

# O DECISIONISMO JURÍDICO DE CARL SCHMITT

RONALDO PORTO MACEDO JÚNIOR

A rubrica "decisionismo jurídico" está irremediável e definitivamente ligada ao pensamento jurídico de Carl Schmitt. Embora seja possível identificar uma corrente contemporânea também associada com o conceito de decisionismo (especialmente o sociólogo alemão Niklas Luhmann<sup>1</sup>), é certo que o nome de Schmitt é uma referência essencial para a compreensão do significado do decisionismo.

É possível identificar dois momentos da reflexão schmittiana sobre o problema da decisão. O primeiro deles reporta-se à uma obra de juventude do jurista alemão publicada em 1912, *Gesetz und Urteil. Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis* (Lei e Juízo. Um Exame do Problema da Práxis Jurídica). Este trabalho analisa de maneira sistemática a questão da decisão judiciária como elemento da práxis jurídica. Um segundo momento refere-se às suas pesquisas sobre a teoria da ditadura e da soberania, que são desenvolvidas principalmente em suas obras *Politische Theologie* (Teologia Política), de 1922 e *Verfassungslehre* (Teoria da Constituição), do mesmo ano. Nestas o autor define soberania como a decisão no estado de exceção, da qual depende a validade de todo ordenamento jurídico.

Nas palavras de Schmitt: "Para o jurista de tipo decisionista a fonte de todo o 'direito', isto é de todas as normas e os ordenamentos sucessivos, não é o comando enquanto comando, mas a autoridade ou soberania de uma *decisão* final, que vem tomada junto com o comando"<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> De Niklas Luhmann são importantes as obras *Legitimação pelo Procedimento* (Brasília, Editora da UnB, 1980); *Sociologia do Direito*, vols I e II (Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1985); *O Poder* (Brasília, Ed. da UnB, 1985); *La Differenziazione del Diritto* (Bolonha, Il Mulino, 1990); "The self-reproduction of law and its limits" in *Dilemmas of Law in the Welfare State* (European University Institute, Berlin, 1985).

<sup>2</sup> Schmitt, Carl. *Über die drei Arten des Rechts-wissenschaftlichen Denkens* (Sobre as Três Formas do Pensamento Jurídico). Hamburg, Hanseatische Verlagsanstalt, 1934. Trad. italia-

Tal concepção, segundo Schmitt, foi inicialmente desenvolvida por Bodin e posteriormente por Hobbes. É este último, todavia, que desenvolve o conceito clássico de decisionismo no século XVII.<sup>3</sup> Para Hobbes, segundo a interpretação schmittiana<sup>4</sup>, "todo o direito, todas as normas e leis, todas as interpretações de leis, todos os ordenamentos são substancialmente decisões do soberano, e soberano não é um monarca legítimo ou uma instância competente, mas exatamente aquele que decide como soberano. O direito é a lei e a lei é o comando que decide sobre controvérsias em torno do direito: "Auctoritas, non veritas facit legem"<sup>5</sup>.

Ao analisar o decisionismo jurídico Schmitt observa que "juridicamente pode-se retrair o fundamento último de tudo que tem validade e valor jurídico *num processo da vontade, numa decisão*. Somente tal decisão está em condição de criar 'direito'. A sua 'força' jurídica não pode ser derivada da força jurídica de regras precedentes, relativas às próprias decisões. Com efeito, também uma decisão não correspondente a nenhuma regra cria direito. Esta força jurídica de decisões contrárias à regra cria direito. Tal força jurídica de decisões contrárias à norma é própria de cada 'ordenamento jurídico'<sup>6</sup>.

na parcial de Gianfranco Miglio e Pierangelo Schiera, *I tre tipi di pensiero giuridico, in Le Categorie del "Político"* (Bolonha, Il Mulino, 1972), p. 261.

<sup>3</sup> *id.*, pág. 263 (tradução italiana).

<sup>4</sup> Sobre a interpretação schmittiana de Hobbes muito se teria a falar. Vale lembrar que Schmitt chegou a escrever um livro sobre o filósofo inglês, *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes* (Hamburg, 1938; tradução italiana a cura di Carlo Galli. *Scritti su Hobbes*, Ed. Giuffrè, 1986). Certo é que, no contexto da discussão dos três tipos de pensamento jurídico, Schmitt acaba por mutilar o pensamento de Hobbes, isolando-o de suas premissas jusnaturalistas e pré-estatais. O procedimento de Schmitt se justifica, todavia, tendo em vista que o seu propósito em *Sobre as Três Formas do Pensamento Jurídico* é o de elaborar tipos ideais, no sentido weberiano, mais do que proceder a uma acurada análise histórica do pensamento de Hobbes (sobre este ponto ver Zaccaria, Giuseppe. La critica del normativismo giuridico e metagiuridico nella teoria del diritto di Carl Schmitt, pág. 142 e Biral, Alessandro. Schmitt interprete di Hobbes, págs. 103-126, ambos in Duso, Giuseppe (org.). *La Política Oltre lo Stato*. Venezia, Istituto Gramsci Veneto, Arsenale Cooperativa Editrice, 1981). Sobre o pensamento de Hobbes ver as obras de Schmitt (*Scritti su Hobbes*, op. cit.) e de Leo Strauss, *The Political Philosophy of Hobbes. Its basis and its genesis* (Chicago, University of Chicago Press, 1984). Ver também a importante resenha dele ao livro *O conceito do Político* contida em *Carl Schmitt- Leo Strauss et la notion de politique - un dialogue entre absents* (Paris, Commentaire Julliard, 1990, págs. 129-160). Vale notar que, para Hobbes, é o contrato social e não a decisão do soberano que determina a gênese do ordenamento jurídico. Sobre isso ver de Pier Paolo Portinaro, *La crisi dello jus publicum europaeum. Saggio su Carl Schmitt* (Milão, Edizioni di comunità, 1982), pag. 92. Ver também Norberto Bobbio, *Thomas Hobbes* (Rio de Janeiro, Campus, 1991, trad. Carlos Nelson Coutinho), pp.101-53. Para Schmitt, ao contrário, o ordenamento nasce de uma ordem posta por uma decisão. A decisão que instaura uma normalidade é originada de um nada normativo. Voltarei a este tema posteriormente.

