

Universidade de Brasília

Faculdade de Direito

Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição.

**O guardião da Constituição na polêmica Kelsen-Schmitt:
Rechtsstaat como referência semântica na memória de
Weimar.**

Paulo Sávio N. Peixoto Maia

Brasília, agosto de 2007.

Paulo Sávio N. Peixoto Maia

**O guardião da Constituição na polêmica Kelsen-Schmitt:
Rechtsstaat como referência semântica na memória de
Weimar.**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito, Estado e Constituição.

ORIENTADOR: PROF. DR. CRISTIANO PAIXÃO.

Brasília, agosto de 2007.

Após a sessão de defesa pública desta Dissertação de Mestrado, o candidato foi considerado **A P R O V A D O** pela Banca Examinadora.

Cristiano Paixão, Doutor.
Orientador (UnB)

Menelick de Carvalho Netto, Doutor.
Membro Examinador (UnB)

Celso Fernandes Campilongo, Livre-Docente.
Membro Examinador (USP, PUC-SP)

Airton Cerqueira Leite Seelaender, Doutor.
Membro Examinador (UFSC)

Brasília, 3 de Outubro de 2007.

*À memória de minha prima Anna Carla.
(4/9/1978 – 14/4/2005)*

*A meus mestres, na Universidade de
Brasília, Cristiano Paixão e Menelick de
Carvalho Netto: pelos serviços prestados à
memória do direito.*

*Só uma mínima parte daquilo que
aconteceu e que foi dito, foi também
escrito; e só uma mínima parte do que foi
escrito permaneceu.*

Johan Wolfgang Goethe.

Resumo

Esta Dissertação de Mestrado tem como objeto a polêmica travada entre Hans Kelsen e Carl Schmitt, ao final da República de Weimar, acerca de quem deveria ser o guardião da Constituição. Schmitt, de modo coerente ao seu decisionismo jurídico, acreditava que o Presidente do *Reich*, com apoio nos poderes ditatoriais conferidos pelo célebre art. 48(2) da Constituição de Weimar, deveria ser o guardião. Kelsen, por seu turno, defendia que um tribunal constitucional é quem deveria ser o guardião da Constituição – postura que a jurisprudência do *Staatsgerichtshof* alemão começava a encampar. No entanto, os setores mais conservadores de Weimar pareciam mais adeptos à tese de Schmitt, que ganhou mais força ainda com o desencadear da crise econômica mundial de 1929, que teve efeitos devastadores na Alemanha. A simbiose entre as teorias e as biografias de seus respectivos autores resultou, após o término da II Guerra Mundial, por elevar a “solução Kelsen”, a jurisdição constitucional, à condição de algo naturalmente democrático, quando comparada ao autoritarismo explícito de Schmitt: nomeadamente pelos constitucionalistas mais conservadores brasileiros, que interpretam o art. 102 CF a essa luz. A partir da teoria da evolução de Niklas Luhmann é possível problematizar esse consenso. Com apoio no conceito de “memória do direito” será dada atenção ao papel que as semânticas desempenham na reprodução do sistema do direito: mais especificamente, ao papel que a referência semântica *Rechtsstaat* exercia nas observações constitucionais da República de Weimar. As assonâncias e dissonâncias entre as teorias de Kelsen e de Schmitt são passíveis de ser mensuradas a partir do modo como eles selecionavam a referência-*Rechtsstaat* para responder àquele que era o principal problema do direito público da República de Weimar: o problema da manutenção da unidade do Estado em uma democracia de massas assentada na soberania popular. Esse procedimento mostrará que as propostas de Kelsen e de Schmitt são mais próximas do que os manuais sugerem, e que não há nada de naturalmente democrático em um tribunal que julga monoliticamente as questões constitucionais.

Abstract

This Master in Laws' thesis has its object in the polemic between Hans Kelsen and Carl Schmitt about of who should be the guardian of the Constitution, on the twilight of the Republic of Weimar. Schmitt, in a coherent way with his juridical decisionism, uses to believe that the *Reich's* President, with support on the dictatorial powers granted by the well-know art. 48(2) of the Weimar's Constitution should be the guardian. On the other hand, Kelsen had suggested that a constitutional court is the one who should be the guardian of the Constitution – position that the *Staatsgerichtshof's* jurisprudence begins to expressly agree. Nevertheless, the most of the conservative sectors of the Republic of Weimar seems closer to Schmitt's thesis that became even stronger after the initiation of the 1929's economic Crack – that promoted tragic effects in Germany. The symbiosis between these theories and the biographies of these respective supporters have resulted – after the end of the World War II – to put the “Kelsen solution”, the constitutional review, in the condition of something naturally democratic, when it is compared to the Schmitt's explicit authoritarianism: mainly by the Brazilian conservative constitutionalists, who are likely to read the art. 102 of the Federal Constitution at this light. From the point of view of Niklas Luhmann's theory of evolution it is possible to contest this consensus. The assonances and dissonances between the theories of Kelsen and Schmitt can be measured by the way they used to select the *Rechtsstaat*-reference to answer to what was the main problem of the Republic of Weimar's public law: the problem of the conservation of the unity of the State in a mass' democracy based in the popular sovereignty. This procedure will show that Kelsen and Schmitt's motions seem to be more near than the juridical guides suggest, and that there is not nothing of naturally democratic in a court that decides monolithically the constitutional questions.

Agradecimentos

Essa pesquisa tem uma história. É uma trama que contou com um elenco de destaque. Personagens cuja influência foi decisiva para a consecução dos resultados alcançados e expressos nesta narrativa. Agradecer a essas pessoas é reconhecer débitos para com elas: isso, sim, é interessante narrar. E ainda mais necessário quando se tem a consciência de que é um tempo que está a terminar. Um tempo rico, de aprendizado constante.

Em 15 de dezembro de 2000 tive a imensa satisfação de ter sido convidado por Cristiano Paixão (que à época era Professor Substituto) a desenvolver pesquisa no âmbito do PIBIC-CNPq/UnB. O convite resultou em um projeto de pesquisa que versou sobre a recepção do direito romano no Medievo. Graças ao currículo de meu orientador, fui selecionado a ser bolsista remunerado, em junho de 2001, condição renovada no Edital de 2002, em projeto que versou sobre o papel desempenhado pelo STF em decisões emergenciais, como aquela sobre a crise energética de 2001-2002 (tratado na ADC nº 9). A tensão entre jurisdição constitucional e exceção levou-me à polêmica Kelsen-Schmitt, que aqui desenvolvo. De modo que quero expressamente reconhecer que meu enveredamento pela pesquisa só dificilmente teria se concretizado sem o incentivo inicial do Prof. Cristiano Paixão; incentivo que foi renovado constantemente nas tantas vezes em que pude ser seu monitor em seus cursos na graduação. Obviamente, eximo-o das conseqüências implicadas nisso.

O contato, ainda que rápido, que pude travar com a inteligência fascinante de Raffaele De Giorgi, em abril de 2004 – oportunidade em que assisti à defesa da Tese de Doutorado do Prof. Cristiano Paixão, na Universidade Federal de Minas Gerais – me mostrou um exemplo de como a teoria da sociedade de Niklas Luhmann requer uma leitura não-dogmática, uma leitura que se deixa surpreender pelos conceitos de uma trama teórica sem paralelos na história do pensamento social. Que o desenvolvimento do novo e importante conceito de “memória do direito”, a partir do léxico conceitual da teoria da sociedade, venha de Raffaele De Giorgi, a partir de 2005, só confirma minhas palavras.

Quando em palestra no Instituto Brasiliense de Direito Público, em março de 2005, o Prof. Gunther Teubner chamou minha atenção para o projeto de pesquisa da Profª. Marie Theres Fögen, desenvolvido no “Max Planck-Institut für europäisches Rechtsgeschichte” (Frankfurt am Main, Alemanha), que concebe a história do direito como evolução do sistema auto-referente do direito (*Rechtsgeschichte – Geschichte der Evolution eines sozialen Systems*). Projeto que inspirou, em associação com a noção de “memória do direito” o enfoque que aqui se adota. Sou muito agradecido a Teubner por isso.

Em maio de 2006, a Faculdade de Direito de Diamantina (UEMG), conjuntamente com a Faculdade de Direito da UnB, viabilizou a vinda para o Brasil do Prof. Horst Dippel, da Universidade de Kassel (Alemanha). A gentileza de Dippel propiciou-me uma oportunidade singular para debater as vicissitudes do confronto alemão, no século XIX, com o constitucionalismo moderno. Naquele mesmo tempo, o Prof. Herman Nébias Barreto, Diretor da Faculdade de Direito de Diamantina, me lembrou que a complementaridade entre os enfoques da sociologia do direito e da história do direito é clara, o que me incentivou a utilização da teoria de Niklas Luhmann para abordar a história constitucional da República de Weimar, ao mesmo tempo em que me alertou para os dos riscos envolvidos nessa empresa, assim como Dippel o fez. Cabe-me agradecer-lhes vivamente.

Reconheço, também, a grande dívida que tenho para com a Prof. Juliana Neuenschwander Magalhães, atual Diretora da Faculdade Nacional de Direito (UFRJ). Sua incessante disposição para ouvir os impasses de meu projeto de pesquisa, conjuntamente com suas valiosas sugestões para eles, deram grande contribuição para o formato que esta pesquisa acabou por adotar, principalmente pelo incentivo à utilização do conceito de “memória do direito”.

Agradeço também ao mestre e amigo Menelick de Carvalho Netto. Sua inesgotável capacidade de desconstruir, de problematizar as sedimentações aparentemente “naturais” do constitucionalismo, é uma grata exceção a uma constelação de constitucionalistas amantes do óbvio. A oportunidade ímpar de ter sido não só seu aluno como também seu monitor durante a prática docente do Mestrado propiciou-me um período de grande enriquecimento teórico, ao qual eu jamais conseguirei agradecer à altura.

Devo registrar que o Prof. Gert Verschraegen, da Univerdidade Católica de Louvain (Bélgica), foi também extremamente gentil ao fornecer-me material

bibliográfico de difícil acesso; além disso, se mostrou muito solícito para debater questões de método que me incomodavam.

Os resultados a que cheguei nesta investigação são tributários, também, à formação de qualidade que me foi disponibilizada ao longo dos sete anos que somam a duração do Bacharelado e do Mestrado na UnB. O que implica agradecer aos professores que tiveram papel de destaque nesse longo e fértil período: Alexandre Bernardino Costa, Carlos Frederico de Oliveira Pereira, Carlos Eduardo Vieira de Carvalho, Flávio Dino de Castro Costa, Gilmar Ferreira Mendes, Humberto Jacques de Medeiros, Ítalo Sabo Mendes, Jorge Amaury Maia Nunes, José Geraldo de Sousa Júnior, Kassius Diniz, Marcelo Lavenère Machado, Marcus Faro de Castro, Miroslav Milovic, Márcio Iorio Aranha, Marthius Sávio Lobato, Olindo Herculano de Meneses, Osiris Lopes Filho, Othon de Azevedo Lopes, Ronaldo Poletti, Tarcísio Carvalho, Victor Russomano Júnior.

Alguns colegas do Programa de Pós-Graduação e do Grupo de Pesquisa ao qual fui vinculado, o “Sociedade, Tempo e Direito”, foram, também, fundamentais para o produtivo período de aprendizagem que tem essa dissertação como termo final. Registro minhas homenagens a: Álvaro Ciarlini, Cristiane Branco Macedo, Daniel Villa-Nova, Denise Travassos Gama, Fábio Portela, Francisco Schertel Mendes, Giovanna Frisso, Guilherme Cintra, Janaína Penalva, Laura Schertel Mendes, Leonardo Augusto Barbosa, Paulo Gonet Branco, Renato Bigliuzzi, Ricardo Filho. Além deles, cabe também registrar o auxílio valioso de Murilo Soares da Cunha, Rafael Naval e Tiago Maciel para a obtenção de algumas referências bibliográficas de difícil acesso.

Por fim, cumpre dizer que o apoio incondicional de minha família em todas as etapas do processo de elaboração desta dissertação foi de notória importância. Agradecer a ela é, ao mesmo tempo, pedir perdão pela minha constante ausência nos últimos dois anos. Em grandes linhas isso vale, também, para Denise Gama.

Durante todos os anos de Brasília, meus companheiros de graduação sempre estiveram ao meu lado nos momentos mais difíceis. Pessoas de grande coração como Olívia, Raphael, João Paulo (tanto o Baumotte quanto o Echeverria), César, Antônio, Marcelo, Darlan, Luciano, Francisco Carrillo e Fabiano (o rol não é *numerus clausus*).

Devo tanto a todas essas pessoas que sou tentado a responsabilizá-las pelos equívocos dessa dissertação: do que as eximo, contudo, expressamente, porquanto assumo-os como meus.

Sumário

Introdução.....	12
1. Modernidade e constitucionalismo na memória de Weimar: um exercício de história do direito como evolução semântica de um sistema auto-referente.....	25
1.1. A modernidade da sociedade moderna: o processo de diferenciação da sociedade.....	27
1.2. A diferenciação do sistema do direito: função, fechamento operacional e abertura cognitiva.....	42
1.3. Evolução da sociedade, evolução do direito: modificação de estruturas em perspectiva temporal.....	48
1.4. Memória do direito, história do direito: o papel das semânticas.....	62
1.5. O constitucionalismo moderno na memória de Weimar: observações sobre uma semântica.....	74
1.5.1. O sentido moderno de Constituição: acoplamento estrutural entre direito e política.....	75
1.5.2. A difusão semântica do constitucionalismo moderno e sua recepção na Alemanha do século XIX: a referência ao <i>Rechtsstaat</i>	87
1.5.3. O tempo Weimar: a agonia de uma democracia como desafio a Schmitt e Kelsen.....	121
2. Unidade do Estado e guarda da Constituição em Carl Schmitt: a democracia indentitária como superação do <i>Rechtsstaat</i> liberal.....	144
2.1. O posicionamento polêmico frente ao liberalismo como traço distintivo do pensamento de Schmitt: a crítica à democracia parlamentar como exemplo.....	146
2.2. O decisionismo jurídico: a submissão do normativo ao político.....	163
2.3. Constituição como decisão: a crítica ao <i>bürgerliche Rechtsstaat</i>	186
2.4. <i>Veritas una, error multiplex</i> : a democracia identitária e o Presidente do <i>Reich</i> como guardião da Constituição.....	206
3. Pureza da unidade, primazia do Estado, neutralização do <i>Rechtsstaat</i> : a jurisdição constitucional como guardião da Constituição, segundo Kelsen.....	239
3.1. Quem deve ser o guardião da Constituição? A réplica de Kelsen como fonte de indícios para uma redescritção da jurisdição constitucional.....	241
3.2. Localização e problematização das razões de Kelsen em seu arcabouço teórico: da “política do direito” à “ciência do direito”.....	258
3.2.1. A pureza da ciência do direito.....	259
a) Assonâncias neokantianas no conceito de ciência de Kelsen. Implicações.....	264
b) Validade formal como condição de pureza.....	273
3.2.2. A pureza da unidade.....	289
3.2.3. A pureza da ordem.....	304
3.2.4. A pureza do Estado.....	320
3.3. Jurisdição constitucional e <i>Rechtsstaat</i> : exame dos limites de um guardião.....	338
Conclusão.....	362
Bibliografia Citada.....	379

Introdução

“Muita coisa importante falta nome”

Separados por abismos teóricos, unidos por um destino trágico (cujo início coincide com o ocaso da República de Weimar), Hans Kelsen e Carl Schmitt ocuparam um papel de destaque nas observações constitucionais do século XX. Uma importância que ainda não se vê diminuída com o alvorecer deste século, o que sugere que tais teorias integram, com mérito, a categoria dos “clássicos”: ainda que não forneçam propriamente *respostas* para o tempo presente, conseguem *problematizá-lo* de modo eficaz¹.

Comentando a ação corrosiva do tempo, Sófocles afirmou, pela boca de Édipo, que os deuses são os únicos que não envelhecem; já o resto, tudo é destruído pelo tempo, pelo *khrónos*², que também dava nome ao deus grego que devorou os próprios filhos. Kelsen e Schmitt subtraíram-se ao desgaste imposto pelo tempo. Disso não decorre que eles devam ser tratados como “divindades”, algo decididamente incompatível com as condições que a modernidade impõe à narrativa de uma história. O ponto de partida, aqui, é outro.

Os fundamentos artificiais, contingentes, da sociedade moderna indicam que se deve desconfiar de “inícios absolutos”. Não há um início necessário para se proceder a uma história da polêmica travada entre Kelsen e Schmitt ao longo de suas extensas carreiras. Existem inícios possíveis. Aqui, nenhuma novidade ao que já foi aduzido por Friedrich Dürrenmatt, que expressou de forma magistral as dificuldades de se *iniciar* uma “história possível”, uma história que não se sente ameaçada por *Khrónos* ou por

¹ ALEXANDER, Jeffrey C. “The centrality of the classics”. In: TURNER, Stephen P. (org.). *Social Theory and Sociology: The Classics and beyond*. Oxford: Blackwell, 1996, pp. 31-33.

² SÓFOCLES. “Édipo em Colono”. In: *A Trilogia Tebana*. Trad. Mário da Gama Kuri. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001, vv. 673-675 (pp. 139-140). Eis a passagem em que Édipo se dirige ao rei Teseu, em busca de asilo: “Filho carríssimo de Egeu: somente os deuses / fogem aos males da velhice e aos da morte; / o tempo onipotente abate tudo mais;”.

qualquer destino voraz como o da Quinta Sinfonia; uma história em que seu narrador não se contenta em apenas “generalizar seu Eu de maneira romântica”. Esse estado de coisas faz com que, paradoxalmente, ganhe força a seguinte angústia: “cresce o pressentimento de que não há nada para narrar”³. Ainda mais quando se trata da polêmica entre Kelsen e Schmitt acerca de quem deve ser o guardião da Constituição da República de Weimar. Seja no decorrer de um semestre letivo da cátedra de direito constitucional, seja até mesmo em um manual, é difícil um acadêmico de direito estudar o controle de constitucionalidade dos atos normativos sem tomar conhecimento da polêmica Kelsen-Schmitt.

Nesse particular, a difusão (mundial) que suas teorias conhecem acabou por erigir um obstáculo à análise que aqui se busca empreender. Isso porque existe um incômodo nexos interno entre as biografias desses dois autores e o modo pelo qual foram divulgadas suas obras, após o término da Segunda Guerra Mundial. Um nexos que se manifesta de forma diversa, nos dois casos, mas cuja percepção afigura-se de importância premente. Consoante é muito difundido, Schmitt ficou marcado pela alcunha de *Kronjurist* do III *Reich*, dada a sua posição de principal assessor jurídico do governo nazista. Já antes, em 1929, Schmitt ocupava papel de destaque na Presidência do *Reich*. O regime democrático ruiu, mas Schmitt continuou forte até 1936, quando caiu em desgraça por ação de seu maior rival Otto Koellreutter⁴. Himmler⁵ deu a Schmitt duas opções: emigração ou campo de concentração. Salvo na última hora por Goering⁶, Schmitt pagou como preço de sua sobrevivência o silêncio absoluto acerca de temas de política doméstica⁷. Mas viveu confortavelmente em Berlim; até ser preso pelo Exército Vermelho em abril de 1945, e conseqüentemente levado a Nuremberg. Lá ficou preso sob a custódia dos Aliados, até ganhar sua liberdade em março de 1947, quando foi considerado inocente de qualquer responsabilidade na justificação dos

³ DÜRRENMATT, Friedrich. “A pane”. In: *A pane, o túnel, o cão*. Trad. Marcelo Rondinelli. São Paulo: Códex, 2003, pp. 17-20.

⁴ STOLLEIS, Michael. “Que signifiait la querelle autour de l’État de droit sous le Troisième Reich”. In: JOUANJAN, Olivier (org.). *Figures de l’État de droit: Le Rechtsstaat dans l’histoire intellectuelle et constitutionnelle de l’Allemagne*. Strasbourg: Presses Universitaires de Strasbourg, 2001, pp. 379-380.

⁵ Líder da SS (*Schutzstaffeln*) tropa de elite existente dentro da SA, os “camisas mostarda”, a milícia armada do Partido Nazista.

⁶ Ministro sem pasta do governo de Hitler, planejou o incêndio, provocado por 23 membros da SA, que acometeu o prédio do *Reichstag*. A mando de Hermann Goering, todos os integrantes da SA envolvidos no episódio foram fuzilados em junho de 1934, para a conveniência do Partido Nazista. Claro, à exceção de um certo Kruze, que no Tribunal de Nuremberg revelou o envolvimento de Goering em tal episódio, o que custou a sua execução. MARABINI, Jean. *Berlim no tempo de Hitler*. Trad. Marina Appenzeller. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 35.

⁷ BENDERSKY, Joseph. “The Expendable *Kronjurist*: Carl Schmitt and National Socialism, 1933-1936”. In: *Journal of Contemporary History*. Vol. 14. London: Sage, 1979, p. 323.

crimes de guerra nazistas⁸, após enfrentar três interrogatórios, nos quais se saiu muito bem⁹.

Schmitt se recusou a se retratar de seu envolvimento com o nazismo, e por isso – de acordo com o direito vigente da República Federal da Alemanha – não pôde mais assumir cargos públicos, nem mesmo o seu antigo posto universitário na Universidade de Berlim. Sua teoria, concomitantemente, caiu sob o signo do maldito. Falar de Schmitt exigia, até há bem pouco tempo, uma justificação prévia¹⁰. Schmitt, então, se isolou em sua cidade natal, Plettenberg, onde permaneceu até o advento de sua morte, em 1985. Mas a partir de então, o interesse por seu decisionismo jurídico só cresce. Para tanto, muito contribuiu a sua “recepção” no mundo anglo-saxão¹¹. No Brasil, Schmitt ainda é um ilustre desconhecido, não obstante a existência de alguns esforços recentes, e competentes, mas em pequeno número¹².

Kelsen, ao contrário, não precisou morrer para poder ser estudado. Aliás, é difícil encontrar exemplo de jurista que conheceu tantas homenagens rendidas pela comunidade jurídica internacional – especialmente da América Latina¹³. Forçado a deixar a Alemanha em 1933, por força da legislação racial dos nazistas, Kelsen se refugiou primeiro em Genebra (1933-1940), para depois migrar definitivamente para os Estados Unidos, onde permaneceu até sua morte, em 1973, em Berkeley, Califórnia. Também como homenagem à sua história de vida, entre 1936 e 1967, Kelsen recebeu impressionantes nove títulos de doutor *honoris causa* e três títulos de professor honorário, entre os quais um outorgado pela Faculdade Nacional de Direito (hoje UFRJ), em 25 de junho de 1949.

Mais isso é só uma pequena mostra do amplo “envolvimento espiritual” existente entre Kelsen e o Brasil. Afinal, “Kelsen sempre conseguiu falar ao coração do

⁸ BENDERSKY, Joseph W. “Carl Schmitt at Nuremberg”. In: *Telos: a Quarterly of Critical Thought*. Nº 72. New York: Telos Press, verão de 1987, p. 91.

⁹ Schmitt foi interrogado, em Nuremberg, em 3, 21 e 29 de abril de 1947, por Robert Kempner, Cf. a excelente tradução norte-americana dos interrogatórios levada a efeito por Joseph W. Bendersky, em: *Telos: a Quarterly of Critical Thought*. Nº 72. New York: Telos Press, verão de 1987, pp. 97-107.

¹⁰ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. “Carl Schmitt Revisited”. In: *Telos*. Nº 109: Carl Schmitt Now. New York: Telos Press, outono de 1996, p. 81.

¹¹ RICHTER, Emanuel. “Carl Schmitt: the defective guidance for the critique of political liberalism”. In: *Cardozo Law Review*. Vol. 21, nº 5. New York: Yeshiva University, Maio de 2000, pp. 1619-1644.

¹² FERREIRA, Bernardo. *O risco do político: crítica ao liberalismo e teoria política no pensamento de Carl Schmitt*. Belo Horizonte, Rio de Janeiro: UFMG, IUPERJ, 2004; MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a fundamentação do direito*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

¹³ STOLLEIS, Michael. *A History of Public Law in Germany 1914-1945*. Trad. Thomas Dunlap. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 155.

jurista de ontem e de hoje por vários e bons motivos” – afirmou Paolo Grossi¹⁴. Pois bem, para o Brasil, essa intuição é ainda mais adequada. A impostação formalista, que busca exorcizar a todo custo qualquer influência da sociologia e da história do direito, a pretexto de isso ser uma condição para “se fazer ciência”, fornece uma fórmula de escape que sempre foi muito tentadora a muitos juristas nacionais¹⁵. Mas a incongruência de certos enfoques, que ao mesmo tempo em que adotam o postulado metodológico da pureza não têm o menor pudor em descrever a “natureza jurídica” de institutos, sugere fortemente que a primeira página da *Teoria Pura do Direito* – na qual o “princípio da pureza” é definida – parece não ser ultrapassada por seus leitores¹⁶.

Tal sorte de impasse já mostra o quão inadequado é rotular a ciência do direito brasileira com o epíteto de “kelseniana”. Contudo é inegável o fato de que o jurista de Viena consiste em uma referência constante, por aqui. E já de há muito tempo: principalmente no plano do direito constitucional. Logo em 1934, Kelsen confecciona parecer em que fundamenta uma competência constitucional ilimitada para a Assembléia Constituinte de 1933-1934, instaurada após a Revolução de 1930¹⁷.

No decorrer da mesma constituinte, em 20 de dezembro de 1933, o deputado federal Nilo Alvarenga apresenta projeto de lei que propõe a criação de uma Corte Constitucional, que examinaria com exclusividade as questões constitucionais¹⁸. Ao deixar claro que suas considerações se esteiravam na exposição realizada por Kelsen, em 1928, em Paris¹⁹, o deputado argumentou que uma jurisdição constitucional concentrada é muito melhor que o modelo norte-americano, em que é “imperfeito e

¹⁴ GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Trad. Arno Dal Ri Jr. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 70.

¹⁵ LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. “Justiça Constitucional e democracia: perspectivas para o papel do Poder Judiciário”. In: *Revista da Procuradoria-Geral da República*. Nº 8. São Paulo: Revista dos Tribunais, janeiro-junho 1996, p. 96.

¹⁶ Cf. ROCHA, Leonel Severo. “A dimensão política da teoria pura do direito”. In: *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. vol. 1, nº 4. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2006, p. 304. Para uma análise, no marco da semiologia política, da relação entre poder e conhecimento no âmbito da teoria pura, é clássica a obra de: WARAT, Luis Alberto. *A pureza do poder: uma crítica da teoria jurídica*. Florianópolis: Ed. UFSC, 1983.

¹⁷ KELSEN, Hans. “A competência da Assembléia Nacional Constituinte de 1933/34” (Parecer). In: SOLON, Ari Marcelo. *Teoria da soberania como problema da norma jurídica e da decisão*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, pp. 215-219. O texto foi originalmente publicado na *Revista Política*, em janeiro de 1934.

¹⁸ O texto encontra-se em: *Anais da Assembléia Nacional Constituinte*. Vol. III. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1934-1937 (22 volumes), p. 513. É possível encontrar uma versão mais acessível, oferecida por Gilmar Ferreira Mendes, que transcreve, em interessante estudo de sua autoria, as principais partes do discurso de Nilo Alvarenga em que o projeto é exposto: MENDES, Gilmar Ferreira. “Kelsen e o controle de constitucionalidade do direito brasileiro”. In: *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 217-220.

¹⁹ Há tradução brasileira: KELSEN, Hans. “A jurisdição constitucional” (1928). In: *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp. 121-186.

incompleto” porquanto estende a todos os juizes a possibilidade realizar controle de constitucionalidade. Isso não era gratuito. Como se sabe, o Brasil, desde 1892, conhece uma prática de controle de constitucionalidade difuso, à imagem e semelhança da *judicial review* norte-americana, graças à histórica atuação de Rui Barbosa quando do julgamento do *habeas corpus* de 23.4.1892, em favor dos Generais e Almirantes que se rebelaram contra o Marechal Floriano Peixoto²⁰. Assim, é possível perceber que na proposta de Nilo Alvarenga não é bem o controle de constitucionalidade dos Estados Unidos que é considerado incompleto e imperfeito, mas sim o do Brasil²¹: e a solução seria as recomendações kelsenianas.

Nasce historicamente, aí, o argumento de que somente com uma centralização do controle de constitucionalidade é que seria alcançada a assim-chamada “segurança jurídica”²². Um argumento que encontrou na limpa biografia de Kelsen uma forte aliada. Afinal, era um autor cuja teoria sistematizou uma Corte Constitucional como guardião da Constituição, e não um Presidente com poderes ditatoriais (como queria Schmitt). Um autor que era convicto defensor da democracia, que não estabeleceu qualquer sorte de relacionamento com os autoritarismos do entreguerras (como o fez Schmitt), até porque a sua ascendência judaica o impossibilitaria.

No âmbito europeu, é curioso notar a reavaliação que sofreu a solução de Kelsen para a guarda da Constituição. Se no entreguerras a jurisdição constitucional era tida como uma afronta à soberania popular²³, com o término da II Guerra ela não mais foi considerada, em geral, como um governo dos juizes, mas sim como uma instituição

²⁰ GONÇALVES, João Filipe. *Rui Barbosa: pondo as idéias no lugar*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2000, pp. 82-83.

²¹ Quando Rui Barbosa defendeu os militares presos (alguns desterrados para o Amazonas) ele argüiu a inconstitucionalidade de ato do Executivo que reformou os militares por terem sido signatários de manifesto que contestava a ampliação do mandato presidencial de Floriano Peixoto, e que exigia eleições. O art. 387 do Decreto nº 848 de 11 de outubro de 1890 expressava uma regra de integração do ordenamento jurídico, quando previa que “os estatutos dos povos cultos, especialmente os que regem as relações jurídicas na República dos Estados Unidos da América do Norte, os casos de *common law* e *equity* serão subsidiários da jurisprudência e processo federal”. Cf. BARBOSA, Rui. *Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal: ações civis dos reformados e demitidos pelos Decretos de 7 e de 12 de abril de 1892*. Campinas: Russel, 2003, p. 19. Assim, Rui se apoiou no *Marbury v. Madison* para requerer a nulidade dos atos de Floriano. Tal como Marshall, Rui perdeu a batalha mas ganhou a guerra: estabeleceu um mecanismo de freio ao poder que dali em diante não deixou mais de ser utilizado.

²² Que tem eco em: KELSEN, Hans. “O controle judicial da constitucionalidade: um estudo comparado das Constituições austríacas e americana” (1942). In: *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 311.

²³ ROEHRSEN, Carlo. “Del confronto istituito da R. Carré de Malberg tra il diritto costituzionale della 3ª Repubblica e il sistema gradualistico ovvero di un confronto impossibile”. In: *Scritti su le fonti normative e altri temi di vario diritto in onore di Vezio Crisafulli*. Vol. II. Padova: Cedam, 1985, pp. 721-726.

apta a prestar relevantes serviços à democracia, já que seria eficaz na tarefa de limitar o Legislativo, ou mesmo de prevenir a usurpação do poder por ditadores²⁴. A queda dos totalitarismos e conseqüente vitória das democracias ocidentais, nas quais é um tribunal que guarda a Constituição, e não um Presidente plebiscitariamente eleito e munido de poderes ditatoriais, parece insinuar que Kelsen venceu o debate com Schmitt acerca do guardião da Constituição. Schmitt aparece, então, como uma diferença velada: algo que é lembrado ao mesmo instante em que é rejeitado.

Isso é ilustrado perfeitamente no mais difundido comentário à Constituição brasileira de 1988, o de Alexandre de Moraes. O art. 102 da Constituição brasileira dispõe que “compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição”. Com isso a Constituição teria concebido o STF à maneira do “modelo de justiça constitucional europeu”, ainda que não lhe tenha transformado propriamente uma corte constitucional – acredita aquele comentarista²⁵. Isso porque Moraes enxerga no “exercício do controle abstrato de constitucionalidade” a função “precípua”, “essencial”, do STF²⁶; dessarte “em sede de controle concentrado de constitucionalidade, o Brasil adotou as linhas mestras do modelo austríaco”²⁷. Só que, para definir o “modelo austríaco”, criação de Kelsen, o comentador teve que fazer referência à polêmica travada entre Kelsen e Schmitt acerca do guardião da Constituição. Em suma, seu argumento é o seguinte: Schmitt propusera uma ditadura da maioria, já Kelsen via na jurisdição constitucional um instrumento de proteção das minorias²⁸. Essa posição sintetiza a doutrina dominante brasileira: a contraposição ao autoritarismo de Schmitt soma pontos a favor de Kelsen, e portanto, automaticamente, também a favor de sua criação, a jurisdição constitucional.

Desde o retorno à normalidade democrática, sistematicamente afloram propostas que visam transformar o STF em uma Corte Constitucional, em uma instituição que decide monoliticamente acerca do que é a Constituição. Já durante a Constituinte de 1987-1988, essa idéia viu no (então) deputado Nelson Jobim seu mais

²⁴ SEGADO, Francisco Fernández. *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo kelseniano*. Cidade do México: UNAM, 2004, pp. 59-69.

²⁵ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Editora Atlas, 2002, p. 1368.

