

# A contraposição ao conceito de soberania de Hans Kelsen como elemento constitutivo do decisionismo jurídico de Carl Schmitt

Paulo Sávio Peixoto Maia\*

## 1. Introdução

Entre os capítulos mais estimulantes da história da Teoria da Constituição figura, decididamente, a polêmica travada entre Hans Kelsen e Carl Schmitt, em 1931, acerca de *quem* deveria ser o guardião da Constituição. Uma polêmica que conta com escritos, de parte a parte, que subsumem de forma impressionante os problemas e impasses institucionais de seu tempo<sup>1</sup>. Também a isso se deve sua difusão universal. Mas para além da questão de “engenharia constitucional” de se saber se um tribunal constitucional ou o chefe do poder executivo deve *guardar* a Constituição, no espelho da polêmica Kelsen-Schmitt podem ser vislumbradas questões que continuam prementes para o pensamento constitucional contemporâneo: a contraposição entre direitos fundamentais e governabilidade ou mesmo a tensão entre jurisdição constitucional e democracia podem ser citados como exemplos. Em sentido inverso, alguns conceitos também podem se revelar como uma chave útil para compreender aspectos inexplorados da polêmica. É o caso do conceito de *soberania*.

---

\* Mestre em Direito, Estado e Constituição pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB); Professor na Universidade de Fortaleza (UNIFOR), onde coordena sua Divisão de Pós-Graduação *Stricto Sensu*; Professor-conferencista na Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC – TJ/CE); e Advogado. E-mail: paulosaviomaia@yahoo.com.br.

1 FIORAVANTI, 2001, p. 606.

Surgida a partir do século XVII, a noção de *soberania* tinha seu uso ligado à procura por uma maior autonomia do nascente Estado moderno frente a poderes universalistas, como a Igreja e o Império<sup>2</sup>. Para tanto, a estratégia da publicística européia foi a de enfatizar a “naturalidade” do princípio da igualdade soberana entre Estados necessariamente havidos como iguais (*par in parem non habet jurisdictionem* – “os iguais não têm jurisdição entre si”)<sup>3</sup>.

Coetâneos à *soberania* são os conceitos de razão de Estado (*raison d'État*) e de *ius eminens*, que permitiam àquele que personificava a soberania a faculdade de não cumprir o direito vigente ao argumento de proteger o Estado<sup>4</sup>: o monarca que é sábio para se vincular sabe, também, o momento certo de se desvincular, e assim conservar a boa ordem do reino<sup>5</sup>. Conquanto a doutrina das “leis fundamentais” já somasse esforços no sentido de diminuir o matiz personalista dessa proteção da ordem jurídica<sup>6</sup>, a sua efetiva suplantação teve que aguardar o advento da Constituição moderna, na virada para o século XIX. Foi naquela quadra histórica que se iniciou um movimento, tendo como base a Constituição, que, por um lado, reforçou a distinção entre direito e política e, por outro, possibilitou uma comunicação entre tais âmbitos<sup>7</sup>. A Constituição moderna, assim, desloca a questão da soberania de um plano personalístico para um âmbito institucional. A Constituição é a soberana<sup>8</sup>.

Kelsen e Schmitt se defrontam com esse traço que conforma o direito moderno. Kelsen tem uma noção *normativista* do direito, porquanto aplica a metodologia neokantiana com a finalidade de se construir um sistema de conhecimento puro, sem nenhuma interferência metajurídica; para

---

2 Tal construção, que figura como fundamento do direito internacional, é oriunda do tratado conhecido como “A Paz da Westfália”, de 1648, e que iniciou o “processo de secularização” do Estado, que foi pronunciado de modo mais definitivo com a deflagração da Revolução Francesa. Cf. MANNONI, 2003, p. 210-215; BÖCKENFÖRDE, 2000, pp. 101-118.

3 SCHMITT, 2006 [1950], p. 157.

4 LUHMANN, 1996, pp. 107-108.

5 PASSERIN D'ENTRÈVES, 1967, pp. 69-78.

6 SEELAENDER, 2006, pp. 197 e ss.

7 CORSI, 2001, p. 173.

8 O raciocínio aqui desenvolvido, com a brevidade que uma introdução requer, é válido para países que possuem *supremacia constitucional* o que é bem mais que meramente um Estado-nação adotar uma Constituição escrita. Cf. CANOTILHO, 2002, pp. 87-100.

isso, em grandes linhas, elege a *norma* como unidade de análise<sup>9</sup>. Como decorrência, a soberania em Kelsen também aparece como uma questão eminentemente jurídica. Por seu turno, a concepção schmittiana de direito é usualmente etiquetada de “decisionismo jurídico” pelo fato de, nela, a “decisão” ser alçada à condição de *arché* da normatividade: seu princípio fundador e da qual inteiramente depende.

Precisamente por isso é que adotamos a hipótese, neste artigo, de que o decisionismo jurídico tem os seus contornos mais bem evidenciados quando ele é contraposto ao normativismo. É dessa forma que a contraposição de Schmitt à noção kelseniana de soberania será prestigiada, aqui; caso logremos êxito, alguns aspectos do decisionismo jurídico de Schmitt poderão ser avaliados à outra luz.

## 2. O normativismo como despersonalização da soberania do Estado

O fato incidental utilizado por Schmitt para lançar suas primeiras considerações sobre o decisionismo como modo de pensamento jurídico foi a publicação, em 1920, de um livro de Hans Kelsen, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer Reinen Rechtslehre* (“O problema da soberania e a teoria do direito internacional: uma contribuição à teoria pura do direito”)<sup>10</sup>. Uma publicação que exerceu tamanho impacto que fez Adolf Julius Merkl – o mais destacado discípulo, e depois colega de Universidade de Viena, de Kelsen – acreditar que aquilo se tratava da “conclusão da obra teórica de uma vida”<sup>11</sup>. Em *Das Problem der Souveränität*, Kelsen aplica o postulado metodológico da pureza para abordar um tema no qual a Teoria Geral do Estado do século XIX era muito versada: a soberania do Estado, um assunto com altíssima carga política.

