

O CONSTITUCIONALISMO DE HANS KELSEN CONTRAPOSTO AO DE CARL SCHMITT

*Márcio Araújo de Mesquita**

*Abner Vellasco***

RESUMO

O presente artigo possui por finalidade comparar o conceito de constitucionalismo presente entre Carl Schmitt e Hans Kelsen, na medida que os dois respeitadíssimos autores encontraram caminhos epistemológicos distintos para resolver essa situação. Para isso, é mister analisar as noções gerais do pensamento de Kelsen, presente na “Teoria Pura do Direito” até alcançar a idéia de “constituição”, e as influências sofridas por Schmitt e o seu pensamento, que visa alcançar a realidade “concreta” que por muitas vezes a norma não consegue alcançar.

Palavras-chave: Constitucionalismo. Decisão. Estado de exceção. Teoria Pura. Norma Jurídica.

1 INTRODUÇÃO

Quando se trata do estudo da Constituição por mais que não concorde com os ideais pregados pelos autores é essencial conhecer o pensamento de Carl Schmitt bem como o pensamento de Hans Kelsen, autor este que influenciou incrivelmente o pensamento jurídico mantendo sempre o ideal formalista na incansável busca da segurança jurídica e previsibilidade, oferecendo um verdadeiro caráter científico ao direito, enquanto aquele, apesar de ser um dos autores “malditos” devido ao envolvimento com o nazismo, estruturou um pensamento formidável acerca do pensamento político do Estado e do direito partindo dos fatos.

* Graduando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Graduado em Técnico de Administração de Empresas pela FAETEC. Pesquisador do Programa de Educação Tutorial de Direito (PET-Jur) em Direito Constitucional da PUC-Rio.

** Graduando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Estagiário em escritório de advocacia no RJ.

Mas em que consiste a real importância e a diferença no pensamento desses dois autores? Inicialmente, Carl Schmitt defende que a teoria material constitucionalista deveria partir da realidade e não da norma. Como instrumento, o autor destaca o poder de decisão da comunidade política existente e a legitimidade da Constituição decorreria exatamente desta manifestação de vontade. A unidade do ordenamento partiria desse elemento político.

Kelsen, por sua vez, defende que apenas a norma poderia trazer unidade para o ordenamento jurídico, e a norma que traria esta unidade seria a norma fundamental da qual todas as demais normas extrairiam o seu elemento de validade. O Estado que para Schmitt seria uma ordem política, para Kelsen nada mais é do que uma ordem jurídica e nesse sentido deverá ser destituída de qualquer conteúdo moral, e principalmente político. A constituição como norma deveria legitimar o ordenamento, onde as demais normas extrairiam o seu fundamento de validade.

No entanto, para compreender todo este conceito constitucional deve-se ao menos ter uma mínima noção do pensamento proposta pelos autores de uma forma global, para depois deste panorama geral esmiuçar de forma mais completa a importância da Constituição como documento político/jurídico de vital importância para o Estado e para o ordenamento jurídico como um todo. Neste sentido, para evitar confusões far-se-á uma análise em separado de Kelsen e Schmitt, pois permite analisar os autores de forma individualizada.

2 O CONSTITUCIONALISMO DE HANS KELSEN

“Desde o começo foi meu intento elevar a Jurisprudência, que – aberta ou veladamente – se esgotava quase por completo em raciocínios de política jurídica, á altura de uma genuína ciência, de uma ciência do espírito. Importava explicar não suas tendências endereçadas a formação do Direito, mas as suas tendências exclusivamente dirigidas ao conhecimento do direito, e aproximar tanto quanto possível os seus resultados do ideal de toda ciência: objetividade e exatidão”.

(Hans Kelsen)

Hans Kelsen (1881-1973) foi um jurista austro-húngaro que exerceu grande influência no pensamento jurídico, principalmente por ser um dos principais defensores do

positivismo jurídico. Formou-se na Universidade de direito de Viena, foi professor universitário em Viena, Colônia e Genebra. Por causa de sua crença, (Kelsen era judeu) foi perseguido pelo regime nazista sendo obrigado a emigrar para os Estados Unidos em 1940, onde teve oportunidade de lecionar nas universidades de Harvard e de Berkeley. Como prova de sua genialidade, escreveu cerca de 400 obras entre livros e artigos, onde se destaca a “Teoria Pura do Direito” (Reine Rechtslehre), livro onde Kelsen expõe mais claramente seu pensamento, sendo inclusive este livro muito debatido pelos intelectuais e juristas do seu tempo até os dias de hoje. Faleceu em solo americano no ano de 1973.