²⁶ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*, p. 1370.

²⁷ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*, p. 2284.

²⁸ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*, pp. 2285-2287.

destacado propagador²⁹; argumento que foi competently rebatido pelo deputado constituinte Wilson Souza, que lembrou que a centralização por si só não guarda a Constituição, tal qual a postura passiva do STF frente aos decretos-leis do Executivo, ao tempo da ditadura militar, mostra claramente³⁰. Ao fim e ao cabo, o forte envolvimento popular, que caracterizou o processo constituinte de 1987-1988, não permitiu retirar dos juízes o poder de se pronunciar acerca da constitucionalidade das leis, como se sabe.

Mas os vencidos de 1988 sabiam como proceder à revanche. Por meio de uma emenda constitucional ali, com a aprovação de leis ordinárias alhures, foi realizada, silenciosamente, em doses tão homeopáticas quanto precisas, um completo rearranjo institucional em termos de controle de constitucionalidade³¹. Em algumas ocasiões, os dispositivos normativos são praticamente traduções de textos de Kelsen, como mostra o caso do art. 27 da Lei 9.868/99³², que é a pedra angular da concentração de poderes no STF.

Esse cenário constitucional *justifica* o exame da polêmica Kelsen-Schmitt; não só porque mostra que há uma forte ligação histórica entre o constitucionalismo brasileiro e as observações constitucionais de Kelsen, mas também porque, paradoxalmente, permite verificar que a comparação – mais implícita do que explícita –

²⁹ Cf. “Sessão de 26.5.1987”. In: *Diário da Assembléia Nacional Constituinte*. Brasília: Senado Federal, 27.5.1987, p. 2241 (matéria constitucional – MC).

³⁰ Cf. “Sessão de 09.8.1987”. In: *Diário da Assembléia Nacional Constituinte*. Brasília: Senado Federal, 10.8.1987, p. 4168 (discussão – D).

³¹ Principalmente: Emenda Constitucional nº 3/93 (que instituiu uma variação de interpretação autêntica, a “ação declaratória de constitucionalidade”, que tem o efeito prático de calar o Judiciário em questões incômodas ao Governo Federal, e a “arguição de descumprimento de preceito fundamental”, ADPF, que estendeu a jurisdição constitucional a qualquer matéria imaginável), Lei 9.868/99 (que disciplina o processo de julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, aumentando significativamente o poder do STF, estabelecendo “efeito vinculante” para suas decisões, inclusive nos casos de interpretação autêntica – art. 28, parágrafo único – a modalidade brasileira de *référé législatif*), Lei 9.882/99 (normatiza o processo de ADPF), Emenda Constitucional nº 45 (“reforma” do Judiciário), a Lei 11.276/2006 (institui a súmula impeditiva de recursos), a Lei 11.417/2006 (que estabelece a súmula vinculante) a Lei 11.418/2006 (que coloca como condição de aceitabilidade do Recurso Extraordinário a existência de uma “repercussão geral”).

³² Reza o art. 27 da Lei 9.868/99: “Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de 2/3 (dois terços) de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir do trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”. Quando explicou as modalidades decisórias praticadas na Áustria, que modificam a eficácia no tempo das decisões que constituem a inconstitucionalidade, Kelsen defendeu que: “O ideal da segurança jurídica exige que, em geral, somente se atribua à anulação de uma norma geral irregular o efeito *pro futuro*, isto é, a partir da anulação. Há de se considerar inclusive a possibilidade de que a anulação não entre em vigor antes de que seja transcorrido um certo prazo. Da mesma maneira que pode haver razões válidas para que uma *vacatio legis* preceda a entrada em vigor de uma norma geral (lei ou decreto, por exemplo), poderia haver também razões para fazer com que uma norma anulada não perca validade antes de transcorrido um certo prazo a partir da sentença de anulação”. A semelhança é evidente. Cf. Kelsen, Hans. “La garantía jurisdiccional de la Constitución: la Justicia Constitucional” (1928). In: *Escritos sobre la Democracia y el Socialismo*. Madrid: Editorial Debate, 1988, p. 125.

com Schmitt ajuda a fundamentar a jurisdição constitucional como algo “bom em si mesmo” (ainda que isso esteja longe de ser um fator exclusivo para tanto, bem explicado). Nesses termos, contra todas as evidências, afere-se que a polêmica Kelsen-Schmitt é mais utilizada pelo constitucionalismo brasileiro do que sugerem as notas de rodapé das obras jurídicas nacionais.

Identificado esse estado de coisas, procura-se, aqui, *problematizar o consenso existente acerca do caráter “naturalmente democrático” de uma jurisdição constitucional concentrada, da solução de Kelsen*. Se esse consenso em torno de Kelsen é naturalizado a partir de uma comparação com Schmitt, nada mais adequado do que desnaturalizar essa comparação: redescrevê-la a partir da utilização de novas distinções, e concomitante desconstrução de antigas idéias³³. Esse é o *objetivo* deste trabalho; que o torna diferente de uma comparação entre Kelsen e Schmitt com fim metodológico em si próprio. A *hipótese* que guia tal comparação é a de que há mais assonâncias do que dissonâncias entre as propostas de Kelsen e de Schmitt acerca do guardião da Constituição, todavia: qual diapasão deve ser utilizado para mensurá-las?

Essa pergunta é enfrentada à medida em que se realizam duas delimitações. Primeiro quando se especifica *aquilo* que vai ser comparado e, em segundo lugar, *como* vai ser comparado.

Primeiro, esta pesquisa se debruça sobre uma aspecto pontual da história da República de Weimar, porém não tem a menor pretensão de analisar a atividade do Presidente von Hindenburg como protetor da Constituição, e tampouco a jurisprudência do *Staatsgerichtshof* da República de Weimar ou da Corte Constitucional da Áustria (*Verfassungsgerichtshof*). Ao contrário, o foco são as soluções que Schmitt e Kelsen apresentaram no sentido de definir um guardião da Constituição: suas *justificações*, suas *observações*. Seja um presidente com poderes ditatoriais ou um tribunal constitucional, a escolha por um ou outro guardião não é auto-explicável; o “guardião” precisa de descrições que proponham quais são as suas tarefas, que estabeleçam como se dá o seu funcionamento: o guardião depende das descrições que observadores fazem dele³⁴. Até por isso, faz-se necessário levar a sério a historicidade dessas propostas, de tal enfrentamento com aquele tempo. Por isso, somente serão estudados, aqui, os escritos

³³ CORSI, Giancarlo. DE GIORGI, Raffaele. *Ridescrivere la Questione Meridionale*. Lecce: Pensa Multimedia Editore, 1998, p. 14.

³⁴ TROPER, Michel. “The Logic of Justification of Judicial Review”. In: *International Journal of Constitutional Law*. Vol. 1, Nº 1. Oxford, New York: Oxford University Press; New York University School of Law, 2003, p. 99.

de Kelsen e Schmitt que datem até 1933 (ocasião em que a República de Weimar é tomada de assalto pelo Partido Nazista). Haverá pontuais exceções a essa delimitação temporal, mas que serão justificadas.

Segunda delimitação: *como* comparar Kelsen e Schmitt? Conforme se vê, essa indagação é apenas uma variante daquela já expressa por Dürrenmatt, acima. Quais critérios podem orientar a confecção de uma história possível dessa polêmica? De fato, na ausência de um “destino trágico” ou mesmo do ópio calmante de uma filosofia da história, não há resposta auto-evidente, necessária. Como não há o melhor ponto de partida, o que resta é assumir os pressupostos que orientam esta observação: tematizar seus limites, para assim vislumbrar suas possibilidades.

Isso será feito no *primeiro capítulo*. Simultaneamente ele trará os subsídios necessários tanto para o tratamento teórico da polêmica quanto para a sua contextualização histórica. As observações de Kelsen e de Schmitt só fazem sentido quando inseridas em seu tempo, na República de Weimar, de onde originavam-se os problemas que os desafiavam e que eram respondidos por suas teorias. O *tempo Weimar* coloca questões que causam intensas disputas historiográficas, o que aponta para a sua complexidade, seu caráter intrincado. Não se persegue, aqui, uma totalidade. A seleção mostra-se inevitável; trata-se de uma condição de possibilidade para a produção de sentido, afinal “um estudo completo das fontes sobre qualquer tema importante tal qual exigem as leis da erudição é empresa que requer a vida inteira de um homem”, como advertiu Buckhardt³⁵.

A seleção que é aqui feita atende pelo nome de *unidade do Estado*, o principal problema com o qual se confrontava a publicística de Weimar, será prestigiado. Uma questão que se tornava mais difícil ainda de ser abordada porquanto a ela somava-se um outro impasse: pela primeira vez a Alemanha tinha uma Constituição no sentido moderno do termo. As teorias nunca começam do zero, elas supõem observações anteriores, nas quais se apóiam. Dessa forma, o conceito de *Rechtsstaat*, que em grandes linhas pode ser traduzido por “Estado de Direito”, foi uma referência muito utilizada durante todo o Oitocentos alemão: colocava-se como um substrato (a ser aceito ou renegado) a partir do qual o constitucionalismo de Weimar operava. Só que “substrato” é algo ainda muito vago. Essa referência ao *Rechtsstaat* seria apenas um modo mais sofisticado daquilo que se conhece como “tradição”, ou “experiência jurídica”?

³⁵ BURCKHARDT, Jacob. *Reflexiones sobre la historia universal (Weltgeschichtliche Betrachtungen)*, 1905). Trad. Wenceslao Roces. México: Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 62.

Decididamente, não. E aqui se vê o quanto a teoria é complementar ao estudo da história. Isso porque se a teoria não oferece repostas prontas para a história, ao menos problematiza-a, aborda-a de uma maneira não usual, o que faz com que outros aspectos de um mesmo fenômeno sejam revelados – o que não é pouco³⁶. No lugar da “tradição” é a *memória do direito* que serve de instrumento para a abordagem da história. Com isso se evita cair na conhecida falácia da “história dos dogmas”, a partir da qual os historiadores do direito abordavam o material histórico de maneira retrospectiva com o intuito de encontrar no passado a confirmação do presente³⁷. A constância da tradição era, então, o guia seguro ante a contingência dos tempos.

A memória do direito permite ver a questão da continuidade/descontinuidade temporal de uma forma mais interessante. Uma noção cujo desenvolvimento, a cargo de Raffaele De Giorgi, é tão recente quanto promissora. Um conceito carregado de pressupostos oriundos da teoria da sociedade de Niklas Luhmann. O que faz com que algumas noções pontuais de tal teoria sejam expostas, para que a sua compreensão não fique comprometida. O desenvolvimento de tais noções permitirá que se perceba que as *semânticas* possuem papel fundamental na reprodução do sistema do direito, porquanto condensam sentido disponível a ser selecionado pelo sistema, o que o coloca em um novo estado operacional. A história do direito, desse sistema auto-referente, é uma história desses “estados”, passíveis de serem observados sob o fio condutor das semânticas. São elas, e não a “tradição”, que evitam que o sistema do direito precise recomeçar do zero a todo o instante.

A referência ao *Rechtsstaat* é apenas mais uma semântica, que transita pela memória de Weimar. Uma importante referência semântica, afirme-se. Por meio dessa referência é possível ler o embate alemão com o constitucionalismo moderno, com um “discurso” que coloca, pela primeira vez na história, uma Constituição como uma estrutura que possibilita, enquanto *medium*, a separação e a comunicação entre os sistemas do direito e o sistema da política. Mediante uma observação de como as observações do sistema do direito ativavam o *Rechtsstaat*, lê-se o estado do sistema do direito no tempo Weimar, no tempo de Schmitt e de Kelsen. Mais que isso: observa-se

³⁶ BURKE, Peter. *História e teoria social*. Trad. Klaus Gerhardt e Roneide Majer. São Paulo: Ed. Unesp, 2002, p. 35.

³⁷ HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Européia*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, pp. 55, 56 e 70.

como ambos enfrentavam o principal problema do seu tempo, aquele da *unidade do Estado*³⁸. O que será feito, respectivamente, no segundo e no terceiro capítulos.

No *segundo capítulo*, abordar-se-á a proposta de Schmitt para o guardião da Constituição. É precisamente esse aspecto de sua obra que dá mais azo aos reducionismos biográficos que usualmente acometem a obra de Schmitt. Quando se leva em conta a adesão de Schmitt ao nazismo (1933-1936), um livro que defende que o Presidente do *Reich* – com base em sua prerrogativa de se valer dos poderes próprios ao estado de exceção – deve ser o guardião da Constituição, contra o Parlamento e contra o Judiciário, é facilmente visto como uma pavimentação para a via do nazismo. Essas ilações têm um razão de ser, não são de todo descabidas. Mas, como todo lugar-comum, acentuam demais um aspecto, em prejuízo do obscurecimento de outros igualmente importantes.

A hipótese que orientará a análise a ser empreendida da defesa de Schmitt do Presidente como guardião da Constituição é outra. Muito longe de ser um escrito de circunstância, oportunista para assim dizer, a fundamentação do Presidente do *Reich* como guardião da Constituição consiste tão-somente em um complemento conseqüente do decisionismo jurídico de Schmitt, que começou a ser desenvolvido em 1912. Isso não mitiga o autoritarismo intrínseco às suas linhas. Ao contrário, leva-o a sério. O que se evita, com uma “contextualização política excessiva” de Schmitt, é sustentar uma paradoxal “despolitização” de suas teses³⁹. Bem explicado: a busca que orienta alguns intérpretes em “politizar” Schmitt como um nazista⁴⁰ acaba por desconsiderar o fato de que sua teoria não é válida apenas para o nazismo, mas para qualquer espécie de autoritarismo.

³⁸ E assim, muito longe de ser um obstáculo, a teoria da sociedade de Niklas Luhmann é na verdade profundamente útil à abordagem da história. Até porque, consoante Mario Bretone, “a investigação histórica não pode deixar de ter uma perspectiva. Sem um ângulo de abordagem ou uma perspectiva, poderíamos talvez conceber uma recolha cega de materiais, mas não extrair daí significados”. Cf. BREZONE, Mario. *História do direito romano*. Trad. Isabel Santos e Hossein Schooja. Lisboa: Editorial Estampa, 1998, p. 20.

³⁹ MAUS, Ingeborg. “The 1933 ‘break’ in Carl Schmitt’s theory”. In: DYZENHAUS, David (org.). *Law as Politics: Carl Schmitt’s Critique of Liberalism*. Durham: Duke University Press, 1998, pp. 196-197. Renato Janine adverte para o perigo que em geral existe, quando se examina textos políticos, constitucionais. Há dois extremos tentadores, mas ambos inadequados: a “pressa contextualizadora” – que faz tábua rasa do pensamento de um autor para o bem da própria teoria – e a postura textualista, que desconsidera que um texto político é sobretudo uma intervenção em seu tempo. Cf. RIBEIRO, Renato Janine. “Apêndice 2: A filosofia política na história. In: *Ao leitor sem medo: Hobbes escrevendo contra o seu tempo*. 2ª ed. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2004, pp. 342-343.

⁴⁰ É o exemplo de: PREDIERI, Alberto. *Carl Schmitt: un nazista senza coraggio I*. 2ª ed. Firenze: La Nuova Italia Editrice, 1999, por exemplo à p. 339: “Schmitt era un nazista; non un teorico generico dell’autoritarismo o della rivoluzione conservatrice”.

Nesse passo, propor-se-á, no segundo capítulo, a sintonia da sustentação schmittiana acerca do Presidente como guardião da Constituição e seu projeto acadêmico fortemente contrário à sociedade moderna, que para ele é descrita simplesmente como “sistema metafísico do liberalismo”. Oposição que norteia o seu conceito decisionista de direito, seu conceito de Constituição como decisão política fundamental. E é aqui que a referência ao *Rechtsstaat* será de grande valia. Na oportunidade em que Schmitt diagnostica que a presença predominante do *Rechtsstaat* liberal é a causa dos males que acometem a República de Weimar, ficará nítido que o Presidente do *Reich* é uma resposta ao problema da *unidade do Estado*. Ele doa unidade na exata proporção em que extermina o “Estado de Direito próprio ao liberalismo”, o *bürgerliche Rechtsstaat*.

E Kelsen? O que ele teve a dizer sobre semelhante estado de coisas? Kelsen, que desde 1929 vivia na Alemanha, que sabia muito bem das dificuldades impostas pelo tempo Weimar. Esse é o tema do *terceiro capítulo*, que será o último.

Em 1931, no mesmo ano da publicação de *O Guardiã da Constituição* de Schmitt, Kelsen toma posição no debate. A réplica, na qual Kelsen usa todos os recursos de sua conhecida verve polêmica, vem sob o provocativo título de *Quem deve ser o Guardiã da Constituição?* Essa réplica será priorizada, aqui; fornecerá o início para uma comparação entre a solução de Kelsen e a de Schmitt. Assim, somente alguns argumentos de Kelsen serão escolhidos. Argumentos que sejam promissores à comparação, que localizem *indícios* que sugiram assonâncias entre a réplica de Kelsen e a tese de Schmitt. Quando esses indícios são cotejados com o normativismo de Kelsen, afloram algumas ambigüidades que aproximam – por mais incrível que à primeira vista possa parecer – a “pureza da teoria pura” com o decisionismo de Schmitt. Nessa aproximação, a abordagem que Kelsen reserva ao *Rechtsstaat* terá um papel de destaque.

Dessa forma, quando o normativismo de Kelsen é refletido no espelho de Schmitt, aparecem elementos aptos a pôr em xeque a “distância” entre Kelsen e Schmitt: surgem novas diferenças aptas a descrever de maneira nada ortodoxa o guardião da Constituição de Kelsen, a jurisdição constitucional. E assim será possível verificar que, na verdade, se o guardião da Constituição de Kelsen é tão propício assim para gerar “segurança jurídica”, isso ocorre mediante a imposição de um preço elevadíssimo para a democracia.

*

Uma explicação prévia. Estudar o debate travado entre Kelsen e Schmitt, na Europa Central do início do século XX é, antes de tudo, uma aproximação de horizontes hermenêuticos. Paradoxalmente, a compreensão de conceitos primordiais do constitucionalismo alemão pode exigir que se erija uma distância. Assim, alguns conceitos virão transcritos no original alemão. Com isso intenta-se, exatamente, realçar as diferenças existentes, que devem ser levadas em conta: até para serem compreendidas.

*

Todas as epígrafes dos capítulos que seguem – a exemplo daquela que abre esta introdução – foram extraídas de *Grande Sertão: Veredas*, de João Guimarães Rosa, que em 2006 completou seu 40º aniversário. Sem a menor dúvida, as entrelinhas de sangue, pólvora e angústia que habitam as memórias de Riobaldo fornecem um belo réquiem à memória de Weimar.

Capítulo I

Modernidade e constitucionalismo na memória de Weimar: um exercício de história do direito como evolução semântica de um sistema auto-referente.

“Contar é muito, muito difícil. Não pelos anos que se já passaram. Mas pela astúcia que têm certas coisas passadas – de fazer balancê, de se remexerem dos lugares.”

Contar uma história, observar no presente o estado operativo passado de um sistema social, é tarefa árdua. A “astúcia” das “coisas passadas”, que se recusam a uma apreensão pacífica por quem se atreve a compreendê-las, adverte que o passado não é um dado, e que por isso a “sua assimilação se dá pelo trabalho”⁴¹. Aqui, neste capítulo, buscar-se-á uma aproximação com o tempo Weimar, para assim tentar mitigar o estranhamento que a distância histórica necessariamente interpõe entre o passado e o presente. Mas o contato com o tempo Weimar não se dá por mero deleite: ele tem como objetivo o de indicar sedimentações semânticas que serviram de aparato comunicativo para que Hans Kelsen e Carl Schmitt desenvolvessem a sua polêmica acerca de *quem* deveria ser o guardião da Constituição da República de Weimar. A *teoria da sociedade* de Niklas Luhmann será o instrumento para tanto.

Dessa forma, ver-se-á, inicialmente, como Luhmann descreve a modernidade como uma sociedade em que a comunicação, por ela produzida, se diferencia em âmbitos comunicativos funcionalmente autônomos, os sistemas sociais (1.1). Entre eles, o sistema do direito, cuja diferenciação será explicada mediante a exposição de sua função e da maneira pela qual aquele sistema conjuga o seu fechamento operacional com a sua abertura cognitiva em relação à sociedade (1.2). Com o assentamento de tais premissas metodológicas, saber-se-á como a modernidade organiza a sua comunicação,

⁴¹ BURCKHARDT, Jacob. *Reflexiones sobre la historia universal (Weltgeschichtliche Betrachtungen, 1905)*, p. 61.

mas não como se modificam, no decurso do tempo, suas *estruturas*. Para tanto, faz-se preciso falar de como toma forma a evolução do direito da sociedade moderna, uma sociedade em que o tempo social não mais se submete a uma *æternitas*, o que coloca a mudança de estruturas sociais à disposição do *paradoxo da improbabilidade do improvável* (1.3).

Ainda que improvável, a evolução dos sistemas sociais ocorre sempre; a reprodução do sistema do direito necessita de constante *seleção* de estruturas para dar forma à sua autopoiése. A seleção de estruturas é improvável, mas isso não significa que ela possa ocorrer de qualquer maneira: ela tem a árdua tarefa de conectar o estado futuro do sistema com seus estados passados. A evolução necessita forjar uma continuidade da comunicação da sociedade. No fito de tornar operacional a *pressão seletiva* existente em face do sistema do direito, as *semânticas* (isto é, sentido socialmente comprovado, generalizado e sedimentado) realizam o importante papel de fazer com que o sistema do direito não necessite recomeçar do zero a todo instante. Identificar a constelação semântica socialmente disponível, consiste em tarefa das mais importantes, pois isso permite que a evolução possa ser observada: o que é realizado pela *memória do direito* (1.4).

Estabelecidos esses pontos de partida, abordar-se-á uma semântica muito cara a um sistema do direito auto-referente: o constitucionalismo moderno. Essa semântica denota, sobretudo, que a separação entre sistema do direito e sistema da política tem como condição de possibilidade o estabelecimento de uma *aquisição evolutiva* que dispõe a maneira pela qual deve acontecer a comunicação, o acoplamento estrutural, entre esses dois sistemas: a Constituição. Mais especificamente, abordar-se-á como a semântica do constitucionalismo moderno foi tematizada “em solo alemão”. O que foi denotado, inicialmente (século XIX), mediante a referência ao *Rechtsstaat*, já que somente com o estabelecimento da República de Weimar é que o direito constitucional alemão precisou levar em consideração que a relação entre direito e política – em condições modernas – deveria ser regulada por uma lei que é superior às disposições normativas da Chancelaria do *Reich*. Tal lei superior é a Constituição de Weimar, de 1919. Cientes de que ela não era um dado auto-explicativo, os constitucionalistas do tempo Weimar realizaram um esforço hercúleo no sentido de “interpretá-la”, o que em termos práticos significa responder à seguinte questão: como é possível a comunicação entre direito e política pela via do acoplamento constitucional?(1.5).

Caso obtenha-se sucesso, os desenvolvimentos deste capítulo fornecerão uma indicação tanto dos problemas concretos do tempo Weimar que desafiavam Hans Kelsen e Carl Schmitt, quanto da estreita margem comunicativa que a memória do direito concedia às observações desses dois autores. Não só pelo forte domínio semântico do pesado constitucionalismo *Reich und Kaiser* do Oitocentos, que desconsiderava “questões constitucionais” ao argumento de serem, na verdade, meras “questões de poder”, mas sobretudo pelos traços agônicos que um autoritarismo socialmente difundido impingiam à memória de Weimar, ao tempo Weimar, às observações de Kelsen e Schmitt.

1.1. A modernidade da sociedade moderna: o processo de diferenciação da sociedade.

Em 1767, o iluminista escocês Adam Ferguson afirma que “para os gregos antigos – ou romanos – o indivíduo era nada, e o público era tudo. Para o moderno, em várias nações da Europa, o indivíduo é tudo e o público nada”⁴². Mais que uma fundamentação do individualismo, essa passagem indica que “quando a moderna sociedade se auto-intitula ‘moderna’ ela se identifica com ajuda de uma relação de diferença a respeito do passado”⁴³. A partir de como se maneje a “relação de diferença”, a modernidade da sociedade moderna pode aparecer de forma diferente. Niklas Luhmann tem uma proposta no sentido de descrever o moderno, pois ele demarca uma diferença.

Fundamentado na lógica das formas de George Spencer Brown, que sustenta que a introdução de uma distinção é o ponto de partida para o surgimento de informações⁴⁴, Luhmann tem como distinção diretriz (*Leitdifferenz*) de seu esquema teórico a diferença sistema/ambiente. Com esteio nessa assunção inicial, Luhmann chega a resultados que contrastam nitidamente com os conceitos mais caros ao “pensamento social europeu”, porquanto erige uma teoria com notória perspectiva anti-

⁴² FERGUSON, Adam. *An Essay on the History of Civil Society* (1767). Cambridge: Cambridge University Press, 1996, p. 57: “To the Ancient Greek, or the Roman, the individual was nothing, and the public was every thing. To the modern, in too many nations of Europe, the individual is every thing and the public nothing.”

⁴³ LUHMANN, Niklas. “La modernidad de la sociedad moderna”. In: *Observaciones de la modernidad: racionalidad y contingencia en la sociedad moderna*. Barcelona: Paidós, 1997, p. 16.

⁴⁴ Cf. NAFARRATE, Javier Torres. “Galáxias de comunicação: o legado teórico de Luhmann”, In: *Lua Nova: revista de cultura e política*. Nº 51. São Paulo: Cedec, 2000, pp. 147 e ss.

ontologicista e construtivista⁴⁵. Um projeto teórico radicalmente moderno, que, por um lado, não rompe, mas sim continua o projeto teórico inaugurado pelo Iluminismo, qual seja o de explicar a sociedade com o apoio da racionalidade teórica⁴⁶. Só que Luhmann deseja ir além: ele intenta iluminar o Iluminismo (*aufklären die Aufklärung*), papel a ser protagonizado pelos *sistemas sociais*⁴⁷.

Cumprir afirmar, contudo, que o objeto de sua teoria não são os sistemas, mas a diferença entre sistema e ambiente, e a principal preocupação da teoria é saber como essa diferença se constitui e se reproduz. A teoria da sociedade é uma tentativa de encarar tal preocupação a partir de um dos lados dessa distinção, qual seja, pelos sistemas sociais⁴⁸. Porém, a escolha de um lado da diferença (sistemas) não abandona o outro lado. Ora, toda distinção é uma construção de um observador. O ato de demarcar uma diferença não depende de uma imposição do “objeto” que é demarcado, mas da arbitrariedade criativa do observador⁴⁹. Dessa forma, a demarcação de um espaço pressupõe um “outro lado” que não foi demarcado, o *unmarked space* de Spencer Brown.

Assim sistema/ambiente é uma distinção heterárquica, pois o ambiente é tão importante quanto o sistema⁵⁰. A atitude da teoria da sociedade em tematizar a sua distinção diretriz é uma maneira de fazer com que os pontos de partida se revelem de modo expresso e que, dessarte, a teoria não silencie acerca de sua própria contingência. Precisamente por isso a teoria da sociedade não se considera um observador “melhor”, e sim um observador que é apenas “diferente”⁵¹.

⁴⁵ BECHMANN, Gotthard. STEHR, Nico. Niklas Luhmann. In: *Tempo Social*. Vol. 13, nº 2. São Paulo: USP, Novembro de 2001, pp. 185-189, principalmente. Cf., também, ARAUJO PINTO, Cristiano Paixão. *Modernidade, tempo e direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, pp. 161-168. Cf. HELLMANN, Kai-Uwe. “Aristóteles y nosotros”. In: NAFARRATE, Javier Torres. *Luhmann: la política como sistema*. México: UNAM; Universidad Iberoamericana; Fondo de Cultura Económica, 2004, pp. 59-60.

⁴⁶ ARAUJO PINTO, Cristiano Paixão. *Modernidade, tempo e direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 180 (para uma exposição completa do projeto científico de Luhmann, Cf. pp. 161-197).

⁴⁷ LUHMANN, Niklas. “Ilustración Sociológica”. In: *Ilustración Sociológica y otros ensayos*. Buenos Aires: SUR, 1973, p. 106.

⁴⁸ LUHMANN, Niklas. “Por que uma teoria dos sistemas?”. NEVES, Clarissa. SAMIOS, Eva (orgs.). *Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas*. Porto Alegre: Ed. UFRGS; Goethe-Institut, 1997, p. 42.

⁴⁹ LUHMANN, Niklas. “Donne, uomini e George Spencer Brown”. In: DE GIORGI, Raffaele. PRONTERA, A. (orgs.). *Donne/Uomini*. Trad. Elena Esposito. Paris, Lecce: Instituto Universitario di Studi Euroafricani, 1992, p. 8.

⁵⁰ LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*. 2ª ed. Barcelona, México, Bogotá: Anthropos, Universidad Iberoamericana, Pontificia Universidad Javeriana, 1998, p. 172.

⁵¹ LUHMANN, Niklas. DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della società*. 6ª ed. Milano: Franco Angeli, 1994, p. 400: “O observador do observador não é um observador ‘melhor’: é somente um outro”.

Com sua distinção inicial, marcadamente heterárquica, Luhmann propõe que a sociedade seja abordada a partir do *princípio teórico da diferença*⁵², que significa que “toda possibilidade do conhecimento começa com o acontecimento de uma diferença”⁵³, e não com a postulação de uma identidade com exigência transcendental, como quer as sínteses concludentes do pensamento ontologicista vetero-europeu⁵⁴. Helga Gripp-Hagelstange sintetiza estes argumentos lucidamente:

Levar a sério a auto-referência do pensamento e manter a estrutura paradoxal aí implícita significa que se deve, finalmente, renunciar a todo tipo de afirmações substanciais do modo de ser de um fenômeno. Para isso requer-se que o dito e o pensado sofram uma descentralização do sujeito no desenho da teoria. Que isso possa levar a um novo modo de aclarar o que é a sociedade, não me parece ser uma pretensão infundada do princípio teórico assentado na diferença proposto por Niklas Luhmann.⁵⁵

Com a assunção da diferença sistema/ambiente, vê-se que uma observação da sociedade é construída, inevitavelmente, a depender de qual sistema a observa e, como observou Jean Clam, nisso reside o traço antimetafísico que acompanhou todo o percurso acadêmico de Luhmann⁵⁶. O que, sem dúvida alguma, é muito adequado para uma sociedade como a moderna, que se caracteriza precisamente pela policontextualidade⁵⁷. Uma sociedade que se reproduz a partir da diferença entre

⁵² GRIPP-HAGELSTANGE, Helga. “Niklas Luhmann, o: en qué consiste el principio teórico sustentado en la diferencia?” In: NAFARRATE, Javier Torres. *Luhmann: la política como sistema*, pp. 19-42.

⁵³ GRIPP-HAGELSTANGE, Helga. “Niklas Luhmann, o: en qué consiste el principio teórico sustentado en la diferencia?” In: NAFARRATE, Javier Torres. *Luhmann: la política como sistema*, p. 27.

⁵⁴ SPAEMANN, Robert. “La sfida di Luhmann alla filosofia.” In: LUHMANN, Niklas. *Il Paradigma perduto*. Ed. de Gianluca Bonaiuti. Roma: Meltemi, 2005, pp. 66-67. No mesmo sentido: CAMPILONGO, Celso Fernandes. “‘Aos que não vêem que não vêem aquilo que não vêem’: sobre fantasmas vivos e a observação do direito como sistema diferenciado”. In: DE GIORGI, Raffaele. *Direito, tempo e memória*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 17.

⁵⁵ GRIPP-HAGELSTANGE, Helga. “Niklas Luhmann, o: en qué consiste el principio teórico sustentado en la diferencia?” In: NAFARRATE, Javier Torres. *Luhmann: la política como sistema*, p. 42.

⁵⁶ CLAM, Jean. “A autopoiese no direito”. In: ROCHA, Leonel Severo *et alli*. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 93.

⁵⁷ Por vezes Niklas Luhmann faz referência ao conceito de policontextualidade, de Gotthard Günther, para sublinhar de modo explícito a impossibilidade da existência de um ponto de vista privilegiado que possa excluir *prima facie* outras observações a partir, claro, de outros observadores. Nas palavras de Claudio Baraldi: “A sociedade reproduz-se a partir de uma lógica multi-valencial ou policontextual. As orientações semânticas contemporaneamente presentes e igualmente generalizáveis formam a semântica de uma sociedade sem centro e sem vértice. Não são mais admitidas semânticas lineares e unitárias que orientam a totalidade da sociedade de maneira dogmática”. Cf. BARALDI, Claudio. “Forme del sapere e complessità sociale”. In: BARALDI, Claudio. CORSI, Giancarlo. ESPOSITO, Elena. *Semantica e comunicazione: l'evoluzione delle idee nella prospettiva sociológica di Niklas Luhmann*. Bologna: Editrice Clueb, 1987, p. 57.

sistemas especializados em funções distintas, ou seja: uma sociedade que se caracteriza pela organização de sua comunicação por meio do primado da *diferenciação funcional*.