<sup>5</sup> Schmitt, Carl. *I Tre Tipi di Pensiero Giuridico*, op. cit., p.263.

<sup>6</sup> *id.*, p.261.

Segundo Schmitt, para o jurista de tipo decisionista a fonte de todo o "direito", isto é de todas as normas e os ordenamentos sucessivos, não é o comando enquanto comando, mas a autoridade ou soberania de uma "decisão" final, que vem tomada juntamente com o comando<sup>7</sup>. Por tal motivo, o fundamento do direito não é qualquer espécie de razão prática, mas sim uma decisão soberana que instaura, a partir do nada, uma ordem pondo fim ao caos. Daí a proximidade que encontramos entre o decisionismo e o romantismo político, temas aos quais Schmitt dedicou alguns estudos<sup>8</sup>.

## NORMALIDADE E EXCEÇÃO

Em seu prefácio de 1933 à *Teologia Política*, Schmitt indica algumas das deficiências dos três tipos puros de pensamento jurídico desenvolvidos em sua obra *Sobre as Três Formas do Pensamento Jurídico*. Neste prefácio observa que o normativista puro pensa através de normas impessoais. O decisionista estabelece o justo através de uma decisão pessoal. O pensamento institucionalista se articula em instituições e conformações suprapessoais. Por outro lado, o normativista "degenerado" faz do direito uma mera função de uma burocracia estatal e o decisionista também "degenerado" se encontra sempre em perigo de fracassar fazendo uma "pontualização do momento". Desse modo, um pensamento isoladamente institucional conduz ao pluralismo de um crescimento privado de soberania, do tipo casta-feudal<sup>9</sup>.

Pode-se perceber, a partir de tais considerações, que para Schmitt a "boa teoria do direito" ("adequada")<sup>10</sup> será encontrada num novo tipo de pensamento jurídico, que combina institucionalismo (ou pensamento da ordem, como prefere)<sup>11</sup> e, em particular, decisionismo, numa concepção clara e radical de soberania<sup>12</sup>.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p.261.

<sup>8</sup> Sobre a relação entre o romantismo e o decisionismo, ver o importante livro de Schmitt, *Romanticismo Político* (Milão, Ed. Giuffrè, 1981). Analisei tal relação em minha dissertação de mestrado apresentada junto ao departamento de Filosofia da FFCL da USP, intitulada "Carl Schmitt e a Fundamentação do Direito. A formação do decisionismo institucionalista schmittiano entre os anos 1920 e 1940", especialmente pp. 40-64.

<sup>9</sup> Schmitt, *Teologia Política*, in *Le Categorie del "Político"*, op.cit. p. 30.

<sup>10</sup> Schmitt, *I tre tipi di pensiero giuridico*, op. cit. p. 67.

<sup>11</sup> *Ibid.*, p.58.

<sup>12</sup> Neste ponto seria interessante observar que a grande crítica que se poderia fazer à obra de Ewald *L'État Providence* (Paris, Grasset, 1986) seria o não desenvolvimento de uma clara teoria da soberania, que, segundo ele, teria desaparecido no Estado Providência. Ver Macedo Jr. "Foucault: O poder e o direito". *Tempo Social*, vol. 2, n. 1, 1990, p. 171. Ver também, a crítica a Duguit feita por Schmitt em *La Notion du Politique* (Paris, Calmann-Lévy, s/d), p.81.

Famoso é o slogan schmittiano, com o qual inicia sua obra *Teologia Política*, segundo o qual "soberano é quem decide sobre o Estado de exceção"<sup>13</sup>. Tal fórmula tem gerado uma série de equívocos por parte dos intérpretes que vêem em Schmitt um teórico do Estado de exceção, esquecendo-se de sua preocupação científica de explicar o fenômeno jurídico e explorar o conceito de exceção, como ele próprio diz, enquanto um conceito-limite para a explicação do direito. Tanto é assim que em seguida ao seu polêmico enunciado acrescenta: "Esta definição pode ser apropriada ao conceito de soberania, somente enquanto este se assuma como conceito limite. Com efeito, conceito limite não significa um conceito confuso, como na terminologia espúria da literatura popular, mas sim um conceito relativo à esfera mais externa. A isto corresponde o fato de que a sua definição não pode aplicar-se ao caso normal, mas ao caso limite"<sup>14</sup>. Em seguida, continua Schmitt, "a decisão sobre a exceção é decisão num sentido eminente, pois que uma norma geral, contida no artigo de lei normalmente vigente, não pode jamais compreender uma exceção absoluta e não pode, por isso, nem dar fundamento pacificamente à decisão que lá se encontra de frente a um verdadeiro e próprio caso de exceção"<sup>15</sup>.