Antes de expor a noção de constitucionalismo no pensamento Kelseniano, é mister que fique clara a concepção de “direito” para o referido autor.

2.1 Teoria do direito “puro”

Na busca de dar ao direito uma roupagem de cientificidade (objetividade e exatidão), Kelsen busca delimitar o objeto de análise de direito usando para isso a norma que regula a conduta humana, dando-lhe uma significação jurídica e afastando desta análise qualquer conteúdo valorativo como moral, justiça, psicologia, ética, sociologia, teoria política, e tudo aquilo que é estranho à ciência jurídica. Kelsen reconhece que essas ciências possuem uma relação com o direito, mas, no entanto, não podem se misturar a ponto de se confundir os seus objetos (KELSEN, 1998, p. 2).

Essa posição visa claramente combater o jusnaturalismo, pois em nome da “justiça” os homens viviam em conflitos terríveis, pois cada um tornava-se “juiz em causa própria” o que é extremamente prejudicial, pois em situações parecidas poderiam ter decisões completamente divergentes. Pautar as ações em valores absolutos não traz a segurança jurídica e gera uma grande contingência, o que facilitou teorias positivistas que se baseiam na previsibilidade que apenas, segundo eles, a norma criada pelo poder competente pode gerar.

2.2 Direito e Moral

Kelsen não demonstrou expressamente ao longo de sua teoria o desejo de legitimar regimes totalitários (que disseminavam o mau pelo mau). O autor visava apenas afastar do âmbito do direito todo jogo de interesses políticos dos detentores do poder. O direito deveria manter sua unidade, dentro do seu próprio sistema normativo, sem atentar necessariamente para a moral que possui sistemas de normas distintas do direito. Para isso, elaborou um

raciocínio que visa justificar a clássica separação entre Direito e Moral e num segundo ponto Direito e Justiça.

Do ponto de vista científico, o autor afirma que não é passível de aceitação um sistema normativo estar baseado em normas morais absolutas (KELSEN, 1998, p. 72), pois em última análise, este sistema só é possível caso se admita uma crença em alguma autoridade divina absoluta, devido à própria concepção humana do que é bom ou mau que varia ao longo do tempo (KELSEN, 1998, p. 73). Devido essa dificuldade de classificar o que é moral, tudo aquilo que foi prescrito pela ordem coercitiva é em certa razão bom e justo e tudo que ela proíbe estabelecendo sanções são, por conseguinte, imorais e injustos.

Como a moral possua em seu corpo um conjunto de normas que estabelecem como Deve-Ser a conduta humana, a forma pelo qual isso se realiza é exatamente igual ao direito, ou seja, o direito é um conjunto de normas dotadas de coerção (KELSEN, 1998, p. 71) que indicam como Deve-Ser a conduta humana, nesse sentido para Kelsen, “*Todo o Direito tem caráter moral, todo o Direito constitui um valor moral (relativo)*” (KELSEN, 1998, p. 74). O direito e a moral possuem relações não quanto ao conteúdo e sim quanto à forma.

A verdadeira razão para separação entre Direito e Moral e Direito e Justiça, segundo Kelsen, é que os juristas trazem consigo a concepção que existe apenas uma única Moral, e um único ideal de Justiça que nesse sentido é absoluta, pois se acatarmos tal critério seria necessária à aceitação que o direito seria válida apenas caso estivesse de acordo com aquele único ideal de moral (absoluto) (KELSEN, 1998, p. 75). Nesse caso, mantendo o raciocínio elaborado pelo autor, pode-se concluir que a norma extrairia em última hipótese seu instrumento de validade não da norma imediatamente superior ou em último caso da norma fundamental, mas sim da Moral universal válida, o que romperia com o pressuposto básico da teoria, ou seja, da norma fundamental que seria o ápice numa estrutura escalonada.

2.3 Considerações acerca da norma jurídica e proposição jurídica

Outro ponto a ser tratado para melhor elucidação de toda teoria montada por Kelsen é a distinção entre norma e proposição jurídica.

As normas jurídicas são produzidas pelos órgãos que possuem competência (produzidas pelos órgãos jurídicos a fim de serem observadas pelos destinatários do direito) e que deverão ser aplicadas e observadas por atos de conduta. As normas não são juízos, ou seja, enunciados sobre um objeto dado ao conhecimento daquele que interpreta o direito, são

antes comandos (imperativos) que contém atribuições de poder ou competência e permissões. No entanto, essas normas não possuem como função ensinar.

