povo, *existe*, e em verdade existe na esfera do político; ele é tão pouco passível de ser justificado ou considerado lícito, legítimo etc., quanto o indivíduo humano, na esfera do direito privado, deveria ou poderia fundamentar normativamente sua existência⁴⁵.

Schmitt retoma, então, o conceito de poder constituinte formulado por Sieyès e lhe acrescenta um peso fundamental. *Pouvoir Constituant* é não apenas aquele que não pode ser limitado, pré-configurado ou pré-determinado, uma vez que é a fonte primeira de todo *pouvoir constitué*; ele é também a fonte primordial de justificação de toda relação posterior de subordinação e obediência a esse poder constituído.

Pois bem, assentado que a legitimação de uma ordem constitucional repousa, em última análise, no poder constituinte, precisamos agora analisar as características desse poder. Historicamente, afirma Schmitt em “Teoria da Constituição”⁴⁶, ele adquiriu duas configurações básicas, a saber, a monárquica e a democrática. Na primeira, é o monarca quem dá a Constituição a seus súditos, fundamentando-se para isso na tradição e autoridade de uma dinastia. Essa autoridade, entretanto, deve ser reconhecida por aqueles que se submetem a ela,

existente. Uma norma nunca se põe a si mesma (...), ao contrário, ela é reconhecida como correta (...). SCHMITT, Carl. *Verfassungslehre*. Berlin: Duncker & Humblot, 2003. 9ª edição, pag. 9 (tradução própria).

⁴³ Idem, *ibidem*, pag. 87 (tradução própria).

⁴⁴ Idem, *ibidem*, pag. 87 (tradução própria).

⁴⁵ Idem, *ibidem*, pag. 89 (tradução própria – grifo nosso).

⁴⁶ SCHMITT, Carl. *Verfassungslehre*. Berlin: Duncker & Humblot, 2003. 9ª edição, pag. 90.

sob pena de permanecer despida de qualquer eficácia. O argumento da autoridade se transforma, então, em reconhecimento da autoridade por um povo.

Note-se que, mesmo ao tratar do poder constituinte monárquico, foi necessária a introdução de um termo que diz respeito diretamente à segunda configuração antes mencionada: o povo, sujeito e titular do poder constituinte democrático. Ocorre que é este, e não aquele monárquico, o principal conceito da teoria constitucional de Schmitt (pelo menos na parte em que ele trata das origens de uma Constituição), de forma que ele acaba sendo subjacente a outras de suas formulações. Nosso autor é um democrata – e, de fato, um democrata radical⁴⁷.

O povo difere da multidão enquanto é um conceito político. Em outras palavras, ele é uma multidão que existe e se configura em torno de certas identidades comuns e, mais do que isso, tem autoconsciência dessa configuração – daí decorre seu caráter propriamente político. Língua, cultura, costumes, religião, etnia são exemplos de identidades que, quando compartilhadas, podem dar origem a um povo. Aumentando a complexidade da organização desse povo, podemos chegar a ter instituições comuns; é a partir daí que se torna mais clara a idéia de uma Constituição.

A decisão fundamental, então, não surge do vazio, do nada, mas reflete a configuração dessa existência concreta. No momento em que o grau de autoconsciência e autocrítica de um povo atinge determinado grau, já bastante elevado, ele decide dar-se a si mesmo uma Constituição positiva e instituir-se a si mesmo como Estado. Nesse momento ele é poder constituinte, a “substância amorfa” que não só é capaz de criar forma, como é origem de toda forma⁴⁸.

Nesse ponto, é interessante mencionar a análise feita por López a respeito da relação entre a Constituição e a existência concreta de um povo. O que a autora faz, na verdade, é uma leitura diferenciada do conjunto da obra de Schmitt, procurando fundamentar todo seu pensamento no conceito de *nomos*, que “é o desenvolvimento de comunidades de

⁴⁷ Ao tratar da transposição da teoria democrática do poder constituinte do povo para a idéia de um poder constituinte monárquico, Schmitt afirma que tal só pode ser feito em tese e, ainda assim, com certas dificuldades. “Pois a nação pode modificar sua forma e pode sempre dar novas formas à sua existência política; ela tem toda a liberdade de autodeterminação política (...). A monarquia hereditária, ao contrário, é uma *instituição* (grifo no original) vinculada à ordem sucessória de uma família, uma instituição em si mesma já formada”. Idem, *ibidem*, pag. 81.

⁴⁸ “Essa distinção [entre poder constituinte e poder constituído] só é possível se se distingue entre sujeito e forma. O poder constituinte é sujeito e como tal origina a decisão. A forma se cria na decisão mesma. O sujeito é o informe que forma. E nessa informidade se manifesta a existência política mesma.” HERRERO LÓPEZ, Montserrat. *El Nomos y lo Político*: La Filosofía Política de Carl Schmitt. Navarra: Ediciones Universidad de Navarra, 1997, pag. 209 (tradução própria).

homens no espaço graças ao trabalho, as relações naturais entre eles, a tradição e o modo de ser natural do homem e desse povo em concreto”⁴⁹.

Segundo López, muito embora Schmitt só tenha perfectibilizado essa noção na década de 50, a partir de “O Nomos da Terra”, ela já teria permeado seu pensamento desde os escritos mais prematuros como “Romantismo Político”, publicado originalmente em 1919. E é justamente nesta obra que a autora pretende ver as primeiras referências de Schmitt ao *nomos* como existência concreta de uma sociedade humana e fundamento primeiro da sua Constituição.

Para melhor caracterizar essa sociedade humana que, na verdade, não seria apenas sociedade, posto que este não é um conceito propriamente político, nem comunidade humana, que seria uma noção demasiadamente abstrata e carente de limites situacionais, Schmitt propõe o conceito de nação⁵⁰. Este sim seria capaz de transmitir corretamente a idéia de uma comunidade política particular, situada e historicamente concreta.

Ao se falar em nação, remete-se automaticamente a Sieyès, aqui já mencionado, e à convocação feita por ele para que todos os franceses se reunissem em uma Assembléia Nacional Constituinte, onde não teriam lugar quaisquer interesses particulares e privilégios de classe e, assim, poderia ser formulada uma verdadeira Constituição do e para o povo francês⁵¹. O próprio Schmitt relembra que foi ele quem formulou a teoria do poder constituinte da nação, sendo esta “uma unidade capaz de ação política e dotada de consciência de sua singularidade política e vontade de existir politicamente”⁵².

O povo, então, existe previamente à decisão e também antes dela já tem determinado modo de ser. Se a legitimidade de uma ordem constitucional repousa na decisão de um poder constituinte – pois, como vimos, Schmitt não admite que uma norma tenha validade independentemente de uma vontade que lhe seja anterior⁵³ –, esta, por sua vez, não é livre de qualquer referencial. “Uma vez que todo ser é concreto e já se encontra disposto de alguma maneira, qualquer Constituição pertence ao existir político e concreto correspondente”⁵⁴. Quer dizer, a decisão fundamental é tanto mais legítima quanto mais reflete esse modo de existir.

⁴⁹ Idem, *ibidem*, pag. 164.

⁵⁰ Idem, *ibidem*, pag. 201

⁵¹ SIEYÈS, Emmanuel. Qu'est-ce que le Tiers État? Paris: Flammarion, 1988. A brochura de Sieyès foi inicialmente publicada no anonimato e circulou pela primeira vez em janeiro de 1789, conforme prefácio de Jean-Denis Bredin.

⁵² SCHMITT, Carl. Verfassungslehre. Berlin: Duncker & Humblot, 2003. 9ª edição. Pag. 79.

⁵³ “Todo tipo de normatividade jurídica, inclusive a constitucional, pressupõe a existência de uma *vontade*.” Idem, *ibidem*, pag. 22 (tradução própria).

⁵⁴ Idem, *ibidem*, pag. 23 (tradução própria).

É nesse sentido que López afirma que a legitimidade de uma Constituição não está dentro, mas fora dela mesma⁵⁵. O critério de aferição da legitimidade, é claro, não pode ser interno ao sistema. Assim, em se tratando de uma ordem constitucional democrática, esse critério externo é a existência de um povo autoconsciente que, enquanto titular do poder constituinte (o “sujeito amorfo” que tudo pode formar), toma uma decisão a respeito da forma e tipo de sua unidade política⁵⁶, decisão essa que corresponde à sua configuração concreta e real.

1.3 ALTERAÇÃO CONSTITUCIONAL E O PODER CONSTITUINTE DERIVADO

Após termos tratado da legitimidade do poder constituinte, é importante que se faça algumas notas a respeito da eventual possibilidade de alteração posterior da decisão desse sujeito. Antes disso, é necessário esclarecer que não se trata aqui de um novo ato do poder constituinte originário, do estabelecimento de uma nova Constituição, mas sim de alterações constitucionais no âmbito de uma ordem já posta.

O interessante deste ponto específico para nosso trabalho está em saber *quem* teria legitimidade para tanto, se é que de fato essa possibilidade existe. Quem pode alterar a Constituição, senão seu próprio autor, sem provocar uma desestabilização de suas bases? E, uma vez respondida essa questão, qual o limite dessa competência?

A prática jurídico-constitucional contemporânea admite a alteração constitucional através de um órgão que comumente se chama de “poder constituinte derivado” e que, na maior parte das vezes, se identifica com o corpo legislativo ordinário⁵⁷. Essas modificações normalmente se dão no âmbito de um procedimento legislativo diferenciado (quórum mais elevado, votação em dois turnos, etc.) e devem respeitar algumas disposições que, por determinação explícita da própria Constituição, são inalteráveis – as famosas “cláusulas pétreas”⁵⁸. Schmitt, entretanto, considera inútil essa noção e propõe, para substituí-la, os conceitos de Constituição propriamente dita e lei constitucional.

Em um documento constitucional encontram-se diferentes tipos de disposições que, conforme versem sobre questões mais ou menos essenciais ao Estado que está a ser instituído, são não apenas quantitativa, mas qualitativamente distintas. Se assim se quiser,

⁵⁵ HERRERO LÓPEZ, Montserrat. El Nomos y lo Político: La Filosofía Política de Carl Schmitt. Navarra: Ediciones Universidad de Navarra, 1997, pag. 206.

⁵⁶ SCHMITT, Carl. Verfassungslehre. Berlin: Duncker & Humblot, 2003. 9ª edição, pag. 21.

⁵⁷ Cf. AFONSO DA SILVA, José. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2007. 28ª edição, revista e atualizada. Pag. 64-65.

⁵⁸ Afonso da Silva prefere falar em “núcleo imodificável”. Idem, ibidem, pag. 65-68.

podemos falar em dispositivos com posições hierarquicamente diversas, embora essa imagem não agrade ao nosso autor⁵⁹.

Aqueles que tratam da própria decisão fundamental do povo ou nação a respeito da forma de sua existência política, aqueles que carregam em si o conteúdo principal do ato do poder constituinte, estes são os que compõem a Constituição propriamente dita. Já os que dispõem sobre questões menos essenciais, regulamentam em detalhes alguma regra procedimental, versam sobre matéria de importância não imediata para a sobrevivência do Estado, estes formam o conjunto das leis constitucionais.

Quando a nossa Constituição diz que “a República Federativa do Brasil (...) constitui-se em Estado Democrático de Direito” (art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB) e, mais tarde, determina que “o Presidente e o Vice-Presidente da República não poderão, sem licença do Congresso Nacional, ausentar-se do País por período superior a quinze dias (...)” (art. 83, CRFB)⁶⁰, fica claro que ela não está tratando de questões igualmente essenciais. Uma emenda constitucional poderia determinar que a autorização viesse apenas do Senado Federal ou da Câmara dos Deputados, assim como poderia diminuir o período de quinze para dez dias, sem que isso violasse a decisão fundamental da Assembléia Constituinte de 1988. Nenhum poder constituído, entretanto, poderia estabelecer que o Brasil se constitui em uma monarquia hereditária, pois isso estaria a modificar a configuração mesma de nossa existência política.