Essa diferenciação, que caracteriza a modernidade, é uma forma de se organizar a comunicação da sociedade. Certamente, ela não surge como um jato da cabeça de Minerva. Ela tem pressupostos. É resultado de um processo guiado pela improbabilidade: analisá-lo é realizar um exercício no sentido de compreender algumas características centrais da modernidade, e assim do direito moderno.

1.1.1. Sociedade como comunicação: decorrências metodológicas.

Uma percepção de como se dá a diferenciação da sociedade requer uma breve menção ao conceito de sociedade de Luhmann. Contra todas as representações tradicionais, para Luhmann a sociedade não consiste na soma de todas as pessoas que habitam o globo terrestre, nem na unidade que abrigaria a multiplicidade de fronteiras regionais. Ao contrário, a sociedade é entendida como o conjunto de todas as comunicações produzidas na sociedade⁵⁸, como um sistema onicompreensivo (*all-encompassing system*) que abrange todos os sistemas sociais (direito, arte, economia, política, educação, enfim)⁵⁹.

Não há nenhuma referência externa que possa agir sobre a sociedade, a não ser a comunicação, que é produzida pelas próprias operações dessa sociedade. Conceber a sociedade como um sistema implica numa recusa em enxergá-la como uma coleção de objetos⁶⁰; sendo sistema, Luhmann aborda-a por meio de uma diferenciação entre sistema/ambiente. Uma diferença que se mostra autológica, uma vez que aquilo que é demarcado se pressupõe na forma que aparece após a demarcação⁶¹. É de se conceder que este aspecto da teoria da sociedade está bem longe de ser auto-evidente. É preciso explicá-la com mais vagar.

⁵⁸ LUHMANN, Niklas. “O conceito de sociedade”. In: NEVES, Clarissa Eckert Baeta. SAMIOS, Eva Machado Barbosa. *Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas*, p. 83.

⁵⁹ LUHMANN, Niklas. “The differentiation of society”. In: *The differentiation of society*. Trad. Stephen Holmes e Charles Larmore. New York: Columbia University Press, 1982, p. 231, onde pode-se observar: “The principal function of the all-encompassing system of society, therefore, is simultaneously to enlarge and reduce (...) the complexity (...)”

⁶⁰ KING, Michael. THORNHILL, Chris. *Niklas Luhmann's theory of politics and law*. Hampshire: Palgrave-Macmillan, 2005, p. 3.

⁶¹ Esse tipo de inserção da forma na forma é uma operação típica da lógica não-estacionária de George Spencer Brown: chama-se *re-entry*; para maiores aprofundamentos: ESPOSITO, Elena. *L'operazione di osservazione: costruttivismo e teoria dei sistemi sociali*, p. 215.

Luhmann articula conscientemente uma teoria dos sistemas com uma teoria da comunicação. Dessa forma, por um lado, com o conceito de comunicação é possível pensar num sistema social autopoietico, que faz referência somente a elementos que ele mesmo produz e reproduz. Por outro lado, essa articulação entre sistema e comunicação permite a Luhmann realçar a autoprodução da comunicação, que não é constituída a partir do ambiente, mas de si própria⁶², do próprio enlaçamento recursivo de seus eventos⁶³. Assim, é na comunicação que Luhmann vislumbra o elemento constitutivo dos sistemas sociais, que operam com base em seus próprios eventos comunicativos, sempre a partir de seus próprios estados. Com isso, chega-se a uma primeira implicação teórica: a sociedade é composta de comunicação, e não de pessoas. De acordo com a teoria da sociedade as pessoas são *sistemas psíquicos*, e assim se portam como ambiente da sociedade⁶⁴. Para aqueles que com isso se desesperam, Gotthard Bechmann e Nico Stehr tecem palavras de conforto:

O banimento das pessoas para o ambiente da sociedade completa a descentralização da cosmologia humanista. Tendo sido retirada do centro do universo pela Renascença, desprovida de sua origem única ao ser colocada no contexto da evolução por Darwin, e desnudada de sua autonomia e autocontrole por Freud, o fato da humanidade agora ser libertada das amarras da sociedade por Luhmann parece ser uma extensão consistente dessa tendência.⁶⁵

Nesse passo, a teoria da sociedade de Luhmann coloca sistema e ambiente como sendo mutuamente constitutivos. O ambiente não é “acidental” em relação à “substância” encarnada no sistema: é preciso observar a diferença sistema/ambiente para além de tais categorias tomistas. O ambiente, para Luhmann, é condição prévia para a constituição da identidade do sistema⁶⁶. Precisamente por isso não podem ser igualados. É uma forma de dois lados. Sendo a sociedade composta de comunicação, um ser humano jamais poderia ser apropriado pela sociedade ou por um sistema⁶⁷: em

⁶² LUHMANN, Niklas. “O conceito de sociedade”. In: NEVES, Clarissa Eckert Baeta. SAMIOS, Eva Machado Barbosa. *Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas*, p. 80.

⁶³ LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociais: lineamientos para una teoría general*, p. 148.

⁶⁴ Cf. as implicações dessa escolha de Luhmann em: CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002, pp. 66 e 68.

⁶⁵ BECHMANN, Gotthard. STEHR, Nico. “Niklas Luhmann”. In: *Tempo Social*. Vol. 13, nº 2. São Paulo: USP, Novembro de 2001, p. 192.

⁶⁶ LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociais: lineamientos para una teoría general*, pp. 172-173.

⁶⁷ Cf. LUHMANN, Niklas. “Operational closure and structural coupling: the differentiation of the legal system”. In: *Cardozo Law Review*. Vol. 13, nº 5. New York: Yeshiva University, março de 1992, p. 1422. Com a ironia de praxe, e com uma referência velada a Ronald Dworkin, afirma Luhmann: “De fato, a

tal caso a própria sociedade, enquanto sistema, sucumbiria, porque seu ambiente deixaria de existir. Porém, subsiste a pergunta: como Luhmann demarca a diferença entre sistemas psíquicos e a sociedade, que é um sistema social?

A demarcação da diferença entre sociedade e seres humanos se dá não por uma diferença hierárquica ou qualitativa, mas por se utilizarem de operações diferentes para realizarem a sua autopoiese. Os seres humanos utilizam *pensamentos* em suas operações, enquanto a sociedade trabalha com *comunicação*⁶⁸. São operações totalmente distintas e, até onde as ciências cognitivas pesquisaram, um pensamento não pode abandonar a consciência que o produziu e sair andando por aí. Ele precisa da *linguagem*, que opera como um meio de *acoplamento* entre seres humanos e a comunicação social⁶⁹. Por outro lado, não existe uma “causalidade do social”, pois a comunicação traz consigo, de forma necessária, a *chance* de que ela seja rejeitada⁷⁰.

Com isso tem-se uma indicação do que a sociedade não é. Mas ainda resta saber no que consiste ter a comunicação como elemento básico de operação do sistema.

Para Luhmann, a comunicação consiste numa realidade que surge a partir de si própria, no sentido de ser uma rede de operações autopoieticas que continuamente organiza seus próprios estados, suas próprias operações⁷¹. A comunicação, entendida tanto como elemento último do sistema quanto como modo de reprodução do sistema⁷², é uma síntese de três seleções, nomeadamente: emissão (*Mitteilung*), informação e compreensão (*Verstehen*)⁷³. Essa distinção tripartite tem origem em Karl Bühler e também é utilizada na teoria dos *speech acts* de John Austin e John R. Searle. Contudo, Luhmann não se refere a “funções” ou a tipos de “atos”, mas a seleções⁷⁴. A comunicação é uma unidade de uma tripla seleção.

Para a comunicação acontecer é necessária a existência de no mínimo dois sistemas psíquicos: “existe comunicação quando Ego *compreende* que Alter *emitiu* uma

teoria dos sistemas autopoieticos poderia ostentar o título de *Taking Individuals Seriously*, certamente mais a sério do que nossa tradição humanista”.

⁶⁸ LUHMANN, Niklas. “What is Communication?”. In: *Theories of distinction: redescribing the descriptions of modernity*. Ed. William Rasch. Stanford: Stanford University Press, 2002, pp. 155-157.

⁶⁹ LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*, p. 249.

⁷⁰ LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*, p. 148.

⁷¹ LUHMANN, Niklas. “Communication and Society”. In: *Essays on self-reference*. New York: Columbia University Press, 1990, p. 100.

⁷² BARALDI, Claudio. “Comunicación (*Kommunikation*)”. In: BARALDI, Claudio. CORSI, Giancarlo. ESPOSITO, Elena. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. Cidade do México: Universidad Iberoamericana; Barcelona: Anthropos, 1996, p. 26.

⁷³ LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*, p. 142.

⁷⁴ LUHMANN, Niklas. *Introducción a la teoría de sistemas: lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrate*. Cidade do México: Universidad Iberoamericana; Barcelona: Anthropos, 1996, p. 221.

*informação*⁷⁵. Assim, de início, a comunicação diz respeito à diferença entre emissão e informação. É importante percebê-la. Uma coisa é a emissão de algo, outra coisa é a informação que a emissão carrega. Por exemplo, Ego realiza a seguinte emissão “hoje chove”. É um enunciado seletivo, porquanto Ego afirma “hoje chove”, e não “hoje neva”. A informação somente ocorre se, a partir de tal emissão seletiva, acontecer uma modificação no estado do sistema⁷⁶. Todavia, é importante notar que a informação também é seletiva, pois ela não se confunde com uma transferência de algo que se encontra no ambiente e que se introduz no sistema. A informação é produzida no próprio sistema⁷⁷, é construída no sistema: precisamente aí reside sua dimensão seletiva, uma vez que uma determinada informação que traduz um certo estado é selecionada a partir de todo um campo de possibilidades⁷⁸.

Das três seleções a que se fez referência ainda falta abordar a *compreensão*, que, como não poderia deixar de ser, tem papel importante. Quando um sistema consegue *compreender* a diferença entre emissão e informação, tem-se comunicação⁷⁹. É dessa maneira que Luhmann pode diferenciar a comunicação da mera percepção. Uma percepção é um evento psicológico, que não é passível de extensão social, é um evento de uma consciência. Por meio da compreensão, a comunicação demarca uma distinção entre “o valor da informação e seu conteúdo, e o separa das razões que foram selecionadas para participar de tal informação”⁸⁰. A compreensão, dessa forma, possibilita que uma diferença seja observada e tratada como unidade⁸¹. Sendo unidade de uma diferença, a compreensão faz uma distinção e, portanto, opera também de maneira seletiva:

A comunicação acontece quando se demarca a realidade por meio de uma distinção altamente artificial entre emissão (*utterance*) e informação, ambas tomadas como eventos contingentes dentro de um

⁷⁵ BARALDI, Claudio. “Forme del sapere e complessità sociale”. In: BARALDI, Claudio. CORSI, Giancarlo. ESPOSITO, Elena. *Semantica e comunicazione: l’evoluzione delle idee nella prospettiva sociologica di Niklas Luhmann*, p. 46.

⁷⁶ LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*, p. 61.

⁷⁷ LUHMANN, Niklas. “The autopoiesis of social systems”. In: *Essays on self-reference*. New York: Columbia University Press, 1990, p. 4.

⁷⁸ LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*, p. 85.

⁷⁹ LUHMANN, Niklas. “What is Communication?”. In: *Theories of distinction: redescribing the descriptions of modernity*, p. 157.

⁸⁰ LUHMANN, Niklas. *Introducción a la teoría de sistemas: lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrate*, p. 220.

⁸¹ LUHMANN, Niklas. *Introducción a la teoría de sistemas: lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrate*, p. 225.

processo contínuo que recursivamente usa os resultados de passos anteriores e antecipa outros que lhes são futuros.⁸²

Isso pode ser visto de forma ainda mais clara quando se atenta ao fato de que a compreensão não consiste em mera duplicação da emissão, e sim no enlaçamento recursivo de uma operação, ou seja: a compreensão é uma condição para prosseguimento da comunicação organizada por um sistema⁸³. A compreensão seleciona estados aptos a criar processos de auto-observação dos sistemas⁸⁴.

Ante o exposto, nota-se o sentido auto-causal da noção de comunicação em Luhmann. A comunicação é produto de um sistema fechado, a sociedade, que não admite um controle de consistência que lhe seja externo. Assim, “modificações *na* comunicação são introduzidas *pela* comunicação”⁸⁵, e não pelo sujeito transcendental kantiano mediante suas intervenções auto-intituladas como racionais. A comunicação social não se submete aos caprichos de uma consciência, pois os mecanismos para selecionar comunicações relevantes para a sociedade não se submetem a uma vontade pessoal⁸⁶.

O sentido altamente seletivo da comunicação pelos sistemas sociais também faz lembrar que nenhuma auto-observação do sistema pode postular uma posição de compreender a sociedade em sua totalidade. Aos sistemas que observam resta somente eleger soluções precárias, contingentes, e é precisamente por isso que cabe ao observador explicitar as distinções que norteiam suas observações⁸⁷.

Com isso foi exposto o modo particular de reprodução autopoietica dos sistemas sociais, por meio da análise de seu elemento básico, a comunicação. De acordo com a teoria da sociedade de Niklas Luhmann, a sociedade possui maneiras diversas de estruturar a comunicação. É o que será visto agora.

1.1.2. A diferenciação da sociedade como diferenciação da comunicação.

⁸² LUHMANN, Niklas. “Operational closure and structural coupling: the differentiation of the legal system”. In: *Cardozo Law Review*, p. 1424.

⁸³ LUHMANN, Niklas. *Introducción a la teoría de sistemas: lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrate*, p. 223.

⁸⁴ LUHMANN, Niklas. “What is Communication?”. In: *Theories of distinction: redescribing the descriptions of modernity*, p. 159.

⁸⁵ LUHMANN, Niklas. “Communication and Society”. In: *Essays on self-reference*, p. 100.

⁸⁶ LUHMANN, Niklas. “The autopoiesis of social systems”. In: *Essays on self-reference*, p. 6.

⁸⁷ LUHMANN, Niklas. DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della Società*, p. 28.

A importância que a comunicação assume na estratégia analítica de Luhmann é também percebida pelo papel central que o conceito de diferenciação da sociedade possui para a arquitetura conceitual da teoria. Uma sociedade é caracterizada a depender da maneira como auto-estrutura as comunicações que acontecem no seu interior. Isso é designado pelo conceito de *diferenciação*. Assim, a diferenciação da sociedade exprime “o modo pelo qual um sistema [no caso a sociedade] constrói subsistemas, isto é, repete em si próprio a diferença entre sistema e ambiente”⁸⁸.

A diferenciação sistêmica da sociedade é indissociável da reprodução de seus elementos, que são *comunicações*, como foi discorrido. A diferenciação é lida no espelho da reprodução do sistema, mas para vislumbrar essa conexão entre diferenciação e reprodução “se deve entender por reprodução não uma repetição idêntica ou quase idêntica do mesmo (...), mas sim uma reconstituição de acontecimentos conectáveis”⁸⁹. Desta feita, a reprodução recursiva nunca é uma reconstituição perfeita do que passou, mas uma criação (*poiésis*) do presente. As operações do sistema são marcadas pelo signo do temporal de modo ineludível. Esse ponto é de suma importância para o desenvolvimento desta investigação, e o caráter criador da seletividade sistêmica ficará mais patente quando, *infra*, o conceito de “memória do direito” for abordado.

Expostos esses pontos de partida, afirma-se que o problema enfrentado pela diferenciação é o de como uma sociedade aceita a reconstrução da sua unidade através de uma diferença interna⁹⁰. A diferenciação consegue fornecer uma resposta a tal pergunta por tipos de distinções (formas, portanto) que regem as relações sistema-a-sistema⁹¹. Explica-se. A forma sistema/ambiente possibilita uma reconstrução interna do mundo em cada sistema; uma vez que cada sistema possui uma diferença que o constitui e assim o delimita, o ambiente de um sistema como o do direito, por exemplo, necessariamente será diverso do ambiente da economia. A diferenciação, porém, não trata dessa relação sistema-ambiente, porquanto ela não acontece: o ambiente não contém informação⁹². Assim, repita-se, a diferenciação cuida da maneira pela qual a

⁸⁸ LUHMANN, Niklas. “A sociedade mundial como sistema social”. In: *Lua Nova: revista de cultura e política*. Nº 47. São Paulo: Cedec, 1999, p. 189.

⁸⁹ LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociais: lineamientos para una teoría general*, p. 182.

⁹⁰ LUHMANN, Niklas. DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della Società*, p. 257.

⁹¹ LUHMANN, Niklas. DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della Società*, p. 254.

⁹² LUHMANN, Niklas. “Por que uma teoria dos sistemas?”. In: NEVES, Clarissa. SAMIOS, Eva (orgs.). *Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas*, p. 41. Nesse ponto, Luhmann é bem tributário a Heinz von Foerster, que declara o seguinte acerca do ambiente de um sistema: “*The environment contains no*

sociedade determina o modo de relacionamento *entre os sistemas*, e não entre o sistema e seu ambiente⁹³.

A pergunta inevitável, a essa altura, é: quais são, então, as formas de relacionamento possíveis entre os sistemas? Quais os modos possíveis de diferenciação social? Luhmann propõe um elenco de quatro formas de diferenciação, e que não se situam em relação de progresso linear e tampouco de preferência qualitativa. São as diferenciações: *segmentária, centro-periferia, por estratos e funcional*.

Uma forma de diferenciação não exclui as demais, faz-se necessário ressaltar⁹⁴. Pode-se falar, é verdade, em um primado de uma diferenciação. Assim, por exemplo, quando se fala que a sociedade moderna se caracteriza pela diferenciação funcional, o que se afirma é que as possibilidades comunicativas têm na *função* um pressuposto de ativação de sentido. Ocorre, assim, um primado de uma forma de diferenciação, que acontece “quando se pode constatar que uma forma regula as possibilidades de ativação das outras”⁹⁵. Primado, contudo, não é monopólio, uma vigência exclusiva e excludente.

Seja qual for a forma de diferenciação social, todas elas possuem uma maneira de estruturar a comunicação/reprodução de uma sociedade, e, portanto, mostram-se como produto e limite do grau de complexidade com o qual a sociedade trabalha⁹⁶. A mudança do primado de uma diferenciação social é uma transformação evolutiva⁹⁷, ou seja, não é sinônimo de progresso, mas de mera mudança de estruturas, ou, mais uma vez, da maneira do sistema social orientar a reprodução comunicativa da sociedade⁹⁸. O improvável norteia as mudanças da diferenciação social, nada mais. Mostra-se inadequado, por isso, ver na diferenciação social um contínuo aumento de complexidade, afinal, a passagem de uma forma de diferenciação social para uma outra também acarreta redução de complexidade⁹⁹.

Realizadas tais ressalvas, irremediavelmente necessárias quando se aborda tema tão intrincado, cabe fazer uma rápida referência às quatro diferenciações sociais

information; the environment is as it is”. Cf. LUHMANN, Niklas. “The autopoiesis of social systems”. In: *Essays on self-reference*, p. 18, nota 21.

⁹³ LUHMANN, Niklas. DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della Società*, p. 254.

⁹⁴ ARAUJO PINTO, Cristiano Paixão. *Modernidade, tempo e direito*, p. 194.

⁹⁵ LUHMANN, Niklas. DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della Società*, p. 255.

⁹⁶ LUHMANN, Niklas. “The differentiation of society”. In: *The differentiation of society*, p. 233.

⁹⁷ O tema será abordado, com mais detalhes, em 1.3, *infra*.

⁹⁸ BARALDI, Claudio. “Forme del sapere e complessità sociale”. In: BARALDI, Claudio. CORSI, Giancarlo. ESPOSITO, Elena. *Semantica e comunicazione: l'evoluzione delle idee nella prospettiva sociológica di Niklas Luhmann*, p. 41.

⁹⁹ LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*, p. 184.

propostas por Luhmann. Porém, só na exata medida em que isso for necessário para se compreender a sociedade moderna, e sua diferenciação funcional.

A *diferenciação segmentária* se caracteriza por organizar a comunicação de uma maneira que os sistemas se põem em pé de igualdade¹⁰⁰. A igualdade entre os sistemas é conseguida pelo fato da seletividade do sistema social ser atribuída aos princípios do parentesco e da territorialidade¹⁰¹. Sistemas aqui são clãs, aldeias, famílias, enfim, tudo que possa se estruturar a partir do segmento (parentesco familiar) ou localidade. Desta forma, as funções sociais dependem de uma base natural, como o sexo ou a idade da pessoa; com isso, a ausência de alternativas provocada pela significativa auto-evidência¹⁰² se torna o maior mecanismo de estabilização¹⁰³.

Uma sociedade em que a diferenciação segmentária tem primado é denominada, por Luhmann, de *sociedade arcaica*. Nesse tipo de sociedade, os princípios da represália e da reciprocidade, que são, por sinal, as características mais marcantes do direito arcaico, jogam um papel central. Eles informam que toda transgressão do direito deve ser vingada¹⁰⁴: não por outra razão a vendeta é a expressão mais palpável do direito arcaico. A manutenção da igualdade absoluta entre os segmentos é uma exigência normativa de uma sociedade arcaica, e o menor sinal de desvio é facilmente expiado pela utilização da força física, ou mesmo pela expulsão do membro da comunidade para que esta última se conserve e continue a existir¹⁰⁵.

A igualdade que caracteriza a segmentação não resiste, porém, à improbabilidade da evolução. Não obstante a estabilização pautada na ausência de possibilidades¹⁰⁶, a reciprocidade que informa uma sociedade arcaica não pode se precaver, por exemplo, de (i) acumulações inesperadas de terras por uma família, ou mesmo (ii) do surgimento de uma cidade, que exerça controle sobre o campo através de cobrança de impostos por um corpo de funcionários que dominam esse poderoso instrumento que é a escrita. A mudança é sempre possível, e ela “vem efetuada pela

¹⁰⁰ Para maiores aprofundamentos das sociedades que na tradição antropológica recebem o nome de segmentárias ou linhagistas, com amplas referências etnográficas, Cf. BALANDIER, Georges. *Antropologia política*. 2ª ed. Lisboa: Editorial Presença, 1987, pp. 59-83 (principalmente pp. 79-83).

¹⁰¹ LUHMANN, Niklas. “The differentiation of society”. In: *The differentiation of society*, p. 233.

¹⁰² LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 184.

¹⁰³ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*, p. 199.

¹⁰⁴ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*, p. 190.

¹⁰⁵ NAFARRATE, Javier Torres. *Luhmann: la política como sistema*, pp. 136-137.

¹⁰⁶ Autores como Fustel de Coulanges sobrevalorizam a religião nas sociedades arcaicas, ao concebê-la como mecanismo de estabilização do direito. Ao contrário, o que parece decisivo para a estabilização do direito de tais sociedades é a falta de alternativas, de possibilidades. Cf. FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. *A cidade antiga*. São Paulo: Martins Fontes, 1981, pp. 196-202.

desinibição da inibição de um desenvolvimento natural e reveste, deste modo, a forma relativamente drástica de uma mudança da estrutura”¹⁰⁷.

Note-se que nos dois exemplos dados o que ocorre é um desequilíbrio no princípio do parentesco, no primeiro caso, e no princípio da territorialidade, no segundo. Assim, os dois critérios que demarcam a diferença das sociedades arcaicas em relação a outras sociedades são, em verdade, dois centros de grande potencial evolutivo¹⁰⁸.

O desequilíbrio da igualdade no princípio da territorialidade faz surgir a *diferenciação centro/periferia*. O centro se põe em relação de superioridade em relação à periferia, superioridade que geralmente se traduz no recolhimento de impostos, ações militares punitivas, recrutamento obrigatório (seja de escravos, seja de tropas)¹⁰⁹.

O desequilíbrio da igualdade no que toca ao princípio do parentesco é possível, em linhas gerais, com a prática endogâmica posta em prática pela nobreza como forma de manter intacto um patrimônio familiar que geralmente se traduz em terras¹¹⁰. Assim, o lado “centro” da forma centro/periferia possibilita o desenvolvimento da estratificação¹¹¹. O grande valor operativo da forma em comento é de permitir a estratificação com a manutenção da segmentariedade no campo.

A possibilidade de estratificação oferecida pelo lado “centro” da diferenciação centro/periferia é um grande potencial para que se chegue a uma *diferenciação por estratos*. Estratificação para nossos fins significa uma diferenciação interna da sociedade a partir de uma hierarquia entre sistemas; ela surge com o fechamento de um estrato superior (geralmente pela endogamia), que assim se diferencia¹¹². Ele passa a ser seletivo e a se autodescrever através de uma semântica que o justifica como superior – isso é bem expresso nas genealogias, por exemplo¹¹³. Assim, pode-se afirmar que a

¹⁰⁷ LUHMANN, Niklas. DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della Società*, p. 273.

¹⁰⁸ NICOLA, Daniela Ribeiro Mendes. *Estrutura e função do direito na teoria da sociedade*. Florianópolis: CPGD-UFSC, 1994 (Dissertação de Mestrado), p. 56.

¹⁰⁹ LUHMANN, Niklas. DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della Società*, p. 277.

¹¹⁰ LUHMANN, Niklas. DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della Società*, p. 278.

¹¹¹ Para um exemplo histórico desse movimento de acumulação patrimonial por prática endogâmica, o que faz surgir uma nobreza, Cf. DUBY, Georges. “Estruturas familiares na Idade Média ocidental”. In: *Idade Média, idade dos homens: do amor e outros ensaios*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001, pp. 103-109; DUBY, Georges. “Estruturas familiares aristocráticas na França do século XI em relação com as estruturas do Estado”. In: *Idade Média, idade dos homens: do amor e outros ensaios*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001, pp. 110-115. Nesses dois textos, Duby faz um paralelo entre a pulverização do *bannum* ocorrida na época carolíngia e a consequente apropriação pelos condes, fato que se expressa pelo surgimento de uma consciência genealógica das famílias nobres, na mesma época.

¹¹² LUHMANN, Niklas. DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della Società*, p. 282.

¹¹³ LUHMANN, Niklas. DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della Società*, p. 283.

estrutura fundamental de uma sociedade diferenciada por estratos é uma contraposição de duas partes, que se expressa pela distinção entre a nobreza e o resto da população¹¹⁴.

Uma sociedade em que o primado da diferenciação seja exercido pela estratificação vai se autodescrever a partir da autocompreensão do estrato superior. Não por outra razão o estrato inferior é usualmente descrito de forma pejorativa. Os critérios de nascimento e valor são atribuídos aos integrantes do estrato superior¹¹⁵, o que embasa uma divisão de tarefas entre os estratos onde o estrato superior fica com as mais prestigiosas¹¹⁶. Assim, em uma ordem social hierarquizada e que se autodescrevia como natural¹¹⁷, todas as possibilidades do indivíduo dependem do seu estrato de origem, porquanto “a estratificação regula a inclusão dos homens na sociedade pelo fato que ela, referida aos sistemas parciais, fixa inclusões e exclusões”¹¹⁸.

Esse panorama escalonado organizou a comunicação da sociedade até o final do século XVIII, mas não conseguiu resistir à virada para o século XIX. A partir de tal marco histórico, verifica-se que a comunicação da sociedade não tem mais a hierarquia como pressuposto de ativação de sentido, uma vez que “a função passou a ser o princípio prevalecente na diferenciação interna da sociedade”¹¹⁹. Pela primeira vez foi

¹¹⁴ LUHMANN, Niklas. DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della Società*, p. 256. De se afirmar que, em grandes linhas, no interior de tais agremiações sociais existem autodescrições que procuram amenizar essa radicalidade binária. Apenas para citar uma ilustração disso, cabe lembrar uma difundida semântica do Medievo que denotava a descrição da sociedade de maneira ternária, entre os clérigos, os guerreiros e os servos. No período carolíngio, mais especificamente, a distinção era entre nobreza e clero. Nos finais do século VIII Alcuíno solicitou a inscrição do povo, para que ele também pudesse adentrar “no caminho da salvação”. Surge aí o esquema das três ordens, que se difunde já no século IX. Cf. DUBY, George. *As três ordens ou o imaginário do feudalismo*. 2ª ed. Lisboa: Editorial Estampa, 1994, pp. 100-101. As três ordines é, assim, um *artefato semântico*, com a função de aperfeiçoar o sistema feudal e reforçar o compromisso dos servos com aquele estado de coisas, garantindo-lhes a obediência.

¹¹⁵ A fundamentação do papel de proeminência da nobreza prussiana por Hegel – em 1821 – é ilustrativa da utilização do critério “honra” para embasar uma distinção social hierárquica. Os nobres poderiam ter acesso a uma câmara alta de maneira *natural* por possuírem bens de raiz que os tornariam independentes “do tesouro do Estado e da incerteza da indústria”, e, assim, independentes também “dos favores do poder governativo e dos da multidão”. Com isso poderiam constituir um “sustentáculo do trono e da sociedade”. Cf. HEGEL, Georg W. F. *Princípios da filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997, §§ 306-307.

¹¹⁶ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*, pp. 204-205. Em um plano mais abstrato, podemos afirmar que na sociedade diferenciada por estratos há uma distribuição desigual de chances na comunicação. De se ressaltar que, no conjunto, há um acréscimo nas possibilidades de comunicação quando se compara com as sociedades arcaicas, pois dentro dos estratos há igualdade, ainda que entre os estratos a comunicação continue bloqueada. Cf. LUHMANN, Niklas. “The differentiation of society”. In: *The differentiation of society*, p. 234.

¹¹⁷ Cf. LE GOFF, Jacques. *A civilização do Ocidente medieval II*. Trad. Manuel Ruas. Lisboa: Editorial Estampa, 1983, pp. 9-30.

¹¹⁸ LUHMANN, Niklas. DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della Società*, p. 283.

¹¹⁹ CAMPILONGO, Celso. “Globalização e democracia”. In: *O direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 116.

possível a todas as pessoas um acesso generalizado aos âmbitos funcionais¹²⁰, pois a comunicação começa a ser estruturada independentemente de sistemas parciais fechados de maneira endogâmica. Com isso se instaura um processo de diferenciação em que a inclusão na sociedade ocorre de maneira generalizada¹²¹.

Importante sublinhar que a diferenciação funcional não consiste na realização instantânea do paraíso celeste entre os homens. Por isso que é um processo. O primado funcional significa que o acesso aos sistemas de função deve ser igual a todos, isto é, que o acesso à política se dê independentemente de critérios de renda (sistema da economia), que as universidades (educação) realizem suas pesquisas (ciência) sem ter que se submeterem ao programa partidário de quem ocupa o governo (política), enfim¹²². É claro que tudo isso não aconteceu de modo concomitante após o levante da Revolução Francesa e sua prescrição de *liberté, égalité, fraternité*. A questão do voto feminino exemplifica bem isso: foi preciso esperar até quase a metade do século XX para que metade da população fosse incluída no sistema da política¹²³.

A maneira como se dá a inclusão nos sistemas sociais da sociedade varia de acordo com localidades, especificidades históricas e não acontece concomitantemente em todo o mundo. Mas isso só confirma a dimensão “processual” da diferenciação funcional, que consiste em um movimento que, após iniciado, se autofortifica, ganhando autonomia e que tem somente o improvável como guia. Para ser mais direto, o ponto focado é a questão do primado comunicativo. O que Luhmann chama de *diferenciação funcional* consiste nessa maneira de organizar as relações sistema-a-sistema a partir da função, de maneira primordial. Os sistemas sociais, que realizam determinadas funções, constituem-se como âmbitos comunicativos autônomos, e assim organizam a comunicação sem que um sistema possa se sobrepor aos outros¹²⁴.

Há entre os sistemas uma igualdade que dota a sociedade de um matiz policontextual e que impossibilita que qualquer sistema possa realizar com

¹²⁰ VERSCHRAEGEN, Gert. “Human rights and modern society: a sociological analysis from the perspective of systems theory”. In: *Journal of law and society*. Vol. 29, n. 2. London: Blackwell, junho de 2002, pp. 269-273.

¹²¹ DE GIORGI, Raffaele. “Modelos jurídicos de igualdade e de equidade”. Trad. Juliana Neuenschwander e Menelick de Carvalho Netto. In: *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998, p. 116.

¹²² BARALDI, Claudio. “Forme del sapere e complessità sociale”. In: BARALDI, Claudio. CORSI, Giancarlo. ESPOSITO, Elena. *Semantica e comunicazione: l'evoluzione delle idee nella prospettiva sociologica di Niklas Luhmann*, p. 44.

¹²³ DIPPEL, Horst. *A declaração dos direitos do homem nos Estados Unidos da América e na Europa e os direitos da Mulher*. Trad. Guilherme Cintra. Brasília: Programa de Pós-Graduação em Direito, 2006 (manuscrito inédito).

¹²⁴ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*, p. 225.

exclusividade a representação da sociedade na sociedade¹²⁵. Essa é a sociedade que um primado da função propicia. Uma sociedade sem centro nem vértice. Sem centro porque todos os sistemas funcionais se colocam em pé de igualdade e não possuem uma função em si mais honorífica que outra; sem vértice porquanto não há, de nenhuma forma, hierarquia entre os sistemas¹²⁶.