As preposições jurídicas são juízos hipotéticos que enunciam ou traduzem que, de conformidade com o sentido de uma ordem jurídica dada ao conhecimento jurídico, sob condições previamente fixadas pelo ordenamento, deverá necessariamente intervir certas conseqüências pelo mesmo ordenamento determinadas.

Para Kelsen, a ciência jurídica representa uma interpretação normativa dos fatos de conduta (conduta humana determinada pelas normas jurídicas). Deve ser diferenciada dos órgãos jurídicos, pois este tem por finalidade produzir o direito (sem “ensinar”) para que possa ser conhecido por aquele que deverá descrever o direito, mas sem, contudo, inovar, sem gerar o direito, se limitará a conhecer o direito, possuirá função descritiva.¹

Apenas através do conhecimento da ciência jurídica se transforma num sistema isento de contradições, devido ao fato de haver uma pluralidade de norma jurídica posta pelo órgão jurídico. No entanto, a produção da ciência jurídica, visando harmonizar esse conjunto de normas, não se confunde com a produção de direito pela autoridade competente, pois caso se admita o contrário, a ciência jurídica estaria criando o direito, e ela nunca poderá “prescrever” e sim apenas “descrever o direito”. No entanto, é mister destacar que as proposições jurídicas não são meras “repetidoras” das normas jurídicas. A função delas abarca a necessidade de aplicar os princípios lógicos (ex. princípio da não-contradição e regras concludentes de raciocínio) e a relação existente entre as normas.

Insta destacar que, para Kelsen, outra fundamental distinção é que as normas jurídicas podem ser apenas válidas ou inválidas, enquanto as preposições jurídicas podem ser verdadeiras ou falsas (verídicas ou inverídicas) (KELSEN, 1998, p. 82).

Ainda acerca deste tema o professor Tercio Sampaio Ferraz Júnior (2008, p. 228) aduz com o brilhantismo que lhe é peculiar:

Para Kelsen, quando um órgão se pronuncia sobre o conteúdo de uma norma, por exemplo, o juiz quando determina o sentido de uma lei no processo de aplicação, produz um enunciado normativo. Como qualquer norma, esse enunciado é vinculante. Isso está na base de sua discussão da hermenêutica. Assim, a *contrario sensu*, todo ente que não é órgão, ao interpretar, ainda que diga qual *deva* ser o sentido de uma norma, não produz um enunciado vinculante. Aquele *deve-ser* não

¹ Para uma extensão acerca deste tema sugere-se a leitura de “visita a Kelsen” de H.L.A. Hart publicado originalmente na *UCLA Law Review*, vol.10, p. 709-728, 1963 e republicado em H.L. A. Hart, *Essays on Jurisprudence and Philosophy* (Oxford : Oxford University Press, 1983). Agradecemos a tradução de Leonel Cesarino Pessoa, generosamente cedida a Lua Nova. O tradutor é doutor em direito pela USP.

tem, pois, caráter de norma. É o caso, por exemplo, de um parecer jurídico ou de uma opinião exarada num livro.

2.4 O Estado como uma ordem jurídica

Uma distinção clássica entre Schmitt e Kelsen é a noção de Estado. Neste momento limitarei-me a tratar deste tema na concepção de Kelsen.

Para Kelsen, não haveria razão para caracterizar como uma entidade política pois, segundo ele, se a análise for completamente destituída de elementos ideológicos, a única conclusão alcançada seria a que o Estado é uma ordem de coação, ou seja, o elemento político que qualificaria o estado como ente político, que seria a possibilidade do uso da força. Na verdade nada mais é do que atos de coação que a ordem jurídica prevê no caso de descumprimento da norma (KELSEN, 1998, p. 316).

Kelsen para sustentar sua tese destaca que os elementos constitutivos do Estados mais aceites na época, que seriam povo, território e poder, só poderiam ser compreendidos por sua definição jurídica, ou seja, esses elementos nada mais são do que elementos jurídicos na medida em que o povo é um conjunto de indivíduos conjuntamente com outros indivíduos submetidos a uma determinada ordem coercitiva de um Estado (KELSEN, 1998, p. 318). Nessa mesma linha de raciocínio, território é aquilo que está subordinado ao domínio espacial de vigência de uma ordem jurídica estadual. Ressalta ainda que nenhum conhecimento da natureza permitirá conhecer a extensão de um território e seus limites, mas a busca da resposta para essa questão necessariamente terá que perpassar pelo âmbito jurídico (KELSEN, 1998, p. 319).