Pois bem, a partir desse exemplo podemos demonstrar um dos principais objetivos de Schmitt com a distinção entre Constituição e lei constitucional: esta pode ser alterada através de um procedimento previsto na própria Constituição, enquanto aquela só poderá sofrer modificações através de um novo ato do poder constituinte. A competência dada pelo constituinte ao constituído para que este proceda a alterações no documento constitucional não o autoriza, é dizer, não o legitima a subverter a ordem instituída⁶¹:

O fato de que ‘a Constituição’ pode ser alterada não significa que a decisão política fundamental, que compõe a substância da Constituição, pode ser a qualquer tempo afastada pelo Parlamento e substituída por qualquer outra decisão.⁶²

⁵⁹ “Não existe – se não se quiser apelar para metáforas ou alegorias – hierarquia entre normas, mas apenas hierarquia entre homens e instâncias concretas”. SCHMITT, Carl. Legalität und Legitimität. Berlin: Duncker & Humblot, 1998, 6ª edição, pag. 53.

⁶⁰ Brasil: Constituição da República Federativa do Brasil.

⁶¹ SCHMITT, Carl. Verfassungslehre. Berlin: Duncker & Humblot, 2003. 9ª edição, pag. 25 e seg; pag. 102 e seg.

⁶² Idem, ibidem, pag. 26.

Para Schmitt, essa idéia de inalterabilidade da Constituição propriamente dita é tão clara e básica que sua explicitação em regras proibitivas só serviria como uma espécie de confirmação⁶³. Na verdade, se a distinção qualitativa entre Constituição e lei constitucional for ignorada ou mal compreendida, a existência de “cláusulas pétreas” seria mesmo um instrumento inútil. Voltando ao exemplo brasileiro, em nada nos serviria o art. 60, §4º da CRFB⁶⁴ se não se entendesse que esse próprio dispositivo também é inalterável.

Não esqueçamos que, para bem compreender a obra de Schmitt, devemos levar em consideração também o contexto histórico em que ele está inserido. A “Teoria da Constituição”, embora em alguns momentos seja uma teoria de toda e qualquer Constituição, é sobretudo uma teoria da Constituição de Weimar, a *Reichsverfassung* de 1919. É a partir desse documento, e especificamente de seu art. 76, que ele faz sua crítica a respeito da prática das emendas constitucionais, que começava a ameaçar as estruturas da república.

Assim determinava o mencionado art. 76: “A Constituição pode ser alterada através de procedimento legislativo. Entretanto, as decisões do *Reichstag* nesse sentido só se realizam quando estiverem presentes dois terços do número legal de seus integrantes e quando no mínimo dois terços dos presentes estiverem de acordo”. Em “Legalidade e Legitimidade”⁶⁵, Schmitt dedica parte de um capítulo à análise desse dispositivo e chega à conclusão de que a doutrina e jurisprudência alemãs a respeito do art. 76 da *Reichsverfassung* se equivocam ao admitirem que qualquer disposição constitucional possa ser emendada.

Antes de se analisar essa consideração, é preciso esclarecer um importante pressuposto seu, a saber: a existência, no mesmo documento constitucional, de “duas Constituições” distintas. Schmitt identifica uma delas na primeira parte da Constituição de Weimar, denominada “Estrutura e Tarefas da República”. Essa parte, eminentemente organizacional, continha disposições características de um Estado verdadeiramente liberal e pluralista, em que qualquer grupo político, seja qual fosse sua orientação, poderia alcançar o poder. Já a segunda “Constituição” estaria contida na sua segunda parte, intitulada “Direitos e Deveres Fundamentais dos Alemães”. Essa parte, por sua vez, pretendia instituir determinada orientação valorativa na sociedade, de forma que a busca pelo poder por grupos que fossem

⁶³ Idem, *ibidem*, pag. 105.

⁶⁴ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

(...)

§4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I – a forma federativa de Estado;

II – o voto direto, secreto, universal e periódico;

III – a separação dos Poderes;

IV – os direitos e garantias individuais.

⁶⁵ SCHMITT, Carl. *Legalität und Legitimität*. Berlin: Duncker & Humblot, 1998, 6ª edição, pág. 38 e seg.

contrários a esses valores seria mesmo inconstitucional. Aqui estavam explicitados, por exemplo, os direitos à propriedade privada e à liberdade de expressão, tão caros ao liberalismo.

Voltando à conclusão antes mencionada, o equívoco da doutrina dominante estaria em aceitar que um sistema fosse neutro em relação a seus próprios pressupostos. Como pode uma Constituição estabelecer determinados valores, intitulá-los de “fundamentais” e não fornecer os mecanismos necessários para protegê-los? Levando ao extremo esse argumento de que quaisquer disposições poderiam ser alteradas, mesmo as da segunda parte da *Reichsverfassung*, deve-se admitir que não apenas direitos civis como o de livre associação ou a inviolabilidade do lar poderiam ser abolidos, senão que também a propriedade privada estaria sujeita à extinção⁶⁶. Uma simples votação no parlamento, desde que respeitado o quórum qualificado, seria capaz de transformar um Estado liberal-capitalista em um Estado comunista de economia planificada.

Mas a questão não termina aí. Não era apenas a possibilidade de modificação das disposições a respeito dos direitos fundamentais dos alemães, ou seja, aquelas contidas na segunda parte da Constituição de Weimar, que representava um problema e um perigo às instituições da república. Mesmo caso se entendesse que esses direitos seriam intocáveis, continuaria possível a alteração de dispositivos essenciais da parte organizacional, como a forma de eleição ou as competências do Presidente. Se, por meio de uma emenda constitucional, ficasse determinado que o Presidente poderia revogar indiscriminadamente as leis promulgadas pelo parlamento, este restaria completamente despido de poder e não se estaria mais diante de um Estado parlamentar.

Veremos, a seguir, como Schmitt insere o conceito de supralegalidade nessa discussão, na tentativa de melhor demarcar os limites da alteração constitucional, e como esse mesmo conceito, posteriormente, acaba se tornando parte integrante de sua crítica ao liberalismo.

1.3.1 A Supralegalidade e os Limites do Art. 76 da Constituição de Weimar

A interpretação que Schmitt pretende dar ao artigo 76 da Constituição de Weimar é a seguinte: uma norma que possibilita a modificação da Constituição não visa permitir que qualquer outro tipo de organização política, em tudo diverso daquele instituído,

⁶⁶ Idem, *ibidem*, pag. 45-46.

venha a tomar o poder por vias legais. Não pode ser intenção de uma carta constitucional permitir que seus próprios fundamentos sejam abrogados a partir dos procedimentos nela previstos⁶⁷. Assim, deve-se entender que a norma do art. 76, que trata de alterações constitucionais via procedimento legislativo, contém implicitamente uma proibição absoluta de modificação de determinadas normas. Muito embora nosso autor considere relevante a proteção de determinados direitos fundamentais (como, em se tratando de um Estado liberal, os direitos de liberdade do cidadão), mais crucial é a proibição de violação de normas que instituem órgãos, competências e procedimentos, pois estas é que dão configuração ao Estado e, em última análise, dão forma à existência política do povo que é sua substância.

Essas disposições que contém em si, implicitamente⁶⁸, um mandado de inalterabilidade parecem ser aquilo que Schmitt chamou, primeiramente em “Legalidade e Legitimidade” e mais tarde em um estudo intitulado “A Revolução Legal Mundial” (1978)⁶⁹, de “supralegalidade constitucional”. Esse conceito, diz Schmitt, foi forjado pelo juspublicista francês Maurice Hauriou e abrange aqueles “princípios” que não estão protegidos apenas das leis ordinárias, mas que não podem ser modificados ou abolidos mesmo por emendas constitucionais⁷⁰. Tal “supralegalidade” estaria presente em qualquer sistema ou ordem constitucional e serviria como escudo contra tentativas de eliminação da legalidade ou legitimidade posta através de meios legais/constitucionais.

Ao retomar o tema em “A Revolução Legal Mundial”, nosso autor fala em “validade aumentada de certas normas frente a normas comuns ou ordinárias” e dá, como exemplo de supralegalidade, “as normas de procedimento que devem dificultar a transformação ou abolição de normas, por maioria qualificada ou estruturação do procedimento em várias instâncias distintas”⁷¹. Ou seja, quando uma Constituição permite sua própria alteração e determina para tanto um procedimento especial, essa norma permissiva é, ela mesma, inalterável.

⁶⁷ SCHMITT, Carl. Legalität und Legitimität. Berlin: Duncker & Humblot, 1998, 6ª edição, pág. 56.

⁶⁸ Pois, como já vimos, não faz parte do sistema de Schmitt a existência de mandados explícitos de inalterabilidade constitucional.

⁶⁹ SCHMITT, Carl. “La Revolución Legal Mundial: Plusvalía política como prima sobre legalidad jurídica e superlegalidad”, in: Revista de Estudios Políticos (Nueva época), Nº 10, Julio – Agosto, 1979.

⁷⁰ “Elas têm, como expôs (...) Maurice Hauriou (...), uma ‘*superlégalité constitutionnelle*’ que as eleva não só acima das normas ordinárias, simples, como também acima da Constituição escrita, e que exclui a possibilidade de sua eliminação através de emendas constitucionais”. SCHMITT, Carl. Legalität und Legitimität. Berlin: Duncker & Humblot, 1998, 6ª edição, pág. 56 (tradução própria – grifo no original).

⁷¹ SCHMITT, Carl. “La Revolución Legal Mundial: Plusvalía política como prima sobre legalidad jurídica e superlegalidad”, in: Revista de Estudios Políticos (Nueva época), Nº 10, Julio – Agosto, 1979, pag. 8 (tradução própria).

A dificuldade no manejo do conceito de supralegalidade está em que, ao contrário daqueles de legalidade e legitimidade, este foi muito brevemente tratado por Schmitt e, no entanto, parece ser central à sua obra. A princípio, a supralegalidade é uma espécie de conceito intermediário, que tem uma proximidade muito grande com a legitimidade sem, no entanto, estar absolutamente fora do campo da legalidade.

A relação entre legalidade e supralegalidade residiria no fato de que as normas “supralegais” foram concretizadas por uma decisão soberana e colocadas de forma expressa na Constituição. Já a relação entre esta e a legitimidade estaria em que foi o poder constituinte, ele mesmo autor e fonte de toda legitimidade, quem estabeleceu a configuração da unidade política e determinou a quais instituições cabem as mais essenciais funções do Estado. Não poderia, assim, o legislador ordinário (nem o legislador qualificado, com competência para emendas constitucionais) suprimir ou mesmo modificar essas determinações, porque isso representaria, ao fim e ao cabo, a instituição de nova ordem constitucional, o que não compete a nenhum poder constituído.

Com essas considerações se teria resolvido a questão caso Schmitt não tivesse utilizado o conceito de supralegalidade com um fim ulterior específico. Mas o fato é que, em “A Revolução Legal Mundial”, ele realmente trabalha essa idéia com o propósito de realizar uma crítica dura ao progresso técnico-industrial e à burocracia. Ele começa, então, por afirmar que a supralegalidade pode ser facilmente desvirtuada, deixando de ser um conceito tipicamente jurídico para se tornar um instrumento político:

A supralegalidade se concebe como uma noção especificamente jurídico-constitucional. Sem embargo, se presta facilmente a aplicações polêmicas e a um emprego com intenção política. Palavras com *super* quase provocam essa utilização. A legitimidade aparece então como uma espécie de legalidade superior e se transforma também em um método de forçar a obediência.⁷²

A supralegalidade, em virtude daquela mencionada característica de ser um conceito intermediário, parece ser, nesse trecho, uma forma de mediação entre legitimidade e legalidade. Ou seja, qualquer poder político é capaz de transformar a ideologia que o legitima, utilizando-se como bem entender da idéia de supralegalidade, em uma espécie de legalidade. Com isso, ele obtém o maior prêmio oferecido por esta última: o poder de obrigar à obediência incondicional.