Como se vê, portanto, Schmitt analisa o Estado de exceção como uma situação limite, não deixando de compreender que o poder de exceção não raro está apoiado em *instituições* e normas da normalidade anterior.<sup>16</sup> Por tal motivo, entende-se a razão pela qual é, por vezes, difícil discriminar *in concreto* quem detém o poder soberano — quem é o sujeito da soberania — questão que, segundo Schmitt, sintetiza a própria questão da soberania.<sup>17</sup> "Não se pode afirmar com clareza incontroversa quando não subsista um caso de emergência, nem se pode descrever, do ponto de vista do conteúdo, que coisa possa ocorrer quando realmente se trata do caso extremo de emergência e de sua superação. Tanto o pressuposto quanto o conteúdo da competência são aqui necessariamente ilimitados. Assim, do ponto de vista do Estado de Direito não subsiste nenhuma competência. A constituição pode, no máximo, indicar quem deve agir num caso específico. Se esta ação não é submetida a nenhum controle, se ela

<sup>13</sup> Schmitt, *Teologia Política*, *op.cit.* p.33.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p.33.

<sup>15</sup> *Ibid.*, p.33.

<sup>16</sup> Assim como no caso do golpe de Estado de 1964 no Brasil, o poder "revolucionário" invocou princípios constitucionais para fundamentar e "validar" parte dos atos que eram instituídos. Neste sentido ver de J.A. Giannotti "Identidade e soberania popular" (mimeo). Vale ainda notar que para Schmitt a própria Constituição pode ser vista como uma das instituições de uma sociedade. Ver Schwab, George. *Carl Schmitt: La sfida dell'eccezione*. Roma, Laterza, 1986, pp.131-32 e p.182.

<sup>17</sup> Schmitt, *Teologia Política*, *op.cit.* pág. 34.

não é repartida de qualquer modo, segundo a práxis da Constituição do Estado de Direito, entre diversas instâncias que se controlam e se equilibram alternadamente, então torna-se automaticamente claro quem é o soberano. Ele decide tanto sobre o fato, se subsiste o caso extremo de emergência, quanto sobre o fato de que coisa se deva fazer para superá-lo. *Ele está de fora do ordenamento jurídico normalmente vigente e, todavia, pertence a este, pois que a ele cabe a competência de decidir se a constituição "in toto" pode ser suspensa*".<sup>18</sup> Poder-se-ia dizer que a soberania é um fenômeno externo ao ordenamento, às regras do jogo jurídico. Soberanas não são as regras do jogo; soberano é quem estabelece o início do jogo jurídico.

A propósito, afirma Schmitt: "de que modo porém a unidade e o ordenamento sistemáticos podem, num caso concreto, suspender-se por si, é difícil de estabelecer. É, todavia, um problema jurídico, na medida em que o Estado de Exceção se diferencia do caos jurídico, de qualquer tipo de anarquia. A tendência do Estado de Direito de regular do modo mais detalhado possível o Estado de Exceção exprime, na realidade, somente a tentativa de descrever exatamente o caso no qual o direito se suspende por si"<sup>19</sup>.

Carl Schmitt observa que a literatura política normalmente está de acordo sobre o conceito clássico de soberania, segundo o qual é soberano o poder supremo, não derivado. Importa, todavia, aprofundar esta questão e analisar em que condições tal poder soberano pode ser exercido.

Bodin teria sido o primeiro teórico a apresentar uma definição de soberania voltada para o caso crítico, qual seja, o Estado de Exceção. Ao fazê-lo, Bodin introduziu a noção de decisão no conceito de soberania.<sup>20</sup> A contribuição de Bodin é normalmente citada, mas esquece-se de mencionar que nos *Seis Livros da República* ele observa que as promessas que o príncipe faz às classes ou ao povo anulam a sua soberania. "Se em um caso similar o príncipe deve preliminarmente interpelar um senado ou o povo, isso quer dizer que ele deve fazer-se autorizado por seus súditos. Mas isso aparece como um absurdo para Bodin; com efeito ele sustenta que, uma vez que nem as classes são padrões da lei, também estes deveriam, por sua vez, fazer-se autorizar por seus princípios, e dessa maneira, a soberania seria 'jouée à deux parties'; soberano seria ora o povo, ora o príncipe, o que vai contra qualquer razão e qualquer direito".<sup>21</sup>

Conforme já foi salientado anteriormente, neste texto de 1922

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 34 (meu grifo).

<sup>19</sup> *Ibid.*, p. 40.

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 35.

<sup>21</sup> *Ibid.*, p. 36.

(*Teologia Política*), Schmitt ainda não distingue os três tipos de pensamento jurídico, razão pela qual afirma que "com efeito cada ordem repousa sobre uma decisão, e também o conceito de ordenamento jurídico, que vem acriticamente empregado como qualquer coisa que se explica por si, contém em si a contraposição dos dois diversos elementos do dado jurídico. *Também o ordenamento jurídico, como qualquer outra ordem, repousa sobre uma decisão e não sobre uma norma*"<sup>22</sup>.

Conforme se vê neste texto da década de 1920, Schmitt distingue dois possíveis fundamentos para o direito: a decisão e a norma, considerando o próprio ordenamento, aqui entendido em sua acepção normativista<sup>23</sup>, como algo derivado da decisão. Tal posição será modificada em 1934, quando o ordenamento passa a ser entendido como fundamento do direito e instância capaz de fornecer elementos para a decisão soberana.