Até mesmo na questão do poder do Estado, que dada a sua peculiaridade é mais facilmente atribuída a um caráter jurídico, Kelsen prefere na sua análise manter toda sua lógica-normativa e qualificar como “eficácia da ordem jurídica” (KELSEN, 1998, p. 321). Pois o Estado para manifestar e exercer o seu “poder” nada mais faz do que utilizar o aparato jurídico que o possibilita a legitimar o uso das armas, a possibilidade de prender os indivíduos, ou seja, todos instrumentos jurídicos que poderão ser utilizados para o efetivo exercício do poder do Estado. Atente-se que com esta concepção o indivíduo torna-se completamente submisso ao Estado, se nos é lícito afirmar, mas o indivíduo neste contexto deveria muito mais servir o Estado do que o contrário.

Portanto, pode-se concluir que para Kelsen não há justificativa plausível para a distinção entre Estado e Direito na medida que os dois nada mais são do que uma ordem

coercitiva da conduta humana. Por conseguinte, o Estado não poderia ser qualificado como “Estado de direito” na medida em que todo Estado deve ser uma ordem jurídica, sem que para isso seja necessária qualquer tipo de valoração política (KELSEN, 1998, p. 353).

É essencial lembrar que atualmente a doutrina é assente no sentido que não estamos sob a vigência de um “Estado de Direito”, mas principalmente, com a incorporação dos direitos sociais no seio das Constituições, estaríamos sob a vigência de um “Estado democrático de Direito”.

2.5 Norma Fundamental (aspectos gerais)

Depois de analisar alguns conceitos basilares no pensamento Kelseniano pode-se finalmente começar a tratar da constitucionalidade presente na “Teoria Pura do Direito” e o papel da Constituição como a última norma que, na estrutura escalonada, todas as demais normas extraem o fundamento de validade. Antes de adentrar no tema de forma mais profunda, cabe ressaltar que Kelsen em nenhum momento usou na “Teoria Pura do Direito” a palavra “pirâmide”. Tal palavra parece ter surgido quase como “mágica”, sendo usada de forma corrente nos principais debates, artigos acadêmicos. Embora a obra não afirme claramente este vocábulo, é perceptível a finalidade prática desta expressão, pois nos permite compreender com maior exatidão o estudo do direito constitucional, bem como facilita a compreensão do ordenamento jurídico como um todo.

Toda norma acaba por extrair o seu fundamento de validade de uma norma imediatamente superior. No entanto, se essa lógica for levada *ad eternum*, chegará o momento que será necessário remeter a “Deus”, ao “Universo Supremo” ou então ao primeiro constituinte originário. Para evitar esse tipo de problema e para manter a unidade do ordenamento jurídico, Kelsen usa o artifício da norma pressuposta, ou seja, aquela que não foi posta por nenhuma autoridade competente ou órgão jurídico e que oferece o fundamento o fundamento de validade da Constituição. A “norma hipotética fundamental” é esta norma que “pode mais” do que a Constituição. Pois se toda norma inferior deve subordinação à uma norma imediatamente superior, a Constituição deveria ser “menos” do que outra norma e assim sucessivamente, até o infinito. A norma hipotética fundamental é uma ficção que legitima todo o ordenamento jurídico da qual as normas poderão extrair sua validade mas não o conteúdo das normas jurídicas concretas (KELSEN, 1998, p. 418).

2.5.1 Constituição em sentido material x formal

A constituição em sentido formal é um documento designado como “Constituição” que como constituição escrita não só contém normas que regulem a legislação (normas gerais), mas também que trata de outros assuntos politicamente importantes e preceitos que afirmem que as normas contidas neste documento não podem ser revogadas por leis simples (com *quorum* menor), mas somente por forma especial seguindo requisitos mais severos (*quorum* maior). Servem para estabilizar os fundamentos da ordem jurídica, já que possui a possibilidade de assumir qualquer conteúdo (KELSEN, 1998, p. 247-248). Ocorrerá quando a Constituição tratar de assuntos que não são *a priori* constitucionais, mas pela forma que foi elaborada e pela decisão do órgão legislativo tornou-se matéria constitucional.

A constituição em sentido material pode ser entendida como as normas positivas ou norma positiva através das quais é regulada a produção das normas jurídicas. Essa constituição pode ser escrita ou não-escrita (consuetudinária), pode inclusive englobar uma parte escrita e uma não-escrita.