Schmitt vai mais além para afirmar que, no momento histórico em que ele vive, há uma ideologia que serve aos mais diversos grupos políticos. É a ideologia do

⁷² Idem, *ibidem*, pag. 9 (tradução própria – grifo no original).

progresso, que, por ser pretensamente neutra em relação a valores morais, éticos e religiosos, pode fundamentar desde programas liberal-capitalistas até os comunistas. Dessa forma, a legitimação oferecida por essa amplamente aceita ideologia passa por aquele processo de mediação via supralegalidade e, por fim, se estabelece como parte integrante da ordem legal:

Nessa situação, o progresso, como desenvolvimento acelerado nos campos científico, técnico e industrial, pode se converter em legitimação geral e global de objetivos políticos opostos. Então, qualquer programa de partido, de direita ou de esquerda, pode legalizar seus valores fundamentais; e isso implica arranjar-se a possibilidade de obrigação à obediência. Este seria o mais transcendental de todos os prêmios sobre a posse legal do poder.⁷³

No que consiste esse progresso, entretanto, é uma questão que não se resolve sem que voltemos à leitura de “O Conceito do Político”, mais especificamente do texto “A Era das Neutralizações e Despolitizações”, que foi integrado por Schmitt à obra de 1932. Nesse texto, ele faz um panorama dos últimos quatro séculos de história da Europa e constata que, em cada um deles, houve uma determinada dimensão da vida humana ou do conhecimento humano que prevaleceu sobre as outras. A essa dimensão prevalente ele chamou de “área central” (*Zentralgebiet*). A partir dessa idéia, as quatro áreas que correspondem, respectivamente, aos séculos XVI, XVII, XVIII e XIX são: o teológico, o metafísico, o humanitário-moral e, finalmente, o econômico⁷⁴. O autor reconhece, ainda, que a área predominante na época em que vive (ou seja, primeira metade do século XX) parece ser a da tecnicidade.

A identificação dessa área central não significa que outras dimensões do humano tenham sido esquecidas ou ignoradas em função daquela prevalente, mas apenas “que nos quatro séculos de história européia as elites dominantes mudaram, as evidências de seus convencimentos e argumentos se alteraram continuamente, assim como o conteúdo de seus interesses intelectuais, o princípio de sua ação, os segredos de seus sucessos políticos e a disposição das grandes massas se deixaram influenciar por determinadas sugestões”⁷⁵. Quer dizer, se no século XVI a elite intelectual era aquela que tinha grande conhecimento em teologia, no século XIX era aquela que obtinha sucesso em descrever e aplicar sistemas econômicos. Do mesmo modo, todos os conceitos de alguma forma vinculados à vida espiritual e intelectual humana só podem ser concretizados em sua relação direta com a cultura predominante em determinada época e local.

⁷³ Idem, ibidem, pag. 9 (tradução própria).

⁷⁴ SCHMITT, Calr. *Der Begriff des Politischen*. Berlin: Duncker & Humblot, 2002. 7ª edição, pág. 80.

⁷⁵ Idem, ibidem, pág. 82.

O progresso, finalmente chegando ao nosso ponto, é um desses conceitos que apenas pode ser entendido quando bem contextualizado. No século XVIII, consistiria em um progresso humanitário e se exteriorizaria como um problema relacionado à educação moral; no século XIX, poderia ser representado unicamente por um desenvolvimento ou crescimento econômico; já no século XX, progresso é igual a desenvolvimento da técnica e da indústria. O problema dessa idéia de tecnicidade é que com ela se pretendeu ter encontrado um campo absolutamente neutro, sobre o qual todas as pessoas e Estados, defensores de qualquer religião ou ideologia podiam fazer repousar aquele mínimo de consenso necessário à paz e à vida em comunidade. “A esfera da técnica pareceu ser uma esfera da paz, do entendimento e da reconciliação”⁷⁶.

Mas Schmitt alerta que a técnica, justamente em virtude dessa característica de neutralidade, pode servir de instrumento a qualquer grupo ou ideologia; é então que ela deixa de ser neutra para se tornar arma política. “Todo tipo de cultura, todo povo e toda religião, toda guerra e toda paz pode se utilizar da técnica como arma”⁷⁷. A noção de progresso, por sua vez, quando entendida como desenvolvimento ou avanço da técnica e da indústria, pode servir como legitimação para qualquer poder político. O autor explica que um progresso técnico não está necessariamente vinculado a um progresso humano ou mesmo econômico, mas que muitas pessoas, ingenuamente, atribuem a tal avanço um valor moral positivo. Quer dizer, se um avanço da técnica ou da indústria pode ser útil a todos da forma mais democrática possível, então isso seria (nessa visão ingênua) algo bom por definição. Aqueles que conseguem, então, dominar a técnica e utilizar-se da ideologia do progresso em seu favor acabam legitimados (quicá moralmente) a exercer o poder. Como bem coloca Ulmen, “no século XX, e principalmente com Blumenberg, ele [o progresso] se tornou um conceito da legitimação”⁷⁸.

Essa interpretação é apenas uma tentativa de se entender, da forma mais global possível, a obra muitas vezes enigmática e quase sempre fragmentada de Schmitt. Se a crítica ao tecnicismo fica explícita em “A Revolução Legal Mundial”, não é menos verdade que ela já estava presente em “Legalidade e Legitimidade”, pois, para nosso autor, liberalismo e tecnicismo andam lado a lado ao compartilharem de uma pretensão comum, qual seja, a de neutralidade axiológica. Precisamos concordar com Dyzenhaus quando ele afirma que mesmo nesta obra, quando a crítica ao liberalismo ainda parece estar de certa forma dissimulada,

⁷⁶ Idem, *ibidem*, pág. 90.

⁷⁷ Idem, *ibidem*, pág. 90.

⁷⁸ ULMEN, Gary L. Politischer Mehrwert: Eine Studie über Max Weber und Carl Marx. Weinhheim: VCH, Acta Humaniora, 1991, pág. 151.

Schmitt já declarara que os liberais seriam os verdadeiros inimigos de toda orientação política autêntica – e, conseqüentemente, seriam também seus inimigos pessoais ⁷⁹.

⁷⁹ DYZENHAUS, David. Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Herrmann Heller in Weimar. New York: Oxford University Press Inc, 2003. 2ª edição. Pág. 40 e seg.

2 LEGITIMIDADE NA EXCEÇÃO

Após termos tratado do problema da legitimidade das instituições estatais nas situações de normalidade, partimos para a análise de seu comportamento em situações de excepcionalidade. “O normal não demonstra nada, a exceção, tudo”⁸⁰ – já disse Schmitt logo nas páginas iniciais de sua “Teologia Política”. Se o caso normal permite que estudemos de maneira (até certo ponto) sistemática as relações entre órgãos de criação e de aplicação de leis, entre poder constituinte e poderes constituídos, é no caso excepcional que se pode compreender o significado grave e profundo de todos esses conceitos.

Schmitt foi acusado de nutrir um gosto peculiar pelo tratamento de situações conflituosas, o que de fato é verdade, mas que de forma alguma representa por si só algo negativo. Nosso autor pretende argumentar que, mesmo quando a condição mais básica de aplicabilidade de normas gerais – ou seja, a condição de normalidade – não está presente, mesmo nessa situação de penumbra e instabilidade o Direito se manifesta. Afinal, como vimos em 1.1, o Direito não se resume às leis e a ausência destas não implica necessariamente o retrocesso daquele.

Há, entretanto, dois tipos de situações excepcionais que não podem ser confundidas e que, para fins didáticos, devem ser estudadas separadamente. A primeira (a ser tratada em 2.1) é justamente aquela em que, ainda dentro de uma ordem jurídica constituída e vigente, a ordem legal deve ser provisoriamente suspensa para que se busque o restabelecimento da condição de normalidade necessária à regular aplicabilidade das leis. Este é, por excelência, o momento de manifestação do jurídico, pois aqui uma ordem legal se suspende em nome de uma ordem jurídica que lhe é anterior; em outras palavras, as leis se suspendem em nome e em função do Direito. Este é o âmbito de atuação do ditador comissário.

Mas a preocupação de Schmitt com o jurídico não exclui e, na verdade, até mesmo propicia a tematização do político. Surge, então, o segundo tipo de situação excepcional (a ser tratado em 2.2): aquele em que as estruturas sociais resultam tão abaladas que não mais comportam a ordem jurídica antes vigente. Esta ordem, uma vez tendo deixado de refletir a sociedade que deveria lhe servir de fundamentação, precisa ser substituída por uma nova. Aqui, quando atua o ditador soberano, termina o papel do jurídico e entra em cena o político, que (re)adquire em nosso autor toda sua importância e dignidade.

⁸⁰ SCHMITT, Carl. *Politische Theologie*. Berlin: Duncker & Humblot, 2009. 9ª edição.

Nesse ponto, alguém pode se questionar qual a relevância dessa diferenciação ou mesmo da própria análise do caso excepcional para este trabalho. A resposta demanda pouco esforço: na situação de exceção, de forma mais urgente do que na situação normal, algum órgão ou alguma pessoa terá que tomar decisões e agir em prol do restabelecimento da antiga ordem ou do estabelecimento de uma nova. Mas a exceção não é o caos – a ausência da normalidade não significa que qualquer pessoa poderá impor seu poder pela força, muito menos que a mera efetividade desse poder, por si só, será suficiente para legitimá-lo.

Quem, afinal, é competente para decidir sobre o estado de exceção e agir nesse estado? Ainda mais importante, de onde esse alguém deriva sua legitimidade? Estas sim são questões relevantes e complexas e para elas tentaremos esboçar uma resposta em seguida.

2.1 A DITADURA COMISSÁRIA E O ARTIGO 48 DA CONSTITUIÇÃO DE WEIMAR

Antes de abordar o tema da ditadura, é preciso esclarecer o significado desse termo no contexto da obra de Schmitt. As palavras “ditadura” e “ditador” carregam na literatura política e jurídica contemporânea, bem como na linguagem cotidiana, uma conotação negativa que lá não estava presente. O ditador hoje é confundido com um tirano, com uma espécie de governador despótico e antidemocrático que pretende dominar uma comunidade política, independentemente do apoio ou confiança proveniente do povo.

Logo na abertura de “A Ditadura”⁸¹, obra publicada em 1921, Schmitt desmistifica o termo e afirma que o ditador em nada diz respeito ao tirano. Ditadura, para nosso autor, é uma instituição excepcional que remonta às origens romanas clássicas. É excepcional porque, a exemplo dos períodos ditatoriais em Roma, apenas se manifesta quando alguma situação de anormalidade – como um levante, um desastre natural, guerra externa ou interna – está a colocar em risco a paz, a segurança e a ordem do Estado e deve, portanto, ser urgentemente afastada. Especificamente para o cumprimento dessa tarefa – afastamento da situação excepcional – é que surge o ditador.

Essa figura, então, tem vida curta, pois somente perdura – ou, pelo menos, somente deveria perdurar – enquanto estiver presente a circunstância de risco em virtude da qual lhe foi conferido um mandato, ou seja, enquanto sua tarefa não estiver totalmente levada a cabo. Atingido aquele determinado fim, restabelecida a ordem e a segurança, termina imediatamente a comissão do ditador.

⁸¹ SCHMITT, Carl. *Die Diktatur*. Berlin: Duncker & Humblot, 1994. 6ª edição.

Essa era, aliás, uma das hipóteses de encerramento da ação do ditador romano, não importando há quanto tempo ele vinha cumprindo sua função. Outra hipótese era o decurso do prazo de seis meses, não importando, neste caso, se sua tarefa fora ou não integralmente cumprida⁸². Desse exemplo é importante guardar apenas a idéia de que a ditadura não é uma instituição integrante das estruturas normais do Estado, mas que, pelo contrário, é provisória por definição.

Pois bem, esboçado um conceito de ditador, cabe-nos agora explicitar algumas de suas principais características: (a) o ditador reúne em si funções deliberativo-normativas e executivas; (b) ele não depende da autorização de quaisquer instâncias superiores para dar efetividade a suas determinações; (c) ele possui um mandato que pode ser revogado a qualquer momento e não se confunde, portanto, com o soberano.

(a) Já mencionamos neste trabalho que o pressuposto de fato necessário à aplicabilidade de leis, entendidas estas como normas gerais e abstratas promulgadas por um parlamento, é a condição de normalidade. A regulamentação de um estado excepcional só pode ser feita caso a caso, em vista da situação concreta, pois os modos de configuração da realidade são os mais diversos possíveis. Não há como definir ou calcular previamente a forma como a exceção se manifestará e, em consequência, não há como decidir antecipadamente sobre como normatizar (ou normalizar) essas situações futuras imprevisíveis.

Não é objeto de dúvida, porém, o fato de que o caso excepcional necessita de algum tipo de regulamentação. É então que entra em cena e adquire relevância o caráter normativo-deliberativo da figura do ditador. É essencial ao bom cumprimento de sua função que ele possa, a seu critério, suspender o direito comum e decidir casuisticamente através de normas concretas e particulares, objetivando sempre restabelecer aquela situação em que as normas gerais e abstratas possam ser normalmente aplicadas.