Kelsen tinha como grande meta intelectual a construção de um conhecimento jurídico autônomo, de modo a tratar o direito como um dever-ser (*Sollen*) garantido pela sanção estatal. O jurista de Viena parecia bem

---

9 No curso de sua longa trajetória acadêmica, a relação entre a função que Kelsen prescreveu para a ciência do direito (meta-linguagem) e o direito (linguagem-objeto) sofreu oscilações. Entretanto, em grandes linhas, é sempre possível dizer que Kelsen foi um normativista – mesmo com o “giro” decisionista, sua última fase – porquanto de uma “ciência normativa se espera a tarefa de formular afirmações sobre a existência e conteúdo de normas”, consoante: WALTER, 2005, p. 21.

10 Utilizamos, aqui, a excelente tradução italiana: KELSEN, 1989 [1920].

11 MERKL, 1987 [1921], p. 69.

côncio de que a relação Estado/Direito poderia dar azo à inserção de uma abordagem “politizada” do direito<sup>12</sup>. Daí, no sentido de se evitar qualquer hipótese, qualquer duplicação no objeto de conhecimento, Kelsen afirma que caso realmente se esteja interessado em abordar o Estado a partir de um ângulo legitimamente jurídico, deve-se partir do pressuposto de que o Estado “é norma ou ordenamento, e como tal se identifica com o direito, com o ordenamento jurídico definido como ‘Estado’, que por sua vez coincide com o ordenamento estatal chamado ‘direito’”<sup>13</sup>. Kelsen, com isso, identifica (ou reduz, como diria Schmitt) o Estado a um conjunto de regras de conduta. Um Estado revela-se soberano quando o seu ordenamento jurídico é supremo, quando não sofre hetero-integração, em outras palavras<sup>14</sup>. A soberania seria uma questão especificamente jurídica, e qualquer enfoque diferente disso não seria científico, mas político.

Schmitt não esconde a sua indignação com o que ele chama de “metafísica monista” de Kelsen: a estratégia teórica de Kelsen seria “simplista” porque põe a questão em termos de um tudo ou nada travado entre um conceito sociológico de Estado (não-científico) e um conceito jurídico de Estado (este sim, científico)<sup>15</sup>. Nessa incessante busca pela unidade – segundo a análise de Schmitt – o conceito normativista de soberania se vale de “palavras como ordem, sistema, unidade” que consistem “somente em transcrições do mesmo postulado”<sup>16</sup>, qual seja da “mitologia matemática” erigida por Kelsen para tratar a soberania. Schmitt sustenta que, em última análise, essa mitologia kelseniana se resumiria a criticar quem não possui a sua pureza. Só que, para Schmitt, esses exorcismos de ordem metodológica valem somente para uma fase preparatória da análise; eles de nada valem “se tudo isso não vem aplicado ao concreto sob a escusa de que a ciência do direito é algo de formal”<sup>17</sup>. Esse seria o suposto fracasso de Kelsen, que

---

12 BONGIOVANNI, 1998, pp. 63 e ss.

13 KELSEN, 1989 [1920], pp. 17-18. Por tal razão, o Estado em Kelsen consiste, sobretudo, em uma idéia. Não no sentido metafísico, mas lógico: um ponto de imputação que imuniza a ciência jurídica das hipóteses que duplicam o objeto de conhecimento. Cf. CARRINO, 1992, p. 72.

14 KELSEN, 1989 [1920], pp. 135-137.

15 SCHMITT, 1972 [1934], p. 44. Schmitt se refere, aqui, a uma importante obra de Kelsen, de 1922, na qual o mestre de Viena apresenta para o grande público seu conceito totalmente formal de Estado como conjunto de normas jurídicas: KELSEN, 1997 [1922].

16 SCHMITT, 1972 [1934], p. 46.

17 SCHMITT, 1972 [1934], p. 47.

incorria na “velha negação liberal do Estado nos confrontos com o direito”, porquanto ele “resolve o problema do conceito de soberania simplesmente negando-o”<sup>18</sup>.

Ainda no juízo de Carl Schmitt, essa “postura liberal” de se tentar fundar o poder por meio do direito, leva a um pensamento jurídico exclusivamente orientado para a regra, para a norma. Isso é o normativismo, um dos tipos de pensamento jurídico (*rechtswissenschaftliches Denken*); sua principal característica não é outra:

[...] ele isola e absolutiza a norma ou regra (em oposição à decisão ou ao ordenamento concreto). Cada regra, cada normatização legal regulamenta muitos casos. Ela se coloca acima do caso individual e da situação concreta e possui, enquanto “norma”, uma certa superioridade e sublimidade sobre a mera realidade e facticidade do caso individual concreto, da situação cambiante e da vontade cambiante das pessoas<sup>19</sup>.

A *idée fixe* do normativismo consiste nessa atribuição de sublimidade a tudo aquilo que é geral e abstrato. Exemplificando historicamente, Schmitt cita a exigência dos “pais fundadores” da Constituição norte-americana de 1787 de se constituir um *government of law, not of men*, ou seja, um Estado de Direito governado pelo exclusivo domínio impessoal das leis<sup>20</sup>. Contudo, é de se ressaltar que Schmitt não enxerga nisso (ou não quer enxergar nisso) uma característica típica do constitucionalismo moderno. O normativismo não é historicamente situado. Para ele, o pensamento normativista consiste, a rigor, em “um tipo eterno da história do direito”, como denota o exemplo das considerações de Píndaro sobre o *nomos basileus*, que exigia que somente a lei poderia reinar, e não o arbítrio das pessoas. Outros dualismos como *ratio* e *voluntas*, *veritas* e *auctoritas*, também cristalizam variações dessa contraposição polêmica entre “governo da lei” contra “governo dos homens”, que para Schmitt não passaria de uma “abstração situada polemicamente contra a personificação”.<sup>21</sup>

18 SCHMITT, 1972 [1934], p. 47.

19 SCHMITT, 2001 [1934], p. 168.

20 SCHMITT, 2001 [1934], p. 169.

21 SCHMITT, 2001 [1934], p. 169.

*In concreto* não se atinge com isso nada mais do que jogar a norma ou a lei com intenção político-polêmica contra o rei ou líder (*Führer*); a lei destrói com esse “governo da lei” o ordenamento concreto do rei ou do líder; os donos da *lex* submetem o *rex*. Essa é quase sempre também a intenção política concreta de um tal artifício normativista da *lex* contra o *rex*.<sup>22</sup>

Schmitt acreditava que o escrito de Kelsen sobre a soberania seria a forma mais acabada desse modo normativista de entender o direito. O *rex* é subjugado à *lex* por obra da “falácia normativista” de Kelsen, que “evita tudo o que é personalístico e reconduz o ordenamento jurídico à eficácia impessoal de uma norma impessoal”<sup>23</sup>. A impessoalidade normativista é o inimigo de Schmitt.