As normas não escritas, criadas consuetudinariamente, podem ser codificadas, e for realizada por um órgão do legislativo, terá caráter vinculante, tornando-se constituição escrita (KELSEN, 1998, p. 247).

Ainda acerca desta distinção, é válida a explicação de Tercio Sampaio Ferraz Júnior(2008, p. 196):

A Constituição no sentido material é aquele conjunto de normas que são constitucionais por sua matéria, por sua matéria específica. E qual é a matéria específica da Constituição? A matéria específica de uma Constituição é dizer como devem ser feitas todas as leis (as normas gerais). Isto é, Constituição no sentido material é um conjunto de normas que são constitucionais por sua natureza: normas básicas para elaboração de outras normas gerais. No entanto, há Constituição no sentido formal, pois existem normas que já disciplinam certos comportamentos imediatamente. Para essas normas, devemos então dizer que elas são constitucionais, não por sua matéria, mas por sua forma. Isto é, elas são constitucionais não porque sua matéria seja estritamente constitucional, mas porque elas estão submetidas a certas formalidades de alteração e de alteração.

3 O CONTITUCIONALISMO DE CARL SCHMITT

Para falar do constitucionalismo de Carl Schmitt, é necessário voltar-se para a história que demonstra que a origem do Estado se funda na necessidade de criar uma estrutura política, administrativa e burocrática com fim de estabelecer normas de governo que representem um eixo de equilíbrio entre os interesses do Estado e o fortalecimento do corpo da nação de uma forma geral. Sua noção de história não é iluminista, já que com o desenvolvimento da modernidade acompanha-se progressivamente uma redução da compreensão da realidade. Nota-se que ele é um autor decadentista, em que o progresso técnico da humanidade não fornece meios de libertação do mundo, mas meios, do qual o homem perde o controle da condição de sua própria vida². Temos aí uma espécie de “homem perdido”. Nesse viés historiográfico faz-se mister a grande carta da Constituição alemã de 1919, a Constituição de Weimar, que iniciou o ciclo do constitucionalismo moderno, destacando-se meritosamente pela incorporação dos direitos sociais ao corpo constitucional, influenciando as próximas gerações de constituições.

Como destacado acima, não tem como falar de constitucionalismo sem se falar da Alemanha e seu contexto histórico que é a fundamentação da teoria material da Constituição.³ Infere-se dessa materialidade o conjunto de forças políticas, econômicas, ideológicas, entre outras, que configuram a maneira de ser de um Estado (BASTOS, 1995, p. 40). Entretanto, a forma de governo necessita de um mínimo de ordenação legitimada pelo seu povo, do seu reconhecimento; caso contrário, estar-se-ia instaurado o Estado de natureza hobbesiano (HOBBS, 1979). Ora, a Constituição expressa uma unidade de ordenamento, tendo como base os valores da sociedade e não apenas regras formais produzidas por normas abstratas. A Constituição é instrumento legitimador do poder e também de limitação deste. A Carta Magna deve ser entendida como a lei fundamental e suprema de um Estado, que contém normas referentes à estruturação do Estado, à formação dos poderes públicos, forma de governo e aquisição do poder de governar, distribuição de competências, direitos, garantias e deveres dos cidadãos (MORAES, 1999, p. 34).

² O processo de falta de autonomia referido é o do formalismo positivista, na crença da neutralidade técnica que pretende tirar essa liberdade de ação social.

³ A Constituição escrita reflete a ideologia liberal de legalidade. No entanto, não se pode admitir a inexistência do Direito Constitucional, nem muito menos da própria Constituição, pelo fato de não haver norma de caráter constitucional positivada, isto é, com caráter previsível escrito. A Constituição codificada nada mais é do que a materialidade das normas constitucionais, reduzidas a materialidade do papel. A lógica de organização do Estado e seus principais postulados já existem antes mesmo de serem positivados pela escrita.

Com o fim da 1^o guerra mundial, a Alemanha sai derrotada e nesse contexto histórico de profundas transformações sócio-econômicas é que se instaurou a República de Weimar, com um sistema parlamentarista democrático de governo, teve duração de 1918 a 1933, quando Hitler foi nomeado chanceler, embasado pelo art. 48 da Constituição de Weimar, e abriu precedentes para o desenvolvimento do estado de exceção e instauração do seu regime totalitário, baseado no mal pelo mal, o nazismo. O totalitarismo que daí é lançado assemelha-se a um estado de exceção que se confunde muito com um estado de “guerra civil legal”. Sob a pressão do paradigma do estado de exceção⁴, é toda a vida política constitucional das sociedades ocidentais que, progressivamente, começa a assumir a partir desse regime uma nova forma. Com isso, tivemos o advento do Estado Democrático de Direito hodierno, onde a idéia do positivismo formalista não supria mais as promessas do Estado social com a participação popular no processo de decisão política, abandonando as noções de legalidade e de uma justiça formal, para criar a idéia de um Estado submetido ao direito, nascendo assim a concepção do Estado de direito, no qual acarretou mudança no paradigma de Estado e os princípios que tangem a legitimidade e a legalidade.