Ainda com relação a este propósito, é interessante observar que para Schmitt a própria questão da soberania perderia boa parte de sua importância, caso fosse possível estabelecer as diversas esferas de competência durante uma situação de anormalidade. "Se fosse possível estabelecer as competências que vêm atribuídas para o caso de exceção — seja mediante um controle recíproco, seja mediante uma delimitação temporal, seja, enfim, como na regulamentação do Estado de assédio no Estado de direito, mediante a enumeração das competências extraordinárias — em tal caso, o problema relativo à soberania representaria um grande passo para trás, mesmo que não fosse eliminado. Na prática, uma ciência do direito (jurisprudência) orientada às questões da vida de cada dia e dos assuntos ordinários não tem nenhum interesse para o conceito de soberania".<sup>24</sup>

Isso porque, adianta Schmitt: "como no caso de normalidade o momento autônomo da decisão pode ser reduzido a um mínimo, do mesmo modo, no caso de exceção é anulada a norma"<sup>25</sup> "... Todavia, também o caso da exceção torna-se acessível ao conhecimento jurídico, pois que ambos os elementos, a norma como a decisão (e poderíamos acrescentar o ordenamento concreto), permanecem no âmbito do dado

<sup>22</sup> *Ibid.*, p.37 (meu grifo).

<sup>23</sup> Como por exemplo na *Teoria Pura do Direito* de Hans Kelsen (Coimbra, Armênio Amado Editor, 1974) ou na *Teoria do Ordenamento Jurídico* de Norberto Bobbio (Brasília, Polis, 1989).

<sup>24</sup> Schmitt, *Teologia Política*, *op. cit.*, p.38. Neste texto é clara a posição ainda nitidamente positivista de Schmitt, que será duramente criticada em *I tre tipi di pensiero giuridico*, *op. cit.*, p.56 e p.58). Neste momento Schmitt, a exemplo de Kelsen, procura uma definição pura de soberania.

<sup>25</sup> Schmitt, *Teologia Política*, *op. cit.*, p.39.

<sup>26</sup> *Ibid.*, p.39.

jurídico"<sup>26</sup>. Por tal razão, para Schmitt a decisão não é um elemento extra ou meta jurídico, externo ao direito, de significado apenas sociológico, mas, ao contrário, é um elemento formal especificamente jurídico. A decisão soberana é, assim, o elemento formal que dá fechamento ao sistema jurídico e desempenha, neste sentido, a função análoga àquela desempenhada pela norma fundamental no sistema kelseniano. Sobre o assunto, aliás, Norberto Bobbio escreveu com muita propriedade que tanto a soberania como a norma fundamental kelseniana ocupam o mesmo lugar do ponto de vista lógico na fundamentação do direito: "Os dois conceitos-limite relativamente ao positivismo jurídico e à doutrina do Estado de Direito são a *summa potestas*, a soberania, e a norma fundamental. É sabido quantas (inúteis) discussões suscitou a teoria da norma fundamental kelseniana. Somente tomando em consideração, como se faz aqui, a imbricação entre a teoria do poder e a doutrina do direito, se pode chegar a uma conclusão. *A norma fundamental tem numa teoria normativa do direito a mesma função que tem a soberania numa teoria política ou, caso se queira, potestativa do direito: tem a função de fechar o sistema. Com a seguinte diferença: a norma fundamental tem a função de fechar um sistema fundado sobre o primado do direito sobre o poder; a soberania tem a função de fechar um sistema fundado sobre o primado do poder sobre o direito.* Enquanto o poder soberano é o poder dos poderes, a norma fundamental é a norma das normas. Se faz a objeção de que a norma fundamental não é uma norma como todas as outras, mas sim uma simples hipótese da razão. Mas o poder supremo não é também uma hipótese da razão?"<sup>27</sup>

A decisão soberana desempenha papel análogo à norma fundamental kelseniana porque --cada norma geral reclama, exige, uma estruturação normal de relações de vida, sobre os quais ela pode de fato de encontrar aplicação e que ela submete à própria regulamentação normativa. A norma tem necessidade de uma situação média homogênea. Esta normalidade de fato não é simplesmente um 'pressuposto externo' que o jurista pode ignorar; ela diz respeito, ao contrário, diretamente a sua eficácia imanente. Não existe nenhuma norma que seja aplicável a um caos. Primeiro deve ser estabelecida uma ordem: somente então tem sentido um ordenamento jurídico. É necessário criar uma situação normal, e soberano é aquele que decide de um modo definitivo se este estado de normalidade vigora realmente. Cada direito é 'direito aplicável à uma situação'. O soberano cria e garante a situação como um todo na sua totalidade. Ele tem o

<sup>27</sup> Bobbio, "Dal Diritto al Potere e vice-versa". *Diritto e Potere. Saggi su Kelsen*. Milão, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992, p. 153.

monopólio da decisão última. Nisto está a essência da soberania estatal, que então não deve ser juridicamente definida propriamente como monopólio da sanção ou do poder, mas como monopólio da decisão..."<sup>28</sup>

A partir das considerações anteriores é possível perceber que Schmitt interessa-se pelo caso excepcional porque ele evidencia o papel da soberania que fica obscurecido durante o período de normalidade. Entretanto, conforme indaga George Schwab: "O que faz o soberano no tempo de normalidade? O soberano dorme no tempo de normalidade para acordar no período de exceção".<sup>29</sup> Tal preocupação do jurista alemão poderia ser comparada com as investigações na área da filosofia e história da ciência iniciadas a partir de obras como *A Estrutura das Revoluções Científicas* de Thomas Kuhn.<sup>30</sup> Este autor procurou enfatizar o papel das estruturas sociais e articulações de poder-saber (diria Foucault) para explicar os momentos de ruptura dos paradigmas científicos. Analogamente, Schmitt quer explicar o fundamento do direito, privilegiando, em termos estritamente analíticos, os momentos de exceção e revolução política. Completando a analogia anterior, poder-se-ia dizer que os cientistas do direito até hoje, como Kelsen, preocuparam-se com a situação de normalidade, excluindo os momentos de crise como sendo de interesse científico ou mesmo negando a sua cognoscibilidade.