### 3. Decisão, exceção: a personificação do soberano

A crítica de Schmitt ao conceito de soberania de Kelsen permite observar que sua indignação parece se endereçar, principalmente, a dois de seus “postulados” – em que um é mera decorrência do outro. *Primeiro*, nas teorias normativistas da soberania haveria uma pretensão de disciplinar universalmente a política pelo direito, pelo *medium* de regras e normas: o ponto máximo dessa atitude seria acreditar que a soberania de um Estado é adquirida tão-somente com o mero funcionamento autônomo do ordenamento jurídico. *Segundo*, a impessoalidade do “governo das leis” causa uma despersonificação do soberano que evita tematizar a principal questão jurídica: *quem decide?*<sup>24</sup>

Schmitt procura responder essa questão logo no *incipit* de sua *Teologia Política*: “soberano é quem decide sobre o estado de exceção” (*Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet*)<sup>25</sup>. Uma definição que, quando analisada de perto, deixa transparecer toda ambiguidade que lhe informa.

22 SCHMITT, 2001 [1934], pp. 170-171.

23 SCHMITT, 1972 [1934], p. 54.

24 Consoante sua proposta de conceber a história como sucessão de “centros de gravidade” (*Zentralgebiete*), Schmitt vê nessa atitude normativista uma espécie de característica primordial de seu tempo, em que a técnica parecia orientar toda a sociedade, e assim também o Estado. Cf. SCHMITT, 1992 [1929], pp. 106-120. Dessarte, da mesma forma que nos primórdios do Estado moderno, Albericus Gentile pôde falar aos teólogos “*Silete, theologi, in munere alieno!*”, o desenvolvimento do processo de secularização no qual se encontra imerso o Estado moderno dotou a “era da técnica” das possibilidades de se substituir o “*Silete, theologi!*” pelo “*Silete, jurisconsulti!*”. Cf. MARRAMAO, 1995, p. 72.

25 SCHMITT, 1972 [1934], p. 33.

Por um lado, ela pode sustentar que o soberano é aquele que por uma mera questão fática decide sobre o estado de exceção; por outro lado, essa definição pode alegar que o “soberano, em virtude de sua posição de soberano, é aquele que pode decidir sobre o estado de exceção”<sup>26</sup>. Com isso, nos cânones da primeira interpretação nunca se sabe quem é o soberano antes do estado de exceção; já a partir da segunda se sabe de antemão quem é o soberano, mas o conteúdo de sua decisão continua indefinido<sup>27</sup>. O *dilema da soberania*, no qual Schmitt se move é expresso pela seguinte indagação: “aquele que toma as decisões é que é de fato a autoridade soberana, ou uma decisão é válida somente quando ela é feita pelo soberano?”<sup>28</sup>

Schmitt não tomou para si a tarefa de resolver esse dilema, mas sim a de trabalhar em sua duplicidade.

Para Schmitt, o normativismo até que tenta se posicionar ante esta questão-dilema, mas “resolve o problema do conceito de soberania simplesmente negando-o”<sup>29</sup>. O que significa não o resolver. A incapacidade normativista em dar conta do problema da soberania seria corolário de sua cegueira para o elemento fundante do direito: a decisão, que se manifesta pela exceção. Soberania, decisão, exceção. É sob essa tríade, que pode ser observada logo na abertura da *Teologia Política*, que se situa o *conceito decisionista de direito de Schmitt*.

Nesse cânone, a soberania aparece como um conceito-limite, “um conceito da esfera extrema”, inaplicável a um “caso normal”: é infecundo pensar a soberania a partir de uma norma abstrata, pois ela não comporta o momento decisionista que é intrínseco ao estabelecimento da exceção. A norma genérica, portanto, é incapaz de absorver as situações concretas que se colocam frente a ela de modo excepcional<sup>30</sup>. Em sua constituição paradoxal, a soberania representa “o *terminus* de qualquer sistema normativo: no duplo sentido de *limite* e *traço* que o define”<sup>31</sup>. No raciocínio de Schmitt, a centralidade da exceção mostra que é da decisão que nasce a ordem jurídica, afinal ela se coloca simultaneamente dentro e fora do ordenamento jurídico.

26 DYZENHAUS, 1999, p. 43.

27 DYZENHAUS, 1999, p. 43.

28 DYZENHAUS, 1999, p. 43.

29 SCHMITT, 1972 [1934], p. 47.

30 SCHMITT, 1972 [1934], p. 33.

31 MARRAMAO, 1997, pp. 59-60.

Por isso, Schmitt direciona suas observações ao “caso excepcional” que é “aquilo que não se reduz a uma tipificação jurídica”<sup>32</sup>. O excepcional não pode ser previsto; não se pode disciplinar normativamente o modo de se reagir a uma exceção, e assim delimitar taxativamente a ação do Estado frente àquilo que se coloca como seu inimigo<sup>33</sup>. Para Schmitt, o que as constituições no máximo fazem é disciplinar quem deve tratar do caso excepcional, e é justamente aí que se pode localizar realmente *quem* é o soberano<sup>34</sup>. É sempre ele, o soberano, quem vai afirmar se ele está ou não delimitado por sua decisão, se o ordenamento jurídico deve ser mantido ou suspenso.