Carl Schmitt faz parte da 1^a geração da teoria material constitucionalista que parte da realidade e não da norma; considera “ser” diferente do “dever ser”. Essa epistemologia faz com que tenhamos uma teoria da constituição separada da Teoria do Estado.

3.1 O Poder de decisão

Schmitt expõe então uma posição decisionista, segundo a qual o direito, enquanto ordem jurídica, não poderia surgir como uma totalidade fechada de per si. Para o decisionismo, o direito aponta sempre, como condição de possibilidade da sua efetivação como direito, para o âmbito não normativo, para o âmbito fático de uma decisão que, não lhe estando vinculada, pode estabelecer a ordem ou a “situação normal” em que este mesmo direito poderá vigorar. Em suma, o direito serve enquanto o fato for compatível com a norma, isto é, para o caso típico onde ela seja empregada. Já no caso atípico, numa situação excepcional e urgente, a ordem e a condição da ordem (o Estado) tem uma prioridade sobre a ordem jurídica, e a decisão manifesta, dentro do âmbito jurídico, a sua irredutibilidade à norma. É a concretização do que foi exposto anteriormente que Schmitt separa a norma jurídica do caso urgente a ser aplicado, pois, na urgência, o decisionismo político prevalece.

⁴ Idéia exposta por Giorgio Agamben em seus estudos. O Nazismo do III Reich Alemão, em particular, foi interpretado por Agamben como o modelo mais fiel ao paradigma do “estado de exceção como regra”.

“O Estado surge então como algo político, o político, porém, como algo estatal; evidentemente um círculo que não satisfaz” (SCHMITT, 1992, p. 44).

No seu clássico ensaio “O Conceito do Político”, Schmitt deixa claro que as soluções para os casos de tensão surgem depois do fato ocorrido. Sendo assim, não dá para prever antecipadamente a solução: “de modo que, no caso extremo, há possibilidade de conflitos com ele, os quais não podem ser decididos mediante uma normatização geral previamente estipulada” (SCHMITT, 1992, p. 52). Schmitt explicita que a essência da Constituição não está contida em uma lei ou em uma norma e sim que toda norma reside na decisão política do titular do poder constituinte⁵, isto é, do Povo na Democracia e do Monarca na monarquia autêntica. A Constituição tem seu fundamento de validade porque deriva de uma vontade existente, uma vontade política, porque antes dela já existia uma comunidade política, uma Nação, ou seja, um povo unido por laços culturais conscientes da sua unidade política. Essa unidade política é dotada de uma vontade de existir, e de existir de acordo com determinada forma, para determinados fins, e a Constituição vale porque foi ordenada positivamente por essa vontade política preexistente, da unidade política que é a Nação. Com isso, Schmitt analisa de modo lógico a formação da Constituição, cujo pressuposto é a unidade política que expressa sua vontade de existir por intermédio da decisão (SCHMITT, 1992, p. 43-50). A substância desse documento será justamente a forma e os fins que norteiam a vontade da unidade política. No presente artigo, não é minha intenção esgotar o assunto do decisionismo schmittiano, até porque sua idéia não é pragmática, mas de demasiada complexidade. Minha intenção é deixar claro que o agrupamento humano, isto é, o político, é o que determina a unidade normativa através do seu poder de decisão onde se concentra toda a fenomenologia do direito para Schmitt.

3.1.1 A legitimidade da decisão

Se no Reich alemão houver alteração ou perigo grave da segurança e ordem pública, o presidente do Reich pode adotar as medidas necessárias para o restabelecimento da segurança e ordem públicas, intervindo, em caso de necessidade, com o auxílio das forças armadas. Para este propósito, pode suspender temporariamente, total ou parcialmente, os direitos fundamentais estabelecidos nos arts. 114, 115, 117, 118, 123, 124 e 153 (Artigo 48 da Constituição de Weimar).

⁵ O poder se estrutura nos corpos e instituições de modo a ampliar seu alcance de acordo com o máximo proveito de sua potência em situações estratégicas determinadas e devidamente institucionalizadas.