Para que a sociedade moderna consiga estruturar a comunicação por meio de sistemas autopoieticos que se diferenciam de um ambiente, é preciso que esses sistemas se dotem de um *código binário*. A partir de uma programação binária sim/não, os códigos consistem em esquemas de diferenciação aplicados para a resolução de tarefas específicas¹²⁷. Essa especialização se dá pelo enlaçamento recursivo dos elementos do sistema, que ocorre quando os sistemas se orientam em relação ao seu ambiente por meio de uma distinção entre auto-referência e hetero-referência¹²⁸. Assim, a distinção sistema/ambiente sofre uma *re-entry* no lado “sistema”, pois um sistema social passa a observar o “ambiente” por meio da distinção sistema/ambiente¹²⁹. Para isso, para dar consecução a essa *re-entry*, cada sistema opera por meio de uma diferença específica: a ciência com o código verdadeiro/falso, a política moderna com o código governo/oposição, para citar apenas dois exemplos.

É dessa maneira, demarcando uma diferença, que um sistema adquire unidade, autonomia. Com a auto-referência, um sistema opera exclusivamente com base em seus próprios elementos, e suas operações internas se encadeiam unicamente com outras operações internas do mesmo sistema¹³⁰. É esse o principal traço da sociedade moderna, e da diferenciação que lhe estrutura, a diferenciação funcional, que consiste em uma maneira totalmente nova de organização da comunicação: sistemas sociais autopoieticos

¹²⁵ LUHMANN, Niklas. “The representation of society within society”. In: *Political Theory in the Welfare State*. Berlin: de Gruyter, 1990, pp. 11 e ss.

¹²⁶ BARALDI, Claudio. “Forme del sapere e complessità sociale”. In: BARALDI, Claudio. CORSI, Giancarlo. ESPOSITO, Elena. *Semantica e comunicazione: l’evoluzione delle idee nella prospettiva sociologica di Niklas Luhmann*, p. 44.

¹²⁷ GRIPP-HAGELSTANGE, Helga. “Niklas Luhmann, o: en qué consiste el principio teórico sustentado en la diferencia?” In: NAFARRATE, Javier Torres. *Luhmann: la política como sistema*, p.31.

¹²⁸ LUHMANN, Niklas. “La modernidad de la sociedad moderna”. In: *Observaciones de la modernidad: racionalidad y contingencia en la sociedad moderna*, p. 27. Cf. também, SCHILTZ, Michael. VERSCHRAEGEN, Gert. “Spencer-Brown, Luhmann and autology”. In: *Cybernetics & Human Knowing*. Vol. 9, n. 3-4. Exeter: Imprint Academic, 2002, p. 63.

¹²⁹ GRIPP-HAGELSTANGE, Helga. “Niklas Luhmann, o: en qué consiste el principio teórico sustentado en la diferencia?” In: NAFARRATE, Javier Torres. *Luhmann: la política como sistema*, p. 39. Para uma explicação da operação lógica da *re-entry*, Cf. LUHMANN, Niklas. *A realidade dos meios de comunicação*. Trad. Ciro Marcondes Filho. São Paulo: Paulus, 2005, pp. 27-28.

¹³⁰ LUHMANN, Niklas. “Sobre os fundamentos teórico-sistêmicos da teoria da sociedade”. In: NEVES, Clarissa. SAMIOS, Eva (orgs.). *Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas*. Porto Alegre: Ed. UFRGS; Goethe-Institut, 1997, p. 66.

que se especializam na “resolução de problemas sociais específicos”¹³¹. A depender do “problema” se constitui/diferencia um sistema, como o sistema da política, o da economia, o da religião, o da educação, entre outros. Para os fins dessa pesquisa, compreender a diferenciação do sistema do direito, e assim a sua modernidade, é de importância premente.

1.2. A diferenciação do sistema do direito: função, fechamento operacional e abertura cognitiva.

Levando em conta a maneira específica que a modernidade encontrou para organizar e reproduzir a comunicação da sociedade, a diferenciação funcional, nota-se que o direito da sociedade consiste em um sistema autopoietico. Por isso, ele é entendido como o conjunto de todas as comunicações produzidas na sociedade que se referam ao direito¹³². De modo que nenhuma comunicação que tenha o direito como tema se situa no ambiente, mas dentro do sistema do direito: o sistema do direito não possui, em seu ambiente, nenhum equivalente funcional¹³³.

A unidade do sistema do direito, sua diferenciação, é representada por um *código binário*¹³⁴: direito/não-direito (*Recht/Unrecht*). Ele funciona como uma espécie de “regra de atribuição”, que expressa a auto-referência do sistema do direito e a constituição do sistema do direito como o conjunto de todas as comunicações voltadas ao direito: quem diz “direito” afirma ao mesmo tempo aquilo que não é direito, o “não-direito”. O sistema do direito não consegue se reproduzir, ao realizar operações que tematizam o direito, sem promover o lado negativo da forma do código¹³⁵. A alocação

¹³¹ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*, p. 225.

¹³² LUHMANN, Niklas. “The autonomy of the legal system”. In: *The differentiation of society*. New York: Columbia University Press, 1982, p. 122.

¹³³ Cf. CLAM, Jean. “Une nouvelle sociologie du droit? Autour de *Das Recht der Gesellschaft* de Niklas Luhmann.” In: *Droit & Société*. Nº 33. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1996, p. 412. Em suas obras dos anos 80 e 90, Luhmann consegue aprimorar ainda mais o seu aparato conceitual. A noção de “equivalente funcional” (*funktionale Äquivalenz*), mediante a qual se buscava outras funções parciais em que o funcionamento fosse equivalente à função global, é abandonada. Assim, na sociedade não há nenhuma comunicação que tematize “direito” sem que ela esteja situada no sistema do direito.

¹³⁴ LUHMANN, Niklas. “Operational closure and structural coupling: the differentiation of the legal system”. In: *Cardozo Law Review*, p. 1428.

¹³⁵ CLAM, Jean. “A autopoiese no direito”. In: ROCHA, Leonel Severo *et alli*. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 140.

da comunicação no lado “direito” ou no lado “não-direito” depende não do código, mas dos *programas* do sistema, que consistem em critérios de correção, sempre mutáveis¹³⁶.

Enfim, poderíamos afirmar que o código é uma fórmula que denota a diferenciação do direito, que expressa a auto-reprodução do sistema do direito, a diferença em relação a seu ambiente, o seu *fechamento operacional*¹³⁷. Por fechamento devemos entender que o sistema é diferenciado, que somente faz referência a seus próprios elementos, que utiliza em suas operações somente eventos comunicativos que se enquadrem em um dos lados do código binário do direito.

Como alertou Celso Campilongo, leituras apressadas da teoria da sociedade acusam o fechamento operacional dos sistemas de provocar um “alheamento” em relação ao mundo, purismo e isolamento¹³⁸. Mas é exatamente por causa dos sistemas serem *operacionalmente fechados* é que eles podem ser *cognitivamente abertos*¹³⁹. É precisamente por ser autônomo, por ser constituído por seus próprios elementos, que o sistema do direito mostra-se apto a *conhecer*, a partir de seus próprios critérios, as demandas da sociedade, ou: exercer a sua *função*. É pela função do sistema que se pode perceber os elementos que o compõem; a especificidade do direito, portanto, depende da definição de sua função¹⁴⁰.

Sob o enfoque da teoria da sociedade de Niklas Luhmann, todo sistema social se erige – e, assim, também a sua função – frente a um problema que existe na sociedade¹⁴¹. Para identificar a função do direito, portanto, faz-se preciso “observar qual problema da sociedade se resolve mediante o processo de diferenciação de normas especificamente jurídicas e de um sistema do direito determinado”¹⁴². Talvez seja mais proveitoso começar pela resposta, ou seja, definir de antemão a função do direito, que não é outra senão *generalizar congruentemente as expectativas normativas*. Cabe, agora, realizar rápidos apontamentos no sentido de esclarecer tal definição.

¹³⁶ CLAM, Jean. “A autopoiese no direito”. In: ROCHA, Leonel Severo *et alli*. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito*, p. 132.

¹³⁷ Sobre fechamento operacional: LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate. Cidade do México: 1999 (manuscrito) pp. 25-90.

¹³⁸ CAMPILONGO, Celso Fernandes. “‘Aos que não vêem que não vêem aquilo que não vêem’: sobre fantasmas vivos e a observação do direito como sistema diferenciado”. In: DE GIORGI, Raffaele. *Direito, tempo e memória*, p. 14.

¹³⁹ CLAM, Jean. “Une nouvelle sociologie du droit? Autour de *Das Recht der Gesellschaft* de Niklas Luhmann.” In: *Droit & Societé*. Nº 33. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1996, p. 410.

¹⁴⁰ LUHMANN, Niklas. “Law as a social system”. In: *Northwestern Law Review*. Vol. 83, nº 1-2. Chicago: Northwestern University, 1989, p. 139.

¹⁴¹ LUHMANN, Niklas. *I diritti fondamentali come istituzione*. Trad. Gianluigi Palombella e Luigi Pannarale. Bari: Dedalo, 2002, pp. 52-53.

¹⁴² LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 92.

Sendo a sociedade composta de comunicação, Luhmann acredita que a *complexidade* lhe é uma condição inescapável. O mundo social é complexo porque os elementos de um sistema social não podem se coligar ao mesmo tempo. Daí, complexidade é a unidade da diferença entre elemento e relação. Por isso, a complexidade denota a impossibilidade de conexão simultânea entre todos os elementos do sistema, é redução ante o ilimitado¹⁴³. Se a complexidade é a obrigação de selecionar, de se fazer opções, a *contingência* informa que é necessário aceitar os riscos implícitos às escolhas¹⁴⁴. Esse problema pode se duplicar, se tornar uma *dupla contingência*: é o que acontece quando as possibilidades apresentadas a Alter o são também a Ego, e vice-versa¹⁴⁵. Diante a essa situação de indeterminação, para que orientação na sociedade seja viável, faz-se necessário que se erijam *expectativas*¹⁴⁶.

Existem duas modalidades de expectativas: *expectativa normativa* e *expectativa cognitiva*. O critério que diferencia o cognitivo do normativo consiste justamente nessa disposição à aprendizagem frente ao desapontamento¹⁴⁷. A expectativa é cognitiva quando a expectativa não é mantida após o desapontamento, quando se aprende com a situação de frustração e assim a expectativa é abandonada. Com a expectativa normativa se dá precisamente o contrário: não há a disposição de mudança com o desapontamento, e, com isso, a frustração é externalizada¹⁴⁸. São duas posturas comunicativas inteiramente díspares, portanto. O que o sistema social do direito da sociedade faz é se abrir cognitivamente para conhecer frustrações de expectativas normativas. Assim, o direito de uma sociedade, para Luhmann, *possui a função de generalização congruente de expectativas comportamentais normativas*¹⁴⁹.

¹⁴³ LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*, pp. 44-47.

¹⁴⁴ Mostra-se muito oportuno lembrar as palavras de Raffaele De Giorgi: “O risco não é nem uma condição existencial do homem, muito menos uma categoria ontológica da sociedade moderna (...). É uma modalidade da relação com o futuro: é uma forma de determinação das indeterminações segundo a diferença de probabilidade/improbabilidade. (...) O risco, dessarte, é modalidade secularizada de construção do futuro.” DE GIORGI, Raffaele. “O risco na sociedade contemporânea”. In: *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998, p. 197.

¹⁴⁵ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*, p. 46.

¹⁴⁶ LUHMANN, Niklas. *La ciencia de la sociedad*. Ciudad de México, Guadalajara, Barcelona: Universidad Iberoamericana, ITESO, Anthropos, 1996, p. 102.

¹⁴⁷ LUHMANN, Niklas. “La positività del diritto come presupposto di una società moderna”. In: *La differenziazione del diritto: contributi alla sociologia e alla teoria del diritto*. Ed. Raffaele De Giorgi. Bologna: Il Mulino, 1990, pp. 105-106.

¹⁴⁸ LUHMANN, Niklas. *La ciencia de la sociedad*, p. 104.

¹⁴⁹ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*, p. 121. Devemos ressaltar, por oportuno, que a função não é suficiente para tornar o sistema diferenciado em relação a seu ambiente; só com isso o sistema ainda não opera de forma auto-referencial, autopoietica. O fechamento operacional do direito somente se dá após um longo percurso evolutivo em que um código binário direito/não-direito constituirá o sistema do direito como o conjunto de todas as comunicações voltadas ao direito. Cf. LUHMANN, Niklas. “The autonomy of the legal system”. In: *The differentiation of society*, pp. 122 e ss.

O direito busca a estabilização da expectativa de comportamento de forma que ela assuma uma qualidade normativa: que se mantenha contrafactual frente ao desapontamento¹⁵⁰. Bem explicado, a contrafactividade faz com que a expectativa possa se manter firme independente dos fatos, do desapontamento. E expectativas, nesse marco, não se relacionam com um estado qualquer da consciência de um indivíduo. Consistem, antes disso, em uma condição de possibilidade para que o sistema possa se “irritar” frente ao ambiente, para que o sistema possa modificar suas estruturas. As anomalias, as surpresas, as decepções vêm comunicadas socialmente através do *medium* da expectativa¹⁵¹.

Dessa forma, a função do direito se relaciona com a possibilidade de se comunicar expectativas na rede recursiva de comunicação da sociedade¹⁵². Frente aos conflitos sociais, o direito deve mostrar-se apto a dar uma resposta, a tratar a decepção oriunda de uma expectativa desapontada. Nenhum outro sistema da sociedade realiza essa função, cuja existência depende de um código que possa selecionar os elementos do sistema do direito: a comunicação social que tematize o código direito/não-direito¹⁵³. Em outras palavras, e mais uma vez, para ser *cognitivamente aberto*, o direito tem que ser *operacionalmente fechado*.

Cabe explicar, então, o nexos interno existente entre fechamento operacional e abertura cognitiva. Subsiste, portanto, a pergunta: por que é que para o sistema do direito servir à sociedade, ou seja, ser cognitivamente aberto às demandas sociais, ele precisa fazer referência somente a seus próprios elementos, ou melhor, ser operacionalmente fechado? Para responder a essa questão, é preciso demarcar uma distinção, como gosta de afirmar George Spencer Brown. A diferença a ser demarcada é aquela entre direito moderno e direito pré-moderno. A partir de tal contraste se vê porque o direito da modernidade consegue ser aberto a qualquer tipo de comunicação voltada ao direito.

¹⁵⁰ LUHMANN, Niklas. “Operational closure and structural coupling: the differentiation of the legal system”. In: *Cardozo Law Review*, p. 1426.

¹⁵¹ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 317.

¹⁵² LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 93.

¹⁵³ Esse é um ponto importante. Com a proposta de entender a sociedade a partir da existência de vários sistemas de funções, Luhmann não propõe uma decomposição do todo em partes. De início há uma diferenciação entre sistema/ambiente que é reintroduzida no interior do sistema, quando o sistema se utiliza de um código binário para diferenciar o que é auto e o que é hetero-referência. Essa é uma condição de possibilidade para que os sistemas possam realizar as suas funções na sociedade. Cf. GRIPP-HAGELSTANGE, Helga. “Niklas Luhmann, o: en qué consiste el principio teórico sustentado en la diferencia?” In: NAFARRATE, Javier Torres. *Luhmann: la política como sistema*, p. 31. Apoiando esse raciocínio: LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 123.

O direito pré-moderno era caracterizado por ter uma parte de sua vigência condicionada a uma idéia normativa de natureza – o que é usualmente descrito, pela teoria do direito, como direito natural¹⁵⁴. Existia um *núcleo imanente*, temas que se pretendiam imutáveis, acima do devir histórico e inatingíveis à esfera secular¹⁵⁵. Assim, por mais diversos que sejam os contextos históricos nos quais estavam imersas, a forma *physis/nomos*, da experiência cultural grega, tem a mesma função da *lex naturalis/lex positiva* da Idade Média e das idéias jusnaturalistas romanas, como *aequitas naturalis*¹⁵⁶: considerar uma parte do direito como sendo natural, para assim torná-lo indisponível e impô-lo ao restante do direito (geralmente designado de direito positivo), prescrevendo-lhe consonância hierárquica, sob pena do direito desviante ser apontado como desordem¹⁵⁷. Menelick de Carvalho Netto traduz melhor a função do núcleo imanente no direito pré-moderno:

O direito e a organização política pré-modernos encontravam tradução, em última análise, em um amálgama normativo indiferenciado de religião, direito, moral, tradição e costumes transcendentalmente justificados e que essencialmente não se discerniam. O direito é visto como a coisa devida a alguém, em razão de seu local de nascimento na hierarquia social, tida como absoluta e divinizada nas sociedades de castas (...).¹⁵⁸

Do excerto transcrito acima já é possível notar o quanto a vigência do direito guarda consonância com a sociedade na qual ele se situa. Foi descrito, acima, como ocorre a reprodução da comunicação social em uma sociedade cujo primado comunicativo se dá pela estratificação, ou seja, pela diferenciação por estratos. Um estilo de diferenciação (que durou até a virada para o século XIX) em que há uma divisão da sociedade em ordens auto-referentes, endogâmicas. Sob as bases de tal estilo de diferenciação, o estrato é o critério predominante para a organização da sociedade, exerce o primado da comunicação. Exatamente por isso, a comunicação voltada ao direito também é organizada a partir da hierarquia.

¹⁵⁴ Por mais que Michel Villey alerte para a diversidade de concepções de direito natural, todas elas são justificadamente agrupadas em uma só etiqueta, por Luhmann, por causa da construção escalonada da vigência do direito. Cf., de toda forma, as classificações de direito natural de Villey: VILLEY, Michel. "Le droit naturel et l'histoire". In: *Seize essais de philosophie du droit*. Paris: Dalloz, 1969, p. 78.

¹⁵⁵ ARAUJO PINTO, Cristiano Paixão. *Modernidade, tempo e direito*, p. 227.

¹⁵⁶ Sugerimos a excelente análise das idéias jusnaturalistas no direito romano traçadas em: BRETONNE, Mario. *História do direito romano*. Lisboa: Editorial Estampa, 1998, pp. 241-255.

¹⁵⁷ Cf. LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*, pp. 221 e ss.

¹⁵⁸ CARVALHO NETTO, Menelick. "A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito". In: *Notícia do direito brasileiro*. Nova série, nº 6. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 2º semestre de 1998, pp. 237-238.

Na sociedade pré-moderna, a aplicação do direito não dependia somente do pertencimento das pessoas a um determinado território. A organização política pré-moderna tolerava muito bem a aplicação de diversos conjuntos normativos em um mesmo espaço territorial, porque “ela tolera uma diferenciação do direito conforme os grupos de pessoas em questão”¹⁵⁹. É o que os historiadores do direito chamam de “princípio da personalidade”¹⁶⁰: o direito a ser aplicado depende da ascendência social.

Consoante foi mencionado acima, as castas sociais não resistiram à virada do século XIX. A igualdade formal entre os cidadãos de um Estado nacional que surgira à época é um aspecto da *diferenciação funcional*, que consiste na inclusão generalizada de todos os cidadãos às prestações dos sistemas da sociedade. Com o primado da função, o direito “não pode mais se basear na crença em outra ordem verdadeira como base de fundamentos morais e naturais e invariantes do direito”¹⁶¹. O mundo sofre um verdadeiro desencantamento. O núcleo imanente perde o seu fundamento histórico, e o direito moderno manifesta a sua vigência sem a limitação de uma idéia normativa de natureza. É o que se chama de *positividade do direito*.

Com a positividade do direito, a mudança das normas jurídicas de uma sociedade consiste em uma questão de rotina e a vigência da norma residirá em uma decisão de organizações formais¹⁶², e não na vontade divina, ou na retidão da natureza. Com isso, as possibilidades do direito são multiplicadas, porquanto não há mais uma determinação externa.

É exatamente essa ausência de determinação externa, de hetero-referência, que é expressa pelo conceito de *fechamento operacional*, o qual foi tratado *supra*. O direito moderno não utiliza critérios religiosos, morais ou econômicos para sua auto-reprodução. O que é inédito em termos históricos. E é precisamente por não se limitar por critérios vindos de outros sistemas que o direito pode realizar a sua função, que ele pode processar expectativas normativas passíveis de serem mantidas em uma situação de conflito. De modo complementar, a *abertura cognitiva* do direito frente à sociedade existe na exata medida em que qualquer questão social que envolva expectativas

¹⁵⁹ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*, p. 203.

¹⁶⁰ LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história – lições introdutórias*. São Paulo: Max Limonad: 2000, p. 88 (para o exemplo do império germânico). Cf., também, GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 2ª ed. Trad. António Manuel Hespanha e Manuel Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, pp. 167 e ss.

¹⁶¹ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito II*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985, p. 13.

¹⁶² Cf. LUHMANN, Niklas. “La positività del diritto come presupposto di una società moderna”. In: *La differenziazione del diritto: contributi alla sociologia e alla teoria del diritto*, pp. 113-118, 128 e 136.

normativas possa ser conhecida pelo direito, que sempre terá uma resposta para elas. Essa é a ligação interna existente entre *fechamento operacional* e *abertura cognitiva*.

Assim, com a diferenciação funcional o sistema do direito opera de forma fechada, recursiva. Ele somente faz referência a seus próprios elementos, quais sejam: comunicação que faz referência ao código binário direito/não-direito. E como a reprodução recursiva de seus elementos ocorre de forma contemporânea, ela não precisa, para acontecer, pressupor um passado¹⁶³, afinal os elementos de um sistema são comunicações, eventos, e por isso não possuem duração no tempo. Todavia, se isso for levado às últimas conseqüências, a conclusão a que se chega é que uma história do direito a partir da teoria da sociedade seria impossível. Mas não é esse o caso. O direito não se transforma em uma realidade estanque após se diferenciar: e é a improbabilidade da evolução que não o permite. A história do direito pode ser compreendida como a evolução de um sistema social auto-referente.

1.3. Evolução da sociedade, evolução do direito: modificação de estruturas em perspectiva temporal.

Quando se aborda a evolução do sistema social do direito, procura-se situar os *estados* que tal sistema assumiu no transcurso do tempo. Claro que não há uma maneira correta para localizar temporalmente esses estados, de forma que assumir a contingência de tal postura nada mais é que reconhecer seu caráter construtivo de “observação de segunda ordem”, que enxerga alguns aspectos à mesma medida em que é cego para outros¹⁶⁴. Parece de bom tom, igualmente, ressaltar que não é pelo fato de a evolução ter sido percebida cientificamente, pela primeira vez, por Charles Darwin, que possa ser legítimo afirmar que ela não tenha acontecido antes disso¹⁶⁵. A partir do olhar da teoria da sociedade de Luhmann, a evolução se dá há muito tempo, desde quando há sociedade¹⁶⁶.

¹⁶³ LUHMANN, Niklas. DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della Società*, p. 244.

¹⁶⁴ VON FOERSTER, Heinz. “Visão e conhecimento: disfunções de segunda ordem”. In: SCHITMAN, Dora Fried (org.). *Novos paradigmas, cultura e subjetividade*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1996, pp. 59 e ss.

¹⁶⁵ FÖGEN, Marie Theres. *Rechtsgeschichte – Geschichte der Evolution eines sozialen Systems* [versão em inglês]. Frankfurt am Main: Max-Planck Institut für europäische Rechtsgeschichte, 2006, § 16 (disponível em www.mpier.uni-frankfurt.de).

¹⁶⁶ Cf. LUHMANN, Niklas. DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della Società*, p. 176: “L’evoluzione c’è sempre e dovunque”.

É claro que as sociedades pré-modernas conheceram mutações de estruturas, e, portanto, evolução. É também óbvio que autores *notaram* a evolução, a mudança. Marie Theres Fögen já deixou isso muito claro quando discorreu sobre a evolução do direito durante o Império Romano, em seu *Römische Rechtsgeschichten*. Mormente no interessante capítulo em que analisa como um evento tão improvável, a morte de Lucrecia, pode ter contribuído – improvavelmente – para a instauração da república em Roma. Do ponto de vista da teoria da sociedade, isso é uma evolução, uma mudança da estrutura da sociedade¹⁶⁷, e autores da época o perceberam: como Dionísio, por exemplo, que se recusava a ver na instauração da república uma revolução para assim sustentar a continuidade de elementos monárquicos na política romana¹⁶⁸.

Assim, também ocorreu evolução na pré-modernidade, e ela costumou ser descrita por observadores: mas nunca fora *problematizada*. Essa é a diferença. A questão de se saber como ocorrem as transformações da sociedade frente a um futuro em aberto é uma questão totalmente moderna, que é expressa pelo que Hans-Georg Gadamer denominou de reflexividade da história.¹⁶⁹ A observação e o questionamento da evolução da sociedade têm como condição de possibilidade o surgimento de uma sociedade moderna, diferenciada funcionalmente, e que se contrapõe a uma sociedade diferenciada por estratos¹⁷⁰. Pois é na modernidade que ocorre uma espécie de “secularização” do tempo, que passa a ser descrito sem uma submissão cosmológica ou mesmo teológica.

Isso é percebido de forma clara a partir da análise conceitual que Koselleck realiza sobre o conceito de “história” no âmbito lingüístico alemão. Koselleck estuda a passagem de “história” em sentido pré-moderno, *Historie*, para história em sentido moderno *Geschichte* durante o *Sattelzeit*¹⁷¹. Na mudança de *Historie* para *Geschichte* se

¹⁶⁷ Esse conceito será desenvolvido ainda neste item, *infra*.

¹⁶⁸ FÖGEN, Marie Theres. *Storie di diritto romano: origine ed evoluzione di un sistema sociale*. Bologna: il Mulino, 2005, pp. 19-52.

¹⁶⁹ Essa reflexividade da história, em Gadamer, é percebida por meio de seu conceito de “consciência histórica”: “entendemos por consciência histórica o privilégio do homem moderno de ter plena consciência da historicidade de todo presente e da relatividade de toda opinião” (p. 17); e mais à frente: “ninguém pode atualmente eximir-se da reflexividade que caracteriza o espírito moderno” (p. 18). Cf. GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getúlio Vargas, 2003, p. 17 e ss.

¹⁷⁰ LUHMANN, Niklas. “The direction of evolution”. In: HAFERKAMP, Hans. SMELSER, Neil J. (Orgs.). *Social Change and Modernity*, p. 279.

¹⁷¹ Termo muito utilizado por Koselleck, e designa o período histórico que compreende, aproximadamente, o interregno entre 1750 e 1850. Para uma introdução à metodologia da *Begriffsgeschichte*, Cf. KOSELLECK, Reinhart. “Uma história dos conceitos: problemas teóricos e práticos”. In: *Estudos Históricos*. Vol. 5, nº 10. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1992, pp. 134-146. Cf., também, ARAUJO PINTO, Cristiano Paixão. *Modernidade, tempo e direito*, pp. 141-146.

lê a passagem da estratificação para a diferenciação funcional e, concomitantemente, o surgimento da uni-dimensionalidade do tempo, que é condição de possibilidade para a observação de segunda ordem acerca da evolução da sociedade.

Como já mencionado, *supra*, a estrutura social pré-moderna era caracterizada por um escalonamento de castas e, assim, as autodescrições da sociedade eram reduzidas às descrições levadas a efeito pela sua “*senior et marior pars*”, o estrato superior¹⁷². Nesse sentido, nada mais propício para descrever a ordem de uma sociedade hierarquizada em bases tidas por naturais do que o recurso à exemplificação.

Na pré-modernidade, a função das histórias era preparar para a vida, e isso era feito com uma referência aos feitos de grandes homens, cujas façanhas deveriam ser infundidas nos cidadãos por meio da *praxis* do orador, segundo o argumento de Marco Túlio Cícero¹⁷³. Até porque a mãe da verdade, afirmou Dom Quixote, é a história, que é também “*émula del tiempo, depósito de las acciones, testigo de lo pasado, ejemplo y aviso de lo presente, advertencia de lo por venir*”¹⁷⁴. O conhecimento dos *exempla*, assim, teria a função pedagógica de preparar para a vida precisamente porque “os homens trilham quase sempre estradas já percorridas”¹⁷⁵. Koselleck chega a documentar a utilização dessa noção de história até mesmo no “Dicionário Universal das Artes e das Ciências” (1748), de Jablonski, que define “as histórias” como “um espelho das virtudes e dos vícios, nas quais se pode aprender pela experiência dos outros”¹⁷⁶.

Por mais distantes que estas definições estejam, temporal e espacialmente, Cícero, Cervantes, Maquiavel e Jablonski têm algo em comum: descrevem uma “experiência estática do mundo”¹⁷⁷. E que se conserva até por volta da metade do século XVIII, oportunidade em que as estruturas formais do tempo passam a se diferenciar de

Sobre a noção de tempo histórico de Koselleck, é imprescindível: REIS, José Carlos. “O conceito de tempo histórico em Ricoeur, Koselleck e nos Annales: uma articulação possível”. In: *História & teoria: historicismo, modernidade, temporalidade e verdade*. 3ª ed. Rio de Janeiro: 2006, pp. 191-195, principalmente.

¹⁷² LUHMANN, Niklas. *Funzione della religione*. Ed. e Trad. Sergio Belardinelli. Brescia: Morcelliana, 1991, p. 262.

¹⁷³ KOSELLECK, Reinhart. “Historia Magistra Vitae”. In: *Futuro pasado: para una semántica de los tiempos históricos*. Barcelona: Ediciones Paidós, 1993, p. 50

¹⁷⁴ CERVANTES, Miguel de. *Don Quijote de la Mancha – edición del IV centenario*. Madrid: Real Academia Española, 2005, p. 88.

¹⁷⁵ MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe*. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 23.

¹⁷⁶ KOSELLECK, Reinhart. “Historia Magistra Vitae”. In: *Futuro pasado: para una semántica de los tiempos históricos*, p. 52.

¹⁷⁷ KOSELLECK, Reinhart. “The Eighteenth Century as the Beginning of Modernity”. In: *The practice of conceptual history: timing history, spacing concepts*. Stanford: Stanford University Press, 2002, p. 161.

forma mais clara¹⁷⁸. O presente aparece como uma diferença entre passado e futuro, entre espaço de experiência e horizonte de expectativa. A expectativa do futuro sabe que não pode decorrer da simples experiência passada¹⁷⁹; é nesse marco que um dos traços mais marcantes da modernidade vai se consumir: a abertura para o futuro¹⁸⁰. É precisamente aqui que se vislumbra a utilidade da análise conceitual de *Historie/Geschichte*, tecida por Koselleck.

Na pré-modernidade, esse estilo exemplar das histórias, a que se fez referência acima, era denotada, no âmbito lingüístico alemão, por *Historie*. É um conceito “no plural”, que contrasta com *Geschichte*, um “singular coletivo” que descreve mais do que um conjunto de histórias de grandes personagens a serem observadas com fins de edificação moral. *Geschichte* indica uma história mundial pensada como um sistema, totalmente desligada de forças imanentes e de determinações causais e que tem em seu cerne um paradoxo: deve ser pensada como uma totalidade, mas sem um fechamento em si, porque o futuro segue em aberto¹⁸¹.

Geschichte aponta para uma noção de tempo típica da modernidade e enfaticamente diferente do tempo dos estratos. Nas descrições históricas situadas a partir da metade do século XVIII, começa a ser identificada uma consciente rejeição ao *topos* ciceroniano de história como *magistra vitae*. Agora, se alguém quer aprender com a história absoluta, história em si e para si, a *Geschichte*, deve-se renunciar às histórias individuais, *Historie*. Assim, a história “se converteu em um sujeito dotado de epítetos divinos de onipotência, justiça divina e santidade”¹⁸². A história é universal por antonomásia e confere aos singulares um sentido mediante sua unidade direcionada rumo ao progresso¹⁸³. A história se historiciza, pois toma consciência do presente, de que é um tempo novo (*neue Zeit*) que poderia ser chamado de “modernidade” (*Neuzeit*). Modernidade que precisou de diferenças para confeccionar a sua identidade. Nesse

¹⁷⁸ KOSELLECK, Reinhart. “Historia, Historias y estructuras formales del tiempo”. In: *Futuro pasado: para una semántica de los tiempos históricos*, pp. 127 e ss.

¹⁷⁹ KOSELLECK, Reinhart. “‘Espacio de experiencia’ y ‘horizonte de expectativa’ dos categorías históricas”. In: *Futuro pasado: para una semántica de los tiempos históricos*, pp. 338 e ss.

¹⁸⁰ Segundo Cristiano Paixão: “O futuro em aberto, longe de ser associado à aleatoriedade ou à desordem, pode ser compreendido como criação” Cf. ARAUJO PINTO, Cristiano Paixão. *Modernidade, tempo e direito*, p. 113.

¹⁸¹ KOSELLECK, Reinhart. “Historia, Historias y estructuras formales del tiempo”. In: *Futuro pasado: para una semántica de los tiempos históricos*, pp. 139-140.

¹⁸² KOSELLECK, Reinhart. “Historia Magistra Vitae”. In: *Futuro pasado: para una semántica de los tiempos históricos*, p. 52.

¹⁸³ MARQUARD, Odo. “Filosofía de la compensación: algunos aspectos de la teoría de la compensación”. In: *Filosofía de la compensación: escritos sobre antropología filosófica*. Barcelona: Paidós, 2001, p. 36.

sentido, em meados do século XVIII o conceito de Idade Média começa a aparecer com as conotações pejorativas que até hoje perduram¹⁸⁴. Pouco depois, surge a Renascença e a Reforma, enquanto idades históricas¹⁸⁵. É nessa criação retrospectiva de períodos em intervalos de tempo cada vez menores que se observa a “temporalização do tempo” (sua reflexividade) que caracteriza a modernidade.