Segundo a terminologia de Schmitt, essas normas concretas e particulares são denominadas providências (*Maßnahme*) e são típicas do que ele chama de “Estado de administração”, que se contrapõe aos Estados de legislação e jurisdição (cf. acima, 1.1). No Estado de administração não governam as leis nem os homens, mas sim “as coisas administram a si mesmas”⁸³. O ponto de vista de que parte o administrador é exclusivamente aquele do estado de coisas que deve ser administrado e o único critério de correção de suas decisões é a adequação e utilidade das mesmas em relação a esse fim pré-determinado. Não

⁸² SCHMITT, Carl. *Die Diktatur*. Berlin: Duncker & Humblot, 1994. 6ª edição, pág. 1.

⁸³ Idem. *Legalität und Legitimität*. Berlin: Duncker & Humblot, 1998, 6ª edição, pág. 9.

por acaso, esse é também o ponto de vista do ditador, o qual, de fato, é um administrador do estado de exceção.

O mais importante atributo das providências tomadas pelo ditador, que decorre imediatamente de seu caráter de particularidade, é sua aplicabilidade imediata e independente de qualquer concretização ulterior. Dado que essa norma já foi proferida tendo em vista um caso concreto, sua execução prescinde de mediação. O ditador pode, ele mesmo, executá-las, satisfazendo assim a demanda por eficiência que é inerente ao seu cargo – já que o estado excepcional é também um estado emergencial. Aí está, então, a função executiva dessa figura, que vem se agregar à função deliberativo-normativa.

(b) A segunda característica da ditadura é, na verdade, um anterior lógico dessa função executiva que acabou de ser mencionada. Se o ditador deve ter em suas mãos todos os meios necessários à regulamentação, administração e normalização do estado excepcional, ele não pode estar à mercê da autorização de instâncias que, ao contrário dele próprio, não estão única e exclusivamente vinculadas ao estado concreto de coisas.

O mandato conferido ao ditador para agir no estado de exceção lhe garante, então, a competência absoluta para a tomada de decisões, na qualidade de última instância deliberativa. Do contrário, a efetividade e objetividade das medidas por ele tomadas seriam colocadas em risco, posto que se estaria sempre admitindo a possibilidade de sua revisão. Ademais, nesse nível “superior” de julgamento os critérios de avaliação provavelmente exacerbariam aqueles que devem ser os únicos guias da ação no estado de exceção, quais sejam: necessidade, adequação e utilidade das medidas em vista de determinada situação concreta.

(c) Essa grande concentração de poder na figura do ditador, entretanto, pode induzir ao pensamento de que ele detém também o poder de soberania, conclusão essa que, pelo menos por ora, deve ser evitada. A teoria política de Schmitt, a princípio, parece manter segregados esses papéis, atribuindo – no que diz respeito à ordem estabelecida pela Constituição de Weimar – a soberania ao povo alemão e a ditadura excepcional ao Presidente da República, conforme veremos adiante.

Para facilitar, pelo menos em tese, essa separação, Schmitt menciona o critério utilizado por Bodin: a provisoriedade e revogabilidade do mandato ou comissão do ditador. Independentemente da abrangência de suas competências, ele pode ser a qualquer momento destituído de seu mandato pelo soberano, posto que este continua sendo o senhor absoluto de

tudo o que se passa naquela comunidade política⁸⁴. Ele nunca transfere total e absolutamente suas competências, pois a titularidade da soberania em si é indisponível. O cargo do ditador sempre será um derivado desse poder soberano:

Mesmo quando, em um Estado, um único homem ou uma única autoridade pública obtém competências ilimitadas e não há nenhum meio jurídico capaz de contrariar suas providências, isso ainda não é um poder soberano, se não for também duradouro (...). O funcionário ou comissário de uma república democrática ou de um imperador, ainda que muito poderoso, tem apenas competências derivadas; soberano é o povo ou, na monarquia, o imperador.⁸⁵

O ditador, esclarece Bodin, tem apenas direitos *em* seu cargo, mas não tem nenhum direito *ao* seu cargo, posto que sua competência é excepcional e se dá sempre por derivação. Ele se justifica, em última análise, ao fazer referência ao soberano, enquanto este não precisa derivar seu poder de qualquer outro órgão ou instância e se justifica, assim, apenas em sua própria existência.

Schmitt concorda com esse pensador em relação ao caráter temporário e derivado da função do ditador; entretanto, há um elemento de grande importância na teoria do nosso autor que não é admitido por Bodin, qual seja, a existência da figura do ditador soberano, distinto daquela do ditador comissário. Para ele, sempre que uma nova ordem estatal estiver sendo criada, necessariamente estará agindo o soberano.⁸⁶ Já para Schmitt, mesmo nessa situação poderá estar presente um ditador. Aliás, essa é não só uma possibilidade, como uma necessidade em sua teoria.

Esse ponto será abordado especificamente em 2.2. Antes disso, é importante aprofundar a questão a respeito da titularidade da soberania e da ditadura.

2.1.1 Poder Constituinte, Soberania e Ditadura

Foi mencionado acima que o titular do cargo de ditador não poderia ser confundido, a princípio, com o soberano. A ressalva não foi feita por acaso: esse, pelo menos nos limites deste trabalho, é um dos pontos mais obscuros da teoria política de Schmitt. Em alguns momentos de sua obra, ele afirma que o povo é o soberano e identifica, assim, soberania com poder constituinte. Em outras passagens, porém, ele parece dar pistas no sentido de que também o ditador carregaria alguns atributos típicos da soberania e que, se ele

⁸⁴ SCHMITT, Carl. *Die Diktatur*. Berlin: Duncker & Humblot, 1994. 6ª edição, pág. 25.

⁸⁵ Idem, *ibidem*, pág. 26.

⁸⁶ Idem, *ibidem*, pag. 39.

não fosse o único soberano, haveria uma espécie de “soberania concorrente” entre povo e ditador.

O fato é que o autor não está preocupado com a criação de um sistema; a política, sendo uma disciplina que trata precipuamente do humano, não admitiria tal simplificação. Diferentemente de seu antecessor Hobbes, de quem ele se considera seguidor, mas a quem faz fortes objeções, uma construção sistemática da política sempre acabaria excluindo alguma ou algumas dimensões da vida humana, o que Schmitt quer ao máximo evitar. Se a sua teoria ganha em complexidade, perde muitas vezes, porém, em clareza, aumentando a dificuldade do trabalho do intérprete.

Feita essa breve consideração, iniciaremos com a questão da identificação das figuras do poder constituinte e da soberania no povo. Em vários aspectos, os atributos do soberano acabam se assemelhando em muito com aqueles do poder constituinte, analisados em 1.2: competência originária para a determinação da própria configuração do estado; justificção existencialista, independente da prévia existência de outras instituições; capacidade de autorizar e desautorizar a atuação de órgãos derivados. De fato, em uma primeira análise da obra de Schmitt, o povo parece ser tanto o sujeito do poder constituinte quanto o titular da soberania. Aliás, no próprio trecho de “A Ditadura” transcrito acima (2.1), está explícita a afirmação de que o povo é o soberano; entretanto, o leitor atento, ao se questionar se Schmitt está fazendo suas as palavras de Bodin ou se está apenas analisando a tese deste autor, não encontra uma resposta indubitável.

Já na “Teoria da Constituição”, Schmitt fala longamente do poder constituinte do povo⁸⁷, mas apenas em uma curta passagem fala do “povo soberano”. O autor faz uma diferença entre as competências plebiscitárias do povo, assim definidas pela e na Constituição, e aquelas originárias, típicas do poder constituinte:

Tudo o que se sucede com fundamento na Constituição, nos regulamentos constitucionais ou nas competências definidas na Constituição tem, essencialmente, outra natureza daquela de um ato do poder constituinte. Todas as permissões e competências constitucionais do “povo”, isto é, dos cidadãos com direito a voto, (...) não são competência do *povo soberano*, que se dá uma Constituição e estabelece um ato do poder constituinte, mas sim competências no âmbito de uma Constituição já posta.⁸⁸

Nessa passagem, então, o povo é soberano do ponto de vista externo à ordem constitucional vigente, ou seja, ele é soberano justamente enquanto é poder constituinte. Ao se inserir nessa ordem constitucional, ele deixa de ser soberano para se tornar uma espécie de

⁸⁷ SCHMITT, Carl. *Verfassungslehre*. Berlin: Duncker & Humblot, 2003. 9ª edição, págs 75-87.

⁸⁸ Idem, ibidem, pág. 98 (tradução e grifo nosso).

poder constituído, posto que tem competências específicas, regradas e limitadas, assim como as outras instituições estatais.

É então que a definição de conceitos se torna mais sutil e delicada. Esse mesmo povo que, dentro da ordem constituída, não mais é soberano, continua sendo titular da soberania de uma forma latente? A soberania do povo apenas deixa de se manifestar ou, na realidade, ela acaba por se extinguir? Ou ainda, será que a soberania, quando não se está diante de um ato do poder constituinte, muda de titular?

É impossível falar de soberania em Schmitt sem mencionar uma de suas mais famosas definições, aquela que abre sua “Teologia Política”: “Soberano é aquele que decide sobre o estado de exceção”⁸⁹. A tese é de que o poder de decidir quando ou em que condições se está de fato diante de um estado de exceção – muito mais do que a capacidade de agir já dentro dessa situação – seria tão grande que o seu titular teria em suas mãos imediatamente a soberania, ou seja, seria o senhor daquela comunidade política, aquele que é competente e capaz de tomar as mais graves decisões.

Isso é assim porque o caso excepcional, por definição, não pode ser previsto ou previamente determinado. A Constituição pode atribuir competências e mesmo prescrever diretrizes, mas nunca poderá definir exatamente em que consiste o estado de exceção. Ela poderá falar, genericamente, em uma situação que prejudique ou coloque em risco a ordem e a segurança de Estado, mas a situação concreta de risco só será assim qualificada por uma pessoa, também ela, concreta. O que é segurança, o que é ordem – são perguntas que nunca poderão ser respondidas em definitivo por uma norma geral. Quem tem o poder de dar concretude a esses conceitos abstratos é quem detém o poder soberano.

Pois bem, Schmitt expõe a tese de que o soberano é aquele que decide sobre o estado de exceção e precisa compatibilizar essa idéia com a Constituição de Weimar, que é o pano de fundo de boa parte de sua obra. Ocorre que, segundo o art. 48 desse documento constitucional, quem tinha competência para tomar todas as medidas necessárias ao restabelecimento da segurança e da ordem no Estado, quando uma situação de risco estivesse presente, era o Presidente da República. Ora, se o Presidente é quem decide sobre o estado de exceção, a conclusão imediata a que se chega é que ele, e não o povo, é o soberano.

Essa não é, entretanto, a conclusão a que pretende chegar nosso autor. Ele afirma, tanto na parte final de “A Ditadura”⁹⁰ quanto no artigo que foi anexado a essa obra em 1924, intitulado “A Ditadura do Presidente da República de acordo com o art. 48 da

⁸⁹ SCHMITT, Carl. *Politische Theologie*. Berlin: Duncker & Humblot, 2009. 9ª edição, pág. 13.

⁹⁰ Idem. *Die Diktatur*. Berlin: Duncker & Humblot, 1994. 6ª edição, pág. 198.

Constituição”⁹¹, que nessas condições o Presidente estaria a exercer uma ditadura comissária e que seus poderes apenas se confundiriam com a soberania em casos patológicos.

Para concluir dessa forma, a argumentação precisa dar um grande desvio desde aquela primeira premissa explicitada na “Teologia Política”; Schmitt, entretanto, não mostra expressamente qual é esse caminho, mantendo-o subentendido e deixando sua compreensão a cargo de seu leitor. A premissa a ser acrescentada, para dar sentido ao raciocínio, parece ser a seguinte: o povo soberano, ao agir como poder constituinte, já transferiu antecipadamente ao Presidente da República, através da Constituição, a competência para decidir sobre o estado de exceção e nele tomar todas as medidas necessárias.

Aceitando-se essa proposição, é possível que se conclua pela natureza comissária dessa atuação do Presidente. Quando ele decide a respeito da existência ou não de uma situação capaz de colocar em risco a segurança e a ordem do Estado, ele está apenas levando a cabo uma competência que já foi definida pela Constituição, um mandato que já lhe foi conferido previamente pelo soberano, através da mediação desse documento constitucional.