O enunciado do art. 48 confere ao presidente do Reich legitimidade para, em caso de exceção, adotar medidas para garantia da existência do próprio Estado. A redação do referido artigo, como de todo texto legal, deve ser feita de acordo com seu tempo, seu contexto social. Aviltante era o temor que o legislador tinha da pulverização do Estado alemão, visto que, ao perder a guerra, a Alemanha teve de aceitar uma série de limitações, entre elas a de ordem territorial e de defesa, perdendo muitas terras e não podendo constituir um exército de defesa⁶. Exprimindo sobre a óptica normativa, constatadas as hipóteses do enunciado, nada impedia – ou vedava – que o presidente do Reich fizesse valer tal preceito da norma jurídica. Evidentemente, não nos termos apossados por Hitler, como corrobora Schmitt.

O problema aqui não está no preceito normativo, está em extrair significação do que seja alteração ou perigo grave da segurança e ordem pública e, se ainda não bastasse, perceber quais são as medidas necessárias para o restabelecimento da segurança e ordem pública. Este é um problema corriqueiro entre os intérpretes do Direito, que se emprega na hermenêutica do direito. Sobre os métodos de interpretação constitucional, temos de convir que a interpretação dada ao referido artigo devido a sua abrangência permitiu uma franja marginal extensiva da norma. O estado de exceção apresenta-se, nessa perspectiva, como um patamar de indeterminação entre democracia e absolutismo (AGAMBEN, 2004, p. 16). O estado de exceção não é um direito especial, como por exemplo, o direito de guerra, mas sim um conceito limite, por suspender a própria ordem jurídica. Em todo caso é importante frisar que o estado de exceção é uma construção da tradição democrático-revolucionária e não do absolutismo (AGAMBEN, 2004, p. 16).

O estado de exceção pode gerar uma “ditadura constitucional”, pois uma característica fundamental é a abolição provisória da separação entre o poder legislativo, executivo e judiciário. Seu exercício sistemático e regular leva indubitavelmente à liquidação da democracia (AGAMBEN, 2004, p. 16). O próprio Schmitt afirmou que nenhuma constituição do mundo havia, como a de Weimar, legalizado tão facilmente um golpe de Estado (AGAMBEN, 2004, p. 16).

A forma política do liberalismo se apóia na técnica jurídica e pretende afastar a soberania como decisão. Entretanto, se a técnica não institui um consenso de valor, nem de sua neutralidade e o moderno é assentado em um desmantelamento paradigmático, a soberania baseado no decisionismo, não em uma mediação, onde a decisão é das partes e a

⁶ Brecha social que fragilizou a sociedade alemã, deixando o espaço livre para ideologias como as propugnadas pelo regime totalitário. Imagine uma situação de total falta de regras, contra idéias de uniformismo e superioridade. Assim deu-se o apogeu do nazismo.

autoridade (constituição) não atua, só orienta, é o modo politicamente cabível de arbitrar as situações de exceção.

4 CONCLUSÃO: O CONSTITUCIONALISMO DE HANS Kelsen CONTRAPOSTO AO CONSTITUCIONALISMO DE CARL SCHMITT

A partir do panorama tratado ao longo da exposição do referido artigo, vimos que o processo de secularização é um ponto sensível para Schmitt, pois o século XX é o auge da técnica, e diante da sua aviltante pretensão de neutralidade, esse território é fértil para a implicação do decisionismo e da definição dos papéis diante das situações extremas. Schmitt e Kelsen têm em comum a inspiração no sociólogo Max Weber (1864-1920) e até compartilhem da idéia de que a ciência e a técnica não são capacitadas para definirem valores quando se trata da decisão, ou seja, os valores que guiam as ações humanas. Apesar desse ponto cruzado, ambos os autores divergem sobre vários aspectos.

Segundo Kelsen, o ordenamento jurídico é uma pirâmide, em que o fundamento de validade de determinada norma jurídica se encontra em outra norma jurídica superior a ela, seguindo uma ordem escalonada até chegar à norma hipotética fundamental. De certa forma, as explicações de Kelsen são um tanto quanto obscuras, mas era mesmo necessário fechar o ordenamento, para tal, a ficção criada se propõe a esse fim. Constatamos assim que o caminho positivista nos leva a um momento de irracionalidade, pois a imperatividade das normas repousa não num ato de conhecimento ou em um reconhecimento, mas tão somente em um ato de crença absoluta na norma, dado que sua validade é oriunda de uma autoridade competente e faz parte de um ordenamento completo.