O texto sobre as *Três Formas do Pensamento Jurídico*, de 1933, ao procurar um fundamento do Direito nas instituições sociais ou na "ordem concreta", como prefere Schmitt, traz uma enorme novidade para a definição do conceito de soberania. Neste texto afirma o jurista alemão que "O próprio Estado é para o modo de pensar institucionalista não mais uma norma ou um sistema de normas, *nem tampouco uma mera decisão soberana, mas sim a Instituição das Instituições, em cuja ordem inúmeras outras Instituições (em si mesmas autônomas) encontram sua defesa e ordem*"<sup>31</sup>.

Percebe-se que neste texto de 1933 Schmitt reconhece que o fundamento do direito e da soberania não é mais a decisão soberana de um poder político superior, mas sim está baseado nas instituições, as quais, por sua vez, remetem à uma instituição das instituições que não é mais necessariamente o Estado, mas pode ser o Estado, o Movimento e o Povo. "O Estado do presente não é mais bipartido em Estado e Sociedade, mas construído em três fileiras de Ordem : Estado, Movimento e Povo. O Estado como Ordem especial no interior da unidade política não tem mais o monopólio do político, mas é apenas um órgão do comando do Movimento".<sup>32</sup>

<sup>28</sup> Schmitt, *Teologia Política*, pp.39-40.

<sup>29</sup> Ver Schwab, *op.cit.*, p.85.

<sup>30</sup> Kuhn, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo, Perspectiva.

<sup>31</sup> Schmitt, *I tre tipi di pensiero giuridico*, *op. cit.*, p.57 (meu grifo).

<sup>32</sup> *Ibid.*, pp.66-67.



É importante, todavia, não exagerar nas diferenças. Schmitt não abandona totalmente o seu decisionismo ao tratar da questão da soberania. Poder-se-á, talvez, falar num "decisionismo mitigado" do pensador alemão a partir de 1933, nos seguintes termos. Para Schmitt o Estado Social, o Estado Administrativo (ou o Estado Providência, como diria François Ewald) ainda adota uma concepção hobbesiana de soberania e sobre a medida do direito. Substituiu-se, é verdade, a vontade do soberano pela vontade social, o soberano "democratizou-se", mas não há nenhuma medida de sua extensão.<sup>33</sup> A sociedade não tem medida externa, uma "Physis", um exterior. Desse modo, percebe-se que a autocrítica schmittiana no texto de 1933 ainda é comprometida com uma concepção hobbesiana de soberania. Schmitt continua fiel ao lema hobbesiano: "Auctoritas non veritas facit legem". Todavia, agora as instituições também são fontes da "Auctoritas".

A passagem do pensamento do Schmitt de 1922 para o Schmitt de 1933 está justamente no abandono de uma concepção voluntarista *strictu sensu* de soberania (hobbesiana), na qual soberana é a decisão do príncipe ou ditador numa situação de caos, para uma concepção ainda hobbesiana, mas agora *lato sensu* de soberania, na qual a vontade social é expressa por meio de instituições. Tais instituições se reportam, na situação limite de excepcionalidade, à Instituição das Instituições, vale dizer, o "status de um povo e da unidade política"<sup>34</sup>. Numa situação de normalidade, as instituições voltam a existir com uma aparente independência uma das outras. O poder soberano da Instituição das Instituições volta a dormir para acordar no período de exceção.

Importa notar que tal concepção hobbesiana de soberania de Schmitt o afasta do pluralismo jurídico implícito no institucionalismo de Hauriou ou Santi Romano. Para Schmitt, as instituições e o direito que nelas se fundamentam reportam-se a um poder soberano. O poder soberano ainda é um conceito correlato e essencial para a definição do direito. Ao contrário, para Romano e Hauriou o direito fundamenta-se, origina-se, de diversas fontes autônomas que coexistem numa dada sociedade.

O conceito de normalidade utilizado por Schmitt e a sua relação com o seu conceito simétrico, qual seja, a exceção, constituem-se em ponto absolutamente central para a compreensão do seu pensamento. Schmitt é conhecido como o filósofo da exceção, do ocasionalismo excepcional

<sup>33</sup> Sobre este tema ver o interessante ensaio de Carlos Alberto Moura, "Hobbes, Locke e a medida do direito" (*Filosofia Política*, nº 6, L & PM Editores, 1991), pp.141-54. Neste ensaio Moura demonstra como as teorias da soberania em Hobbes, Bodin e Rousseau pertencem a uma mesma "família" de pensamento.