No juízo de Schmitt, a fraqueza do normativismo evidencia-se nessa busca por um exorcismo do caso excepcional. Imerso na tese metafísica de que Deus não possui vontades particulares, mas só gerais, evita o caso que é excepcional à norma da mesma maneira que a teologia deísta recusa o milagre<sup>35</sup>. Só que, para Schmitt, toda ordem jurídica pressupõe um momento anterior às suas normas, o momento de uma *decisão*. Nenhuma norma é passível de aplicação no caos, a “norma precisa de um meio homogêneo” para que ela possa efetivamente disciplinar as relações sociais<sup>36</sup>. Assim, em um “ordenamento jurídico”, há dois elementos distintos, irreduzíveis: *decisão*, que instaura a ordem, e *norma*, que decorre da ordem.

Há, para Schmitt, uma diferença fundamental entre *norma* e *aplicação da norma*, que deriva da impossibilidade de uma norma conter as condições de sua própria aplicação<sup>37</sup>. Assim, a norma sempre se confronta com uma realidade concreta quando aplicada, e não com uma forma transcendental aprioristicamente vazia<sup>38</sup>, de modo que a tarefa de aplicação do direito não pode atender aos moldes do automatismo judicial de corte labandiano,

---

32 SCHMITT, 1972 [1934], pp. 33-34.

33 Esse é o motivo principal de *Die Diktatur* (1921), obra em que Schmitt trata da exceção *in concreto*: “A ditadura, tal como o ato de legítima defesa, é sempre não só ação, mas também contra-ação. Pressupõe, por isso, que o adversário não se atenha às normas de direito que o ditador reconhece como o fundamento jurídico que confere a medida de sua ação”. Cf. SCHMITT, 2003 [1921], p. 181.

34 SCHMITT, 1972 [1934], p. 34.

35 SCHMITT, 1972 [1934], pp. 70-71. Kelsen chegou a abordar, em escrito de sua lavra, de que modo a Teoria Geral do Estado era influenciada por idéias teológicas. Cf. KELSEN, 1989 [1923], pp. 243-266.

36 SCHMITT, 1972 [1934], pp. 39-40.

37 Schmitt aponta essa heterogeneidade desde suas primeiras obras, como *Gesetz und Urteil* [Lei e Sentença], de 1912: Cf. DELACROIX, 2005, pp. 31-32.

38 SCHMITT, 1972 [1934], p. 59.



que acredita que uma mera subsunção do caso particular à lei geral seria o suficiente para se decidir<sup>39</sup>. A subsunção mostra-se insuficiente porque o conteúdo da decisão judicial não pode ser remetido *plenamente* à norma que se coloca como *ratio decidendi*<sup>40</sup>. Se a determinação do que é direito “não pode ser deduzida da simples qualidade jurídica da norma”, faz-se imprescindível considerar que sempre existe uma *auctoritas interpositio* quando da aplicação da norma: “a norma jurídica como norma decisória só afirma como devem ser decididas as coisas, mas não *quem* deve decidilas”<sup>41</sup>, contudo “para a realidade da vida jurídica, aquilo que importa é *quem* decide”<sup>42</sup>. Daí Schmitt repetir à exaustão em seus escritos uma passagem do capítulo 26 da edição latina de *O Leviatã*, de Hobbes: *auctoritas, non veritas, facit legem*<sup>43</sup> [é a autoridade, e não a verdade, que faz as leis].

A soberania, dessa forma, seria caracterizada pela capacidade de seu titular *decidir sobre a normalidade*. O que significa que a soberania depende da capacidade do soberano de “saber ler a realidade e as exigências do próprio tempo histórico”<sup>44</sup>. Com isso Schmitt quer apontar a necessidade imperativa de uma abordagem *personalista* não somente da soberania: mas do próprio Direito. Assim, o pensamento jurídico normativista pode até alçar a norma a uma condição sublime de inviolabilidade, entretanto uma norma somente disciplina um aspecto da vida quando existe uma normalidade no âmbito da situação concreta a qual ela se dirige: é vã a crença de se regular a vida por meio *exclusivo* de normas.

Tudo leva a crer que Schmitt coloca a decisão como um elemento paralelo à norma; todavia, é mais do que isso. O sentido de sua argumentação consiste em submeter o direito à decisão, à exceção. “A exceção é mais interessante do que o caso normal. O normal não prova nada, a exceção prova tudo; ela não só confirma a regra, mas a própria regra só vive da exceção”<sup>45</sup>. A riqueza do “caso excepcional” (*Ernstfall*) reside em demonstrar de modo cabal que na exceção a ordem prevalece sob a norma, uma

39 SCHMITT, 2002 [1912], pp. 63-64.

40 SCHMITT, 1972 [1934], p. 55.

41 SCHMITT, 1972 [1934], p. 57.

42 SCHMITT, 1972 [1934], p. 58.

43 Cf. KAHN, 2003, p. 70. O paralelo entre Schmitt e a antropologia filosófica de Hobbes é bem traçado por: BARASH, 1995.

44 CASERTA, 2005, p. 141.

45 SCHMITT, 1972 [1934], p. 41.

vez que “o Estado continua existindo, enquanto o direito recua”. Schmitt desenvolve melhor a relação entre decisão e norma quando da presença do caso excepcional por excelência, qual seja o *estado de exceção*:

Como o estado de exceção ainda é algo diferente da anarquia e do caos, no sentido jurídico a ordem continua subsistindo, mesmo sem ser uma ordem jurídica. A existência do Estado mantém, nesse caso, uma indubitável superioridade sobre a validade da norma jurídica. A decisão liberta-se de qualquer ligação normativa e torna-se, num certo sentido, absoluta. No caso da exceção o Estado suspende o direito em função de um, por assim dizer, direito à autopreservação. Os dois elementos do conceito “ordem jurídica” chocam-se entre si e provam sua independência conceitual. Como no caso normal, em que o momento independente da decisão pode ser reduzido a um mínimo, no caso da exceção a norma é eliminada. Mesmo assim, o caso da exceção continua acessível ao reconhecimento jurídico, porque ambos os elementos, tanto a norma quanto a decisão, permanecem no âmbito jurídico.<sup>46</sup>

E é aqui que se vê o quanto Schmitt considera o normativismo de Kelsen para a definição de seu conceito de direito. Digno de nota é o movimento de Schmitt no sentido de destacar “o caráter plenamente jurídico da exceção”<sup>47</sup>. Com isso, ele claramente evita que uma disjunção muito própria a Kelsen, aquela “sociologia do direito *versus* ciência do direito” possa ser aplicada ao seu decisionismo jurídico. Se a exceção não é algo estranho ao direito, então o soberano, aquele que decide sobre ela, “se situa externamente à ordem jurídica vigente, mas mesmo assim pertence a ela, pois é competente para decidir sobre a suspensão total da Constituição”<sup>48</sup>.