Com a Teoria Pura do Direito, Kelsen adota uma epistemologia “restringida”, atribuindo a Ciência do Direito à norma jurídica. Kelsen, para manter sua fidedignidade ao seu posicionamento normativo puro, não pode admitir como fundamento da Constituição algo de real, isto é, qualquer dado ou elemento do mundo fenomenológico que envolva a sociologia, política ou filosofia, tais como: a vontade da participação popular ou mesmo sua dinâmica, ou as influências do Direito Natural etc. Por outro lado, o ponto de vista de Kelsen, é que o Direito é uma norma pura, “dever ser” puro, obriga a procurar um fundamento também normativo para a Constituição.

Ao elaborar a teoria decisionista, Schmitt opõe-se à teoria kelseniana ao afirmar que é a decisão que faz nascer o ordenamento jurídico. Schmitt afirma que é somente a decisão

que funda tanto norma quanto ordenamento. A decisão soberana é o princípio absoluto. E o princípio, *ethos* da decisão soberana. A decisão nasce de um nada normativo e de uma desordem concreta, atribuída aí à petrificação do direito por acreditar que tudo é abrangido pela norma.

Como já reiterado, Kelsen formula a norma hipotética fundamental para embasar todo sistema normativo, ou seja, o fundamento último das normas jurídicas seria outra norma; esta última de natureza metafísica, espiritual. A norma hipotética fundamental é um pressuposto lógico de imposição das normas constitucionais. Era a tentativa de estabelecer uma Ciência do Direito livre da política e da moral, ao afirmar que a Ciência do Direito limitava-se ao estudo da norma. Kelsen, que formulou uma análise sistemática e piramidal das normas estruturadas sob a lógica deontológica do “dever-ser”, dispara das normas ontológicas do “ser” ou fenomenológicas do atuar da sociedade. Sendo assim a norma fundamental, não tem para Kelsen caráter ético-político, mas cognitivo, ela é condição do conhecimento jurídico. Aí encontramos uma falha fortíssima, pois uma proposição cognitiva pode formular conexões entre as normas do ordenamento, que podem ser obrigatórias ou apenas indicar as normas que são de fato a ser cumprida, mas não pode fundar a obrigatoriedade, pois se é cognitiva resulta de um ato de conhecimento.

Na teoria decisionista, Schmitt vai mais adiante, vai além da normatividade do Direito. Ele tenta estabelecer uma lógica para a situação excepcional, caminho que o Direito – na visão kelseniana – não deveria fazer. Seria a análise de um espaço além ou aquém do Direito, cuja lacuna seria preenchida pela política, inadmissível para Kelsen, até porque para ele o direito completo não possui lacunas. Conclui-se, assim, pela impossibilidade de a norma jurídica ser um pressuposto absoluto, prevendo todas as possíveis reações frente a um evento, pois o evento é futuro, imprevisível.

As críticas de Carl Schmitt são direcionadas à formalização metafísica/jurídica da norma hipotética fundamental da teoria kelseniana. Entretanto, a respeito da construção lógica escalonada das normas jurídicas, Schmitt se abstém a criticar. Críticas à parte entre esse diálogo de grandes e célebres estrelas do direito, suas contribuições foram sem medida, pois na ponderação epistemológica não podemos ser só norma, nem ser só o caráter valorativo da decisão. Temos de buscar no direito e na sua essência o caminho mais correto, sendo destarte ambos os autores nesse caminho a ser percorrido não só pelos operadores do direito, mas para a própria teoria do direito, na busca por legalidade e justiça.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1995.

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

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Abril, 1979. cap. XIV. [Coleção Os Pensadores].

KELSEN, Hans. Trad. João Baptista Machado. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 1999.

SCHMITT, Carl. **O Conceito do Político**. Petrópolis: Vozes, 1992.

HANS KELSEN'S CONSTITUTIONALISM IN OPPOSITION TO CARL SCHMITT'S**ABSTRACT**

The present article aims to compare the concept of constitutionalism brought by Carl Schmitt and Hans Kelsen, taking into consideration that both authors choose different epistemological thoughts to bring up the concept. So, it is important to analyze the general notions brought up by Kelsen's ideas, present in his book "Pure Theory of Law", even reaching the concept of "constitution", and influences suffered by Schmitt and his ideas, which seeks to reach the "concrete" reality, that the norm usually can't reach.

Keywords: Constitutionalism. Decision. Exception state. Pure theory. Rule of law.