O que não fica claro é se a transferência daquele que é o maior poder do soberano, daquele poder que o define, não significa, por si só, uma transferência da própria soberania. Se não é mais o povo quem decide sobre o estado de exceção, o que sobra, afinal, para ele? Por que ele deveria ainda ser considerado o soberano? Schmitt responde que o exercício da ditadura comissária pelo Presidente no âmbito do art. 48 da Constituição de Weimar não é uma atuação sem limites, e que justamente esses limites, quando devidamente observados, estariam a impedir a transferência da soberania⁹².

De qualquer forma, por mais que tais limitações sejam respeitadas, o poder do ditador comissário é um poder de vida ou morte, uma vez que ele está autorizado a fazer tudo o que for necessário, ou melhor, tudo o que ele próprio considerar necessário – já que ele é o único juiz da conveniência de suas medidas e o estado concreto de coisas é o único critério de adequação das mesmas. A linha entre ditadura e soberania é muito tênue e, se o Presidente não tem em si toda a soberania, é difícil negar que ele concorra com esse poder soberano, pelo menos alguns aspectos⁹³.

⁹¹ SCHMITT, Carl. *Die Diktatur*. Berlin: Duncker & Humblot, 1994. 6ª edição, pág. 212-257.

⁹² Idem, *ibidem*, pág. 198.

⁹³ Essa é a tese de Dyzenhaus em: DYZENHAUS, David. *Legality and Legitimacy*: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar. New York: Oxford University Press Inc., 2003

A seguir, veremos em que consistem essas limitações e tentaremos analisar se elas de fato permitem a caracterização de uma ditadura comissária.

2.1.2 Os Limites do Artigo 48 da Constituição de Weimar

Para facilitar nosso trabalho, iniciaremos pela transcrição da parte do art. 48 que nos interessa e, após, mencionaremos os principais aspectos da exegese feita por Schmitt. Determinava o mencionado artigo:

Quando a segurança e a ordem pública da República alemã forem significativamente perturbadas ou colocadas em risco, o Presidente da República poderá tomar todas as providências necessárias ao seu restabelecimento e, caso necessário, intervir com a ajuda do Exército.

Para o mesmo objetivo, ele poderá temporariamente revogar, total ou parcialmente, os direitos fundamentais estabelecidos nos artigos 114 [liberdade de ir e vir], 115 [inviolabilidade do lar], 117 [inviolabilidade da correspondência], 118 [liberdade de expressão e de imprensa], 123 [liberdade de reunião pacífica], 124 [liberdade de associação] e 153 [garantia da propriedade privada].

O primeiro limite que Schmitt encontra na própria redação do artigo é o seguinte: “tomar as providências necessárias” não significa legislar. Em “Legalidade e Legitimidade”, ele dedica um capítulo à análise do que ele chama, em tom de crítica, de legisladores extraordinários, categoria em que se incluiria, de acordo com a doutrina e jurisprudência dominantes na época, o Presidente da República no exercício das atribuições do art. 48⁹⁴.

As medidas ou providências tomadas durante o estado de exceção, conforme analisamos anteriormente, sempre terão a característica de serem particulares e específicas para uma situação concreta. Diferentemente das leis gerais e abstratas promulgadas pelos parlamentos, elas não foram feitas para valerem em situações normais e previsíveis. Ora, se a condição necessária à validade das leis é a normalidade, pode-se dizer, fazendo o paralelo, que a condição necessária à validade das providências é a perpetuação da situação excepcional que propiciou seu surgimento. Finda a exceção, termina também a vigência da providência.

Essa conclusão, que parece ser lógica, não era porém a perspectiva adotada pela prática jurídica durante o período de crise da Constituição de Weimar. Schmitt afirma que o Presidente vinha sendo de certa forma equiparado ao legislador parlamentar, pois as suas providências, que apareciam sob a forma de decretos, adquiriam força de lei, ainda que

⁹⁴ SCHMITT, Carl. Legalität und Legitimität. Berlin: Duncker & Humblot, 1998, 6ª edição, pág. 64-81.

isso não fosse expressamente admitido. Quer dizer, esses decretos continuavam válidos independentemente da existência de uma situação concreta a lhes dar suporte e assim, na prática, sua eficácia em nada se diferenciava daquela das leis parlamentares.

Os problemas ocasionados por essa situação são inúmeros: o poder do Presidente aumenta incomensuravelmente, já que ele próprio decide sobre os pressupostos de sua atuação, ele próprio executa suas providências e estas continuam a vigor por tempo indeterminado; o parlamento se vê destituído de sua principal função, qual seja, a de legislar, já que – levando o argumento ao extremo – o Presidente pode revogar as normas parlamentares através de suas providências que, assim como aquelas, também têm força de lei; em última análise, a própria construção do Estado parlamentar-burguês é colocada em risco, pois, ao se admitir a convivência de tipos diferentes de legisladores, desaba o principal pressuposto do Estado de Legislação, que é a confiança única e incondicional no parlamento⁹⁵.

Conforme dissemos anteriormente, Schmitt admite que a transferência da soberania para o Presidente só se daria em casos patológicos. Nessa equiparação do ditador comissário com o legislador estaria, então, uma dessas patologias:

Deve ser observado que, quando a autorização ilimitada [para fazer tudo o que for necessário, segundo o estado das coisas] não quiser significar a dissolução de toda ordem jurídica vigente e a transferência da soberania para o Presidente da República, essas providências devem ser sempre do tipo fático e, como tal, não podem se tornar atos de legislação ou de jurisprudência.⁹⁶

A distinção entre leis gerais e providências concretas talvez seja bastante clara em tese. Permanecendo clara essa separação, Schmitt pode estar correto ao afirmar que o Presidente não será o soberano enquanto suas providências não estejam vigentes na situação de normalidade e não adquiram, assim, força de lei. Mas o problema está justamente na competência dada a essa figura para determinar quando se está diante da normalidade e quando, ao contrário, ainda está presente a exceção. Essa parece ser uma questão sem resposta na obra do autor – uma aporia que ele não pôde ou não quis solucionar.

O segundo limite que estaria implícito na redação do art. 48 seria a impossibilidade de alteração constitucional através de providências. Claro, se “tomar todas as providências necessárias” não significa legislar em concorrência com o legislador ordinário,

⁹⁵ “O Estado de Legislação parlamentar, com seus princípios de primazia da lei e reserva de lei, conhece apenas *um*, nomeadamente o *seu* legislador, o Parlamento; ele não suporta a concorrência de um poder legislativo extraordinário.” SCHMITT, Carl. *Legalität und Legitimität*. Berlin: Duncker & Humblot, 1998, 6ª edição, pág. 70. Cf. também o que dissemos acima, em 1.1.

⁹⁶ Idem. *Die Diktatur*. Berlin: Duncker & Humblot, 1994. 6ª edição, pag. 198.

muito menos pode denotar uma eventual concorrência com o poder constituinte. O principal ponto a ser observado aqui é o caráter de provisoriedade das medidas tomadas pelo ditador, característica essa, aliás, que é constitutiva do próprio conceito de providência, tanto quanto a temporalidade é constitutiva do conceito de ditadura comissária.

Se a função de ditador é temporária por definição, não faz sentido que os efeitos de suas ações particulares fiquem gravados na Constituição e, assim, perdurem indefinidamente. O documento constitucional é justamente o mais estável e duradouro estatuto de uma comunidade política, é aquele que a institui e constitui como Estado. Ele não pode, então, ser modificado de forma emergencial, na vigência de um estado de exceção, pois no momento em que aquela comunidade está em risco ela deixa de ter uma visão clara de todos os aspectos integrantes de uma situação normal e saudável. Quando há um perigo concreto a ser afastado, é verdade, a ocasião exige que medidas drásticas sejam tomadas, mas ao mesmo tempo impede que sejam levadas a cabo alterações de caráter permanente, com capacidade de persistir no futuro.

É esse o significado daquela permissão apenas temporária, estampada no art. 48, para que o Presidente revogue determinados direitos fundamentais. Revogar é negar vigência de uma norma, excluí-la do ordenamento jurídico, o que só pode ser feito de forma genérica; ou seja, revogar uma norma não é o mesmo que tomar uma providência concreta. Essa abertura dada pela Constituição de Weimar ao Presidente da República não é uma competência típica da ditadura comissária e deve, portanto, ser interpretada de forma restrita e cautelosa. O art. 48, por isso mesmo, conferiu ao Presidente essa capacidade de atuar em matéria constitucional já a limitando previamente, ao determinar que a revogação seja provisória. Essa técnica, entretanto, enseja por si mesma um grande problema, uma vez que a interpretação dessa limitação cabe justamente àquele a quem ela se direciona. Ao fim e ao cabo, se é o Presidente quem decide sobre o alcance da normalidade ou a permanência da exceção, é ele quem tem o controle do que é permanente ou provisório.

Por fim, a terceira limitação encontrada por Schmitt é a inviolabilidade da Constituição propriamente dita, em contraposição à possibilidade de violação casuística de leis constitucionais na vigência do estado de exceção. A distinção entre Constituição e lei constitucional já foi feita neste trabalho⁹⁷; basta lembrar que, enquanto aquela trata das questões mais fundamentais a propósito da existência e configuração do Estado, esta

⁹⁷ Acima, em 1.3

regulamenta de forma mais detalhada alguns pontos menos essenciais, para os quais se quis dar, por qualquer motivo, tratamento constitucional⁹⁸.

Há uma segunda distinção, entretanto, que deve ser melhor explicitada. Acabamos de mencionar que as competências do ditador comissário não abrangem a possibilidade de modificação da Constituição, seja daquele núcleo que integra o que chamamos de Constituição propriamente dita, seja de quaisquer leis constitucionais. Mas o que significa, então, a violação casuística de leis constitucionais e porque esta é possível?

Ocorre que há uma diferença fundamental entre a mera violação de uma norma e sua revogação. Como já dissemos, revogar é negar vigência; é afastar, de forma genérica, a sua aplicabilidade. Já a violação é um ato concreto em que a norma deixou de ser observada, mas que em nada afeta sua vigência. Schmitt usa como exemplo a imagem do delinqüente que, com suas ações, fere inúmeras regras do direito penal, sem que isso tenha qualquer influência na sua validade⁹⁹. Pelo contrário, é justamente por ocasião dessa violação que elas demonstram de forma mais intensa sua força.

Ao exercer a competência do art. 48 da Constituição de Weimar, então, o Presidente da República poderia eventualmente ferir algumas normas previstas no documento constitucional. Um exemplo disso seria a proibição de que determinada pessoa ou grupo de pessoas modificasse seu domicílio, o que estaria em confronto com o disposto no art. 111 daquela carta¹⁰⁰. Note-se que esse artigo não está naquele rol de direitos fundamentais que poderiam ser temporariamente revogados; mas, se o Presidente considerasse necessário impor tal proibição, ele poderia fazê-lo com base na competência genérica para “tomar todas as providências necessárias” ao restabelecimento da segurança e da ordem. Caso ele pudesse apenas suspender a vigência daqueles artigos listados e fosse inadmissível a violação casuística de qualquer outra norma constitucional, não haveria sentido se falar em providências excepcionais nem em estado de exceção.

A Constituição propriamente dita, entretanto, não pode ser tocada nem por esse tipo de violação específica e temporária. Schmitt afirma, na “Teoria da Constituição”, que essa é justamente uma das principais conseqüências práticas da distinção entre lei constitucional e Constituição¹⁰¹. Se o ditador comissário pudesse exercer qualquer influência naquela que é a decisão fundamental do poder constituinte, então ele próprio, que é poder

⁹⁸ SCHMITT, Carl. *Verfassungslehre*. Berlin: Duncker & Humblot, 2003. 9ª edição, pág. 23 e seg.

⁹⁹ Idem. *Die Diktatur*. Berlin: Duncker & Humblot, 1994. 6ª edição, pág. 224.

¹⁰⁰ Art. 111 da Constituição de Weimar: “Todos os alemães gozam de liberdade de residência em toda a república. Todos têm o direito de se estabelecer em qualquer lugar do território, lá adquirir imóveis e exercer qualquer forma de sustento. Limitações a esse direito dependem de lei.”

¹⁰¹ SCHMITT, Carl, op. cit., pág. 26-27.

constituído, estaria na prática destituindo a fonte originária de sua autoridade. O poder constituinte restaria de todo impotente e a soberania estaria, finalmente, nas mãos do ditador.