O soberano se encontra nessa posição indeterminada porque ela é também própria ao estado de exceção. Como apontou Giorgio Agamben, a localização do estado de exceção em Schmitt não se resume a uma oposição *topográfica* para saber se ele é exterior ou interior ao ordenamento jurídico: na realidade, a relação é *topológica* porquanto a tensão entre “dentro” e “fora” não se desenvolve por uma mútua exclusão, mas sim por uma mútua indeterminação<sup>49</sup>. A exceção é uma relação em que o singular é ex-

---

46 SCHMITT, 1972 [1934], p. 39.

47 KERVÉGAN, 2006, p. 10.

48 SCHMITT, 1972 [1934], p. 34.

49 AGAMBEN, 2004a, p. 39.

cluído da norma geral; mas o que é excluído não deixa de ter relação com a norma geral: a relação é mantida, porém sob a forma de uma *suspensão*. Dessa forma:

Aquilo que está fora vem aqui incluído não simplesmente através de uma interdição ou um internamento, mas suspendendo a validade do ordenamento, deixando, portanto, que ele se retire da exceção, a abandone. Não é a exceção que se subtrai à regra, mas a regra que, suspendendo-se, dá lugar à exceção e somente deste modo se constitui como regra, mantendo-se em relação com aquela. O particular “vigor” da lei consiste nessa capacidade de manter-se em relação com uma exterioridade<sup>50</sup>.

Por isso, a questão do caso excepcional não é um mero problema de *lacuna* no ordenamento jurídico, um dos maiores tabus teóricos do normativismo, que tenta evitá-lo a todo custo mediante o uso paradoxal de princípios tais como “completude do ordenamento jurídico”<sup>51</sup>. Com efeito, para Schmitt *o caso excepcional não provoca uma lacuna interna na norma, mas sim na relação entre a realidade e norma*.

A lacuna se refere à possibilidade de aplicação da norma, como se existisse “uma fratura essencial entre o estabelecimento da norma e sua aplicação que, em caso extremo, só pudesse ser preenchida pelo estado de exceção”; esse preenchimento é propiciado, precisamente, pela criação da “área onde essa aplicação é suspensa, mas onde a lei, enquanto tal, permanece em vigor”<sup>52</sup>. Assim, a exceção demarca a diferença entre “norma de direito” e “norma de realização de direito” (*Rechtsverwirklichung*), ao mesmo tempo em que se apóia nela. Eis o porquê de Schmitt acreditar que “se a exceção ignora o direito, é tão-somente para realizá-lo”<sup>53</sup>.

Aparentemente isso poderia ser observado como uma decorrência da diferença entre norma e decisão, entre a norma e a aplicação da norma, a qual foi discutida ainda há pouco. Na verdade, há, aqui, uma circularidade: o que parece ser decorrência de uma distinção acaba por, paradoxalmente,

---

50 AGAMBEN, 2004b, p. 26.

51 Cf., por exemplo, as considerações de um dos mais ilustres normativistas do século XX, e fiel discípulo de Kelsen: BOBBIO, 1999, pp. 115-122.

52 AGAMBEN, 2004a, p. 49.

53 SCHMITT, 2003 [1921], p. 27.

fundamentá-la. A diferença entre norma de direito e norma de realização de direito aprofunda a compreensão da crítica schmittiana ao normativismo, porquanto demonstra de forma mais forte ainda a heterogeneidade existente entre norma e decisão.

#### 4. Conclusão

Em hora de concluir, impende voltar ao nosso início, à polêmica Kelsen-Schmitt: “quem deve ser o guardião da Constituição?” Pelo que foi aventado nos itens acima, vemos que a contraposição acerca da *soberania* evidencia a anterioridade da polêmica sobre o “guardião”<sup>54</sup>, ao mesmo tempo em que insinua o quanto a solução “institucional” (poder executivo *versus* corte constitucional) depende das crenças teóricas desses dois autores. Vejamos.

De um lado, ao enfrentar estas indagações Schmitt sugeriu o Presidente do *Reich* como sendo a figura apropriada para realizar a guarda da Constituição<sup>55</sup>: por ser ele quem poderia decidir sobre a exceção; porque o Presidente poderia realizar a distinção entre amigo/inimigo<sup>56</sup> – e assim conferir substância “ao político”<sup>57</sup> – mormente mediante a utilização dos decretos de necessidade previstos no art. 48(2) da Constituição de Weimar, pondo fim, com isso, ao “pluralismo” político partidário da República de Weimar<sup>58</sup>. Ao fugir da norma e buscar a “realização do direito”, Schmitt nada mais faz do que confeccionar uma relação de precedência (e por isso superioridade) entre decisão e norma bem ao estilo de seu decisionismo.

De outra banda, partindo de uma concepção normativista de direito, Hans Kelsen tinha proposta diametralmente oposta<sup>59</sup>. Em sua análise, se-

54 HERRERA, 1994, pp. 195-196.

55 Cf. BERCOVICI, 2003, pp. 195-201.

56 As palavras do próprio Schmitt são impressionantes: “O inimigo não é o concorrente ou o adversário em geral. O inimigo não é tampouco o adversário particular que odiamos com base em sentimentos de antipatia. O inimigo é somente um conjunto de homens que combate ao menos virtualmente, isto é com base em uma possibilidade real, e que se contrapõe a um outro agrupamento humano do mesmo gênero. O Inimigo é somente o inimigo *público*, porque tudo que se refere a um agrupamento de tal sorte, e em particular a um povo inteiro, se torna por isso mesmo *público*. O inimigo é o *hostis*, não o *inimicus* em sentido amplo; o πολέμιος [*polémios*], e não o ἐχθρός [*ekhthros*]”. SCHMITT, 1972 [1932], p. 111.