<sup>34</sup> Schmitt, *Teoria de la Constitución*, op. cit. p.205. Esta é a maneira pela qual Schmitt define o Estado em 1922.

romântico. Esta é, por exemplo, a interpretação que dele faz Karl Löwith.<sup>35</sup> Para o jurista alemão "a normalidade não explica nada, a exceção explica tudo" (*Teologia Política*). Para ele, "cada tipo de consideração jurídica de termos compostos como 'ordenamento jurídico', 'soberania da lei', 'validade das normas' torna possível os dois distintos tipos de pensamento jurídico: o tipo abstrato, fundado sobre regras e sobre normas, e aquele concreto fundado sobre o ordenamento. Para o jurista do primeiro tipo, que individua o direito em regras e leis gerais, pré-constituídas, independente da situação concreta, cada manifestação da vida jurídica — cada comando, cada medida, cada contrato, cada decisão — se torna uma norma, cada ordenamento e comunidade concreta se resolve numa série de normas dotadas de validade, cuja 'unidade' ou cujo 'sistema' é, por sua vez, somente normativo. Para ele, o ordenamento consiste substancialmente no fato que uma situação concreta corresponda a normas gerais, pelas quais ela é comparada. De outra parte, exatamente esta 'correspondência' constitui um difícil e insolúvel problema lógico, a partir do momento em que o pensamento normativista, quanto mais puro é, tanto mais conduz a uma fratura cada vez mais drástica entre norma e realidade, entre dever-ser e ser, entre regra e comportamento concreto. Todas as normas válidas estão 'em ordem', enquanto valem naturalmente; a 'desordem' da situação concreta não interessa ao normativista, que somente está interessado na norma. Agora, todavia, o comportamento concreto não pode jamais ser, do ponto de vista normativista, desordem em contraposição à ordem"<sup>36</sup>.

Tal consideração explica o motivo pelo qual para o normativista de tipo kelseniano um crime não é uma violação da lei, nem tampouco um fato antijurídico. Antes ao contrário, para Kelsen o crime é o fato jurídico por excelência, é a conduta que corresponde à lei penal, não havendo, portanto, motivo para se falar em violação. Na sua *Teoria Pura do Direito* temos: "Na designação de 'não-direito' (ilícito), 'contradição-com o Direito', 'violação-do-Direito' exprime-se a idéia de uma negação do Direito, a representação de algo que está fora do Direito e contra ele, que ameaça, interrompe, ou mesmo suprime a existência do Direito. Esta representação induz a erro. Ela nasce do fato de interpretarmos como contradição lógica a relação entre uma norma que prescreve uma determinada conduta e uma conduta fática que é o oposto da prescrita. Uma contradição lógica, porém, apenas pode existir entre duas proposições, das quais uma afirme que A é e a outra que A não é, ou das quais uma afirme que A deve ser e a outra

<sup>35</sup> Löwith, Karl (sob o pseudônimo de Ugo Fiala). "Il concetto della politica di Carlo Schmitt" e il problema della decisione". *Nuovi Studi di Diritto Economia e Política*, VIII, pp.58-83.

<sup>36</sup> Schmitt, *I tre tipi di pensiero giuridico*, op. cit., pp.256-25.

que A não deve ser. As duas proposições não podem subsistir, uma em face da outra, pois apenas uma delas pode ser verdadeira. Entre a proposição descritiva de uma norma que diz que um indivíduo se deve comportar de determinada maneira, e a proposição que diz que ele de fato se não comporta dessa maneira mas realiza a conduta oposta, não existe qualquer contradição lógica. Ambas as proposições podem subsistir, uma em face da outra, ambas podem ser simultaneamente verdadeiras. A existência ou validade (vigência) de uma norma que prescreve uma determinada conduta não é 'quebrada' pela conduta oposta como se quebra uma cadeia que prende um indivíduo; pois a cadeia do Direito não é "lesada" como pode ser lesado, isto é, como pode ser prejudicado na sua existência, um indivíduo, pelo ato de coerção dirigido contra ele."<sup>37</sup>

Conforme observa Schmitt: "A violação que legitima a pretensão de distribuir a pena por parte do Estado se reduz, do ponto de vista normativista, ao pressuposto de fato de uma possível aplicação de normas. (...) O violador não viola portanto a paz ou o ordenamento, não viola absolutamente a norma geral enquanto regra, e do ponto de vista 'estritamente jurídico' ele não viola propriamente nada". A própria idéia de violação pressupõe, portanto, uma ordem de fato, uma normalidade que efetivamente possa ser negada, contestada. Somente a paz concreta e um ordenamento concreto podem ser violados: somente partindo de um pensamento orientado nessa direção se pode colher um conceito de violação. A norma e a regra abstrata, ao contrário, continuam tranqüilamente a vigorar, imutavelmente, não obstante a "violação"; essa está, com efeito, por cima de cada situação e de cada ação concreta.

Carl Schmitt, acompanhando a análise do direito feita por Weber, admite que o funcionamento ideal de um pensamento jurídico fundado na norma e na regra é perfeitamente imaginável em seu funcionamento onde um setor da vida humana em que o conceito de ordem regulamentar e funcionalista tenha sentido, como por exemplo numa sociedade de troca individualista-burguesa.<sup>38</sup> Um exemplo ideal deste tipo de sociedade, ou melhor, deste tipo paradigmático de relação entre norma e conduta, pode ser encontrado no funcionamento de uma estação ferroviária, onde horários, normas, expectativas, etc., são absolutamente ordenadas e os próprios comandos podem ser substituídos por semáforos e sinalizadores automáticos perfeitamente funcionais.

<sup>37</sup> Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, op. cit., p.169 e ss. Ver também *I tre tipi de pensiero giuridico*, pág. 256.

<sup>38</sup> Schmitt, *I tre tipi de pensiero giuridico*, p.257. Ver também, de Max Weber, de quem, segundo Habermas, Schmitt seria o "filho espiritual", *Economia y Sociedad* (Cidade do México, Fondo de Cultura Economica, 1981), pp.639-648.