Em uma sociedade pré-moderna, assentada em um sentido religioso de mundo, era a *æternitas* que conferia sentido ao *tempus*, o presente, e é nesse contexto que se entende a função das histórias exemplares de reis e cavaleiros com finalidade clara de instrução do estrato superior. O verdadeiro era o imutável. Mas com a modernidade, é o tempo que passa a ser a principal dimensão descritiva da sociedade. Nas palavras de Luhmann:

Nos tempos modernos, não há outro nível de ordem temporal fora do conceito fluido de tempo que conecta o passado, o presente e o futuro. Essa nova uni-dimensionalidade do tempo elimina explicações fáceis que se refiram à variedade de tempos (com distinção em relação à eternidade). O tempo não existe mais fora da história. A direção do tempo é a direção da história.¹⁸⁶

A uni-dimensionalidade do tempo, a universalidade processual da história – tal como transparece de forma clara em *Geschichte*¹⁸⁷ – é condição de possibilidade para uma problematização da evolução da sociedade e de seus sistemas parciais, como o sistema do direito. As palavras tecidas acima procuraram apenas localizar historicamente essa novidade – ainda que de forma sintética, como impende a amplitude do tema. Outra coisa é perguntar: como a direção do tempo, a direção da história, pode ser observada?

Passados os séculos que se colocam entre o início da modernidade e os dias atuais, Luhmann acredita que as observações de segunda ordem sobre a reflexividade da

¹⁸⁴ KOSELLECK, Reinhart. “Historical time and social history”. In: *The practice of conceptual history: timing history, spacing concepts*. Stanford: Stanford University Press, 2002, p. 119.

¹⁸⁵ KOSELLECK, Reinhart. “The Eighteenth Century as the Beginning of Modernity”. In: *The practice of conceptual history: timing history, spacing concepts*, p. 163. Com Koselleck pode-se perceber que o termo “Renascença” existia já no século XVI, mas com um uso nos campos da literatura e da estética. Foi somente no século XIX, um século após a “criação” da Idade Média, que Jules Michelet e Jacob Burckhardt introduziram “Renascença” como um período histórico entre e Idade Média e a Modernidade, como uma etapa da “história universal”.

¹⁸⁶ LUHMANN, Niklas. “The direction of evolution”. In: HAFERKAMP, Hans. SMELSER, Neil J. (Orgs.). *Social Change and Modernity*, p. 282.

¹⁸⁷ É exatamente por esse motivo é que a contraposição entre *Historie* e *Geschichte* foi utilizada. Nessa mudança se verifica a reflexividade de uma história constituída rumo ao futuro. Nisso, não se vê uma peculiaridade alemã, mas sim um elemento constitutivo da modernidade.

história podem ser agrupadas, *grosso modo*, em três estilos situados historicamente: em três semânticas. Pela referência a cada uma dessas semânticas é possível vislumbrar proposições que tentaram explicar como ocorre a mudança da sociedade¹⁸⁸: a *primeira* semântica identificou a evolução com a noção de “progresso”¹⁸⁹, a *segunda* concebeu a evolução como um constante aumento de diferenciação e complexidade da sociedade¹⁹⁰ e a *terceira*, por fim, entende a evolução mediante o recurso à noção de improbabilidade e artificialidade¹⁹¹. Em suma: em cada uma dessas semânticas se pode ver como a sociedade autodescrevia sua dimensão temporal, como a sociedade observava a direção da evolução, a modificação de suas estruturas¹⁹². É o próprio Luhmann quem comenta essas estratégias explicativas das descrições temporais da sociedade:

Desde o século XIX a ênfase tem mudado do progresso para diferenciação e complexidade, e daí para a improbabilidade. Essa mudança semântica reflete uma consciência crescente na disposição problemática das estruturas da sociedade moderna. Essa seqüência de “discursos” semânticos do progresso para a diferenciação e complexidade e depois para a improbabilidade não reflete simplesmente uma mudança na história das idéias. Ao contrário, ela tem base em processos de industrialização e de desenvolvimento tecnológico, na democratização política e na provisão de educação escolar em massa. Mais que isso, essa seqüência semântica

¹⁸⁸ Assim, chega até a lembrar o sentido em que Kuhn emprega para “paradigma”: “considero ‘paradigma’ as realizações científicas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência”. Cf. KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 5ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2000, p. 13.

¹⁸⁹ *Progresso* somente aparece como “singular coletivo”, como um conceito que entrelaça numerosas experiências em um único termo, por volta de 1800. Era uma idéia que atribuía uma direção constante para a história, uma vez que “pressupõe um processo indefinido caracterizado pela passagem constante a estados sempre melhores”, segundo KOSELLECK, Reinhart. “‘Progress’ and ‘Decline’: an appendix to the history of two concepts”. In: *The practice of conceptual history: timing history, spacing concepts*. Stanford: Stanford University Press, 2002, pp. 221 e 229. Mediante a transformação nas estruturas formais do tempo, como já exposto, o futuro passa a ser visto não mais como uma continuação necessária do presente, e sim como um espaço de projeção da novidade, que quando é identificada como inevitável é caracterizada como progresso. Cf. MARRAMAO, Giacomo. *Poder e secularização: as categorias do tempo*. São Paulo: Unesp, 1995, p. 108. BURKE, Peter. *História e teoria social*. São Paulo: Unesp, 2002, pp. 185-186. HOBBSAWM, Eric. “O sentido do passado”. In: *Sobre história: ensaios*. Trad. Cid Knipel Moreira. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 29.

¹⁹⁰ O conceito de diferenciação foi muito útil para o surgimento da sociologia. Ele permitiu abordar a sociedade sem exigir que uma referência ao progresso seja necessária. E assim, a sociedade pôde ser abordada mediante categorias como “divisão social do trabalho”, LUHMANN, Niklas. “The direction of evolution”. In: HAFERKAMP, Hans. SMELSER, Neil J. (Orgs.). *Social Change and Modernity*, p. 284.

¹⁹¹ LUHMANN, Niklas. “The direction of evolution”. In: HAFERKAMP, Hans. SMELSER, Neil J. (Orgs.). *Social Change and Modernity*, p. 283.

¹⁹² LUHMANN, Niklas. “The direction of evolution”. In: HAFERKAMP, Hans. SMELSER, Neil J. (Orgs.). *Social Change and Modernity*, pp. 282-283. O conceito de estrutura será analisado abaixo, e terá a atenção que sua importância impõe.

corresponde ao lento processo de descoberta dos contornos da vida moderna¹⁹³.

Luhmann deixa claro que entende a sociedade a partir do terceiro estilo de observação da reflexividade do tempo, qual seja, aquele que descreve a evolução sob o fio condutor do *paradoxo da probabilidade do improvável*¹⁹⁴. Nesse quadro, uma descrição da sociedade em viés evolutivo vai perquirir “como é possível que surjam e que funcionem como normais, pois, estruturas que são sempre mais carregadas de pressupostos, que são, isto é, mais improváveis”¹⁹⁵. Fundamental perceber: Luhmann nem pretende “introduzir” esse estilo de observação evolutiva pautada na improbabilidade e, tampouco, a concebe enquanto um dado ontológico da realidade.

A improbabilidade é um estado descritivo acessível mediante a observação das descrições da sociedade. Luhmann acredita que é perfeitamente possível localizar, nas descrições da sociedade, novas observações de segunda ordem que apontam na direção da improbabilidade: elas vão da redefinição do papel do “ruído” na transmissão da informação à exclusão de explicações teleológicas para a segunda lei da termodinâmica¹⁹⁶, passando pela ciência do não-equilíbrio de Ilya Prigogine¹⁹⁷ e pela inserção da noção de probabilidade enquanto categoria de análise por obra do sempre surpreendente Boltzmann¹⁹⁸. Observações que foram sintetizadas pela contribuição da Escola de Bruxelas, que vislumbra no tempo uma dimensão construtivista: o tempo não

¹⁹³ LUHMANN, Niklas. “The direction of evolution”. In: HAFERKAMP, Hans. SMELSER, Neil J. (Orgs.). *Social Change and Modernity*, pp. 283-284.

¹⁹⁴ LUHMANN, Niklas. DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della Società*, p. 169. Uma das características da proposta epistemológica de Luhmann é o uso criativo dos paradoxos. Segundo Juliana Neuenschwander (p. 51), um paradoxo não é uma “simples contradição entre duas proposições, mas é antes de tudo uma implicação de dependência entre duas proposições que, reciprocamente, se negam. Por isso não aparece sob a forma ‘A = não A’, mas sim como ‘A porque não A’; nem sob a forma ‘A=A’, mas sim sob a forma ‘A porque A’. Isto é auto-referência, e a tautologia nada mais é que auto-referência pura”. Cf. NEUENSCHWANDER MAGALHÃES, Juliana. *O uso criativo dos paradoxos do direito: a aplicação dos princípios gerais do direito pela Corte de Justiça Européia*. Florianópolis: CPGD-UFSC, 1994 (Dissertação de Mestrado). Cf. LUHMANN, Niklas. “Tautology and paradox in the self-descriptions of society”. In: *Essays of self-reference*. New York: Columbia University Press, 1990, pp. 123-143.

¹⁹⁵ LUHMANN, Niklas. DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della Società*, pp. 169-170.

¹⁹⁶ LUHMANN, Niklas. “The direction of evolution”. In: HAFERKAMP, Hans. SMELSER, Neil J. (Orgs.). *Social Change and Modernity*, pp. 289-290.

¹⁹⁷ Recomenda-se enfaticamente a profícua análise de Cristiano Paixão sobre a contribuição da Escola de Bruxelas na configuração de uma perspectiva construtiva do tempo, a partir de uma contribuição original na abordagem da auto-organização e das estruturas dissipativas. Cf. ARAUJO PINTO, Cristiano Paixão. *Modernidade, tempo e direito*, pp. 65-115.

¹⁹⁸ Cristiano Paixão mensura com precisão a importância da inserção da probabilidade pela fórmula de Boltzmann: “(...) a fórmula de Boltzmann, além de prever, pela primeira vez em física, o tempo irreversível, também consagra – igualmente de forma pioneira – a renúncia à explicação do movimento de partículas mediante trajetórias, optando pela descrição probabilística”. Cf. ARAUJO PINTO, Cristiano Paixão. *Modernidade, tempo e direito*, p. 74.

será uma ilusão nem uma dissipação, mas uma criação que ocorre a partir do caos, da aleatoriedade, da improbabilidade¹⁹⁹.

Inserido em tal marco semântico, Luhmann entende a evolução sob a luz da improbabilidade na medida em que descreve a sociedade moderna como um “arranjo altamente seletivo de realizações não usuais”²⁰⁰. Assim, esta sociedade não aparece como materialização do progresso ou como o produto de uma diferenciação gradual e ininterrupta, que a tornaria cada vez mais complexa: não necessariamente²⁰¹. De igual forma, a evolução não é expressa como as “grandes narrativas” que costumam situar a humanidade entre um passado definitivo e um futuro predizível²⁰². Luhmann tampouco vê a história como uma unidade teleologicamente orientada, que começaria com tribos e culminaria na pós-modernidade ou “sociedade industrial”, porque a evolução não acumula progressos, mas somente improbabilidades.

Na proposta da teoria da sociedade, uma teoria da evolução não pode se limitar a perquirir como o *status quo* pode ser aprimorado de modo a levar a humanidade à perfeição. A evolução tem que buscar explicar “como relações que são intrinsecamente incompatíveis sejam, não obstante, possíveis e possam ser efetivamente esperadas”, ou seja: “como uma ordem pode ser criada de modo a transformar o impossível em possível e o improvável em provável”²⁰³. A mesma improbabilidade que informa a autopoiese da comunicação, no âmbito da sociedade, também guia a evolução²⁰⁴. Assim, *pode-se afirmar que a questão de saber como são possíveis as mudanças estruturais, e a aleatoriedade que lhes é própria, consiste no problema da evolução.*

¹⁹⁹ ARAUJO PINTO, Cristiano Paixão. *Modernidade, tempo e direito*, p. 113.

²⁰⁰ LUHMANN, Niklas. “The direction of evolution”. In: HAFERKAMP, Hans. SMELSER, Neil J. (Orgs.). *Social Change and Modernity*, p. 287.

²⁰¹ Nas palavras de Luhmann e De Giorgi, uma descrição desse tipo é até possível, mas somente como uma simplificação forçada: “o velho princípio segundo o qual a evolução seria um processo que vai de relações simples a relações complexas não é sustentável pelo simples fato de que não existem relações simples; mas também pelo fato de que, como é evidente, ainda hoje co-existem sistemas menos complexos e sistemas mais complexos.” LUHMANN, Niklas. DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della Società*, p. 185.

²⁰² GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*, p. 12. Cf. também, DE GIORGI, Raffaele. “O Deus com barba e o Deus sem barba”. In: *Direito, tempo e memória*. Trad. Guilherme Leite Gonçalves. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 179: com a positividade do direito, há um deslocamento do cumprimento de expectativas para o futuro, por excelência. O direito positivo se reveste, com isso, de um formato de promessa, “de uma determinação que se realiza somente no futuro”, o que é um traço especificamente moderno.

²⁰³ LUHMANN, Niklas. “The improbability of communication”. In: *Essays on self-reference*. New York: Columbia University Press, 1990, pp. 86-87.

²⁰⁴ No projeto teórico de Luhmann, há uma articulação consciente de uma teoria da comunicação, uma teoria dos sistemas e uma teoria da evolução. De tal forma ligados que o entendimento isolado de apenas um aspecto da teoria é de difícil consecução.

Na tentativa de responder a esse problema, Luhmann confecciona, no bojo de sua teoria da sociedade, uma teoria da evolução que tem como início – não poderia ser de outra maneira – uma diferença: a evolução é a unidade da diferença variação/seleção²⁰⁵. Uma distinção que também se colocara como a base das observações de Darwin, mas que é redimensionada (por Luhmann) pela sua conexão com a diferença sistema/ambiente. E quando se tematiza o nexos que a evolução tem com a mudança de estruturas de um sistema, o matiz improvável da evolução aparece de modo mais claro ainda.

O nexos interno entre evolução e sistema pode ser percebido mediante uma análise do papel da *variação* e da *seleção* para o desencadear da evolução. Para tecer uma diferença entre variação e seleção, Luhmann realiza uma correlação desses componentes da evolução com outros componentes dos sistemas. Assim, a variação dirá respeito aos elementos do sistema e a seleção às suas estruturas²⁰⁶. A *variação* se dá quando ocorre uma reprodução desviante dos elementos de um sistema; destarte se observa a recursividade deste conceito, pois para ocorrer comunicação desviante, é necessário supor a existência anterior de elementos no sistema²⁰⁷. A *seleção*, por sua vez, escolhe referências de sentido que pareçam aptas para um uso repetido, de tal sorte que possam construir uma estrutura²⁰⁸.

Dessa forma, uma condição de possibilidade da evolução consiste em que os mecanismos de variação e seleção não sejam igualados²⁰⁹, pois é essa diferença que torna possível a geração de uma multiplicidade de formas, mediante uma recombinação e reprodução de desvios nos pontos de partida²¹⁰. Também, faz-se preciso apontar a mútua dependência que existe entre esses conceitos. A variação não consiste por si mesma na transformação, pois se assim fosse, ela sozinha já seria a evolução. A seleção, por seu turno, pressupõe uma variação ocorrida anteriormente no sistema, modo contrário, o que iria selecionar?²¹¹

E com a diferença variação/seleção se pode observar a separação e dependência recíproca entre os elementos e as estruturas de um sistema. A forma elemento/estrutura é de grande importância para uma teoria que busca indagar como

²⁰⁵ LUHMANN, Niklas. DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della Società*, p. 187.

²⁰⁶ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 193.

²⁰⁷ LUHMANN, Niklas. DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della Società*, p. 195.

²⁰⁸ LUHMANN, Niklas. DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della Società*, p. 190.

²⁰⁹ LUHMANN, Niklas. DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della Società*, p. 203.

²¹⁰ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 193.

²¹¹ LUHMANN, Niklas. DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della Società*, pp. 187-188.

ocorre a mudança social, porquanto o “elemento” básico da reprodução social, a comunicação, não é apta para uma observação da mudança. Isso porque a comunicação não tem duração, ela se dá na evanescência do tempo presente, de modo que a todo instante os elementos comunicativos do sistema se enlaçam de uma maneira que não se pode ver outra dimensão que não a do momento. Em síntese: a autopoiese do sistema, para acontecer, não precisa pressupor um passado, isso inviabilizaria a sua recursividade. Por estes singelos motivos, não se mostra possível abordar a evolução a partir dos elementos do sistema, pois entre o seu surgimento e sua passagem não ocorre um interregno que dê azo à utilização da distinção antes/depois²¹².

As *estruturas* do sistema compensam essa fugacidade da comunicação. A estrutura permite o enlaçamento dos elementos do sistema, de modo a possibilitar (e condicionar) a continuidade do sistema, e assim servir de referencial para a observação da mudança social²¹³. Com isso já se antevê que as estruturas têm uma duração que transcende a duração do evento comunicativo, mas daí não se conclui que as estruturas são relações de eventos. Se assim fossem, elas desapareceriam juntamente com a modificação do elemento. Uma relação entre elementos obtém uma qualidade estrutural no instante em que passa a traduzir uma “seleção de um grande número de possibilidades combinatórias”, o que é verificável quando essa seleção se mantém constante²¹⁴; quando se reproduz com elementos novos mesmo quando ocorra uma modificação de elementos.

Tudo isso está a indicar que ao se manterem constantes as estruturas selecionam, e assim também limitam as possibilidades do sistema²¹⁵; e “por meio de uma estruturação limitante um sistema adquire a suficiente ‘direção interna’ que faz possível a auto-reprodução”²¹⁶, que permite que cada elemento do sistema possa ter acesso a outros elementos – e assim o sistema mude de estado. Luhmann e De Giorgi conseguem explicar o argumento ao mesmo instante em que o aprofundam:

²¹² LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*, p. 314. Recomenda-se, fortemente, a leitura do item XVII do capítulo 8 de tal obra, em que Luhmann tece interessantes comentários problematizando a literatura sociológica que aborda a “*social change*” (um tópico central da sociologia norte-americana).

²¹³ Segundo Luhmann, “a compreensão do fato de que os processos de transformação dependem da estrutura dos sistemas, nos oferece novas possibilidades para indagar a relação existente entre direito e evolução da sociedade”. Cf. LUHMANN, Niklas. “Evoluzione del diritto”. In: *La differenziazione del diritto: contributi alla sociologia e alla teoria del diritto*. Ed. Raffaele De Giorgi. Bologna: Il Mulino, 1990, p. 38.

²¹⁴ LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*, p. 259.

²¹⁵ LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*, p. 259.

²¹⁶ LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*, p. 260.

Por meio de repetições em diversas situações, as estruturas condensam e confirmam uma riqueza de sentido que não se submete a uma definição exata (...). As estruturas adquirem realidade [*si realizzano*] sempre e somente por fornecerem uma direção (delimitam o âmbito de possibilidades) ao processo no qual continuamente se passa de uma operação para outra operação. E é propriamente essa referência às operações (no nosso caso, então: a referência à comunicação) que expõe as estruturas da sociedade à evolução²¹⁷.

Ante o exposto, caso seja possível apontar a transformação de um sistema, isso se dá mediante a observação da mudança de suas estruturas, pois são elas que possibilitam uma localização temporal do estado do sistema. A teoria da evolução, portanto, intenta explicar as transformações de estruturas de um sistema, o que se dá, como exposto, mediante uma seleção operada pelo sistema, mas que pressupõe uma anterior variação na comunicação.

A variação, por tudo isso, é intrínseca à operação sistêmica: é própria da comunicação. A autopoiese de um sistema implica no enlaçamento recursivo de sua comunicação, mas isso não significa que seja sempre a *mesma* comunicação. Desvios na comunicação acontecem quando uma comunicação recusa conteúdos de outras comunicações²¹⁸. O que acontece a todo momento: a emissão de uma informação não garante a sua compreensão, e a chance de ocorrer a sua negação é sempre possível, uma vez que a comunicação não tende ao consenso. Em última análise, a improbabilidade da evolução de um sistema social é constituída pela improbabilidade que caracteriza a comunicação da sociedade. E não é por outra razão que a evolução não se traduz adequadamente por um simples processo de crescimento, mas sim por uma *seletividade* (portanto, contingência) que exclui ou inclui comunicações aptas a dar prosseguimento à autopoiese dos sistemas²¹⁹.

A improbabilidade da evolução informa que a variação tem probabilidade de acontecer e, dessarte, nada impede que um reforço circular dos desvios forme uma estrutura²²⁰. Na seleção, o sistema intenta verificar se a mudança é capaz de se adaptar ao estado do sistema, se ela é capaz de dar prosseguimento às operações. Como a seleção é uma operação binária, ela permite tanto a manutenção do *status quo* do

²¹⁷ LUHMANN, Niklas. DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della Società*, p. 175.

²¹⁸ LUHMANN, Niklas. DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della Società*, pp. 194-195.

²¹⁹ LUHMANN, Niklas. "The improbability of communication". In: *Essays on self-reference*, pp. 88-89.

²²⁰ LUHMANN, Niklas. DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della Società*, p. 204.

sistema quanto a sua transformação, quando escolhe a comunicação desviante. Quando ocorre esta segunda opção, o conceito de *re-estabilização* encontra aplicação²²¹.

Ainda há pouco foi proposta a ligação entre “componentes” da evolução e “componentes” da operação do sistema. A variação diz respeito aos elementos de um sistema, quer dizer, comunicação. A seleção se relaciona com as estruturas sistêmicas. Já o mecanismo de re-estabilização diz respeito à manutenção da unidade de um sistema que se reproduz autopoieticamente. Explicando com mais vagar, a estabilização se erige frente ao problema de possíveis incompatibilidades que o sistema tem que enfrentar por consequência de seleções de estruturas. No plano do sistema onicompreensivo da sociedade, a estabilização procura realizar uma acomodação no relacionamento entre os sistemas²²². No âmbito dos sistemas sociais, como o sistema do direito, por exemplo, a estabilização visa manter a diferença entre auto-referência e hetero-referência, uma vez que opera no sentido de tornar dinamicamente estável um sistema que teve suas estruturas modificadas, mas que, ainda assim, se diferencia de um ambiente²²³.

Acontece que quando um sistema se re-estabiliza, após a seleção de uma estrutura, ele concomitantemente gera variações. Isso ocorre porque o estado do sistema já não vai ser o mesmo; no entanto, saber se a variação que a re-estabilização provoca vai ser selecionada, é outra questão. O que é fundamental perceber, agora, é que “o mecanismo da estabilização age conjuntamente como motor da variação evolutiva”²²⁴, ou seja: a evolução da sociedade é circular. Não por último, mediante essas palavras já se pode notar, também, que a recíproca implicação entre os mecanismos de variação, seleção e re-estabilização é uma significativa expressão da improbabilidade da evolução, e que denota a impossibilidade de seu controle, seja por uma filosofia da história seja por um planejamento técnico-burocrático. A evolução ocorre sempre, e a sociedade não se conclui.

Tudo isso mostra o quanto o aparato conceitual da teoria da sociedade difere frontalmente das descrições tradicionais da evolução. Se isso pode ser observado nos pontos de partida, o contraste com o pensamento social vetero-europeu fica ainda maior quando se leva em consideração os resultados. Para descrever os resultados da evolução Luhmann não se utiliza nem do “progresso” e nem de declarações vagas como a de “um

²²¹ LUHMANN, Niklas. DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della Società*, p. 187.

²²² LUHMANN, Niklas. DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della Società*, pp. 212-213.

²²³ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 193.

²²⁴ LUHMANN, Niklas. DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della Società*, p. 216.

aumento contínuo de diferenciação e complexidade”²²⁵. Luhmann se vale do conceito de *aquisição evolutiva* para expressar o resultado da evolução, indicando, por meio dele, uma estrutura que produz uma redução que improvavelmente é capaz de fomentar mais complexidade, o que a torna mais adequada do que seus equivalentes²²⁶.

E por isso mostra-se perfeitamente coerente afirmar que uma aquisição evolutiva demonstra que a evolução pode transformar o improvável em provável²²⁷; é por meio dela que vêm fixadas estruturas adequadas a um limiar de complexidade, “e na medida em que se realizam os incrementos de complexidade que dependem daquela estrutura, a aquisição vem incorporada de modo irreversível”²²⁸. Isso se dá porque várias operações da sociedade passam a depender da aquisição evolutiva, que é uma estrutura selecionada para organizar a comunicação. A moeda, a escrita²²⁹ ou mesmo a Constituição²³⁰ – a partir de uma convenção realizada em 1787, na Filadélfia – são bons exemplos de aquisições evolutivas²³¹. Todas elas são exemplos de reduções, de escolhas realizadas na sociedade e que direcionaram a organização da comunicação em um determinado caminho: uma estrutura. De tal forma que mesmo para negá-la, é preciso preliminarmente apontá-la: e portanto afirmá-la²³².

Até agora, contudo, foi dada mais ênfase à evolução da sociedade. A questão da evolução do sistema do direito, ou melhor, da possibilidade de sua evolução em separado, ainda está em aberto. Mas é a própria existência de uma autopoiese do direito, a qual foi debatida *supra*, de uma reprodução que acontece independente de outros

²²⁵ A teoria da sociedade de Luhmann é totalmente incompatível com uma abordagem que conceba a diferenciação funcional nos cânones de uma “continuidade progressiva”. O próprio estabelecimento de um sistema social que se diferencia de um ambiente, da sociedade, implica uma redução, uma seleção de comunicação. Como explica Luhmann, a “diferenciação não propicia somente *aumento* de complexidade; possibilita, também, novas formas de redução de complexidade. Cada sistema parcial, assim, pode-se afirmar, assume parte da complexidade global ao se orientar somente segundo sua própria diferença sistema/ambiente”. LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*, p. 184.

²²⁶ LUHMANN, Niklas. DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della Società*, pp. 222-223. É importante perceber o quanto o conceito de aquisição evolutiva é relacional, comparativo: “sobre o plano teórico, isso significa que podemos esperar o desenvolvimento de aquisições evolutivas somente no contexto de problemas estruturais derivados – e não simplesmente do ponto de vista de possibilidades melhores de acordo ou de reduções melhores da complexidade de modo absoluto.” (p. 226).

²²⁷ LUHMANN, Niklas. “Evoluzione del diritto”. In: *La differenziazione del diritto: contributi alla sociologia e alla teoria del diritto*, p. 47.

²²⁸ LUHMANN, Niklas. DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della Società*, p. 223.

²²⁹ A escrita funciona como uma ativação de memória que consegue manter disponível, e de maneira obrigatória, o conhecimento para situações imprevisíveis quando do próprio surgimento do texto escrito. Para a escrita como aquisição evolutiva, Cf. LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, pp. 195-205.

²³⁰ LUHMANN, Niklas. “La Costituzione come acquisizione evolutiva”. In: ZAGREBELSKY, Gustavo, PORTINARO, Pier Paolo e LUTHER, Jörg. *Il Futuro della Costituzione*. Torino: Einaudi, 1996, pp. 83-128.

²³¹ Mais abaixo será abordado no que consiste a aquisição que a constituição representa, em 1.5.1.

²³² O constitucionalismo da Restauração, nos diversos matizes que ele assumiu no século XIX, é um bom exemplo, como buscar-se-á indicar, no próximo capítulo, ainda que de forma incidental.

sistemas da sociedade, que “leva também à confirmação de uma evolução independente do direito”²³³.

Na modernidade, ocasião em que o sistema do direito passa a se reger unicamente a partir de seus próprios critérios, uma evolução do sistema do direito em separado de outros contextos sistêmicos não gera maiores dificuldades de compreensão²³⁴. Isso porque o fechamento operacional não exclui a evolução, pelo fato de não excluir a abertura cognitiva do sistema em relação ao seu ambiente²³⁵. Pelo contrário, o fechamento é condição de abertura do sistema, e portanto de sua evolução em separado dos outros sistema da sociedade.

Se esse ponto é bem compreendido, pode-se afirmar que a diferença entre sistema e ambiente também é condição de possibilidade de toda evolução²³⁶; mais precisamente um *hiato* de complexidade entre sistema e ambiente²³⁷. Assim, o sistema do direito não responde de forma mecânica às exigências de seu ambiente. Não há um *input* do ambiente no sistema, que force o sistema a dar uma resposta a qualquer requisição do ambiente (leia-se: de outros sistemas). A evolução do direito se dá a partir de um confronto com o seu ambiente, mas não de acordo com seu ambiente²³⁸.

Além da forma sistema/ambiente, a diferença entre variação e seleção também aparece como fundamental para a evolução do sistema do direito. O que se discorreu acima acerca da necessidade de separação entre os mecanismos da evolução da sociedade, a variação, seleção e estabilização, se aplica também ao sistema do direito. A diferença é meramente de grau, de modo que é justamente por isso que o que foi aduzido, acima, acerca da evolução da sociedade vale, igualmente, para a evolução do sistema do direito. Se a sociedade tem como ambiente os sistemas psíquicos, o ambiente do sistema do direito são os outros sistemas sociais, como política, economia e ciência.

Faz-se preciso, então, enfatizar que tanto a variação e quanto a seleção não consistem em processos induzidos a partir do ambiente do sistema. O ambiente não pode determinar o curso da evolução do sistema do direito, mas somente o *acaso*, afinal, o direito não tem um controle sobre quais temas terá que comunicar e justamente por

²³³ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 194.

²³⁴ Como já foi apontado, a evolução do direito também aconteceu na pré-modernidade, mas não de maneira totalmente independente da política, religião, economia, enfim. Afinal, os sistemas não eram ainda operativamente fechados.

²³⁵ Cf., *supra*, 1.2.

²³⁶ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 192.

²³⁷ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*, p. 172.

²³⁸ LUHMANN, Niklas. “Evoluzione del diritto”. In: *La differenziazione del diritto: contributi alla sociologia e alla teoria del diritto*, p. 39.

isso, “em parte responde com variação, em parte, reage com estabilidade para voltar a estimular inovações”²³⁹. Seguramente, pode acontecer que o ambiente do sistema do direito necessite de prestações do direito. Mas o sistema encara isso como uma mera irritação, um “ruído” que será lido pelo sistema a partir de seu próprio código binário²⁴⁰. E por isso, pode ser que surja comunicação desviante das estruturas do direito (variação); frente a esse desvio, pode acontecer dele ser ignorado, ou pode ser que ele seja considerado apto a estruturar futuras comunicações (seleção).

Assim, o problema central de uma abordagem evolutiva do direito, a transformação das estruturas do sistema do direito, a partir de uma seleção e posterior estabilização, é um problema de *consistência interna*. Afirmar a necessidade de consistência interna para o acontecer da seleção sistêmica significa que a estrutura selecionada frente uma variação mostre-se apta a ser compatibilizada com o estado anterior do sistema. E de fato, muitas vezes a evolução não acontece por questão de consistência interna: não obstante o ambiente necessitar que o sistema se adapte a ele, não há requisitos mínimos para que o sistema possa reproduzir o novo limiar de complexidade. Foi com essa preocupação que Luhmann afirmou que “a função de seleção não se distingue dos problemas de re-estabilização do sistema”²⁴¹. O sistema seleciona o que o seu estado de partida está apto a reproduzir. E a problematização dessa diferença entre o atual e o possível foi objeto, recentemente, das sempre instigantes considerações de Raffaele De Giorgi. Essa diferença é a memória do direito.

1.4. Memória do direito, história do direito: o papel das semânticas.

O perfil eminentemente seletivo da evolução do direito fica ainda mais evidenciado com o mais recente desenvolvimento da teoria da sociedade, e que responde por “memória do direito”. Tradicionalmente a referência “memória” foi tematizada das formas mais diversas. Alguns descrevem-na como uma espécie de depósito de informações, outros como um tempo ligado ao avanço da idade física. Um mapeamento do uso do conceito “memória” pela historiografia e ciências sociais contemporâneas escapa aos propósitos desta investigação. Mas Raffaele De Giorgi acredita que, em sua ampla maioria, esses usos se dão da seguinte forma: *primeiro*

²³⁹ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 221.

²⁴⁰ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 220.

²⁴¹ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 215.

tomam a memória como um conceito auto-evidente que realiza uma recordação daquilo que passou; *após isso* afirmam que a recordação busca recuperar o passado, *logo* a memória seria a busca do passado²⁴².

O que é importante deixar claro, logo de partida, é que a teoria da sociedade se contrapõe frontalmente às noções usuais de memória: a partir de seu enfoque a memória não é um amontoado de objetos antigos, uma reminiscência do passado. Contra esse estado de coisas, Raffaele De Giorgi constrói uma forma preliminar que concebe a memória como a unidade da diferença recordar/esquecer; mas ele logo pondera que “recordar, todavia, não é um termo apropriado. Aquilo que o sistema recorda é o fato de que, em todas as suas operações, ele é sempre presente”²⁴³.