57 HUMMEL, 2005, pp. 35-38.

58 SCHMITT, 1998 [1931], pp. 249-251.

59 Para uma introdução: LIMA, 2003.

ria adequado, para “guardar” a Constituição, um tribunal constitucional, como aquele instaurado na Áustria por força dos artigos 137-148 da Constituição Austríaca de 1920<sup>60</sup>. Kelsen relacionava a garantia da Constituição a uma questão de manutenção da regularidade na formação da pirâmide escalonada que é o ordenamento jurídico<sup>61</sup>. Por tal razão, a “garantia da Constituição” é definida por Kelsen como “o elemento no sistema de medidas técnicas que tem como fim assegurar o exercício regular das funções estatais”<sup>62</sup>. Em síntese: a guarda da Constituição poderia ser feita por um órgão que, agindo tecnicamente, comparasse a lei advinda do Parlamento com as formas prescritas pela Constituição. Esse órgão seria uma corte constitucional que agiria por meio de um ato de legislação negativo<sup>63</sup>. A guarda da Constituição, assim, não deixa de ser uma questão de autorização para criação de uma norma – *rectius* de conteúdo negativo, por se limitar a retirar uma norma existente (positiva) do ordenamento jurídico.

As soluções são diversas, mas há um fio que une as prescrições puras de Kelsen com a verve decisionista de Schmitt. Ambos lutavam para se responder à pergunta: como se conseguir a unidade do Estado? E é o contexto histórico, subjacente às observações de Kelsen e Schmitt, que dá sentido ao texto<sup>64</sup>. O contexto era o de uma república recém-criada a partir dos escombros do *Reich* de Bismarck, a República de Weimar<sup>65</sup>.

Uma espécie de “república sem republicanos”, tamanha era a desconfiança socialmente disseminada em qualquer coisa que não fosse unvida pelo invólucro monárquico. A dificuldade da publicística em descrever o novo edifício constitucional sem o auxílio do “princípio monárquico” (*das monarchisches Prinzip*) é exemplo precioso disso<sup>66</sup>. Sem ele, “tudo teve que

---

60 Kelsen teve grande influência na redação do sétimo projeto de Constituição da Assembléia Constituinte austríaca de 1918-1920, que foi o projeto aprovado, consoante descrito por: SCHMITZ, 2003, pp.249-255.

61 KELSEN, 1995 [1931], p. 4.

62 KELSEN, 1988 [1928], p. 109.

63 TROPER, 1995, pp.157-182.

64 Cf. as considerações metodológicas de: FARR, 1988.

65 A documentação mais completa da transição do II Reich para a República de Weimar é, sem dúvida: LANCHESTER, 1985.

66 Sobre as consequências concretas que o “princípio monárquico” gerava na juspublicística do tempo do Império, Cf. CARVALHO NETTO, 1992, p. 157; HUMMEL, 2002, p. 74. Uma das defesas mais difundidas e eruditas (conquanto não seja a mais intransigente, a mais “conservadora”) é a de JELLINEK, 2004 [1905], pp. 450-454 (em que o princípio monárquico aparece justificando a inadequação do uso do princípio da separação dos poderes em solo germânico).

ser repensado”, pois “o desaparecimento das monarquias, em particular, destruiu o ponto de referência intelectual e a legitimação interna de muitas instituições que se orientavam a partir da monarquia constitucional”<sup>67</sup>.

A monarquia era uma instituição política milenar e, ancorado nela, o *princípio monárquico* foi desenvolvido de modo a tornar o monarca o centro e vértice do Estado. Um artefato que tinha um adversário muito nítido: o constitucionalismo moderno<sup>68</sup>. Não por acaso que os dois principais elementos do Estado de Direito – tal qual prescrito pelo art. 16 da *Déclaration* francesa de 1789 –, direitos individuais e separação dos poderes<sup>69</sup>, eram os principais alvos do princípio monárquico: a ponto de permitir à doutrina alemã conceber direitos fundamentais (*Grundrechte*) como bondosas concessões unilaterais e entender o Parlamento como uma “simples comissão legislativa” do monarca<sup>70</sup>.

Pois bem. Na impossibilidade da utilização do princípio monárquico em uma república de massas, o paradoxo da soberania deveria ser operado de outra maneira; a “unidade na multiplicidade” haveria de assumir outra forma. Esse, o desafio lançado a Kelsen e a Schmitt. Ante esse estado de coisas, é tentador sentenciar que Kelsen concebe a soberania sob o prisma do *direito* enquanto Schmitt o faz sob o ângulo da *política*. Seriam leituras diametralmente opostas mas que teriam em comum o fato de serem acen-tuações unilaterais do papel realizado pela Constituição – que tem como função a de realizar um acoplamento estrutural entre direito e política<sup>71</sup>.

Entretanto, colocar Kelsen como o “jurista por antonomásia” e Schmitt como “político” consiste em uma rotulação de fundo maniqueísta de baixo potencial explicativo. A análise da disputa entre Kelsen e Schmitt acerca da *soberania* nos ofereceu subsídios para ver a questão sob outra ótica. Isso porque Schmitt reconhece o claro caráter jurídico da exceção, uma vez que o soberano, que se apresenta como competente para decidir acerca da exceção, é inserido, sim, na ordem jurídica. Esse postulado do decisionismo é, inclusive, colocado em prática quando Schmitt realiza a fundamentação

---

67 STOLLEIS, 2004, p. 47.

68 DIPPEL, 2007, pp. 1-37.

69 Sobre a aventura da expressão “Estado de Direito” na Alemanha do século XIX, são inexecdíveis as considerações de: COSTA, 2006, pp. 116-139.

70 BARTHÉLEMY, 1905, pp. 744-745.

71 LUHMANN, 1996.

dogmática do Presidente do *Reich* como guardião da Constituição (*Hüter der Verfassung*): seu argumento é todo baseado no texto constitucional.