Para o pensador alemão, todavia, "existem, entretanto, outras esferas da existência humana para as quais a transposição de um tal funcionalismo da mera regularidade significaria a destruição da essência especificamente jurídica do ordenamento concreto. É o caso de todos os setores da vida que vão se formando de um modo não puramente técnico, com o acento posto na troca, de um modo institucional. Estes têm em si os conceitos relativos a aquilo que é normal, ao tipo normal, à situação normal, e o seu conceito de normalidade não consiste, como numa sociedade de troca tecnicizada, no fato de ser uma função previsível de uma regulamentação normativa. Estes têm a sua substância jurídica, que certamente conhece também normas e regularidade gerais, somente com a base concreta da ordem interna, que não é a soma daquelas regras e daquelas funções"<sup>39</sup>.

Um exemplo deste tipo de mudança pode ser encontrado na vida comum dos cônjuges de um casamento, membros de uma associação de classe, empregados do Estado etc. Nestes casos, os costumes, a regularidade e previsibilidade existentes dentro de um ordenamento não esgotam a vida dessas instituições. O concreto ordenamento interno, a disciplina e o rigor de cada instituição se opõe, enquanto a instituição ela mesma perdura, a cada tentativa de normatização e regulamentação integrais.

Uma modalidade desse tipo de instituição mutante pode ser o próprio conceito de "bonus pater familias" que, conforme observa Schmitt, é um conceito de conteúdo cambiante e somente definível e explicável numa dada situação concreta. Outros exemplos poderiam ser encontrados nas inteligentes análises de François Ewald sobre as transformações ocorridas no âmbito do direito securitário, do final do século XVIII até o século XX na França<sup>40</sup>, e nos principais trabalhos de Hauriou<sup>41</sup>, que exerceram influência direta em Schmitt.

Interessante, ainda, é notar que do mesmo modo que Ewald, Schmitt observa que o conceito de ordem concreta remete diretamente ao conceito de normalidade, uma vez que cada ordem concreta pressupõe uma normalidade subjacente. "Nós sabemos que cada ordenamento — também o 'ordenamento jurídico' — é ligado a *conceitos de normalidade que não são derivados de normas gerais mas, ao contrário, produzem eles mesmos tais normas, somente com base na sua própria ordem e em função da mesma*".<sup>42</sup> Por tal motivo, toda norma pressupõe uma situação de normalidade.

<sup>39</sup> Schmitt, *I tre tipi di pensiero giuridico*, pp.257-258.

<sup>40</sup> Ewald, *op. cit.* Neste sentido ver também Léon Husson, *Les transformations de la responsabilité* (Paris, P.U.F., 1947).

<sup>41</sup> Especialmente *Teoria dell'Istituzione e della Fondazione* (Milão, Giuffrè, 1967) e *Précis de Droit Public*, 2a. ed., Paris, e *La science sociale traditionnelle* (Paris, Larose, 1895).

<sup>42</sup> Schmitt, *I tre tipi di pensiero giuridico*, p.259 (meu grifo).

"Uma regulamentação legislativa pressupõe um conceito de normalidade completamente diferente dela mesma: ao ponto que, na sua ausência, a regulamentação mesma se torna completamente incompreensível e não se pode mais falar nem mesmo de norma". Nesse sentido, valem no caso as considerações de G. Canguilhem a propósito do conceito de norma, que somente é compreensível no contexto de uma normatividade ou normalidade.<sup>43</sup> A norma é um conceito que somente ganha significado no interior de uma situação de normalidade. Analogamente, uma "regra de xadrez" somente ganha significado no interior de um sistema que forma o jogo de xadrez, aí compreendidos todos os elementos normativos e práticas que constituem o jogo. Por tal razão Schmitt afirma que: "A regra (no ordenamento concreto) segue a situação mutável pela qual foi fixada. Uma norma pode colocar-se com todos os caracteres de inviolabilidade que quer: ela governa uma situação somente na medida em que esta última não se torna totalmente 'abnorme' e somente até que o tipo concreto, pressuposto como normal, não foi eliminado. A normalidade da situação concreta, regulada por normas, e do tipo concreto por ela pressuposto, não é, pois, somente um pressuposto externo da norma, que não deva ser levado em consideração pela ciência jurídica, porém um caráter jurídico essencial, interno, da validade das normas e, pelo contrário, uma definição normativa da norma mesma. Uma norma pura, não correlata a uma situação e a um tipo, seria qualquer coisa de juridicamente inexistente"<sup>44</sup>. Conforme se vê, o conceito de normalidade implícito na própria idéia de exceção, retoricamente privilegiada por Schmitt (uma vez que são conceitos correlatos), ocupa um papel central na concepção jurídica e política do jurista alemão.

Finalmente, cabe analisar o tipo de "decisionismo institucionalista" criado por Schmitt a partir dos anos 30' e a sua coerência interna.

## O DECISIONISMO INSTITUCIONALISTA

Carl Schmitt afirma que "não existe norma aplicável a um caos. Primeiro deve ser estabelecida uma ordem. Somente então tem sentido um ordenamento jurídico. É necessário criar uma situação normal e o soberano é aquele que decide de modo definitivo se este estado de normalidade reina realmente"<sup>45</sup>. O soberano é, portanto, aquele que instaura a ordem num caos, muito embora a decisão, num sentido normativo, nasça de um nada.

<sup>43</sup> Canguilhem, Georges. *O Normal e o Patológico* (2a. ed.). Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1982, especialmente pp.205-269 e p.113.

<sup>44</sup> Schmitt, *I tre tipi di pensiero giuridico*, p.260.

<sup>45</sup> Schmitt, *Teologia Política*, op. cit., p.39.