Soa paradoxal, e realmente o é: mas é possível extrair do paradoxo um uso criativo, desde que ele seja operacionalizado por distinções. Isso é feito por De Giorgi. Para construir sua temporalidade, o sistema precisa traçar distinções. Marc Bloch, a esse propósito, indicou que o tempo “é, por natureza, um *continuum*”, mas “é também perpétua mudança”²⁴⁴. O que Bloch e De Giorgi afirmam não é outra coisa: é por meio de pontualizações, que interrompam o inexorável *continuum* do tempo, que diferenças podem ser utilizadas para indicar em que estado está o sistema, de modo inclusive a permitir uma comparação com seu estado anterior.

O tempo social é construído por assimetrias que se colocam entre o que ocorre agora (percepção) e o que é reativado seletivamente (recordação). Assim, o tempo que “é” necessita do descarte do tempo que “foi”. O paradoxo reside aí: o esquecimento do tempo que passou é feito no presente, no tempo que “é”, por uma memória que não observa esse paradoxo constitutivo, modo contrário teria suas operações bloqueadas²⁴⁵. A observação do tempo implica, por isso, em uma construção do tempo, de uma realidade, mas não “da” realidade. Contra todas as observações da modernidade que insistem em ontologizá-la, a teoria da sociedade inequivocamente aponta que a memória constrói seu passado. De acordo com Niklas Luhmann:

A memória não é simplesmente a provisão de fatos passados, mas sim, sobretudo, um modo de organizar o acesso à informação. É essa

²⁴² DE GIORGI, Raffaele. “A memória do direito”. In: *Direito, tempo e memória*. Trad. Guilherme Leite Gonçalves. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 50.

²⁴³ DE GIORGI, Raffaele. “A memória do direito”. In: *Direito, tempo e memória*, p. 59.

²⁴⁴ BLOCH, Marc. *Apologia da história, ou, o ofício de historiador*. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001, p. 55.

²⁴⁵ DE GIORGI, Raffaele. “A memória do direito”. In: *Direito, tempo e memória*, p. 54.

organização, e não o que realmente aconteceu no passado, que é o decisivo para a realização das operações concretas do sistema – que se efetuam sempre no presente. A reconstrução temporal que se apóia na distinção passado/presente é somente um *medium* auxiliar daquilo que, na verdade, é uma construção da memória. A memória legitima seus próprios produtos, sob certas condições: a referência à origem, o recurso à duração prolongada, a consistência.²⁴⁶

Essa abordagem da memória do direito é altamente produtiva para a confecção de uma história do direito. Porque já aqui pode ser notado que a história, enquanto observação de segunda ordem das construções da memória, é igualmente uma construção. Dessa maneira, vislumbra-se também que a memória não surge a partir de uma relação direta com o passado pelo simples fato de não existir tal acesso. O que contrasta firmemente com grande parte da historiografia do século XIX, mormente com as teses de seu principal representante, Leopold von Ranke, que compreendia o papel do historiador como o de um expositor fiel dos fatos: *wie es eigentlich gewesen*, “como realmente aconteceu”. Claro que hoje se sabe que a pretensão de neutralidade e de objetividade de Ranke não o levou a resultados tão corretos. Como os “fatos” não falam por si mesmos, sua utilização quando da confecção de uma narrativa histórica depende de uma inevitável *seleção*. Aliás, era aí que Ranke falhava: nunca naquilo que selecionava, mas como selecionava, de modo que embora suas afirmações no mais das vezes fossem fidedignas, o resultado final, o todo, era falso²⁴⁷.

A falácia da historiografia rankeana é uma boa oportunidade para assinalar que o passado não existe como uma realidade corpórea, como algo que “realmente aconteceu”; o passado não é a “totalidade de todos os fenômenos observáveis, num dado momento ou num lugar determinado, mas somente alguns aspectos escolhidos”²⁴⁸. Deve-se deixar bem assentado que a sua descrição se dá de maneira seletiva, no curso de uma evolução improvável²⁴⁹.

Mas, na busca “de alguns aspectos” para reconstruir o passado, não parece promissora a escolha de conceitos como “memória cultural” ou “memória coletiva” –

²⁴⁶ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 81.

²⁴⁷ FINLEY, Moses I. “Como realmente aconteceu”. In: *A história antiga: testemunhos e modelos*. São Paulo: Martins Fontes, 1994, p. 69. Cf. também, BURKE, Peter. *História e teoria social*, p. 17.

²⁴⁸ VEYNE, Paul. *Como se escreve a história?* Trad. Alda Baltar e Maria Kneipp. 4ª ed. Brasília: Ed. UnB, 1998, p. 44.

²⁴⁹ Marc Bloch já possuía ciência da necessidade de uma análise “relacional” da história: “(...) não existe conhecimento verdadeiro sem uma certa escala de comparação. Sob a condição, é verdade, de que a aproximação diga respeito a realidades ao mesmo tempo diversas e não obstante aparentadas. (...) Uma experiência única é sempre impotente para discriminar seus próprios fatores: por conseguinte, para fornecer sua própria interpretação”. BLOCH, Marc. *Apologia da história, ou, o ofício de historiador*, p. 65.

que pressuporiam a existência de entidades acessíveis – para a análise da memória de um sistema, desconfia De Giorgi²⁵⁰. Em tais abordagens da memória o que se observa em sua latência é o uso da diferença diretriz interno/externo. Isso sugeriria uma entidade exterior que imporia memória à sociedade ou mesmo aos sistemas psíquicos. Só que a partir da distinção diretriz da teoria da sociedade, qual seja sistema/ambiente, esse tipo de abordagem é questionado. O “externo” pode ser compreendido como o ambiente de algo “interno”, ou seja, a sociedade. Observando o horizonte de sentido socialmente produzido através dessa distinção percebe-se que o ambiente não contribui com nenhuma informação para o sistema. Não há ponto de contato, uma causalidade externa do ambiente para com o sistema²⁵¹. O ambiente não é diretamente acessível ao sistema, que, em sua autopoiese, somente tem contato com suas próprias operações sistêmicas²⁵².

Se é próprio aos sistemas sociais construir seus próprios estados e estruturas, por operarem a partir de seus próprios eventos comunicativos²⁵³, pode-se afirmar que a memória do direito recorda que o sistema do direito não possui uma entidade externa capaz de imputá-lhe seus estados e estruturas. A memória do sistema é interna a si própria, reflexiva em relação ao seu próprio objeto, porque nele se contém. Aqui se pode vislumbrar o porquê da memória não poder ser uma coleção de acontecimentos. Os eventos de um sistema não podem ser acumulados: comunicações somem tão logo quando aparecem, sua duração é a do momento. A memória do sistema, por isso, não coleciona eventos comunicativos; preserva, isso sim, a capacidade de geração estrutural do sistema²⁵⁴. O que é até compreensível quando se leva em conta que a manutenção de um sistema autopoietico se dá tão-somente pela produção de elementos vindouros no atual sistema. Em outros termos, pode-se afirmar que a manutenção do sistema é sua perpétua mudança²⁵⁵. O que certamente contaria com a aprovação de Marc Bloch.

²⁵⁰ DE GIORGI, Raffaele. “A memória do direito”. In: *Direito, tempo e memória*, p. 55.

²⁵¹ LUHMANN, Niklas. “Por que uma ‘teoria dos sistemas?’” In: NEVES, Clarissa. SAMIOS, Eva. *Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas*, p. 43.

²⁵² DE GIORGI, Raffaele. “A memória do direito”. In: *Direito, tempo e memória*, p. 64: “Mas o ambiente é aquilo que ele é, incapaz de produzir informações. Informações são produzidas pelo direito. O ambiente proporciona irritações que o direito percebe como eventos comunicativos. A qualificação destas irritações acontece no sistema.”

²⁵³ DE GIORGI, Raffaele. “A memória do direito”. In: *Direito, tempo e memória*, p. 52.

²⁵⁴ LUHMANN, Niklas. “The autopoiesis of the social systems”. In: *Essays on self-reference*, p. 9.

²⁵⁵ A partir disso, é até de se indagar por que a teoria da sociedade é acusada pelos seus adversários de ser “conservadora”. Uma teoria que tem preocupação com a transformação de estruturas sociais, e não de simplesmente aperfeiçoar o *status quo*, não tem nada de conservadora. Cf. LUHMANN, Niklas. “The improbability of communication”. In: *Essays on self-reference*, pp. 86-87.

Nesse quadro, vê-se que as modificações que o sistema sofre podem ser compreendidas como uma transformação de sua rede de relações²⁵⁶, de estruturas, de semânticas, enfim, da maneira de organizar a diferença elemento/relação, ou seja, a diferença cuja unidade atende pelo nome de complexidade. Existe, em outras palavras, um *crossing* entre constância/transformação, que faz com que a produção (*poiésis*) de sentido não seja interrompida; afinal o sentido social emerge quando os elementos do sistema (comunicação) coligam-se no presente, por meio de uma relação²⁵⁷. Assim, na transformação o que se vê é *seleção de sentido*. Por isso, é possível afirmar que a temporalidade histórica ocorre quando o sistema interage por meio de distinções que têm por objeto seus próprios elementos²⁵⁸.

A memória, então, expressa a capacidade que um sistema social tem de sintetizar novos comportamentos relevantes para suas operações. Nas palavras de Raffaele De Giorgi, a memória, enquanto função de um sistema autopoietico, se desenvolve quando

(...) o sistema observa as relações entre seus estados e as conecta. A memória é, então, um *modus operandi* que continuamente é definido e redefinido pelo modo de funcionamento do sistema e que, ao mesmo tempo, redefina este modo de funcionamento. A memória é um fenômeno correlato que acompanha as operações do sistema. A memória permite um exame contínuo e consistente das operações do sistema. A temporalidade do sistema é produzida através da memória. Ela produz o tempo do sistema, pois permite que ele saiba que todas as suas operações são frutos de si mesmas, ou melhor, que ele, sistema, é determinado por si mesmo.²⁵⁹

A memória aparece nas observações presentes do sistema, porque o tempo da memória é o tempo da atualidade recursiva das operações sistêmicas. A memória contribui para a variação e seleção de estados do sistema, por possibilitar um re-envio da mudança, da seleção, à cadeia recursiva de operações do sistema. Isso decorre, também, do fechamento operacional do sistema. A pressão por seleção de elementos é uma constante em um sistema que só faz referência a seus próprios estados e eventos comunicativos. O sistema tem que encadear as comunicações, mas isso não pode ser feito tendo-se como referência somente o estado presente. E aí é que a memória

²⁵⁶ DE GIORGI, Raffaele. “A memória do direito”. In: *Direito, tempo e memória*, p. 56.

²⁵⁷ BARALDI, Cláudio. “Forme del sapere e complessità sociale”. In: BARALDI, Claudio. CORSI, Giancarlo. ESPOSITO, Elena. *Semantica e comunicazione: l'evoluzione delle idee nella prospettiva sociologica di Niklas Luhmann*, p. 37.

²⁵⁸ DE GIORGI, Raffaele. “A memória do direito”. In: *Direito, tempo e memória*, p. 56.

²⁵⁹ DE GIORGI, Raffaele. “A memória do direito”. In: *Direito, tempo e memória*, pp. 58-59.

encontra aplicação. Como argutamente analisou Javier Torres Nafarrate, com o apoio da memória o tempo presente do sistema pode realizar um *re-entry*. O presente, que é unidade da diferença entre passado/futuro, escolhe um dos dois lados da forma para nela “re-entrar”. Isso significa que, partindo do presente, o sistema pode esquecer (ou recordar) o passado ou pressupor o futuro²⁶⁰. Por meio da figura lógica do *re-entry* o sistema do direito opera uma assimetriação em sua temporalidade que o permite selecionar²⁶¹.

Quando levada em conta a dimensão eminentemente seletiva da memória é que ela pode ser adequadamente compreendida como *condição de possibilidade da autopoiese do sistema*, pois pode coligar estados passados e futuros, e o paradoxo reside aí, como colocado acima: esse coligamento operacional é feito no presente²⁶². Por tudo isso é que a memória não pode ser descoberta a partir de uma escavação, não se trata de um passado inviolável: a memória do direito é a criação de um observador, um sistema autopoietico²⁶³.

A memória, frente o exposto, pode ser entendida como a unidade da diferença entre esquecer/selecionar; assim, sua construção se dá pelo *crossing* entre os dois lados dessa forma – mediante a qual se pode ver mais uma vez a forma constância/transformação. E com isso o “recordar” do sistema não é feito no passado, mas a partir de uma operação que acontece no presente: é seleção daquilo que é presente. O estado atual que o sistema exterioriza – temporalmente falando, o presente – depende de uma seleção e, portanto, de exclusão e diferença. Assim, na seleção realizada pela memória do sistema, para que alguns elementos sejam relacionados, alguns devem ser excluídos:

Se chamarmos esta exclusão de “esquecer”, veremos, então, que o tempo se forma com o “esquecer”, que o tempo é sempre presente e que coordenação e correlação são resultados de um processo de exclusão. Em outras palavras: a função da memória, que acompanha as operações do sistema que são relevantes para a constituição do presente, é uma função de distinção.²⁶⁴

²⁶⁰ NAFARRATE, Javier Torres. *Luhmann: la política como sistema*, p. 200.

²⁶¹ LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*, p. 180. Para informações adicionais sobre a figura lógica “*re-entry*”, Cf. SCHILTZ, Michael. VERSCHRAEGEN, Gert. “Spencer-Brown, Luhmann and autology”. In: *Cybernetics & Human Knowing*, pp. 73-76.

²⁶² DE GIORGI, Raffaele. “A memória do direito”. In: *Direito, tempo e memória*, p. 59.

²⁶³ DE GIORGI, Raffaele. “A memória do direito”. In: *Direito, tempo e memória*, p. 52.

²⁶⁴ DE GIORGI, Raffaele. “A memória do direito”. In: *Direito, tempo e memória*, p. 59.

A modernidade da memória de um sistema autopoietico contrasta nitidamente com a noção de memória do mundo antigo. Como demonstra Mario Bretonne, na antiguidade clássica o ato de aprender, *mathēsis*, é inseparável do ato de recordar, *mnēmē*, como denota o argumento platônico. É pela lembrança de um passado que se constituiria um caminho para a verdade²⁶⁵. A narrativa histórica tinha a função, assim, de propiciar que os acontecimentos importantes pudessem ser subtraídos do rio Lethe, o rio do esquecimento, o que “significa afirmar a verdade (*a-letheia*) do acontecido”²⁶⁶. Na óptica da teoria da sociedade, ao contrário, o esquecer (e não o relembrar) não se mostra um óbice para a produção da memória, na verdade, é sua condição.

E até por isso é possível sustentar que o presente consiste no conjunto de operações selecionadas pelos sistemas que são aptas a organizar as suas comunicações. O presente é seleção; o passado, nada mais que um fragmento. Uma diferença que é produzida por meio de uma “profundidade temporal” realizada pela memória, mas que somente se mostra possível porque “um processo operativo baseado na memória não pode supor que tudo aquilo que é levado em consideração seja contemporâneo”²⁶⁷. Assim, é com o esquecimento que o antes e o depois podem ser articulados. Nenhuma operação da memória do sistema, nenhuma seleção, é um resgate ou mera descrição do passado. Isso implica que nenhuma história é lembrada, mas sim reescrita.

A noção de memória como uma instância que “prova” a coerência do sistema fica mais clara com a sua inserção nesse contexto. A memória consegue “provar” a amplitude de utilização de uma estrutura: isso acontece quando o sistema seleciona um

²⁶⁵ BRETONNE, Mario. “La memoria del jurista”. In: *Derecho y tiempo en la tradición europea*. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 14. Michel Foucault, em sua profunda análise da relação entre verdade e saber em *Édipo-Rei*, de Sófocles, aponta a relação íntima que existe entre “saber” e “ver” no contexto grego: o pastor, mesmo na pobreza de sua cabana, consegue se contrapor a Creonte porque viu, porque detém um fragmento de lembrança, que, por isso é um fragmento de verdade. Não à toa que o verbo grego oída designava, simultaneamente, ver e saber. Cf. FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 3ª ed. Trad. Roberto Machado e Eduardo Morais. Rio de Janeiro: Nau; PUC-RJ, 2002, pp. 47, 53-54.

²⁶⁶ BODEI, Remo. *A história tem um sentido?* Trad. Reginaldo Di Piero. Bauru: Edusc, 2001, p. 16. Segundo Raffaele De Giorgi: “A memória dos antigos é uma inobservabilidade permanente. Ela é a recordação do tempo fora do tempo, a contínua reconstrução da unidade da diferença entre vida e morte, entre o tempo do tempo e o tempo do cosmo.” DE GIORGI, Raffaele. “Roma como memória da evolução”. In: *Direito, tempo e memória*, p. 76.

²⁶⁷ LUHMANN, Niklas. *Sociologia del rischio*. Ed. Giancarlo Corsi. Milano: Bruno Mondadori, 1996, p. 46. A questão da seleção de sentido – que é o problema da memória – pode ser também abordada em conexão com a autonomia temporal que um sistema acaba desenvolvendo, como consequência de sua autopoiese: “A autonomia do tempo coloca ao sistema, portanto, problemas específicos próprios que exigem soluções próprias. (...) Se um sistema tivesse que reagir sempre aos acontecimentos que lhe digam respeito no instante imediato que acontecem, não haveria oportunidade de selecionar seus modos de reação. Somente a previsão, de um lado, e a dilação da reação, por outro, podem abrir um espaço livre para a estratégia própria. LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*, p. 180.

evento comunicativo sem que haja a necessidade de explicar a origem da informação²⁶⁸. Talvez os conceitos com os quais o direito trabalha constituam os exemplos mais visíveis. Os conceitos jurídicos (uma instituição de direito privado, por exemplo) “condensam redundância e esta condensação permite a elaboração de observações, ou seja, distinções sempre mais elaboradas”²⁶⁹. Isso livra a memória do direito de ter que justificar, a toda vez que o sistema leve a efeito uma operação, como a informação emergiu: o sentido pode simplesmente ser utilizado.

Fundamental, para os fins deste trabalho, ressaltar que quando a comunicação consegue “acontecer” no tempo isso se dá por uma seleção, obviamente, mas a direção que ela assume depende de uma estrutura, de semânticas, enfim: de sentido sedimentado. Estruturas (ou mesmo, uma semântica) não são exteriormente palpáveis, de modo que *a importância da memória reside aí: ela pode sugerir a existência de uma estrutura, uma vez que pode verificar se ela direciona a comunicação de um sistema*. E, como se sabe, “a comunicação não pode ser diretamente observada, pode ser somente deduzida”²⁷⁰. Nessa verificação de coerência – ou, caso se queira, nesse “ato de deduzir” – a memória encontra seu campo de aplicação.

Dessa forma, a memória pode ser entendida, também, como condição de possibilidade para a auto-adaptação do sistema frente aos mais diversos estados que a auto-reprodução possa eventualmente revestir²⁷¹. Com isso, se pode ver de maneira ainda mais nítida que não há uma seleção natural imposta a partir do ambiente: é o sistema que reage aos seus próprios problemas. Como o sistema (e a sua memória) não pode observar a sua distinção diretriz, a modificação dos estados do sistema sempre se dá às cegas, sob o signo da improbabilidade. Tal como a evolução. Por isso “na memória, se lê a evolução”²⁷².

Têm-se, com isso, dois problemas que a princípio obstarão a confecção de uma história da memória do direito. Primeiro, a memória opera no presente, de forma exclusiva. O segundo problema não é outro: se a evolução se dá às cegas, acumulando improbabilidades, e se a memória do direito é resultado da evolução do direito, como

²⁶⁸ LUHMANN, Niklas. *Introducción a la teoría de sistemas: lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrate*, p. 86.

²⁶⁹ DE GIORGI, Raffaele. “A memória do direito”. In: *Direito, tempo e memória*, p. 65.

²⁷⁰ LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*, p. 162.

²⁷¹ DE GIORGI, Raffaele. “A memória do direito”. In: *Direito, tempo e memória*, p. 60.

²⁷² DE GIORGI, Raffaele. “A memória do direito”. In: *Direito, tempo e memória*, p. 60.

descrever a cegueira de uma memória que não se observa?²⁷³. Raffaele De Giorgi, contudo, indica uma nova assimetria para este paradoxo.

Por um lado a memória do direito é, certamente, o resultado da evolução do direito, uma evolução que não se observa enquanto evolução. Mas, por outro lado, a evolução pode observar “aspectos peculiares” (*Eigenwerte*)* do sistema do direito, seus “próprios estados, os próprios conceitos, ou seja, aquelas aquisições evolutivas que constituem fósseis guias, sedimentos, que a memória trata como temas no seu contínuo oscilar entre esquecer e recordar.”²⁷⁴ Temas como o conceito de direito subjetivo²⁷⁵ ou a noção de racionalidade jurídica²⁷⁶, como já propôs Raffaele De Giorgi. Esses temas, conceitos, sedimentos, enfim, os “aspectos peculiares” de um sistema, são descritos por Luhmann sob o conceito de *semântica*.

Um sistema social como o direito precisa de um certo grau de repetição em suas operações, para que a orientação social, por meio de expectativas, seja viável. A partir da repetição de operações, surgem condensações, confirmações de sentido que possibilitam “uma espécie de familiaridade concreta com o mundo e que o subtrai de uma definição com exatidão”²⁷⁷. É nessa condensação e confirmação que se desenvolvem “estruturas semânticas que tornam determinadas linhas de seleção mais prováveis do que outras”, porquanto “refinam a sensibilidade [da sociedade] em determinada direção e lhe torna indiferente a outras”²⁷⁸. Semânticas que, dessa forma, se colocam em estado de prontidão para auxiliar na criação do sentido, o que alivia o sistema de ter que começar do zero a cada instante²⁷⁹. E a semântica o faz porque interfere no coligamento das comunicações, direcionando-o.

Seja qual for o tipo de sociedade é sempre possível detectar a presença de expressões condensadas, provérbios, gírias, regionalismos, modos de dizer, lendas,

²⁷³ DE GIORGI, Raffaele. “A memória do direito”. In: *Direito, tempo e memória*, p. 69.

* Tomo a liberdade de não traduzir *Eigenwerte* pela sua tradução literal, “valores peculiares”, com o intuito de não incitar um paralelo com a axiologia constitucional, afinal, os *Werte* a que faz menção a teoria do sistema são *estados comunicativos*, e não “valores” emanados de um *ethos*.

²⁷⁴ DE GIORGI, Raffaele. “A memória do direito”. In: *Direito, tempo e memória*, p. 62.

²⁷⁵ DE GIORGI, Raffaele. “Semântica da idéia de direito subjetivo”. In: *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998, pp. 99-112.

²⁷⁶ DE GIORGI, Raffaele. “Reflexos sobre a semântica da racionalidade e da experiência jurídica”. In: *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998, pp. 81-98.

²⁷⁷ É interessante informar que condensação e confirmação são operações típicas da lógica das formas de Spencer Brown. LUHMANN, Niklas. *La ciencia de la sociedad*, p. 82.

²⁷⁸ LUHMANN, Niklas. *Struttura della società e semantica*. Trad. Maria Sinatra. Roma, Bari: Laterza, 1983, p. 22.

²⁷⁹ BARALDI, Claudio. “Forme del sapere e complessità sociale”. In: BARALDI, Claudio. CORSI, Giancarlo. ESPOSITO, Elena. *Semantica e comunicazione: l'evoluzione delle idee nella prospettiva sociologica di Niklas Luhmann*, p. 37.

enfim: sentido considerado digno de ser conservado. É a isso que a teoria da sociedade chama de *semântica*²⁸⁰. A semântica consiste no conjunto de idéias e de conceitos de uma sociedade que são utilizáveis para a orientação e para a seleção de sentido²⁸¹. Mas é de se enfatizar que Luhmann não investiga o quanto que essas sedimentações de sentido são “determinantes” para a sociedade, mas sim como elas atuam na seleção (e portanto produção) de sentido, ou seja: como se dá a sua inserção em processos comunicativos concretos²⁸².

A semântica da sociedade, nesse olhar, funciona como “regras” de elaboração de sentido, uma vez que limita a arbitrariedade da produção de sentido àquilo que é de aceitação possível na comunicação da estrutura da sociedade²⁸³. Frente à pressão seletiva (*Selektionszwang*) que é intrínseca à autopoiese dos sistemas sociais, o aparato semântico disponibiliza sentido comprovado socialmente e que é generalizado em um nível alto de abstração, de tal modo que o torna relativamente independente da situação concreta que o gerou originalmente²⁸⁴. Precisamente por isso pode ser utilizado. Assim, de um lado, a semântica não possui uma “autonomia sistêmica”, e por isso mantém forte consonância com a estrutura da sociedade em que está inserida, ou melhor, com o primado de diferenciação da sociedade. De outro lado, o modo de reprodução da sociedade, sua diferenciação, suas estruturas, não influi fatalmente no patrimônio de idéias, conceitos ou costumes de uma sociedade.

E a ausência de uma causalidade imediata entre diferenciação da sociedade e patrimônio semântico é compreendida quando se observa atentamente que a relação entre estes dois pólos é mediada pela *complexidade*²⁸⁵. A complexidade, nesse contexto, joga o papel de uma variável interveniente que media a mutação de estruturas – mediante a seleção de comunicações a partir de uma variação evolutiva – e a

²⁸⁰ LUHMANN, Niklas. DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della Società*, p. 264.

²⁸¹ BARALDI, Claudio. “Forme del sapere e complessità sociale”. In: BARALDI, Claudio. CORSI, Giancarlo. ESPOSITO, Elena. *Semantica e comunicazione: l’evoluzione delle idee nella prospettiva sociologica di Niklas Luhmann*, p. 35. O papel seletivo da semântica para a produção/seleção de sentido é bem percebido por Elena Esposito: “Na semântica, que vem descrita com referência a um sistema social, inserem-se novamente todos os conceitos disponíveis para a comunicação da sociedade em questão. Cada comunicação é uma observação e usa uma distinção que lhe é específica (...). Qualquer distinção utilizada conduz à modificação da estrutura do sistema, compreendida na sua aceção mais ampla: depois de cada comunicação, a sociedade (seja qual for o ponto de vista) não é mais aquela de antes. A conexão recursiva entre as distinções utilizadas por comunicações diferentes faz condensar as estruturas (em sua aceção restrita) relativamente estáveis, que intervêm em comunicações particulares e acrescentam-lhe seletividade.” ESPOSITO, Elena. *L’operazione di osservazione: costruttivismo e teoria dei sistemi sociali*, p. 99, nota 65.

²⁸² LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*, p. 161.

²⁸³ LUHMANN, Niklas. *Struttura della società e semantica*, p. 15.

²⁸⁴ LUHMANN, Niklas. *Struttura della società e semantica*, p. 17.

²⁸⁵ LUHMANN, Niklas. *Struttura della società e semantica*, p. 32.

modificação do patrimônio semântico de uma sociedade²⁸⁶. Assim, enfatize-se, é verdade que toda descrição da sociedade ocorre na sociedade, e consiste por isso em uma autodescrição. Mas não é menos verdade que se a sociedade é descrita por si própria, isso se dá com o auxílio de mediações semânticas. A recíproca também ocorre. As semânticas existentes são contextualizadas socialmente, possuem significado decorrente do uso que a sociedade faz delas. *Assim, essa relação mediada pela complexidade nada mais é do que uma forma: sociedade/semântica. Uma forma autológica, uma vez que os dois lados mutuamente se implicam: a semântica é sentido que existe na sociedade; a sociedade se descreve mediante artefatos semânticos.*

Tudo isso aponta para o profundo relacionamento circular existente entre semântica, história e memória do direito. Se no contexto grego há um divórcio entre memória e história, porquanto aquela tem como lugar a alma²⁸⁷, no diapasão da teoria da sociedade esses dois termos são reconciliados. A história do direito aparece como a história da memória de um sistema; para isso, a história da evolução do sistema do direito deve ter como norte de observação esses “aspectos peculiares” do sistema do direito, esses sentidos consolidados que dão forma às suas estruturas. Enfim: *a história do direito, a partir do marco conceitual da teoria da sociedade, pode ser confeccionada como uma observação das semânticas do sistema do direito em perspectiva evolutiva.*

Um enfoque como esse é altamente produtivo para uma análise da polêmica entre Kelsen e Schmitt.

Mas é provável que uma afirmação como essa possa causar, à primeira vista, um certo espanto, afinal: como uma polêmica travada entre dois juristas pode ser adequadamente abordada por uma teoria que possui como unidade de análise os sistemas sociais, e não “pessoas concretas”, sistemas psíquicos? Não seria incorrer em um inadmissível “sincretismo metodológico” passar do “social” para o “psíquico”?

É o próprio Luhmann que resolve o problema: “o fato de que a consciência e os sistemas de comunicação operem de maneira completamente separada e livre de intersecções não exclui a possibilidade de que a comunicação seja remetida aos sistemas psíquicos”²⁸⁸. Mas quando uma observação da sociedade é remetida a um sistema psíquico, no instante em que se afirma, por exemplo, que o “modelo europeu de controle de constitucionalidade dos atos normativos” é uma criação de Hans Kelsen,

²⁸⁶ LUHMANN, Niklas. *Struttura della società e semantica*, p. 20.

²⁸⁷ LE GOFF, Jacques. “Memória”. In: *História e memória*. 5ªed. Trad. Irene Ferreira *et alli*. Campinas: Editora da Unicamp, 2003, p. 435.

²⁸⁸ LUHMANN, Niklas. *La ciencia de la Sociedad*, p. 30.

não se está a colocar as sinapses de Kelsen em relação de continuidade com a comunicação. O sistema psíquico “Kelsen”, aparece em tal caso como uma *estrutura* da autopoiése da sociedade. Para evitar mal-entendidos, Luhmann realiza uma distinção: uma coisa é o sistema psíquico e seus pensamentos, outra coisa é a externalização desses pensamentos sob o *medium* da linguagem. Após isso, quando se transforma em linguagem, a sociedade pode até *selecionar* tal irritação que é oriunda de seu ambiente, os sistemas psíquicos. Caso selecionada, essa irritação vira *comunicação*, e como tal não depende mais das sinapses nervosas, dos traumas, angústias, intenções ou mesmo frustrações de quem a produziu²⁸⁹. Assim, quando a comunicação tematiza Kelsen, não aborda um sistema psíquico, mas uma posição comunicativa, uma estrutura social à qual Luhmann reserva o conceito de *persona*.

Tanto Kelsen como Schmitt podem ser considerados, por um observador, como “pontos de atribuição para suposições causais” da comunicação, mas quando isso é feito, essas *personae* são tematizadas pela sociedade como “um lugar de registro para cursos seqüenciais complexos de comunicações funcionalmente equivalentes a um escrito, nesse sentido”²⁹⁰. Dessa forma, quando esses pontos de atribuições são tomados em consideração pela sociedade, eles se tornam realidade comunicativa, e não psíquica; são estruturas comunicativas, que interferem na reprodução do sistema social do direito quando selecionados por ele.

Dessa forma, quando as observações de uma *persona* são selecionadas pela sociedade e adquirem uma importância tal que passam a orientar a seleção de sentido social, constituindo, assim, um “aspecto peculiar” da memória, que propicia a confecção de uma história possível de um sistema social, como o sistema do direito, tem-se, também, uma *semântica*. Kelsen e Schmitt descreveram a sociedade de seu tempo, e suas teorias foram selecionadas sob a epígrafe “normativismo” e “decisionismo”, respectivamente.

Duas semânticas, portanto, aptas a serem descritas a partir do ponto de vista da evolução da sociedade, o que quer dizer: em conjunto com o patrimônio semântico social. Eis o ponto. As observações de Kelsen e de Schmitt não se deram no sem-tempo de uma razão transcendental. Essas observações se confrontaram com outras sedimentações semânticas, com estruturas comunicativas que direcionavam a auto-

²⁸⁹ LUHMANN, Niklas. *La ciencia de la Sociedad*, pp. 398-401.

²⁹⁰ LUHMANN, Niklas. *La ciencia de la Sociedad*, p. 30.

reprodução do sistema do direito em uma determinada direção. Kelsen e Schmitt estavam imersos no tempo de Weimar, na memória de Weimar.

Um tempo politicamente conturbado. Um período histórico que questionou profundamente as aquisições evolutivas mais básicas do direito moderno, que são usualmente agrupadas sob a égide do termo “constitucionalismo moderno”. Dessa forma, para que o objetivo dessa pesquisa seja alcançado – para que se possa descrever a noção de jurisdição constitucional em Kelsen com base em indícios surgidos a partir de uma comparação do jurista de Viena com Schmitt – impende levar a sério a imersão semântica que uma observação da sociedade necessariamente possui, tal como era o caso das observações de Kelsen e Schmitt. Para tanto, mostra-se preciso uma familiarização com a memória de Weimar. Isso será feito agora, quando perquirir-se-á de que maneira a memória de Weimar trabalhava com um de seus “aspectos peculiares”, o *constitucionalismo moderno*. Isso diz muito sobre a constelação semântica que servia de cenário para as observações de Kelsen e de Schmitt.

1.5. O constitucionalismo moderno na memória de Weimar: observações sobre uma semântica.

O constitucionalismo moderno é uma semântica, um sentido social consolidado que descreve o sistema do direito de uma determinada maneira, influenciando, portanto, em sua auto-reprodução. Como comunicação, tem gênese em um contexto de interação concreta, mas quando é selecionada pelo sistema da sociedade, se torna *independente* de sua aparição originária. Essa independência, contudo, não significa que a interação concreta não seja considerada interessante para guiar as operações dos observadores que selecionam a semântica do constitucionalismo moderno em suas descrições (no presente, portanto). A “independência” da semântica apenas indica que, por ser comunicação, tem uma abstratividade suficiente para ser utilizada em contextos diversos daquele de sua aparição, e, por isso: pode funcionar como regra de produção de sentido que refina a sensibilidade seletiva do sistema do direito em uma determinada direção.