Mais do que um mero estratagema retórico que teria o azo de evitar que o seu decisionismo jurídico fosse “rotulado” como um “conceito sociológico Estado” por parte de Kelsen, o nexos de precedência, confeccionado por Schmitt, da decisão em relação à norma denuncia a diferença lógica – e não meramente topográfica – entre o direito que é posto e a imposição do direito. O que faz insinuar que a norma não pode conter em si todas as suas condições de aplicação. A teoria do direito pós-giros hermenêutico e pragmático certamente concordaria com tal assertiva – e aqui vem o paradoxo (que tem inclinação fatal para reaparecer): Kelsen, no fim da vida, também.

Em escrito de 1965, intitulado “Direito e Lógica”, Kelsen afirma que todo *dever-ser* somente o é por causa de um *querer*: “não existe norma sem uma vontade que a ponha, isto é não existe norma sem uma autoridade que ponha normas”<sup>72</sup>. É o chamado “giro decisionista”, uma fase da teoria pura em que Kelsen adota um perfil mais realista<sup>73</sup>. Agora, norma é tudo aquilo que um órgão estatal deseja. De se notar a capitulação de Kelsen: o normativismo é decisionista, sim. O direito válido não depende de uma cadeia de validação regressiva, mas sim de um *querer* (ou nos termos de Schmitt: uma decisão).

Curiosa assonância entre Kelsen e Schmitt, essa. Por um lado, a contraposição polêmica ao conceito de soberania de Kelsen constitui, e explica, o decisionismo de Schmitt. Por outro, o tão propagado “giro decisionista”, quando analisado à luz da polêmica sobre a soberania, parece não ter a radicalidade necessária a lhe auferir a alcunha de “giro”. A ênfase na forma e a busca incessante pela pureza parecem ter escondido – não só da teoria do direito como do próprio Kelsen! – um decisionismo que só se fez manifesto na última fase teórica do Mestre de Viena, mas que já se verificava, no mínimo em estado latente, nos seus primeiros escritos. E isso Schmitt não viu.

72 KELSEN, 1980, p. 176.

73 No sentido de aproximação com o movimento jusfilosófico chamado “realismo”.

## 5. Referências bibliográficas

- AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Trad. Iraci Poleti. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004a.
- AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2004b.
- BARASH, Jeffrey Andrew. Hobbes, Carl Schmitt et les apories du décisionisme politique. In: HERRERA, Carlos Miguel (org.). *Le droit, le politique: autour de Max Weber, Hans Kelsen, Carl Schmitt*. Paris: L'Harmattan, 1995.
- BARTHÉLEMY, Joseph. Les théories royalistes dans la doctrine allemande contemporaine: sur les rapports du Roi et des Chambres dans les Monarchies particulières de l'Empire. *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'étranger*, Paris, Tomo 22, 12<sup>o</sup> Ano, p. 720-752, 1905.
- BERCOVICI, Gilberto. Carl Schmitt, o Estado total e o guardião da Constituição. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, N<sup>o</sup> 1, p. 195-201, janeiro-junho de 2003.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10<sup>a</sup> ed. Trad. Maria dos Santos. Brasília: Ed. UnB, 1999.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. La naissance de l'État, processus de sécularisation. In: BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Le droit, l'État et la constitution démocratique: essais de théorie juridique, politique et constitutionnelle*. Trad. Olivier Jouanjan. Bruxelas, Paris: Bruylant; Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2000, p. 101-118.
- BONGIOVANNI, Giorgio. *Reine Rechtslehre e dottrina giuridica dello Stato: Hans Kelsen e la Costituzione Austriaca del 1920*. Milano: Giuffrè, 1998.
- CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5<sup>a</sup> ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- CARRINO, Agostino. *L'ordine delle norme: Stato e diritto in Hans Kelsen*. 3<sup>a</sup> Ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1992.
- CARVALHO NETTO, Menelick de. *A sanção no procedimento legislativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.
- CASERTA, Marco. *La forma e l'identità: democrazia e costituzione in Hans Kelsen e Carl Schmitt*. Torino: Giappichelli Editore, 2005.
- CORSI, Giancarlo. Sociologia da Constituição. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, N<sup>o</sup> 39, p. 171-186, janeiro-junho de 2001 (Trad. Juliana Neuenschwander).



- COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro. ZOLO, Danilo (orgs.). *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. Trad. Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 95-200.
- DELACROIX, Sylvie. Schmitt's critique of kelsenian normativism. *Ratio Juris*, Oxford, Vol. 18, nº 1, p. 29-41, março de 2005.
- DIPPEL, Horst. O constitucionalismo moderno. Introdução a uma história que está por escrever. In: DIPPEL, Horst. *História do constitucionalismo moderno: novas perspectivas*. Trad. António Manuel Hespanha e Cristina Nogueira da Silva. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2007, p. 1-37.
- DYZENHAUS, David. *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- FARR, James. Conceptual change and constitutional innovation. In: BALL, Terence; POCOCK, John Greville Agard (orgs.). *Conceptual change and the Constitution*. Lawrence: University Press of Kansas, 1988.
- FIORAVANTI, Maurizio. Kelsen, Schmitt e la tradizione giuridica dell'Ottocento. In: FIORAVANTI, Maurizio. *La scienza del diritto pubblico: dottrine dello Stato e della costituzione tra Otto e Novecento*. Vol. II. Milano: Giuffrè, 2001.
- HERRERA, Carlos Miguel. La polemica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución. *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, Nº 86 – nueva época, p. 186-228, outubro-dezembro de 1994.
- HUMMEL, Jacky. *Le constitutionnalisme allemand (1815-1918): le modèle allemand de la monarchie limitée*. Paris: Presses Universitaires de France, 2002.
- HUMMEL, Jacky. *Carl Schmitt: l'irréductible réalité du politique*. Paris: Éditions Michalon, 2005.
- JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*. Trad. Fernando de los Ríos. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2004 [1905, 2ª ed.]
- KAHN, Victoria. Hamlet or Hecuba: Carl Schmitt's decision. *Representations*, Berkeley (California), Vol. 83, nº 1, p. 65-80, verão de 2003.
- KELSEN, Hans. Diritto e logica. In: GUASTINI, Riccardo (org.). *Problemi di teoria del diritto*. Bolonha: il Mulino, 1980 [1965].
- KELSEN, Hans. La garantía jurisdiccional de la Constitución: la Justicia Constitucional. In: KELSEN, Hans. *Escritos sobre la Democracia y el Socialismo*. Madrid: Editorial Debate, 1988 [1928].
- KELSEN, Hans. *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale: contributo per um dottrina pura del diritto*. Ed. Agostino Carrino. Milano: Giuffrè, 1989 [1920].