Novamente estaríamos diante de um decisionismo voluntarista de molde hobbesiano? Não, o soberano schmittiano no momento em que põe a decisão soberana, coloca a si mesmo como ponto de referência e medida para a qualificação e individuação do jurídico. A decisão derivada de um nada serve de parâmetro para o comportamento das instituições e da sociedade. Não obstante, a decisão soberana não esgota e não determina completamente os conteúdos jurídicos. A decisão soberana apenas dá início ao jogo jurídico institucionalista e atua ela mesma como primeira referência para este mesmo jogo. Para Hobbes, ao contrário, as corporações ou sociedades parciais são totalmente dependentes do poder soberano e não são fontes autônomas do Direito.<sup>46</sup> Afinal, apenas "Auctoritas facit legem".

Para Schmitt, a decisão soberana nasce de uma decisão necessariamente arbitrária que instaura uma ordem na qual atuam as instituições. A decisão soberana instaura uma normalidade em substituição ao caos. O "concretismo" de Schmitt combina instituição à decisão de maneira sincrética, coerente e sistemática. As instituições nascem de uma decisão arbitrária, mas ganham autonomia, formando-se uma "vontade institucional". As instituições, na medida em que são sedes de autoridades, criam valores e conteúdos, os quais, por sua vez, influenciarão na própria formação do poder soberano que decide, em última instância, sobre qual é a normalidade que será posta em substituição ao caos. Por fim, o Estado, enquanto "Instituição das Instituições", une e subordina as demais instituições, estabelecendo uma relação de hierarquia entre elas. O decisionismo institucionalista schmittiano consiste nesse sistema de imbricação e dependência, que combina o elemento ocasional da decisão originária (da soberania ou da instituição) com a dinâmica de criação de valores e conteúdos do jogo institucional. Por tais fundamentos, valem para Schmitt as palavras de Ewald a respeito do Estado Providência: "Normalizar consiste em determinar uma referência ou um modelo para um objeto ou uma atividade. A operação tem duas características notáveis. *A escolha da norma primeiramente procede uma decisão necessariamente arbitrária em relação àquilo que o objeto da normalização faz.* Se há necessidade de uma norma, é porque não há uma referência natural para esse objeto. A decisão normativa se dirige, a seguir, a uma coletividade de atividades solidárias e concorrentes. A norma fixará a sua objetividade, a qual lhes permitirá articularem-se umas às outras"<sup>47</sup>.

<sup>46</sup> De Bobbio ver o ensaio "Hobbes e as sociedades parciais" em *Thomas Hobbes*, op. cit., pp.153-76

<sup>47</sup> Ewald, op. cit., p.592 (grifo meu).

Concluindo, para Schmitt o institucionalismo depende do decisionismo não quanto ao conteúdo, mas quanto à validade. Na situação de normalidade valem as instituições como fonte da ordem concreta. O soberano dorme, a decisão é pressuposta. "O soberano permanece fora da ordem legal normal e, todavia, pertence a ela".<sup>48</sup> No momento de crise, de exceção, o poder soberano decide e determina o critério de validade do direito. A decisão instaura o ponto inicial da normalidade.

Neste sentido, as análises de Schmitt acerca dos elementos formais pressupostos na instauração de uma normalidade que ganha autonomia, e vai se constituindo num padrão cambiante e auto-referente de racionalidade jurídica, prefiguram algumas análises contemporâneas do direito contemporâneo elaboradas pelos chamados teóricos da "auto-poiesis" (Teubner), "auto-reflexão do direito" (Luhmann) e da "racionalidade reflexionante do Direito Social" (Ewald).<sup>49</sup>

RONALDO PORTO MACEDO JÚNIOR é promotor de justiça no Estado de São Paulo e mestre em Filosofia pela Universidade de São Paulo.

<sup>48</sup> *Teologia Política*, citada por Joseph Bendersky em *Carl Schmitt: Theorist for the Reich* (New Jersey, Princeton University Press, 1983), pág. 38.

<sup>49</sup> Bastante vasta é a bibliografia sobre a matéria. Já citamos os trabalhos mais significativos de François Ewald e Niklas Luhmann. De Gunther Teubner são importantes os seguintes trabalhos: "Autopoiesis in Law and Society" (*Law and Society Review* 18, 1984); "Reflexive Law" (*Law and Society Review* 19, 1983); e *After legal Instrumentalism? Strategic Models of Post-Regulatory Law in Dilemmas of Law in the Welfare State*, op. cit.

## O DECISIONISMO JURÍDICO DE CARL SCHMITT

*RONALDO PORTO MACEDO JÚNIOR*

O nome de Carl Schmitt está condenado a associar-se à rubrica "decisionismo" jurídico, teoria segundo a qual o fundamento último do direito é uma decisão política do soberano. Este artigo se propõe mostrar como o decisionismo jurídico de Carl Schmitt dos anos 20 modifica-se, sem se tornar contraditório, com a assimilação nos anos 30 do "institucionalismo jurídico" de autores como Maurice Hauriou e Santi Romano. A partir dos anos 30 Schmitt explicita o sentido próprio do decisionismo fundado no "pensamento da ordem concreta", ou seja, o decisionismo institucionalista.

## THE JURIDICAL DECISIONISM OF CARL SCHMITT

*Carl Schmitt's name is irrevocably linked to the label of decisionism, the theory according to which the ultimate foundation of right is the sovereign's political decision. This paper aims to show how the juridical decisionism of Schmitt has changed without becoming contradictory as it assimilated in the thirties the "juridical institutionalism" of authors like Hauriou and Santi Romano. Following those years Schmitt worked out the meaning of a decisionism based on the "concrete order thought", namely, the institutionalist decisionism.*