Mais uma vez, a distinção parece ser clara em tese. Mas é diante da situação excepcional concreta, a qual pode se configurar das mais diversas e imprevisíveis formas, que aparecem as tensões e paradoxos que tornam essa questão complexa. A ditadura comissária, na verdade, tem dois pólos de justificação que podem entrar em conflito. Por um lado, ela se justifica com amparo na Constituição, através da qual o próprio poder constituinte, que é autor de toda ordem vigente, lhe deu competência para agir nos casos de necessidade extrema. O ditador tem, então, uma autoridade derivada desse poder constituinte e mediada pela Constituição. Por outro lado, a atuação do ditador também se justifica em virtude da consecução daqueles objetivos específicos para os quais ele foi comissionado; ou seja, a eficiência de seu poder e o sucesso na realização de tudo aquilo que for exigido pela situação concreta também acaba por lhe dar legitimidade.

Se, na “Teoria da Constituição”, Schmitt sustenta que a Constituição propriamente dita não pode ser ferida nem mesmo no estado de exceção, em outras passagens ele é bastante enfático ao afirmar que o ditador pode realmente fazer tudo o que considerar necessário e adequado, de acordo com o estado de coisas concreto e independentemente de qualquer limitação jurídica:

Aqui não mais se questiona sobre considerações jurídicas, mas apenas sobre quais os meios adequados, no caso concreto, para a obtenção de um resultado concreto. Mesmo aqui o procedimento pode ser falso ou correto, mas esse julgamento diz respeito apenas à correção das providências no sentido técnico, quer dizer, no sentido de sua conveniência e oportunidade. (...) Assim, precisamente na ditadura domina com exclusividade o objetivo, libertado de todas as obstruções do direito e determinado apenas pela necessidade de se produzir um estado concreto.¹⁰²

Vemos, mais uma vez, surgir uma aporia que parece não ter solução: a Constituição atribui competências ao ditador e impõe limites à sua atuação, mas o estado concreto de coisas pode exigir que ele extrapole essas competências para que possa levar a cabo sua missão. Qual desses pólos deve prevalecer é uma pergunta que nosso autor não responde de forma cabal. Permanece a dúvida a respeito de até que ponto atua de forma legítima o ditador comissário.

¹⁰² SCHMITT, Carl. Die Diktatur. Berlin: Duncker & Humblot, 1994. 6ª edição, pag. 11

2.2 A DITADURA SOBERANA

Após termos visto como se dá a dinâmica das instituições estatais no primeiro tipo de situação excepcional, em que a ordem legal deve ser temporariamente suspensa em função de uma ordem jurídico-constitucional que continua vigente, cabe-nos alisar a situação de crise em que o objetivo não é o restabelecimento dessa ordem jurídica, mas sim o estabelecimento de uma nova. Aqui, de certa forma perde o sentido falar-se em “instituições estatais”, pois a busca por uma nova ordem representa justamente a queda daquelas instituições e a criação de um novo Estado.

Cronologicamente, pode-se imaginar a seguinte sucessão de eventos: situação de normalidade e vigência da ordem legal – situação de risco para a segurança e a ordem – estado de exceção e atuação do ditador comissário – continuidade da situação de risco – desconfiguração profunda das bases da comunidade política – decadência e término do Estado. Estamos, então, no momento em que a unidade se desfaz e em que não há mais qualquer possibilidade de vigência de uma antiga ordem.

Essa é a situação de conflito que está na origem e no fim de todo Estado. Retomando a imagem utilizada por Schmitt de comparação entre este ente e um ser humano, metáfora já mencionada em 1.2, podemos dizer que o conflito é o ocasionador do seu nascimento e o causador de sua morte. O estado de exceção que vimos acima igualmente pode ser incluído na metáfora, pois ele também representa, de certa forma, um momento de conflito; este é, entretanto, de todo menos grave e poderia ser concebido apenas como uma doença do Estado.

A diferença elementar entre os dois conflitos, entre a doença e a morte, é que naquela o agente ainda pode pautar sua atuação no Direito, que, embora em crise, continua a vigor; nesta, por outro lado, o Direito já não é mais um critério válido e o único guia para a ação é o político. Se aquele conflito é jurídico, este é fundamentalmente político¹⁰³. Schmitt afirma que, mesmo em condições de normalidade e estabilidade, este conflito mais absoluto e existencial deve permanecer como um horizonte possível¹⁰⁴, pois só existe situação normal em contraposição à situação excepcional, assim como só existe paz em contraposição à guerra. A exceção confirma a regra¹⁰⁵.

¹⁰³ HERRERO LÓPEZ, Montserrat. El Nomos y lo Político: La Filosofía Política de Carl Schmitt. Navarra: Ediciones Universidad de Navarra, 1997. pág. 229-235.

¹⁰⁴ SCHMITT, Carl. Der Begriff des Politischen. Berlin: Duncker & Humblot, 2002. 7ª edição, pág. 33-35.

¹⁰⁵ Idem. Politische Theologie. Berlin: Duncker & Humblot, 2009. 9ª edição, pág. 21.

Esse horizonte de crise é necessário à construção do Estado porque a sua função primordial é justamente a manutenção da segurança de seus cidadãos. Quer dizer, inexistindo essa hipótese, desaparece também qualquer justificativa para a dominação de uns sobre os outros e, assim, não há mais possibilidade de existência de um poder legítimo. O momento do conflito político, então, representa a atualização daquilo que, durante a estabilidade ou mesmo durante o conflito jurídico, era apenas uma possibilidade. É nesse instante que a comunidade política precisará, novamente, decidir a respeito das questões mais fundamentais à sua existência: como se dará a configuração da nova ordem; sobre qual ou quais princípios se fundamentará a (re)unificação; e o mais importante, qual será o critério para a distinção amigo-inimigo.

Esta última é a questão mais importante porque, como ensina Schmitt, a verdadeira amizade política, essencial à formação de uma unidade real e coesa no âmbito de um Estado, depende da existência de uma inimidade política, à qual ela se contrapõe. Esse inimigo não precisa ser guerreado diariamente, nem mesmo invadido ou injuriado; mas deve-se ter presente de quem ele se trata, para que qualquer ameaça possa ser prontamente combatida. Assim como a oposição bom-mau dá conteúdo à moral, a oposição útil-nocivo dá conteúdo ao econômico e a oposição belo-feio dá conteúdo à estética, a distinção que constitui o político é aquela entre amigo e inimigo¹⁰⁶. Sem ela, pode haver outros tipos de unidade – cultural, religiosa, etc. – mas não uma unidade política.

Pois bem, em uma primeira análise, o único sujeito que pode, legitimamente, tomar todas essas decisões existenciais é o povo ou, caso se prefira a terminologia de Sieyès, a nação. Ela é quem tem capacidade de se auto-determinar, de configurar e constituir a si mesma, justamente por ser prévia a toda constituição e existir anteriormente a qualquer instituição ou forma política. Todos os poderes constituídos existem apenas por dependência e em relação a esse poder constituinte, o qual, por sua vez, é absoluto e ilimitado¹⁰⁷. A relação jurídica existente entre poderes constituinte e constituído não é bilateral, mas unilateral; aquele, que permanece em uma espécie de estado natural, tem apenas direitos, enquanto este, que age tão somente em função e nos limites de competências pré-determinadas, tem apenas deveres¹⁰⁸.

Mas o fato de que o poder constituinte não possui uma forma ou organização definida não significa que ele não se deixa representar. O povo, conceito abstrato que é,

¹⁰⁶ SCHMITT, Carl. *Der Begriff des Politischen*. Berlin: Duncker & Humblot, 2002. 7ª edição, pág. 26

¹⁰⁷ Idem. *Die Diktatur*. Berlin: Duncker & Humblot, 1994. 6ª edição, pag. 137

¹⁰⁸ Idem, *ibidem*, pag. 140.

precisa encontrar um modo de agir politicamente com eficiência, o que ele consegue, enfim, através de seu ou seus representantes. São eles que tornarão o povo presente na discussão política e que terão capacidade de concretizar sua vontade. Além disso, retomando a idéia de que estamos tratando de uma situação extraordinária de conflito, é apenas através desses representantes que o sujeito do poder constituinte poderá alcançar o estado de normalidade necessário à vigência da nova ordem jurídica. O titular dessa função excepcional, derivada imediatamente da autoridade do poder constituinte – e não mediamente, como acontecia na ditadura comissária – é o ditador soberano¹⁰⁹.

Nesse ponto, Schmitt não vê problemas em admitir que essa figura tenha de fato um poder soberano, ilimitado. Entretanto, essa soberania persiste apenas enquanto durar a situação que justificou seu aparecimento. Também a ditadura soberana tem uma forma dupla de legitimação: por um lado, a derivação imediata e a autorização do poder constituinte; por outro, a eficiência na consecução de um objetivo concreto. Chegando-se ao fim dessa tarefa, isso é certo, encerra automaticamente o mandato do ditador soberano. O que o autor não deixa claro é se, da mesma forma como o poder constituinte podia destituir o ditador comissário a qualquer momento e independentemente de qualquer motivo pré-determinado, ele pode fazê-lo no caso da ditadura soberana. Esse parece ser um ponto de tensão em sua teoria.

Faz-se necessário, agora, abordar quais as especificidades da tarefa concreta do ditador soberano. Já mencionamos que seu objetivo é o alcance de um estado de coisas que dê condições ao estabelecimento de uma nova ordem jurídico-legal. Essa figura só pode ser entendida, assim, em função de uma Constituição futura que se pretenda instituir ou, ao menos, em função de uma idéia de Constituição que se tenha pela mais justa, correta e adequada à realidade daquela nação. Isso estará presente em ambos os tipos de conjuntura que podem se configurar como conflito político a exigir a atuação do ditador, os quais passaremos a analisar a seguir.

Podemos imaginar, em primeiro lugar, uma situação de revolução ou guerra civil em que a desordem e a insegurança sejam tão grandes que a vontade do poder constituinte não consiga, por impossibilidade fática, se atualizar. Antes que a nova Constituição seja instituída, devem ser afastadas todas as pressões ou coações externas que estejam a impedir a real liberdade daquela que deveria ser a “vontade livre do povo”¹¹⁰. Para que esse mínimo de organização seja atingido, eventualmente pode ser necessário que alguma espécie de “poder revolucionário” submeta um documento constitucional provisório à

¹⁰⁹ SCHMITT, Carl. *Die Diktatur*. Berlin: Duncker & Humblot, 1994. 6ª edição, pág. 143.

¹¹⁰ Idem, *Ibidem*, pág. 142.

apreciação do povo, ou mesmo que institua tal documento sem sua aprovação expressa. Essa é uma forma de atuação do ditador soberano.

Em segundo lugar, é possível que ainda não se esteja diante da situação de desordem, mas que, mesmo assim, exista um conflito latente, embora não atual. Quando a própria ordem vigente é considerada um impedimento à concretização da vontade livre do povo, ele, na qualidade de poder constituinte, pode instituir um ditador soberano que terá como função imediata a destituição desse poder que vigora com base em uma Constituição até então considerada válida.¹¹¹ O povo, ensina Schmitt, em algum aspecto sempre estará acima da Constituição e, dessa forma, poderá a qualquer momento modificá-la ou mesmo afastá-la, conforme considere mais conveniente ou adequado à sua auto-realização¹¹². O ditador será, então, o agente da revolução e o iniciador daquela mesma desordem que posteriormente deverá ser colocada de lado.

O que deve ficar presente é que, esteja o ditador atuando já no contexto de uma revolução ou seja ele próprio a origem da insurreição, sua legitimidade sempre se dará em virtude de uma nova ordem constitucional que se pretende alcançar. Nesse sentido, embora estejamos tratando do momento de manifestação do político por excelência, não se pode dizer que o mandato do ditador soberano seja absolutamente vazio de qualquer conteúdo jurídico. Este é exprimido justamente pela estrita relação da ditadura soberana com o povo, único autor legítimo de uma Constituição. “Tanto a ditadura comissária quanto a soberana têm um contexto jurídico. A ditadura soberana se reporta ao poder constituinte, o qual não pode ser afastado por qualquer Constituição a ele oposta”¹¹³.

2.2.1 O Problema da Capacidade de Ação Política do Povo

A questão que agora se coloca tem duas etapas. Inicialmente, precisamos saber se é possível que o poder constituinte atue independentemente da existência de um ditador soberano ou se, ao contrário, sua capacidade de ação política está condicionada à presença dessa figura. Após, caso se responda afirmativamente à segunda alternativa, deveremos nos perguntar de que forma se dá a eleição desse ditador.