Dessa maneira, entender o constitucionalismo moderno é saber para qual norte ele direciona o sistema do direito. Aqui, não há uma resposta que seja a “correta”. Já que a comunicação só pode ser deduzida, existem vários empreendimentos teóricos que descrevem o constitucionalismo de maneiras distintas. São, dessa forma, observações de

segunda ordem, porquanto se detêm em observações anteriormente realizadas. Consistem em propostas de redescrição de anteriores descrições. Diferem, principalmente, a partir de como concebem uma *diferença*: aquela entre o constitucionalismo antigo e o constitucionalismo moderno. E o ato de demarcar a diferença entre o constitucionalismo antigo e o moderno não é de fácil consecução: mas não é por isso que não deva ser feito. A partir do ponto de vista da teoria da sociedade, a Constituição, quando considerada como um mecanismo de acoplamento estrutural entre o sistema do direito e o sistema da política, é um parâmetro apto a realizar tal diferença.

1.5.1. O sentido moderno de Constituição: acoplamento estrutural entre direito e política.

Seja por meio de *politéia*, seja por *res publica constituta*, muitos termos se candidatam à condição de direto “antecessor” da Constituição moderna. Não cabe, aqui, relembrá-los, mas Gerald Stourzh fez muito bem ao sintetizar que há “duas raízes muito distintas para a aplicação da palavra ‘constituição’”²⁹¹.

A primeira consiste na transferência de termos do corpo humano para a explicação do “corpo” político, e que tem longa tradição²⁹². No caso do contexto grego, o termo que melhor traduz “constituição” é *politéia*, que exprime a unidade e a “consciência da personificação da cidade-estado em um sujeito coletivo”²⁹³. Essa busca do *todo*, que se encontra na *politeia* dos gregos buscava o compromisso entre as facções, e assim “dar resposta à crise, à necessidade de segurança e de estabilidade, a indicar a perspectiva constitucional da conciliação”²⁹⁴. Esses dois traços do pensamento político-constitucional grego, quais sejam, metáforas fisiológicas para explicar o político (o maior exemplo é “organismo”) e a busca por um *poder médio* que concilia os extremos e torna possível a convivência, consistem na principal característica do que se convencionou chamar *constitucionalismo antigo*. Mas que não se resumiam à Grécia antiga.

²⁹¹ STOURZH, Gerald. “Constitution: changing meanings of the term from the early Seventeenth to the late Eighteenth century”. In: BALL, Terence; POCKOCK, John Greville Agard (orgs.). *Conceptual change and the Constitution*. Lawrence: University Press of Kansas, 1988, p. 38.

²⁹² Com efeito, “constituição” era termo muito utilizado na medicina grega (de corte hipocrático), e era empregado para a análise da política nas *polei*, que eram estudadas à imagem e semelhança de um corpo, Cf. RIBEIRO, Renato Janine. “A Constituição contra a Constituinte”. In: *Filosofia Política* 4. Porto Alegre, Campinas: UFRGS, L&PM, Unicamp, 1987, p. 28.

²⁹³ DOGLIANI, Mario. *Introduzione al diritto costituzionale*. Bolonha: il Mulino, 1994, p. 37.

²⁹⁴ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la Antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2001, p. 22.

A teoria política medieval também se insere nessa tradição conceitual, como é possível perceber a partir da idéia de constituição mista (moderada)²⁹⁵. As compreensões fisiológicas do político continuam a ser um artifício argumentativo bem comum, e o *media potestas* é o ideal a ser atingido para o poder se tornar legítimo, e não tirânico. É a noção de constituição como “um organismo vivo, composto de muitos grupos e ordens, em proporção mútua e em relação harmônica, segundo o princípio, natural e necessário, da associação”²⁹⁶.

Stourzh aponta também a existência de uma *segunda* raiz de *constitutio*. Ela deriva da tradição jurídica romana, em que *constitutio* designa um gênero que abrangia certos atos normativos do *princeps*, como os *edicta*, *decreta*, *rescripta* e *mandata*²⁹⁷, aquilo que na Inglaterra “pode ser chamado de *ordinance* ou *statute*”²⁹⁸. Em grandes linhas esse significado de *constitutio* como “ato jurídico emanado do poder público” foi conservado no Medievo e nos estados absolutos que então nasciam: Portugal e França são bons exemplos (ordenações, *ordonnances*). Podemos observá-lo igualmente na Alemanha do século XIX, onde *Verfassung* foi o termo preferido para o equivalente da *constitution* francesa, o que fez preservar *Konstitution* como um ato normativo oriundo do *Kaiser*²⁹⁹.

Com o aparecimento da modernidade, vê-se uma condensação dessas duas origens conceituais distintas do termo *constitutio*, dos usos jurídico e político. Seguir-se-á, aqui, a seguinte intuição de Niklas Luhmann:

Conquanto o que se encontre em discussão seja a inovação lingüística primeiramente produzida pela Revolução Americana e depois pela Revolução Francesa, é certamente sustentável a hipótese segundo a qual as duas tradições, a propriamente jurídica e a política terminem por se confundir. Ao se falar em *constitution* pensa-se, então, em um texto jurídico que simultaneamente fixe a constituição política de um Estado. Terminologia jurídica e política interpenetram-se no momento

²⁹⁵ Talvez uma pequena mitigação no enfoque seja necessária: “a constituição mista dos antigos se volta para legitimar fortes poderes de domínio [Roma, por exemplo], a constituição mista medieval se dirige a *limitar* esses mesmos poderes” FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la Antigüedad a nuestros días*, p. 56.

²⁹⁶ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la Antigüedad a nuestros días*, p. 60.

²⁹⁷ BRETONNE, Mario. *História do direito romano*. Lisboa: Editorial Estampa, 1998, p. 167. Cf., também, para a definição de cada espécie normativa: GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, pp. 88 e 89.

²⁹⁸ LUHMANN, Niklas. “La costituzione come acquisizione evolutiva”. In: ZAGREBELSKY, Gustavo; PORTINARO, Pier Paolo; LUTHER, Jörg (orgs.). *Il futuro della Costituzione*, p. 85.

²⁹⁹ DOGLIANI, Mario. *Introduzione al diritto costituzionale*, p. 27.

em que se tem que lidar com uma nova fixação jurídica da ordem política e considera-se a ordem jurídico-política como ordenamento³⁰⁰.

Assim, com as revoluções do final do Setecentos *constitutio* sofrerá uma oscilação semântica. E o sentido pré-moderno de Constituição, que foi agora exposto, dará lugar a uma outra noção de tal termo que é especificamente moderna, que trata de servir, por um lado, de base ao poder estatal ao mesmo tempo em que submete o poder a um degrau normativo que lhe é superior, e que é ocupado pela própria Constituição³⁰¹. Essa mudança conceitual não surge do nada: ela possui um contexto, uma situação concreta que produziu uma variação na comunicação, e que em seguida foi selecionada. Essa situação concreta, que aconteceu nos Estados Unidos entre 1763 e 1803, é denominada por Gerald Stourzh de “período de reflexão constitucional”: ainda que de forma não exaustiva, vale a pena abordá-lo. Ele diz muito sobre a modernidade do constitucionalismo moderno, na medida que explica como a sociedade passou a dispor do conceito moderno de Constituição.

Desde sua fundação, em geral, as colônias norte-americanas provaram grande liberdade em relação à sua metrópole. Como a Inglaterra viveu período de grande dificuldade institucional durante o século XVII, não havia muita atenção para com a longínqua América do Norte³⁰². Como a imposição de regras de convivência – por parte da metrópole – era rara, os colonos tinham o hábito de firmar pactos que fundavam a comunidade política ou religiosa. Era o caso dos *covenants* ou *compacts*, pactos que fundavam uma comunidade política ou religiosa, em que algumas obrigações recíprocas eram estabelecidas³⁰³. A celebração de *covenants* era uma clara apropriação de uma idéia bíblica por dissidentes do calvinismo³⁰⁴, uma idéia de um pacto entre o indivíduo e um Deus³⁰⁵. Mas, o que chamava mais a atenção na observação dessa prática, como

³⁰⁰ LUHMANN, Niklas. “La costituzione come acquisizione evolutiva”. In: ZAGREBELSKY, Gustavo; PORTINARO, Pier Paolo; LUTHER, Jörg (orgs.). *Il futuro della Costituzione*, pp. 85-86.

³⁰¹ GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. Trad. Irene Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 103 (ainda que partindo de premissas completamente diversas, as conclusões da autora são muito semelhantes as de Luhmann, na medida em que enxerga esse duplo papel da Constituição).

³⁰² Para maiores aprofundamentos: ARAUJO PINTO, Cristiano Paixão. *A reação norte-americana aos atentados de 11 de Setembro de 2001 e seu impacto no constitucionalismo contemporâneo: um estudo a partir da teoria da diferenciação do direito*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (tese de doutorado), 2004 (inédito), p. 105.

³⁰³ LUTZ, Donald. *The Origins of the American constitutionalism*. Baton Rouge: Louisiana University, 1988, pp. 25 e 26

³⁰⁴ LUTZ, Donald. *The Origins of the American constitutionalism*, p. 25.

³⁰⁵ GORDON, Scott. *Controlling the State: Constitutionalism from Ancient Athens to Today*. 2ª ed. Cambridge: Harvard University Press, 2002, p. 26.

atentamente notou Cristiano Paixão, era que um *ato* constituía uma comunidade política³⁰⁶.

Em soma a esses pactos, várias colônias americanas foram fundadas sob o modelo de companhias comerciais, possuindo uma *charter*, escrita e formal, como ato fundador³⁰⁷; ela tinha a forma de um contrato bilateral que impunha direitos e deveres delimitados por escrito às partes contratantes, e por escrito determinadas³⁰⁸. Era, assim, um documento mais formal, por meio da qual o rei e a comunidade, as duas partes contraentes, fixavam por escrito e reciprocamente seus direitos e deveres³⁰⁹.

Mas não é adequado vislumbrar nessas *charters* um equivalente funcional da Constituição. Ela não era “adjudicável” em processos, de modo a frear a vontade do governo inglês. Aliás mostra-se oportuno, neste momento, afirmar que não havia, no período colonial americano, definitivamente, a idéia de um poder judiciário como um poder independente e especializado a julgar casos concretos em que se busca o respeito a direitos individuais³¹⁰. Ao contrário, nesse tempo, como é próprio à pré-modernidade, aliás, os juízes exerciam atividades governamentais³¹¹, sendo considerados pela população como representantes da coroa, daí, também, a desconfiança que se tinha em relação a eles³¹².

Mas esse estilo de política colonial tem fim com a coroação de Jorge III. A partir de então, a “sábua” tolerância dos ingleses em relação às colônias sofreu um giro: deu-se início a uma prática de tributação cada vez maior³¹³. O caso que marcou o início da resistência a essa prática foi a revolta em relação ao *Stamp Act* (1765), por meio do qual a Coroa procurou aumentar a sua arrecadação fiscal com a venda de selos oficiais

³⁰⁶ ARAUJO PINTO, Cristiano Paixão. *A reação norte-americana aos atentados de 11 de Setembro de 2001 e seu impacto no constitucionalismo contemporâneo: um estudo a partir da teoria da diferenciação do direito*, p. 105.

³⁰⁷ MADDOX, Graham. “Constitution”. In: BALL, Terence; FARR, James; HANSON, Russell. *Political innovation and conceptual change*. Cambridge: Press of the Syndicate of the University of Cambridge, 1995, p. 60.

³⁰⁸ LUTZ, Donald. *The Origins of the American constitutionalism*, p. 36

³⁰⁹ WOOD, Gordon. *The creation of american republic 1776-1787*. New York: W. W. Norton & Company, 1972, pp. 268 e 269.

³¹⁰ WOOD, Gordon S. “The origins of the judicial review revisited, or how the Marshall Court made more out of less.” In: *Washington and Lee Law Review*. Vol. 56. Lexington: Washington and Lee University, Verão de 1999, p. 790.

³¹¹ LUHMANN, Niklas. “A posição dos tribunais no sistema do direito”. In: *Revista da Ajuris*. Nº 49, ano XVII, julho de 1990, pp. 151-152.

³¹² WOOD, Gordon S. “The origins of the judicial review revisited, or how the Marshall Court made more out of less.” In: *Washington and Lee Law Review*, p. 790.

³¹³ ARAUJO PINTO, Cristiano Paixão. *A reação norte-americana aos atentados de 11 de Setembro de 2001 e seu impacto no constitucionalismo contemporâneo: um estudo a partir da teoria da diferenciação do direito*, pp. 116-120.

para serem apostos em jornais e documentos³¹⁴. O mais interessante, para os fins desta dissertação, é que, em tal caso, os colonos acusaram a medida de *inconstitucional*, uma vez que o Parlamento de Westminster estava a tributar pessoas que não se encontravam representados em tal casa legislativa³¹⁵. Com o aumentar do descontentamento, o processo revolucionário foi desencadeado.

Os revolucionários questionavam a “constituição amorfa” da Inglaterra, uma vez que ela não conseguia impor limites à onipotência de um Parlamento que sem piedade estava a espoliar os colonos³¹⁶. Ao adquirirem consciência de tal situação, é possível ver, em 1776, essas colônias se descreverem como *perfect states*, percebendo, concomitantemente, que a soberania é inseparável da prerrogativa de legislar³¹⁷ e que, por isso, a onipotência “blackstoniana” do Parlamento inglês deveria conhecer um termo³¹⁸.

Esse termo, contudo, não é alcançado tão-somente com a declaração de independência dos Estados Unidos, em 1776, e conseqüente instauração da Confederação. Ao contrário, a onipotência do Parlamento britânico apenas é transferida para as assembléias do Estados. Cada um desses Estados, é verdade, possui uma Constituição própria, porém, em grandes linhas o aparato institucional que elas implementavam podem ser resumidos por dois traços em comum: *desconfiança em relação ao poder executivo e supremacia do poder legislativo*³¹⁹.

Foi um período em que democracia era sinônimo de vontade da maioria. A representação parlamentar era vista com desconfiança, e não havia espaço para um controle de constitucionalidade das leis, pois o Legislativo era o *branch* governamental democrático por definição. De forma que, em meados da década de 1780 era bem difundida entre os norte-americanos a idéia de que as assembléias estaduais eram a

³¹⁴ GORDON, Scott. *Controlling the State: Constitutionalism from Ancient Athens to Today*, p. 289.

³¹⁵ ARAUJO PINTO, Cristiano Paixão. *A reação norte-americana aos atentados de 11 de Setembro de 2001 e seu impacto no constitucionalismo contemporâneo: um estudo a partir da teoria da diferenciação do direito*, p. 119.

³¹⁶ MADDIX, Graham. “Constitution”. In: BALL, Terence; FARR, James; HANSON, Russell. *Political innovation and conceptual change*, pp. 60-61.

³¹⁷ POCOCK, John G. A. “1776: the revolution against Parliament”. In: *Virtue, Commerce and History: essays on political thought and history, chiefly in the Eighteenth Century*. Cambridge: Press of the Syndicate of the University of Cambridge, 1985, p. 83.

³¹⁸ DIPPEL, Horst. “Popular sovereignty and the separations of powers in American and French Revolutionary constitutionalism.” In: *Amerikastudien: Eine Vierteljahrsschrift*. Jahrgang 34. München: Wilhelm Fink Verlag: 1989, p. 23.

³¹⁹ ARAUJO PINTO, Cristiano Paixão. *A reação norte-americana aos atentados de 11 de Setembro de 2001 e seu impacto no constitucionalismo contemporâneo: um estudo a partir da teoria da diferenciação do direito*, pp. 150 e ss. É claro que nem todas as Constituições se situavam nesse marco, como era o caso da Constituição de Massachusetts. Como tal, é exceção que confirma a regra.

principal fonte de injustiça naquela sociedade, uma espécie de fonte inesgotável de violações à liberdade, à propriedade e aos direitos da minoria³²⁰. Isso foi bem ilustrado em uma declaração do deputado Elbridge Gerry, durante a Convenção da Filadélfia, acontecida em 1787: “os males que experimentamos derivam do excesso de democracia”³²¹. Foi de tal Convenção que saiu a Constituição de 1787, em que o Judiciário e a Federação foram considerados como aptos a frear as “insanas” maiorias provisórias das assembléias³²², e que simbolizava a concepção de que “somente uma constituição escrita, estabelecendo os limites da autoridade governamental e garantindo direitos aos cidadãos passíveis de serem levados ao judiciário, seria dali em diante aceitável”³²³, como afirmou Maddox.

Só que, até então, o processo revolucionário norte-americano ainda não dispunha de um conceito de Constituição diverso do conceito de Constituição da pré-modernidade. A Constituição, nesse período que sucede a sua ratificação, não aparece ainda em seu aspecto reflexivo, ou seja, como uma norma que normatiza outras normas³²⁴. Isso porque os observadores da época a concebiam como uma *fundamental law*, uma noção que era muito usada no constitucionalismo inglês (e na Europa Continental também³²⁵) para denotar leis importantes para uma comunidade, pactos e acordos que, a maneira de um contrato, fixa posições bilaterais às partes, como é o exemplo da Magna Carta³²⁶. Dessa forma, nota-se que ainda se mostra subjacente

³²⁰ WOOD, Gordon S. “The origins of the judicial review revisited, or how the Marshall Court made more out of less.” In: *Washington and Lee Law Review*, pp. 791-792.

³²¹ McDONALD, Forrest. *Novus Ordo Seclorum: the intellectual origins of the Constitution*. Lawrence: University of Kansas Press, 1985, p. 202. No sentido de tornar os Estados Unidos um governo federal, a Convenção de Annapolis, em 1786, aprovou a convocação de uma convenção que teria esse propósito específico. O que aconteceu em 1787, na Convenção da Filadélfia, que foi além de sua competência, e foi além da revisão dos artigos: redigiu a Constituição de 1787, DIPPEL, Horst. *As convenções no direito constitucional comparado*. Trad. Renato Bigliuzzi. Brasília: Faculdade de Direito-UnB, 2006 (manuscrito inédito), p. 6.

³²² DIETZE, Gottfried. *The Federalist: a classic on federalism and free government*. 3ª ed. Baltimore: John Hopkins Press, 1962, p. 60.

³²³ MADDUX, Graham. “Constitution”. In: BALL, Terence; FARR, James; HANSON, Russell. *Political innovation and conceptual change*, p. 61. Alguns autores chegam até a afirmar que o uso de uma Constituição escrita seria o aspecto mais importante do constitucionalismo norte-americano: Cf. BELZ, Herman. *A living Constitution or fundamental law? American constitutionalism in historical perspective*. Maryland: Rowman & Littlefield, 1998, pp. 1-13.

³²⁴ Sobre os mecanismos reflexivos, em especial atenção à positividade do direito, Cf. LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito II*, pp. 13-17.

³²⁵ SEELAENDER, Aírton Cerqueira Leite. “Notas sobre a constituição do direito público na idade moderna: a doutrina das leis fundamentais”. In: *Seqüência – Revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC*. Ano XXVI, número 53. Florianópolis: CPGD-UFSC, dezembro de 2006, pp. 199 e ss.

³²⁶ McILWAIN, Charles Howard. “Magna Carta and the Common Law”. In: *Constitutionalism & the changing world – collected papers*. Cambridge: Cambridge University Press, 1969, pp. 127-177. Dessa maneira, conceber a Magna Carta como a primeira Constituição em sentido moderno, consoante se pode ver em alguns manuais de direito constitucional, é, no mínimo, impreciso.

aquela característica do constitucionalismo pré-moderno que foi apontada acima: *a busca de um ponto médio*.

E isso era um problema. Já que a *fundamental law* era tida como um “guia para a correção moral” a atuar na mente do legislador³²⁷, a Constituição de 1787, quando concebida dessa maneira, se tornava qualquer coisa de “sacra e inviolada”³²⁸. Essa aura sacra impedia que o exame da Constituição pelos tribunais se desse como uma questão de rotina. Uma inconstitucionalidade, em tal marco, não suscitava uma nulidade a ser argüida incidentalmente em uma questão judicial, pois consistia em uma quebra do pacto social, apto a ser reivindicado apenas pelo exercício do direito de resistência. Um autor como Iredell atesta isso de modo muito claro, quando afirma que as assembléias não tinham o direito de violar a Constituição, mas, se o fizessem, a desobediência do povo seria a medida a ser tomada, e não uma intervenção do judiciário³²⁹. Uma *judicial review*, nesse contexto, era vista, como observou Gordon Wood, como uma “solene ação política”, que como tal era inutilizável³³⁰.

Tal descrição é sintomática: era uma ação política porque a Constituição não era vista ainda como se fosse, também, uma norma jurídica. É até verdade que nessa época já circulava na comunicação da sociedade uma observação, como sugere o artigo *Federalista n° 78*, que descrevia a Constituição como uma norma hierarquicamente superior às demais normas, sendo o Judiciário o órgão responsável a verificar essa conformidade³³¹. Mas foi somente com a contribuição de John Marshall, no caso *Marbury v. Madison*, de 1803, que a Constituição norte-americana teve seu caráter de *higher law* radicalizado³³².

Muito se tem publicado acerca da “lógica Marshall”, a qual se acusa de não ser tão coerente³³³. Seja como for, o fato é que Marshall alcançou o resultado de

³²⁷ WOOD, Gordon S. “The origins of the judicial review revisited, or how the Marshall Court made more out of less.” In: *Washington and Lee Law Review*, pp. 794-795.

³²⁸ WOOD, Gordon. *The creation of american republic 1776-1787*, p. 276.

³²⁹ WOOD, Gordon S. “The origins of the judicial review revisited, or how the Marshall Court made more out of less.” In: *Washington and Lee Law Review*, p. 795.

³³⁰ WOOD, Gordon S. “The origins of the judicial review revisited, or how the Marshall Court made more out of less.” In: *Washington and Lee Law Review*, p. 798.

³³¹ HAMILTON, Alexander. “N° 78, May 28, 1788: a view of the Constitution of the Judicial Department in relation to the tenure of good behaviour”. In: HAMILTON, Alexander. MADISON, James. JAY, John. *The Federalist*. Edição de J. R. Pole. Indianapolis: Hackett Publishing, 2005, pp. 411-418.

³³² Para a descrição das circunstâncias fáticas do caso, Cf. GARRATY, John. “The case of the missing commissions”. In: GARRATY, John (org.). *Quarrels that have shaped the Constitution*. New York: Harper & Rom, 1988, pp. 7-19.

³³³ Recentemente, na França, se tem falado até de *Coup d'État* por parte de Marshall, que no *Marbury vs. Madison* teria tão-somente realizado uma “leitura omissiva” do *Judiciary Act*, de 1789, com a finalidade

transformar a “solene ação política”, que era uma *judicial review* que examinaria uma *fundamental law*, em algo de rotina. O roteiro de sua argumentação é bem claro. Como o dever do Judiciário é aplicar a lei, quando houver leis contrastantes, cabe escolher qual deve ser a escolhida. Se a Constituição é a lei suprema do país, as outras normas devem estar em consonância com ela, ou então não são válidas, afinal de contas o Congresso está limitado pela Constituição³³⁴. Marshall não aceita qualquer espécie de terceira opção:

Não há meio termo entre essas alternativas. A Constituição ou é uma lei superior e predominante, e lei imutável pelas formas ordinárias; ou está no mesmo nível conjuntamente com as resoluções ordinárias da legislatura e, como as outras resoluções, é mutável quando a legislatura houver por bem modificá-la.³³⁵

Segue Marshall: o povo fez um imenso esforço para redigir uma “constituição escrita” (ou literal), mas se o Congresso pode a qualquer tempo modificar uma lei superior por uma disposição ordinária, as constituições seriam “absurdas tentativas da parte do povo para delimitar um poder por sua natureza ilimitável”³³⁶. Assim, uma disposição legislativa nula não pode vincular os tribunais, pois é contra o esforço do povo de limitar o legislador: um esforço que recebe o nome de Constituição. Como é tarefa tipicamente judiciária dizer o que é a lei, cabe não aplicar uma lei que, na verdade, não é lei, porquanto acometida de nulidade. A Constituição de 1787 nada fala acerca da possibilidade do Judiciário realizar controle de constitucionalidade, mas afirma que ele deve se ater a “*cases and controversies*”. Pois bem, para Marshall, é impossível julgar *cases and controversies* sem um exame da constitucionalidade de uma norma, pois tal é uma função inseparável do Judiciário³³⁷.

Com a materialização de uma organização formal, a *jurisdição*, que verifica a constitucionalidade de normas em relação a um texto escrito que é compreendido como

específica de salvar a Corte Suprema. Cf. HENNINGER, Julien. *Marbury v. Madison: un arrêt fondateur, mal fondé*. Strasbourg: Presses Universitaires de Strasbourg, 2005, pp. 77 e ss.

³³⁴ NINO, Carlos Santiago. “Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad”. In: *Fundamentos y alcance del control judicial de constitucionalidad*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 100.

³³⁵ MARSHALL, John. “William Marbury contra James Madison – Sessão de fevereiro de 1803 (I, repertório de Cranch, 137-180)”. In: *Decisões constitucionais de Marshall*. (trad. e organização Américo Lobo). Rio de Janeiro: Imprensa Nacional: 1903, p. 25.

³³⁶ MARSHALL, John. “William Marbury contra James Madison – Sessão de fevereiro de 1803 (I, repertório de Cranch, 137-180)”. In: *Decisões constitucionais de Marshall*, p. 25.

³³⁷ MARSHALL, John. “William Marbury contra James Madison – Sessão de fevereiro de 1803 (I, repertório de Cranch, 137-180)”. In: *Decisões constitucionais de Marshall*, p. 26.

um direito superior (*paramount law*) surge a noção moderna de Constituição³³⁸: um texto normativo que serve de medida de conformidade a todo o direito³³⁹. Todas as expectativas normativas podem ser direito/não-direito, a depender da Constituição, e não de um direito natural. Isso reforça o código do sistema do direito, que promove seu fechamento operacional. E no que diz respeito ao *sistema da política*, a Constituição não foi menos importante para sua diferenciação. Ela fornece um meio apto à externalização do paradoxo da soberania, do paradoxo do soberano que se vincula/desvincula por suas próprias decisões³⁴⁰, o que é bem visível tanto na retórica da razão de Estado (na Europa Continental) quanto na teoria e prática do Parlamento blackstoniano, que igualava soberania à legislação sem limites³⁴¹. Não por último: a Constituição não “resolve” o paradoxo – pois paradoxos não se deixam dominar –, ela apenas transfere o paradoxo da soberania para o sistema do direito. Dessa forma, o Estado é soberano porque assim o diz uma Constituição estabelecida por vontade do povo, tratado como poder constituinte originário³⁴².

Mas é de se notar que a diferenciação entre direito e política, que acontece somente a partir da modernidade, não significa isolamento entre esses dois sistemas. Bem explicado, há uma comunicação entre eles, mas essa comunicação é estruturalmente especificada pela Constituição: *ocorre na forma da Constituição*³⁴³. Dessa maneira, a Constituição pode ser considerada, precisamente, como uma reação à separação entre direito e política³⁴⁴. Isso porque, com ela, “direito e política podem prestar, um ao outro, os seus serviços recíprocos, sem perder a sua respectiva

³³⁸ STOURZH, Gerald. “Constitution: changing meanings of the term from the early Seventeenth to the late Eighteenth century”. In: BALL, Terence; POCKOCK, John Greville Agard (orgs.). *Conceptual change and the Constitution*, p. 47.

³³⁹ LUHMANN, Niklas. “La costituzione come acquisizione evolutiva”. In: ZAGREBELSKY, Gustavo; PORTINARO, Pier Paolo; LUTHER, Jörg (orgs.). *Il futuro della Costituzione*, p. 89.

³⁴⁰ CORSI, Giancarlo. “Sociologia da Constituição”. Trad. Juliana Neuenschwander. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. Nº 39. Belo Horizonte: Janeiro-Junho de 2001, p. 173.

³⁴¹ BLACKSTONE, Sir William. *Commentaries on the Laws of England: a facsimile of the First Edition of 1765-1769*. Vol. I. Chicago: University of Chicago Press, 1979, p. 46: [“For legislature, as was before observed, is the greatest act of superiority that can be exercised by one being over another. (...) Sovereignty and legislature are indeed convertible terms; one cannot subsist without the other”].

³⁴² CORSI, Giancarlo. “Sociologia da Constituição”. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, p. 173.

³⁴³ Para a relação entre direito e política pelo acoplamento constitucional, Cf. CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*, pp. 98-100.

³⁴⁴ LUHMANN, Niklas. “La costituzione come acquisizione evolutiva”. In: ZAGREBELSKY, Gustavo; PORTINARO, Pier Paolo; LUTHER, Jörg (orgs.). *Il futuro della Costituzione*, p. 87.

identidade”³⁴⁵, uma vez que a Constituição fornece “os critérios de organização política do poder e os critérios de geração do Direito”³⁴⁶.

A diferença do sentido moderno de Constituição para seus equivalentes (imperfeitos) pré-modernos é precisamente esse. Somente a Constituição em sentido moderno consiste em uma *estrutura autológica* que serve de medida de conformidade para o direito; isso é feito mediante a inserção de uma assimetria, norma constitucional/norma infraconstitucional, na qual a Constituição se auto-inclui em um dos lados da forma³⁴⁷. Isso pode ser identificável mediante a observação de vários “aspectos peculiares” que têm como condição de possibilidade essa assimetria autológica representada por uma Constituição “que reconhece a si própria”. Como indicou Luhmann, isso se torna palpável quando se observa: (i) regras de coalizão que garantem o primado da Constituição frente a norma infraconstitucional, (ii) disposições normativas que limitam a alterabilidade da Constituição, (iii) um procedimento de controle de constitucionalidade, (iv) a atitude de “invocar solenemente a instância constituinte e a sua vontade como algo que, por si só, é vinculante”³⁴⁸.

Mostra-se vital, neste ponto, ressaltar que a supremacia da Constituição, o seu caráter de estrutura autológica que estabelece a forma da comunicação entre direito e política, não se estabelece tão-somente com um *texto escrito*, afinal a Constituição não é uma máquina que trabalha automaticamente³⁴⁹. Precisamente por isso é que se teve a necessidade de se fazer menção, *supra*, ao *Marbury vs. Madison*. A observação de Marshall permite que se veja que a Constituição não se resume a um texto: o acoplamento entre direito e política é demarcado a partir de observações de segunda ordem sobre o texto constitucional, que por sua vez nada mais são que uma descrição da e na sociedade. *A Constituição é sentido socialmente disponível, e como tal é descrita a depender de como se percebe a relação entre direito e política*. Nesse marco, “constitucionalistas” consistem em nada mais nada menos que artefatos comunicativos do sistema do direito, e descrevem essa relação entre direito e política das mais diversas

³⁴⁵ CARVALHO NETTO, Menelick de. “Controle de constitucionalidade e democracia”. In: MAUÉS, Antonio Moreira. *Constituição e Democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 225.

³⁴⁶ CORSI, Giancarlo. “Sociologia da Constituição”. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, p. 173.

³⁴⁷ LUHMANN, Niklas. “La costituzione come acquisizione evolutiva”. In: ZAGREBELSKY, Gustavo; PORTINARO, Pier Paolo; LUTHER, Jörg (orgs.). *Il futuro della Costituzione*, pp. 89-90.

³⁴⁸ LUHMANN, Niklas. “La costituzione come acquisizione evolutiva”. In: ZAGREBELSKY, Gustavo; PORTINARO, Pier Paolo; LUTHER, Jörg (orgs.). *Il futuro della Costituzione*, p. 94.

³⁴⁹ TRIBE, Laurence. DORF, Michael. *Hermenêutica constitucional [On reading the Constitution]*. Trad. Amarílís Birchal. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 37.

formas, a depender de qual *referência semântica* seja por eles encampada: para bem, para mal.

E é o próprio Marshall quem demonstra isso. Conforme foi afirmado, a Constituição de 1787 dos Estados Unidos da América, em seu artigo III, que é destinado ao Judiciário, não fala nada sobre controle de constitucionalidade. Quando Marshall descreve a Constituição como algo impossível de ser compreendido sem o estabelecimento de uma fiscalização da constitucionalidade dos atos normativos por parte do Judiciário; quando ele aborda isso como uma decorrência *necessária* da supremacia da Constituição³⁵⁰, Marshall *inventa* uma Constituição, que é algo a mais que o mero texto aprovado na Filadélfia – que não pode falar por si só. A *judicial review* expressa por Marshall (mas que dependeu de antecedentes constitucionais), foi uma conseqüência argumentativa de um determinado conceito de Constituição. Sua função pode ser observada como a de um *Erklärungsprinzip*³⁵¹ (para usar um termo que apraz Heinz von Foerster): a Constituição é a justificativa de si mesma. Tal como a memória do direito, tal como a evolução do direito.