- KELSEN, Hans. Dios y Estado. In: CORREAS, Óscar (org.). *El otro Kelsen*. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989 [1923].
- KELSEN, Hans. *Quien debe ser el defensor de la Constitución?* Ed. Eugenio Bulygin. Madrid: Tecnos, 1995 [1931].
- KELSEN, Hans. *Il concetto sociologico e il concetto giuridico dello Stato: studio critico sul rapporto tra Stato e diritto*. Ed. Agostino Carrino. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1997 [1922].
- KERVÉGAN, Jean-François. *Hegel, Carl Schmitt: o político entre a especulação e a positividade*. Trad. Carolina Huang. Barueri: Manole, 2006.
- LANCHESTER, Fulco. *Alle origini di Weimar: il dibattito costituzionalistico tedesco tra il 1900 e il 1918*. Milano: Giuffrè, 1985.
- LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. A guarda da Constituição em Hans Kelsen. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, Nº 1, p. 201-220, janeiro-junho de 2003.
- LUHMANN, Niklas. La Costituzione come acquisizione evolutiva. In: ZAGREBELSKY, Gustavo. PORTINARO, Pier Paolo. LUTHER, Jörg (orgs.). *Il Futuro della Costituzione*. Torino: Einaudi, 1996, pp. 83-128.
- MANNONI, Stefano. Relazioni Internazionali. In: FIORAVANTI, Maurizio (org.). *Lo Stato moderno in Europa: istituzioni e diritto*. 2ª ed. Bari: Laterza, 2003.
- MARRAMAIO, Giacomo. Pouvoir et puissance: à propos de Carl Schmitt. In: HERRERA, Carlos Miguel (org.). *Le droit, le politique: autour de Max Weber, Hans Kelsen, Carl Schmitt*. Paris: LHarmattan, 1995.
- MARRAMAIO, Giacomo. *Céu e Terra: genealogia da secularização*. Trad. Guilherme Andrade. São Paulo: Unesp, 1997.
- MERKL, Adolf Julius. Il sistema kelseniano di teoria pura del diritto. In: MERKL, Adolf Julius. *Il duplice volto del diritto: il sistema kelseniano e altri saggi*. Ed. Carmelo Geraci. Milano: Giuffrè, 1987 [1921].
- PASSERIN D'ENTRÈVES, Alessandro. *La Dottrina dello Stato: elementi di analisi e di interpretazione*. 2ª ed. Torino: Giappichelli, 1967.
- SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite. Notas sobre a constituição do direito público na idade moderna: a doutrina das leis fundamentais. *Seqüência – Revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC*, Florianópolis, Ano XXVI, número 53, p. 197-232, dezembro de 2006.
- SCHMITT, Carl. Il concetto di “politico”: texto del 1932 con una premessa e tre corollari”. In: SCHMITT, Carl. *Le categorie del “politico”*. Ed. Gianfranco Miglio e Pierangelo Schiera. Bologna: il Mulino, 1972 [1932].

- SCHMITT, Carl. Teologia Política: quattro capitoli sulla dottrina della sovranità. In: SCHMITT, Carl. *Le categorie del "politico"*. Ed. Gianfranco Miglio e Pierangelo Schiera. Bologna: il Mulino, 1972 [1934, 2ª Ed.], p. 29-86.
- SCHMITT, Carl. A era das neutralizações e despolitizações. In: SCHMITT, Carl. *O conceito do político*. Trad. Álvaro Valls. Petrópolis: Vozes, 1992 [1929], pp. 106-120.
- SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución [Der Hüter der Verfassung]*. Trad. Manuel Sanchez Sarto. 2ª ed. Madrid: Tecnos, 1998 [1931].
- SCHMITT, Carl. Sobre os três tipos do pensamento jurídico. Trad. Peter Naumann. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a fundamentação do direito*. São Paulo: Max Limonad, 2001 [1934], pp. 161-217.
- SCHMITT, Carl. Statute and Judgement [*Gesetz und Urteil*]. In: JACOBSON, Arthur.
- SCHLINK, Bernhard (orgs.). *Weimar: a jurisprudence of crisis*. Berkeley: University of California Press, 2002 [1912].
- SCHMITT, Carl. *La dictadura: desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*. Trad. José Díaz Gracia. Madrid: Alianza Editorial, 2003 [1921]
- SCHMITT, Carl. *The Nomos of the Earth in the International Law of the Jus Publicum Europaeum*. Ed. G. L. Ulmen New York: Telos Press, 2006 [1950].
- SCHMITZ, Georg. The Constitutional Court of the Republic of Austria 1918-1920. *Ratio Juris*, Oxford, Vol. 16, nº 2, p. 240-267, junho de 2003.
- STOLLEIS, Michael. *A History of Public Law in Germany 1914-1945*. Trad. Thomas Dunlap. Oxford: Oxford University Press, 2004.
- TROPER, Michel. Kelsen et le contrôle de constitutionnalité. In: HERRERA, Carlos Miguel (org.). *Le Droit, le politique: autour de Max Weber, Hans Kelsen, Carl Schmitt*. Paris: L'Harmattan, 1995, p. 157-182.
- WALTER, Robert. La dottrina del diritto di Hans Kelsen. In: WALTER, Robert. *La teoria di Kelsen: contributi alla dottrina pura del diritto*. Trad. Antonino Scalone. Torino: Giappichelli, 2005.

Recebido em junho/2010

Aprovado em novembro/2010