¹¹¹ Idem, *ibidem*, pág. 142.

¹¹² O povo “acima” da Constituição não pode ser confundido com o povo “dentro” da Constituição. Neste caso, ele se manifesta como uma espécie de poder constituído e tem competências constitucionalmente definidas. O povo não poderia afastar a Constituição através de um procedimento nela mesma previsto (como, por exemplo, um plebiscito). A respeito dessa diferenciação, cf.: SCHMITT, Carl. *Verfassungslehre*. Berlin: Duncker & Humblot, 2003. 9ª edição, pág. 238-242.

¹¹³ SCHMITT, Carl. *Die Diktatur*. Berlin: Duncker & Humblot, 1994. 6ª edição, pág. 136.

É possível, em tese, que um povo se reúna em um espaço físico limitado e então, munido de um forte sentimento de homogeneidade, decida imediatamente a respeito de sua própria forma de existência. A expressão desse povo, em determinado momento e determinado local ali presente, é a realização daquilo que Schmitt chama de *principio da identidade* – o povo “idêntico consigo mesmo”¹¹⁴ é, nessas circunstâncias, a própria unidade política. A máxima efetivação da identidade, como momento em que a nação tem vontade e consciência política suficientes para fazer a distinção amigo-inimigo sem necessidade de representantes ou de qualquer espécie de mediação¹¹⁵, seria também a máxima realização da democracia.

Essa idéia, entretanto, só é possível como construção mental. Na vida real, segundo Schmitt, “não há Estado que possa abdicar de todos os elementos estruturais da representação”¹¹⁶. Quer dizer, os princípios da identidade e da representação, que são os dois modos possíveis de conformação de uma comunidade política, na verdade convivem dialeticamente, embora sejam, conceitualmente, de certa forma contrapostos. Ocorre que o povo nunca estará de fato presente em sua totalidade, mesmo porque não vivemos mais uma realidade em que isso seja fisicamente possível. Ademais, não seria realista a generalização de que todas as pessoas que vivem em um Estado, simplesmente por terem a condição de cidadãs, teriam também uma consciência política. Em virtude disso, a representação é necessária para tornar presente esse povo que está ausente e constituir, assim, um espaço público qualitativamente distinto de uma soma de esferas privadas.

É verdade que, quando o autor fala da mútua conformação e complementação desses dois princípios na “Teoria da Constituição”, ele está tratando já do contexto do Estado e não da situação de conflito prévia à sua instituição. Aliás, em um pequeno trecho em que aborda a relação entre os princípios e o poder constituinte, ele dá a impressão de admitir que o povo em certa circunstância prescindia da representação: “Onde o povo se apresenta como sujeito do poder constituinte, a forma política do Estado se define a partir da noção de uma identidade; a nação *está* lá; ela não precisa e não pode ser representada (...)”¹¹⁷. Entretanto, parece haver algum problema com as idéias de que o povo, no âmbito de um Estado constituído, só possa estar presente através da mediação de um representante e que, por outro lado, ele tenha capacidade de ação política independentemente de qualquer representação no

¹¹⁴ SCHMITT, Carl. *Verfassungslehre*. Berlin: Duncker & Humblot, 2003. 9ª edição, pág. 205.

¹¹⁵ Idem, *ibidem*, pág. 214.

¹¹⁶ Idem, *ibidem*, pág. 205-206.

¹¹⁷ Idem, *ibidem*, pág. 205.

momento anterior à Constituição. Como pode ser que aqueles impedimentos físicos à presença absoluta do povo tenham simplesmente desaparecido?

O fato é que eles não desapareceram – a idéia de um povo idêntico consigo mesmo, que constitua imediatamente a própria unidade política, não passa, portanto, de mera ficção. É impossível conceber que um ente amorfo e totalmente destituído de qualquer organização, como o é o poder constituinte, possa tomar essas decisões essenciais sem necessidade de instituições e procedimentos mínimos, que definam ao menos como ou por que meios essas primeiras conclusões serão alcançadas. Que as decisões sejam tomadas por maioria, por exemplo, não é uma regra procedimental necessária; também sobre ela é preciso que haja uma decisão. Justamente a ausência de forma, que permite ao povo ser origem de toda forma posterior, constitui, paradoxalmente, sua maior força e maior deficiência. Nas palavras de Schmitt:

Na democracia, o povo precisa ser capaz de ações e decisões políticas. Mesmo que em apenas poucos instantes ele tenha uma vontade decisiva e a expresse de maneira reconhecível, ele é capaz de ter tal vontade e de responder Sim ou Não às perguntas fundamentais à sua existência política. Tanto a fortaleza quanto a fraqueza do povo estão em que ele não é uma instância formada, circunscrita com competências, que execute funções por meio de procedimentos regulamentados. [...] A fraqueza está em que o povo deve decidir sobre as perguntas fundamentais à sua forma política e sua organização sem que, ele mesmo, esteja formado ou organizado. Por isso, suas expressões de vontade podem ser facilmente ignoradas, mal-interpretadas ou falsificadas.¹¹⁸

A nação precisa, então, de instituições mínimas que constituam um espaço público, a partir do qual se iniciará a discussão política. Como bem coloca López, “o povo é uma realidade existencial, o público, não”¹¹⁹; quer dizer, o público precisa de algum grau de conformação, pois ele não *existe* simplesmente e não é, ao contrário do povo, anterior a toda forma. Essa constituição do público se dá exatamente através da representação.

Mas essa constatação, ao invés de responder à nossa pergunta a respeito da capacidade de ação política do povo, apenas nos coloca um novo problema. Chegamos, então, à segunda etapa da questão proposta inicialmente: se o povo, mesmo na qualidade de poder constituinte, precisa de uma mediação para agir, como se dará a escolha desse representante? Se ainda não há qualquer prescrição a respeito de competências ou procedimentos, de que modo o povo poderá conferir um mandato ao ditador soberano? E, ainda mais grave, como ele poderá decidir sobre quem será o ditador legítimo?

¹¹⁸ SCHMITT, Carl. *Verfassungslehre*. Berlin: Duncker & Humblot, 2003. 9ª edição, pág. 83.

¹¹⁹ HERRERO LOPÉZ, Montserrat. *El Nomos y lo Político: La Filosofía Política de Carl Schmitt*. Navarra: Ediciones Universidad de Navarra, 1997, pág. 330.

Schmitt não dá respostas claras a todas essas perguntas, embora certamente as tenha em mente. Ao ler “A Ditadura”, o intérprete tem a impressão de que seu ponto de partida é a situação em que já há um ditador soberano atuante e em que a ação deste é, acima de tudo, eficiente. O argumento é, de certa forma, histórico; quer dizer, historicamente não conseguimos imaginar uma sociedade em que não haja um mínimo de organização do poder ou, caso assim se prefira, um mínimo institucional. O “estado de natureza” absoluto será sempre uma pressuposição mental. É importante que, em já havendo uma instituição mínima que se traduza como ditadura soberana, o povo em certo momento consinta com esse poder ou mesmo deposite nele sua confiança, pois, como nos ensina Weber, o que legitima o poder é a crença na sua legitimidade¹²⁰. Entretanto, esse consentimento não é um elemento que deva estar necessariamente presente na origem dessa instituição.

No trecho de “Teoria da Constituição” anteriormente citado, já aparece a idéia de que o povo atua politicamente ao responder com “sim” ou “não” a uma pergunta que lhe foi colocada. Este é um ponto crucial na teoria de Schmitt: a resposta simples, que pode ser resumida a uma afirmação ou a uma negação incondicionais, não é apenas *uma* forma de atuação do povo, mas *a* única forma natural e possível. “A forma natural de expressão imediata da vontade de um povo é o grito de aprovação ou desaprovação da multidão reunida, a *aclamação*”¹²¹. É apenas no momento da aclamação que se constitui uma vontade originária e verdadeiramente pública, pois somente nessas condições o indivíduo se apresenta como membro de uma comunidade política e não como pessoa particular.

Com essa idéia de aclamação, Schmitt nega, a uma só vez, dois pressupostos básicos do liberalismo: em primeiro lugar, que se possa formar, por meio de uma votação secreta em que a cada pessoa é conferido o direito a um voto de igual peso, uma vontade pública, distinta da soma de vontades particulares; em segundo lugar, que o povo seja capaz, por meio da razão e do discurso, de deliberar e chegar a conclusões mais complexas que um simples “sim” ou “não”.

Em relação ao primeiro ponto, basta fazer alusão à crítica que constitui a idéia central de “A Crise da Democracia Parlamentar”, obra aqui já citada¹²². Para o autor, os indivíduos, ao participarem de tal esquema de votação típico de um sistema liberal-burguês, levam em consideração apenas seus interesses particulares e, assim, não agem propriamente

¹²⁰ WEBER, Max. Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000. 3ª edição, pág. 23, 176-177.

¹²¹ SCHMITT, Carl. Verfassungslehre. Berlin: Duncker & Humblot, 2003. 9ª edição, pág. 83 (tradução nossa, grifo no original).

¹²² Idem. The Crisis of Parliamentary Democracy. Tradução de Ellen Kennedy. Massachusetts Institute of Technology, 2000. 6ª edição.

como cidadãos. Há um abismo intransponível entre essa adição de esferas privadas e a esfera, qualitativamente distinta, do público. Quanto ao segundo ponto, menciona-se a análise feita por Andreas Kalyvas, segundo o qual Schmitt atribuiu ao liberalismo as práticas do “discurso, da discussão e da deliberação”¹²³, tradicionalmente consideradas públicas e democráticas. “E porque essas práticas estavam associadas [ao liberalismo], ele [Schmitt] não podia incorporá-las à sua própria teoria”¹²⁴.

Seja qual for o motivo que tenha levado Schmitt a ignorar o discurso público como modo de atuação política do povo, o fato é que ele admitiu somente a possibilidade de que o povo responda a uma pergunta sobre sua forma de existência, e não que ele mesmo formule a pergunta. Mas alguém deverá articular a questão e colocá-la diante do povo – justamente aí está todo o problema. Se as primeiras instituições, organizações e procedimentos surgirão apenas com a primeira resposta, a justificação do poder daquele que fará a primeira pergunta continua sendo um mistério. Aparentemente, a eficiência em *impor* essa questão originária acaba por ser mais relevante que qualquer alusão a uma instituição ou autoridade anterior.

Ao fim e ao cabo, nosso autor não consegue resolver de modo absoluto o problema da diferenciação entre validade e eficácia do poder. Nessa tensão, entretanto, parece residir tanto a fortaleza quanto a fraqueza do argumento de Schmitt. Fraqueza, porque ela mantém sem resposta a pergunta mais fundamental a respeito da legitimação do poder e impede que sua tão promissora teoria do político tenha um fechamento perfeito; fortaleza, porque ela nos mostra que não há sistematização que abarque a complexidade do homem e de todos os assuntos referentes à vida humana, como é o caso da política.

¹²³ Kalyvas, Andreas. Democracy and the Politics of the Extraordinary: Max Weber, Carl Schmitt and Hannah Arendt. New York: Cambridge University Press, 2008, pág. 124.

¹²⁴ Idem, *ibidem*, pág. 124.

CONCLUSÃO

O objetivo deste trabalho foi mostrar a forma como Carl Schmitt, importante jurista alemão nascido no ano de 1888, procura resolver o problema da justificação das instituições e do poder estatal. A questão, que é tema constante das literaturas jurídica e política, mais uma vez revelou-se complexa e impassível de soluções absolutas. O conceito de legitimidade, por ser chave em boa parte da obra de Schmitt e especialmente em seus escritos que datam do período da República de Weimar (1919 – 1933), foi escolhido para alinhar os argumentos deste breve estudo.

O principal ponto que se tentou esclarecer foi a crítica forte e incisiva que Schmitt faz a todo tipo de construção teórica que tenha por finalidade a neutralização do político através do banimento do horizonte de conflito da vida humana. O autor, que parte de uma antropologia segundo a qual o homem é um ser sobretudo perigoso¹²⁵, considera que ele não deixará de sê-lo em virtude da redução de importantes dimensões de sua existência a uma questão de técnica ou procedimento. O liberalismo e o tecnicismo, seus principais inimigos, são os alvos dessa censura feita por Schmitt justamente a partir do desenvolvimento da idéia de legitimidade e das relações dessa noção com a legalidade.

Uma vez que a teoria política de nosso autor pressupõe a manutenção da hipótese do conflito, considerou-se oportuna a divisão deste trabalho com base em uma distinção que é de todo relevante para uma boa compreensão da obra de Schmitt, qual seja, aquela entre estado de normalidade e estado de exceção. A análise do primeiro é importante porque a situação normal é pressuposto necessário ao funcionamento de um sistema ordinário de normas jurídicas, formado por um conjunto de leis gerais e abstratas, do qual o Estado – como hoje o conhecemos – não pode prescindir. Já o estudo do segundo se mostra essencial porque é no momento da exceção que a justificação de qualquer exercício de poder se torna mais

¹²⁵ SCHMITT, Carl. Der Begriff des Politischen. Berlin: Duncker & Humblot, 2002. 7ª edição, pág. 60-64.

delicada, pois a diferenciação entre validade e eficácia do poder já não mais pode ser feita de forma tão clara.

Iniciando pela situação de normalidade, procuramos expor como Schmitt constrói a idéia de “sistema de legalidade” e como justamente a observância incondicional das leis promulgadas por um parlamento pode ser, em um Estado burocrático moderno, a mais alta forma de legitimação. A esse respeito, comenta Gary Ulmen:

No plano jurídico, a crítica de Schmitt está cunhada através de sua análise conceitual da teoria normativa liberal de legitimidade como legalidade. De acordo com essa teoria, a coesão do Estado liberal, visto filosoficamente, se dá na congruência fictícia entre direito e lei, justiça e legalidade (...). Tal crença na dignidade da lei depende de uma crença na racionalidade da legislação e do procedimento legislativo, o que só faz sentido quando direito e justiça são conceituados como legalidade formal. (...) Assim, a legalidade é a única justificativa para a aplicação da força e, então, a base de todo poder político.¹²⁶

Esse trecho é bastante ilustrativo, pois ele esclarece como a crença no procedimento parlamentar e a crença no próprio legislador são elementos fundamentais do sistema de legalidade. Conforme vimos, um dos pontos da crítica de Schmitt ao liberalismo está centrado na idéia de que o parlamento, da forma como se apresenta nos Estados liberal-burgueses (e aqui ele utiliza o exemplo da própria Alemanha de Weimar), não é um órgão de verdadeira representação política, mas sim de defesa de interesses particulares, e que, portanto, o pressuposto de confiança no legislador não estaria sendo realizado. No mesmo contexto, vimos também que a principal deficiência do sistema de legalidade está na sua incapacidade de lidar com situações excepcionais, em que as normas ordinárias não podem ser aplicadas.

Ainda com relação à situação de normalidade, foi abordada brevemente a figura do poder constituinte, em cuja decisão fundamental Schmitt faz repousar a legitimidade primeira de todos os poderes constituídos do Estado. A partir dessa construção, analisamos o que o autor entende por Constituição propriamente dita e lei constitucional e procuramos demonstrar a forma como ele utiliza esses conceitos para delimitar o espaço de atuação legítima do legislador constitucional (ou poder constituinte derivado). Para Schmitt, fazer essa delimitação é uma tarefa essencial para qualquer teórico do Direito, uma vez que nenhuma ordem legal-constitucional pode oferecer os meios e procedimentos úteis à própria ruína¹²⁷.

¹²⁶ ULMEN, Gary L. Politischer Mehrwert: Eine Studie über Max Weber und Carl Marx. Weinhheim: VCH, Acta Humaniora, 1991, pág. 162 (tradução nossa).

¹²⁷ SCHMITT, Carl. Legalität und Legitimität. Berlin: Duncker & Humblot, 1998, 6ª edição, pág. 56-57.

Em seguida, já no tratamento do estado de exceção, fez-se uma distinção entre os dois tipos de situação que podem se apresentar quando não se está diante do caso normal: o primeiro é o caso excepcional ocorrido no âmbito de uma ordem jurídica posta e ainda vigente, a qual deve ser apenas provisoriamente suspensa até que seja restabelecida a condição de normalidade necessária ao seu regular funcionamento; o segundo é o caso em que, em virtude de um abalo profundo nas estruturas de determinada comunidade política, já não existe mais uma ordem jurídica válida e em que, então, uma nova deve ser estabelecida.

Com essa diferenciação em mente, pode-se compreender as duas figuras que, segundo Schmitt, têm legitimidade para agir no estado de exceção. O ditador comissário, o qual deriva sua competência diretamente de um documento constitucional instituído e vigente – e apenas mediatamente do poder constituinte –, é aquele que pode atuar através de normas concretas e particulares em busca do restabelecimento da ordem e que, como uma espécie de “administrador”, pode tomar todas as medidas necessárias para tal fim, sempre em vista do estado concreto de coisas. O ditador soberano, por sua vez, também atua em função de uma situação concreta e utiliza como critérios para suas ações apenas a necessidade e a utilidade, com a diferença de que ele não tem competências constitucionais, mas sim um mandato derivado imediatamente do poder constituinte, já que seu objetivo primordial é justamente o estabelecimento de uma nova Constituição.

A grande tensão que surge quando do estudo da ditadura decorre do fato de que a ela está associada uma dupla forma de legitimação: por um lado, a Constituição ou o próprio povo, enquanto titular do poder constituinte, lhe dá autorização para agir e lhe concede, portanto, autoridade; por outro lado, a estrita vinculação do ditador com as exigências do estado concreto de coisas significa que a necessidade e a utilidade também justificam suas ações. Problemas importantes, então, podem surgir quando a situação concreta requerer que ele atue de forma a extrapolar os poderes que lhe foram conferidos via mandato ou comissão, é dizer, quando houver um descompasso entre esses dois modos de legitimação. Ademais, em se tratando especificamente da ditadura soberana, é difícil conceber que um povo que – conforme a construção de Schmitt – somente pode agir politicamente respondendo “sim” ou “não” consiga, de fato, escolher democraticamente seu primeiro representante sem que se faça necessário o uso da força.

Com essas considerações, procurou-se demonstrar alguns aspectos da multifacetada questão da validade do poder político. Schmitt, durante o exame da situação de normalidade, desconstrói pontos centrais da teoria liberal e obtém sucesso em apontar as graves deficiências de sua tese de legitimidade como legalidade. Entretanto, ao construir sua

própria teoria baseada na análise do estado de exceção, ele não nos dá respostas unívocas a respeito da possibilidade de justificação do poder independentemente de sua eficácia, de modo que o mesmo problema por ele já identificado no liberalismo parece persistir. O mérito do autor talvez esteja justamente em sugerir que o papel de uma teoria política não seja a proposição de soluções cabais, mas sim o incentivo para que continuemos perguntando.

BIBLIOGRAFIA

AFONSO DA SILVA, José. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2007. 28ª edição, revista e atualizada.

BARZOTTO, Luis Fernando. “Filosofia e Constituição”, in: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder. Tratado de Direito Constitucional, v. 1. São Paulo: Saraiva, 2010. Pág. 617-653.

BRASIL: Constituição da República Federativa do Brasil.

BURCHARD, Christoph. “Puzzles and Solutions: Appreciating Carl Schmitt’s Work on International Law as Answers to the Dilemmas of his Weimar Political Theory”, in: IILJ Working Papers 2004/8. New York: New York University School of Law, 2004.

DYZENHAUS, David. “Intimidations of Legality amid the Clash of Arms”, in: I.CON, Volume 2, Number 2, 2004, pp. 244–271. New York: Oxford University Press and New York University School of Law, 2004.

_____. Legality and Legitimacy. Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar. New York: Oxford University Press Inc, 2003. 2ª edição.

_____. “Hermann Heller and the Legitimacy of Legality”, in: Oxford Journal of Legal Studies Vol. 16, Nº 40, pág. 641 a 666. Oxford University Press, 1996.

GALLI, Carlo. “Carl Schmitt’s Antiliberalism: its theoretical and historical sources and its philosophical and political meaning”, in: Cardozo Law Review, 21:5-6 (2000), pp. 1597-1617.

HARVEY, Colin. “Contesting Legality”, in: Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 20, Nº 4 (2000), pp. 667-672. Oxford University Press, 2000.

HERRERO LOPÉZ, Montserrat. El Nomos y lo Político: La Filosofía Política de Carl Schmitt. Navarra: Ediciones Universidad de Navarra, 1997.

HOBBS, Thomas. Leviatã. Editora Nova Cultural, coleção Os Pensadores, volume I.

KALYVAS, Andreas. “Carl Schmitt and the Three Moments of Democracy”, in: Cardozo Law Review, 21:5-6 (2000), pp. 1525-1565.

_____. Democracy and the Politics of the Extraordinary: Max Weber, Carl Schmitt and Hannah Arendt. New York: Cambridge University Press, 2008.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito: introdução à problemática científica do Direito. Tradução de J. Cretella Jr., Agnes Cretella. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2003.

MCCORMICK, John P. “Irrational Choice and Mortal Combat as Political Destiny: The Essential Carl Schmitt”, in: *Annual Review of Political Science* 2007, 10:315-339.

RICHTER, Emanuel. “Carl Schmitt: The Defective Guidance for the Critique of Liberalism”, in: *Cardozo Law Review*, 21:5-6 (2000), pp. 1619-1644.

RIGAUX, François. “L’histoire du Droit International Revue par Carl Schmitt”, in: *Journal of the History of International Law*, 9 (2007) 233–262.

SCHMITT, Carl. “Das Problem der Legalität (1950)”, in: *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*. Berlin: Duncker & Humblot, 2003. 4ª edição. Pág. 440-451.

_____. Der Begriff des Politischen. Berlin: Duncker & Humblot, 2002. 7ª edição.

_____. Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum. Berlin: Duncker & Humblot, 1974. 2ª edição.

_____. Die Diktatur. Berlin: Duncker & Humblot, 1994. 6ª edição.

_____. “Die staatsrechtliche Bedeutung der Notverordnung, insbesondere ihre Rechtsgültigkeit (1931)”, in: *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*. Berlin: Duncker & Humblot, 2003. 4ª edição. Pág. 245-262.

_____. “Die Stellvertretung des Reichspräsidenten (1933)”, in: *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*. Berlin: Duncker & Humblot, 2003. 4ª edição. Pág. 351-358.

_____. “El Orden del Mundo Despues de la Segunda Guerra Mundial”, in: *Revista de Estudios Políticos*, Nº 122, março-abril, pág. 19-36. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1962.

_____. “Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung (1931)”, in: *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*. Berlin: Duncker & Humblot, 2003. 4ª edição. Pág. 140-173.

_____. “La Revolución Legal Mundial: Plusvalía política como prima sobre legalidad jurídica e superlegalidad”, in: *Revista de Estudios Políticos (Nueva época)*, Nº 10, Julio – Agosto, 1979.

_____. Legalität und Legitimität. Berlin: Duncker & Humblot, 1998. 6ª edição.

_____. “Machtpositionen des modernen Staates (1933)”, in: *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*. Berlin: Duncker & Humblot, 2003. 4ª edição. Pág. 367-371.

_____. Politische Theologie. Berlin: Duncker & Humblot, 2009. 9ª edição.

_____. The Crisis of Parliamentary Democracy. Tradução de Ellen Kennedy. Massachusetts Institute of Technology, 2000. 6ª edição.

_____. The Theory of the Partisan: a Commentary/Remark on the Concept of the Political. Tradução de A. C. Goodson. Michigan State University Press, 2004.

_____. Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens. Berlin: Duncker & Humblot, 1993. 2ª edição.

_____. Verfassungslehre. Berlin: Duncker & Humblot, 2003. 9ª edição.

_____. “Weiterentwicklung des totalen Staates in Deutschland (1933)”, in: *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*. Berlin: Duncker & Humblot, 2003. 4ª edição. Pág. 359-366.

SIEYÈS, Emmanuel. Qu’est-ce que le Tiers État? Paris: Flammarion, 1988.

ULMEN, Gary L. Politischer Mehrwert: Eine Studie über Max Weber und Carl Marx. Weihnheim: VCH, Acta Humaniora, 1991.

URBINATI, Nadia. “Schmitt’s Critique of Liberalism”, in: *Cardozo Law Review*, 21:5-6 (2000), pp. 1645-1651.

WEBER, Max. Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000. 3ª edição.