Dessa maneira, percebe-se que a observação de Marshall – para além do interesse que ele tinha com a causa do Partido Federalista, e para além de sua disputa com o Presidente Thomas Jefferson³⁵² – viu possibilidades que não foram vistas por outros observadores. Um autor como Emer de Vattel já havia descrito, em 1758, a Constituição do Estado como “o regulamento fundamental que determina a maneira pela qual a autoridade pública deve ser exercida”³⁵³. Mas disso não se derivou uma Constituição como forma autológica, como uma lei que é superior ao restante do ordenamento jurídico do Estado³⁵⁴.

Analisando a observação de Marshall a partir do instrumental teórico da teoria da sociedade, vê-se que ela se mostrou digna a ser selecionada pela sociedade, porque

³⁵⁰ Cf. TROPER, Michel. “The logic of justification of the judicial review”. In: *International Journal of Constitutional Law*. Vol. 1, nº1. Oxford, New York: Oxford University Press; New York University School of Law, 2003, p. 103.

³⁵¹ DE GIORGI, Raffaele. “A memória do direito”. In: *Direito, tempo e memória*, pp. 52-53.

³⁵² ACKERMAN, Bruce. *The Failure of the Founding Fathers: Jefferson, Marshall, and the rise of Presidential Democracy*. Cambridge (MA): The Belknap Press of Harvard University Press, 2005.

³⁵³ VATTEL, Emer de. *O direito das gentes* (1758). Ed. de Vicente Marotta Rangel. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão; Editora UnB, 2004, p. 26 (§ 27).

³⁵⁴ Para o contexto norte-americano, as palavras de Gordon S. Wood são elucidativas: “O desenvolvimento americano do que viria a ser chamado de *judicial review* não foi simplesmente um produto de sua concepção de Constituição como *higher law* esculpida em um documento escrito. Outros estados desenvolveram constituições formais, rígidas, desde o século XVIII sem, ao mesmo tempo, permitir aos juízes de seus tribunais afastar atos legislativos em conflito com a Constituição”. Cf. WOOD, Gordon S. *The creation of american republic 1776-1787*, p. 292.

demonstrou, coerentemente, que a possibilidade de comunicação entre direito e política pela via constitucional requer uma *separação heterárquica entre jurisdição e legislação*, como demonstra Celso Campilongo³⁵⁵. E, assim, a jurisdição não se coloca em uma relação de subordinação em relação ao Legislativo: e por isso pode, inclusive, anular normas que lhe pareça não-conformes ao direito. O direito, aqui, não é o natural, representado em uma *fundamental law*, e sim a Constituição, que é plenamente adjudicável. Assim, a observação de Marshall parte do pressuposto que a comunicação entre direito e política, via Constituição, requer uma organização formal que torne operacional o mecanismo de acoplamento. Essa organização é o Judiciário, que a partir de então, não teria mais funções de governo, como é próprio da pré-modernidade³⁵⁶. Não somente nos Estados Unidos. A Revolução Francesa se apressou em realizar movimento bem semelhante, conforme se pode verificar a partir da Lei de 16-24 de agosto de 1790, Título II, que declarou em seu art. 13 que “as funções judiciais são distintas e serão sempre separadas das funções administrativas”³⁵⁷.

Tão logo selecionada enquanto sentido social, a Constituição, esse curioso artefato – uma aquisição evolutiva – que é representado por uma norma posta por determinação da soberania popular, se difunde pelo Ocidente como uma forma apta a regular a relação entre direito e política, na medida em que busca conformar o governo às suas disposições³⁵⁸. Ainda que não a concebesse em seu sentido moderno, o visconde de Bolingbroke, em 1734, já sabia que uma Constituição transcende ao *government*³⁵⁹. Agora, era a vez da velha ordem nobiliárquica europeia se confrontar com a Constituição: que conheceu adeptos e adversários.

³⁵⁵ Campilongo vê isso de forma muito interessante, ao articular a diferença jurisdição/legislação com outra, que é muito cara à teoria da sociedade, programação condicional/teleológica: CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*, pp. 103-107.

³⁵⁶ Cf. HESPANHA, António Manuel. *Justiça e litigiosidade: história e prospectiva*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 385, que informa que nas condições pré-modernas, a jurisdição é o principal poder à disposição do governante. Cf. também a profunda análise de: COSTA, Pietro. *Jurisdictio: semantica del potere político nella pubblicistica medievale (1100-1433)*. Milano: Giuffrè, 2002, pp. 364-368, principalmente.

³⁵⁷ MANNORI, Luca. SORDI, Bernardo. “Giustizia e amministrazione”. In: FIORAVANTI, Maurizio (org.). *Lo Stato moderno in Europa: istituzioni e diritto*. 2ª ed. Bari: Editori Laterza, 2003, p. 76.

³⁵⁸ DOGLIANI, Mario. *Introduzione al diritto costituzionale*, p. 194

³⁵⁹ BOLINGBROKE, Visconde de. “A Dissertation upon Parties: Letter X, 26 de janeiro de 1734”. In: *Political Writings*. Ed. David Armitage. Cambridge: Cambridge University Press, 1997, p. 88.

1.5.2. *A difusão semântica do constitucionalismo moderno e sua recepção na Alemanha do século XIX: a referência ao Rechtsstaat.*

Dessa maneira, com o término do “período de reflexão constitucional” da Revolução Americana, em 1803, a Constituição aparece como mecanismo de acoplamento estrutural entre direito e política. Eis o traço a partir do qual é possível diferenciar o constitucionalismo moderno de sua contraparte antiga, pré-moderna. Ao contrário do constitucionalismo antigo, o constitucionalismo moderno não se contenta em buscar uma limitação do poder mediante um apelo às qualidades morais do governante, contrapondo, assim, “lei” com “vontade”³⁶⁰. Partindo do pressuposto de que os homens não são anjos³⁶¹, o constitucionalismo moderno possui um “ponto de vista institucional”³⁶², pois acredita que um aparato de *organizações formais* é de grande importância para que a comunicação entre direito e política aconteça, mas sem que tais sistemas excedam seus domínios comunicativos³⁶³. São instituições e não pessoas ou divindades que têm a difícil tarefa de frear o poder³⁶⁴.

As interessantes observações de Horst Dippel acenam claramente nesse sentido. Observando uma infinidade de documentos históricos, procedentes de diversos países, no período compreendido entre 1776-1849, o Professor de Kassel percebeu a presença de dez elementos que aparecem recorrentemente nas fontes: soberania popular, princípios universais considerados como base da Constituição, direitos humanos, governo representativo, o estabelecimento da Constituição como lei superior à legislação ordinária, separação dos poderes, a busca de um governo limitado, previsão da independência do judiciário para que assim o direito se sobreponha ao poder, a responsabilidade do governo e sua obrigação de prestar contas por seus atos

³⁶⁰ McILWAIN, Charles Howard. *Constitutionalism: ancient and modern*. 2ª ed. Ithaca: Cornell University Press, 1947, p. 21.

³⁶¹ MADISON, James. “Nº 51, February 6, 1788: the same subject continued with the same view, and concluded”. In: HAMILTON, Alexander. MADISON, James. JAY, John. *The Federalist*. Edição de J. R. Pole. Indianapolis: Hackett Publishing, 2005, p. 281, linhas 44-45: “Se os homens fossem anjos, não seria necessário nenhum governo. Se os homens fossem governados por anjos, não seriam necessários nem controles internos nem controles externos ao governo”.

³⁶² Tal pressuposto é adotado, por exemplo, em: HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Trad. Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, pp. 297-330, principalmente. DWORKIN, Ronald. “Constitutionalism and democracy”. In: *European Journal of Philosophy*. Vol. 3, nº 1. Oxford: Blackwell, abril de 1995, pp. 9-11, principalmente (aduzindo que um controle de constitucionalidade não é necessariamente antidemocrático, muito pelo contrário)

³⁶³ Para uma explicação da importância das organizações formais para a sociedade moderna, Cf. LUHMANN, Niklas. *Organizzazione e decisione*. Ed. Giancarlo Corsi. Milano: Bruno Mondadori, 2005, pp. 311-340.

³⁶⁴ MONTESQUIEU, Barão de La Brède e de [Charles-Louis de Secondat]. *Do Espírito das Leis*. Vol. I (1748). São Paulo: Nova Cultural, 1997, p. 200 (XI,I,4)

(*accountability*) e, por fim, o reconhecimento do poder de emenda por parte do povo, com o fito de aperfeiçoar o governo³⁶⁵.

Eis o ponto-chave. Um exame (ainda que não seja exaustivo) das Constituições modernas mostra claramente que esses “princípios do constitucionalismo moderno” são usualmente operacionalizados por meio de organizações formais. Com Parlamento fechado, um Estado contemporâneo não tem governo representativo, o poder de emenda poderia ser apropriado por um só, pelo chefe de Estado, e a fiscalização das contas do governo ficaria prejudicada. Sem tribunais, não se tem um judiciário independente, nem limitação do governo. Enfim, os exemplos poderiam se multiplicar. Seja como for é importante atentar para o fato que os dez princípios do constitucionalismo elencados por Dippel convergem no sentido de propiciar uma separação e posterior comunicação entre direito e política por meio do acoplamento constitucional.

A partir da pesquisa de Dippel é possível, ainda, identificar outro aspecto importante: apesar de o constitucionalismo moderno dever, e muito, ao “período de reflexão constitucional” ocorrido nos Estados Unidos, o estabelecimento de uma comunicação entre direito e política por meio da Constituição não é, de forma alguma, um patrimônio semântico restrito aos acontecimentos da Filadélfia. Os episódios da Revolução Americana foram as “condições históricas da variação e da seleção do novo sentido”, mas que “já não são as condições do restabelecimento do novo sentido em um contexto semântico-estrutural mais amplo que garante novamente sua utilização em situações que não eram previsíveis”³⁶⁶. O que implica afirmar que apesar de os resultados da Revolução Americana terem sido muito importantes para o surgimento do constitucionalismo, isso não significa que o constitucionalismo norte-americano possa se converter em um “modelo normativo”, apto a julgar a história de outros países³⁶⁷.

Como consequência, o sentido reativado, a Constituição, em contextos históricos diferentes daquele que assistiu ao seu surgimento não necessita ser igual a seu sentido original: aliás, nem necessita nem conseguiria sê-lo, pois a memória do direito, ao selecionar, esquece igualmente. E é isso o que doa sentido novo ao que é

³⁶⁵ DIPPEL, Horst. “Modern constitutionalism: an introduction to a history in need of writing”. In: *The Legal History Review*. Vol 73, nº 1. Leiden: Brill Academic Publishers, Fevereiro de 2005, pp. 155-158.

³⁶⁶ LUHMANN, Niklas. “La costituzione come acquisizione evolutiva”. In: ZAGREBELSKY, Gustavo; PORTINARO, Pier Paolo; LUTHER, Jörg (orgs.). *Il futuro della Costituzione*, p. 91.

³⁶⁷ Discordando com uma atitude que é atualmente muito própria aos acadêmicos e juizes norte-americanos, qual seja o de considerar unicamente o constitucionalismo norte-americano como um objeto digno de ser conhecido, o que estaria levando-os em direção a um “enfático provincialismo”, Cf. a interessante autocrítica de ACKERMAN, Bruce. “The rise of World Constitutionalism” In: *Virginia Law Review*. Vol. 83, nº 4. Charlottesville: Virgínia Law Review Association, maio de 1997, p. 773.

selecionado, que acaba sendo *criado*³⁶⁸. Nesse passo, as estruturas semânticas do sistema do direito não são um dado, porquanto se confrontam com “precondições sociais altamente complexas que são historicamente determinadas e que mudam de país para país”³⁶⁹. E é por isso que o desenvolvimento do constitucionalismo em um país não é condição de verdade em relação a um outro.

Aparenta ser bem útil a adoção de tal postura quando se trata de abordar a tematização alemã do constitucionalismo moderno durante o século XIX. Não é raro encontrar descrições da história constitucional alemã que procuram subtraí-la da modernidade, advogando um *Sonderweg*, um caminho que seria totalmente diverso dos outros países ocidentais. A justificativa seria a de que na Alemanha a aristocracia não perdera seu primado social antes do início da República de Weimar. Na verdade a inexistência de tal singularidade já é percebida quando se vê que, em outros países da Europa, o afastamento dos aristocratas da política não se deu de modo tão instantâneo e linear³⁷⁰. Mas a inadequação de um *Sonderweg* é também notada quando se lembra que até os problemas constitucionais enfrentados por países como Alemanha, Inglaterra, França e Estados Unidos, em determinados períodos do século XIX, guardam certa consonância, como mostra o exemplo da discriminação censitária como método de negação do sufrágio universal, ou mesmo a estratégia de “infantilização” das massas populares, que, por isso, necessitavam de um tutor, seja ele, respectivamente, Bismarck, Benjamin Disraeli, Luís Napoleão ou o General Andrew Jackson³⁷¹.

Não por último, a ausência de um *Sonderweg* é expressa quando se observa a maneira pela qual aconteceu a leitura alemã do constitucionalismo moderno. Definitivamente, não é o caso de se proceder, neste momento, a um resumo da história constitucional alemã, mas somente o de selecionar alguns “aspectos peculiares” que

³⁶⁸ Até por causa da diferença entre a estrutura da sociedade e semântica. Para ir de um lado para o outro dessa forma, é necessário tempo. Cf. NAFARRATE, Javier Torres. *Luhmann: la política como sistema*, p. 79, que aponta de forma clara os obstáculos que se erigem frente a uma abordagem do sistema da política, em que é particularmente nítida a utilização de perspectivas pré-modernas para sua descrição.

³⁶⁹ LUHMANN, Niklas. “The two sides of the State founded on Law”. In: *Political Theory in the Welfare State*. Trad. John Bednarz Jr. Berlin, New York: Walter de Gruyter, 1990, pp. 200-201.

³⁷⁰ JEFFERIES, Matthew. *Imperial Culture in Germany 1871-1918*. Hampshire: Palgrave-Macmillan, 2003, p. 11. Um exemplo é a Inglaterra, onde, até 1911, a Casa dos Lordes desempenhava um papel central na política partidária, ocasião em que, os Comuns conseguiram, com o apoio do Rei George V, aprovar o *Parliament Bill*, em que os Lordes (maioria de *tories*) abriram mão de várias prerrogativas no processo legislativo, que os colocava em posição de supremacia, diante da ameaça do Rei de elevar ao pariatos vários *whigs*. Cf. PRAKKE, Lucas. “Swamping the Lords, Packing the Court, Sacking the King: three constitutional crises”. In: *European Constitutional Law Review*. Vol. 2, nº 1. Cambridge: Cambridge University Press, fevereiro de 2006, pp. 116-131, principalmente.

³⁷¹ LOSURDO, Domenico. *Democracia ou bonapartismo: triunfo e decadência do sufrágio universal*. Trad. Luiz Sérgio Henriques. Rio de Janeiro; São Paulo: Editora UFRJ; Editora Unesp, 2004, pp. 15-145, principalmente.

forneçam subsídios aptos a indicarem qual material semântico se encontrava à disposição do constitucionalismo da República de Weimar, e, porque não, de Kelsen e de Schmitt. Para tanto, é necessário reduzir complexidade: utilizar-se-á o conceito de *Rechtsstaat*, Estado de Direito. Em apertada síntese, pode se afirmar que sob tal epígrafe o âmbito lingüístico alemão tematizou a relação entre Estado e Direito.

A primeira ocorrência do termo *Rechtsstaat* é imputada a um certo bibliotecário chamado Johann Wilhelm Placidus que ao se referir a Kant e seus seguidores, os descreveu, em 1798, como a “Escola crítica ou Escola dos teóricos do Estado de Direito” (*die kritische oder die Schule der Rechts-Staats-Lehrer*)³⁷². Todavia Simone Goyard-Fabre ressalta que na obra de Kant não há propriamente o emprego da expressão *Rechtsstaat*, “mas o estatuto que, na sua filosofia normativo-crítica, Kant dá ao Estado torna este inseparável das estruturas jurídicas que, pela institucionalização da *trias politica* (os três poderes), tornam possível a coexistência das liberdades”. De modo que seria a própria Idéia de liberdade, em Kant, que faria com que o Estado não pudesse ser concebido como uma autoridade absoluta que se utiliza do poder de forma totalmente arbitrária³⁷³.

Placidus, contudo, não estava totalmente desprovido de razão ao se referir a Kant. Quando Kant traçou a diferença entre estado de natureza e estado civil, ele entendeu este último como uma sociedade política garantida pelo direito, em que a liberdade e igualdade são assegurados para os cidadãos. De modo que, em Kant, não são todas as sociedades jurídicas (*rechtmässige Gesellschaften*) que automaticamente constituem um *rechtlicher Zustand*, isto é, “estado de direito no sentido de reino do direito assegurado pela ‘garantia social’”³⁷⁴. Ou seja, um estado jurídico em que a relação entre os homens é regulada pelo direito³⁷⁵. Importante perceber que, em tal

³⁷² JOUANJAN, Olivier. “Présentation”. In: JOUANJAN, Olivier (org.). *Figures de l’État de droit: Le Rechtsstaat dans l’histoire intellectuelle et constitutionnelle de l’Allemagne*. Strasbourg: Presses Universitaires de Strasbourg, 2001, p. 7. O livro de Placidus (que na verdade se chamava Petersen) era: PLACIDUS, J. W. *Literatur der Staatslehre. Ein Versuch*, Strasbourg, 1798.

³⁷³ GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*, p. 313. No mesmo sentido, propondo a influência da noção kantiana de “reino dos fins” no conceito de *Rechtsstaat*, Cf. ROSENFELD, Michel. “The rule of law and the legitimacy of constitutional democracy”. In: *Southern California Law Review*. Vol. 74, nº5. Los Angeles: Gould School of Law, julho de 2001, p. 1324.

³⁷⁴ KERVÉGAN, Jean-François. L’État de droit dans l’idéalisme allemand: Kant, Fichte, Hegel”. In: JOUANJAN, Olivier (org.). *Figures de l’État de droit: le Rechtsstaat dans l’histoire intellectuelle et constitutionnelle de l’Allemagne*. Strasbourg: Presses Universitaires de Strasbourg, 2001, p. 111.

³⁷⁵ KERVÉGAN, Jean-François. L’État de droit dans l’idéalisme allemand: Kant, Fichte, Hegel”. In: JOUANJAN, Olivier (org.). *Figures de l’État de droit: le Rechtsstaat dans l’histoire intellectuelle et constitutionnelle de l’Allemagne*, p. 112. O raciocínio de tal autor de apóia no § 41 da *Rechtslehre*, de 1796.

definição, Kant ainda não utiliza o “singular coletivo” *Staat*, mas *Zustand*, que tem como correspondente o termo latino *status*, que indica também, uma situação.

Esse impasse evolutivo é sintomático. E mais uma vez Kant mostra que foi um dos primeiros intérpretes da modernidade em língua alemã. Quando ele aborda o *rechtlicher Zustand*, ele se confronta com um problema social novo: a relação do Direito com um novo conceito de Estado fornecido pela prática revolucionária francesa. Kant se embate com um paradoxo que já era conhecido pelo constitucionalismo norte-americano, mas que só foi introduzido em solo europeu com o transcurso da Revolução Francesa: se, por um lado, a supressão do *Ancien Régime* propiciou o reconhecimento/invenção de direitos inerentes aos indivíduos, por outro lado, ao se extinguir o pluralismo de *états* em nome de um só *État*, que se identifica com a Nação, tem-se, de fato, um notável reforço do poder do Estado³⁷⁶.

Assim, a nova ordem social inaugurada com a Revolução Americana e Francesa, e representada pelo constitucionalismo moderno, desafiou abertamente o sistema de estamentos (*Stände*) da Alemanha. Mas, pergunta Hegel: que Alemanha? “A Alemanha já não é um Estado”³⁷⁷, pois “sua situação política deveria ser considerada como uma anarquia jurídica, e seu direito estatal como um sistema de direito contra o Estado”³⁷⁸. Hegel descreve a situação de fragmentação política do Sacro Império Romano-Germânico, que, mesmo sendo nominalmente unificado em uma “cabeça”, o Imperador, não tinha uma unidade efetiva para ser mais que uma “coleção de solenes documentos jurídicos fundamentais”³⁷⁹.

As observações de Hegel tinham uma razão de ser. Durante o Sacro Império, mas também ao longo da curta existência da Confederação do Reno (1806-1815), a situação da Alemanha era de notória fragmentação política. Esse estado de coisas começa a mudar com a instauração do Congresso de Viena, que durou de 1815-1820³⁸⁰. Uma de suas intenções foi a de reorganizar o mapa europeu, após a queda do Império Napoleônico: nessa oportunidade, os cerca de 300 estados alemães foram reduzidos para

³⁷⁶ STARCK, Christian. “La Révolution Française et le Droit Public en Allemagne”. In: *Revue internationale de droit comparé*. Ano 42, Nº1. Paris: Société de Legislation Comparée, janeiro-março de 1990, p. 255.

³⁷⁷ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *La Constitución de Alemania* (1802). Trad. Dalmacio Negro Pavón. Madrid: Aguilar, 1972, p. 8.

³⁷⁸ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *La Constitución de Alemania* (1802), pp. 18-19.

³⁷⁹ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *La Constitución de Alemania* (1802), p. 63.

³⁸⁰ Que, na verdade, foi apenas um entre vários tratados de direito internacional que aconteceram após a queda de Napoleão, em 1814. Cf. RUDÉ, George. *Europa desde las guerras napoleónicas a la revolución de 1848*. 2ª ed. Trad. Fernando de Rojas. Madrid: Cátedra, 1991, pp. 27-36.

39, ocasião em que se fundou a Confederação Alemã (*Deutscher Bund*)³⁸¹. Mas o Congresso de Viena estava muito longe de consistir em apenas uma aliança multinacional para a promoção da unificação dos povos. Antes disso, foi um esforço das casas dinásticas européias no sentido de fornecer um contraponto à Revolução Francesa, um espectro que estava a propor um outro princípio de legitimidade do poder que não o sangue real: a soberania popular³⁸².

Neste momento se pode mencionar uma característica muito própria ao processo de tomada de conhecimento do constitucionalismo moderno por parte da Alemanha. É verdade que a Revolução Americana não passou despercebida em solo alemão, todavia seus contornos não foram bem apreendidos pela burguesia local, dada a imensa dificuldade que se tinha de entender formas políticas e sociais tão inéditas como as que estavam sendo incubadas no período de reflexão constitucional norte-americano³⁸³.

A situação muda com o início da Revolução Francesa. A proximidade geográfica torna a aristocracia alemã mais temerosa; ela começa a entender, também, que a questão central de uma revolução como a Americana não foi a de saber quanto deve custar o chá ou os selos. E cada vez mais a nobreza, expressamente, começa a tecer paralelos entre os eventos norte-americano e francês, descrevendo-os como fenômenos contínuos³⁸⁴ (o que significa reavaliar o significado da Revolução Americana, claro). À exata proporção em que na aristocracia crescia o medo, na burguesia crescia o entusiasmo com os acontecimentos revolucionários, de modo que durante a década de 1790 já surgem sete projetos de Constituição para a Alemanha, nos moldes franceses, e que buscavam limitar o poder do Estado³⁸⁵.

E em seu aspecto político e constitucional, o adversário frente ao qual o Congresso de Viena se levantava era o constitucionalismo moderno, uma autêntica ameaça ao princípio da legitimidade dinástica. E tudo isso movido por uma grande

³⁸¹ CLARK, Christopher. "Germany 1815-1848: Restoration or pre-March?". In: BREUILLY, John (org.). *Nineteenth-Century Germany: Politics, Culture and Society 1780-1918*. London: Arnold, 2001, p. 41.

³⁸² Não se pode, aqui, esmiuçar as sutilezas de um período histórico tão intrincado como foi a Europa da Restauração. Para mais informações, Cf. BLACKBOURN, David. *History of Germany 1780-1918: the Long Nineteenth Century*. 2ª ed. Oxford: Blackwell, 2003, pp. 54-67.

³⁸³ DIPPEL, Horst. *Germany and the American Revolution 1770-1800: a sociohistorical investigation of late Eighteenth-Century political thinking*. Trad. Bernhard A. Uhlendorf. Williamsburg: Chapel Hill, 1977, pp. 60-70.

³⁸⁴ DIPPEL, Horst. *Germany and the American Revolution 1770-1800: a sociohistorical investigation of late Eighteenth-Century political thinking*, pp. 280-281.

³⁸⁵ DIPPEL, Horst. *As idéias constitucionais americanas e francesas na Alemanha no final do século XVIII*. Trad. Herman Nébias. Brasília: Faculdade de Direito da UnB, 2006 (manuscrito inédito), p. 8.

improbabilidade. Tanto as vitórias de Napoleão, que resultaram no destronamento em série dos soberanos de vários reinos europeus (Espanha, Nápoles, França e até a Roma do Papa), quanto o perigo que os jacobinos franceses simbolizavam para a manutenção de uma ordem social nobiliárquica, provocaram uma inusitada aliança entre a aristocracia, o trono e o altar³⁸⁶. Entes políticos que nos tempos anteriores às revoluções liberais travavam incessante disputa pelo poder, mas que logo se uniram ante a aspiração do terceiro estado de também ser incluído no aparato decisório do sistema da política: na Alemanha não aconteceu diferente³⁸⁷.

Os membros da Santa Aliança sabiam que uma mera afirmação do antigo regime não era mais possível; que não se poderia negar *tout court* o constitucionalismo. Até por isso, começa a tomar corpo, já a partir de 1799, a noção de que seria necessário proceder a uma reforma “a partir de cima”, antes que se sucedesse, tal como ocorreu na França, uma revolução “a partir de baixo”³⁸⁸. Esse movimento político é normalmente descrito como Restauração, porque teria promovido a volta da monarquia que Napoleão tivera combatido e derrotado. Mas se algo foi “restaurado”, o foi somente em parte, como tentar-se-á propor.

Logo em seu início o Congresso de Viena tomou as atitudes necessárias no sentido de conservar o poder das monarquias da Europa Central, o que vem ilustrado no *Bundesakte* de 8 de junho de 1815, que em seu art. 13 declarava: “Todos os estados da Confederação (*Bund*) possuirão uma constituição estamental (*landständische Verfassung*)”³⁸⁹. Esse início já torna o modelo alemão de Constituição bem diferente de suas contrapartes francesa e norte-americana. É um conceito de Constituição que aparece, à primeira vista, como um *compromisso*. Para manter a legitimidade monárquica intacta, o Congresso de Viena se apressou em traduzir os elementos da velha ordem social européia em uma roupagem mais moderna, no caso, mediante um arremedo do exemplo constitucional franco-americano³⁹⁰.

Tal estratégia consistiu, sem dúvida alguma, em uma tentativa engenhosa de neutralização, que viu com precisão que o movimento constitucional franco-americano

³⁸⁶ RUDÉ, George. *Europa desde las guerras napoleónicas a la revolución de 1848*, pp. 54-55.

³⁸⁷ STOLLEIS, Michael. *Public Law in Germany 1800-1914*. New York: Berghahn Books, 2001, p. 66.

³⁸⁸ A paternidade dessa diferença parece ser do ministro prussiano Von Struensee Cf. BLACKBOURN, David. *History of Germany 1780-1918: the Long Nineteenth Century*, p. 54.

³⁸⁹ “Document 14: German Confederal Act, 8 June 1815” In: BREUILLY, John. *Austria, Prussia and Germany, 1806-1871*. London: Longman, 2002, p. 122.

³⁹⁰ STOLLEIS, Michael. *Public Law in Germany 1800-1914*, p. 59.

não admitia os privilégios de uma ordem monárquica³⁹¹. Assim, o Congresso de Viena aceitava a existência do terceiro estado, e ajudou a confeccionar um modelo que, à primeira vista, aceitava dividir a soberania com a representação popular, cuja participação se dava nas Dietas dos *Länder*. Essa primeira impressão é até mesmo reforçada quando se lê o art. 57 do Ato Final do Congresso de Viena (*Wiener Schlußakte*), de 15 de maio de 1820: “a totalidade do poder do Estado se reúne no chefe do Estado, e o soberano, por meio de uma constituição estamental, poderá condicionar o exercício de certos direitos à participação dos estamentos”³⁹².

A essa característica da monarquia constitucional, a semelhante concentração da totalidade do poder no soberano real, deu-se o nome de *princípio monárquico* (*das monarchisches Prinzip*). Como percebeu Jacky Hummel, ele tem em seu cerne a distinção entre *substantia* e *usus*, que se encontrava presente no preâmbulo da *Charte* francesa de 1814 (que marcou o retorno dos Bourbons à França) e que, por um lado, conservava as prerrogativas da coroa, mas de outro, modificava a forma de exercício do poder em decorrência da aceitação da “diferença dos tempos”³⁹³. Assim, se por um lado o monarca aceita *exercer* alguns poderes de forma compartilhada (com a representação popular), de outro lado a *substância* do poder é ainda reservada àquele que é titular de todo o poder estatal³⁹⁴. Mas as semelhanças entre a monarquia constitucional alemã e sua equivalente francesa terminam aqui. Se na França o soberano é descrito como um monarca que *règne, mais il ne gouverne pas*³⁹⁵, na Alemanha, ele reina, governa, legisla e ainda é imune ao poder judiciário, pois, segundo o art. 52 do Ato Final de Viena, o princípio monárquico é incompatível com a separação dos poderes³⁹⁶.

O princípio monárquico, então, diz que o monarca é o detentor exclusivo do poder do Estado, que é reunido em sua real pessoa. Como todo o poder do Estado é

³⁹¹ STOLLEIS, Michael. *Public Law in Germany 1800-1914*, p. 60.

³⁹² STOLLEIS, Michael. *Public Law in Germany 1800-1914*, p. 62.

³⁹³ HUMMEL, Jacky. *Le constitutionnalisme allemand (1815-1918): le modèle allemand de la monarchie limitée*. Paris: Presses Universitaires de France, 2002, p. 74. Cf. o preâmbulo da *Charte constitutionnelle* de 4 de junho de 1814, em DUVERGER, Maurice. *Constitutions et documents politiques*. 14^a ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1996, pp. 129-130.

³⁹⁴ HUMMEL, Jacky. *Le constitutionnalisme allemand (1815-1918): le modèle allemand de la monarchie limitée*, p. 74.

³⁹⁵ Segundo Constant: “O monarca está num recinto à parte, e sagrado: nenhum olhar deve jamais atingi-lo. Ele não tem intenções, não tem fraquezas, não tem convivência com seus ministros, porque não é um homem, é um poder neutro e abstrato, acima das zonas das tempestades” CONSTANT, Benjamin. “Princípios de política aplicáveis a todos os governos representativos e em particular à Constituição atual da França” (1815) In: *Escritos de Política*. Ed. Célia Galvão Quirino. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 84.

³⁹⁶ CARVALHO NETTO, Menelick de. *A sanção no procedimento legislativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992, p. 157.

reconduzível à pessoa do monarca, a Constituição somente pode ser entendida, a partir de tal localização semântica, como uma *outorga* graciosa por parte do monarca, que unilateralmente decide condicionar a validade de algumas funções estatais à presença da representação popular em uma Dieta³⁹⁷. É inevitável perguntar: após a outorga monárquica da Constituição, é possível ao monarca se desvincular do que foi estabelecido?

Durante o período histórico compreendido entre 1815 e 1848, a imensa luta travada pelos juristas alemães pode ser resumida como uma tentativa de responder a esta pergunta³⁹⁸. Os liberais da época a respondiam da seguinte forma: a Constituição é outorgada pelo monarca, mas após sua concessão, ela vira um *compromisso* entre rei e representação popular, constituindo, assim, um regime dualístico pactuado³⁹⁹. Por tal razão, as Dietas consistiriam em Parlamentos, de cuja confiança dependeria o governo⁴⁰⁰. Assim, o Poder Legislativo seria o guardião dos direitos do povo e, portanto, afirma Karl von Rotteck, “a essência da Constituição consiste na representação nacional”⁴⁰¹. Obviamente, os liberais não procuravam descrever cientificamente e de maneira neutra a Constituição. Ao contrário, eles se defrontavam com o problema bem concreto de fazer com que o acoplamento entre direito e política realmente acontecesse pelo *medium* constitucional. Só que essa não foi a semântica constitucional que prevaleceu.

A prática constitucional alemã mostra claramente o quão impossível é falar de uma parlamentarização das monarquias constitucionais durante tal época⁴⁰². A administração pública, exército, direito de contrair tratados internacionais e o próprio governo (*Regierung*) dependiam da vontade *substancial* do monarca, que *exercia* o poder quando representado por seus ministros. Contudo, o instituto da responsabilidade ministerial, a esse tempo, não tinha nenhuma aplicabilidade política prática. O resultado é que a Constituição outorgada jamais poderia se transformar em um pacto, pois se o

³⁹⁷ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. “The German Type of Constitutional Monarchy in the Nineteenth Century”. In: *State, Society and Liberty: Studies in Political Theory and Constitutional Law*. New York: Berg, 1991, p. 93. No mesmo sentido: CALDWELL, Peter C. *Popular sovereignty and the crisis of the German constitutional law: the theory and practice of Weimar constitutionalism*. Durham: Duke University Press, 1997, p. 41.

³⁹⁸ STOLLEIS, Michael. *Public Law in Germany 1800-1914*, p. 62.

³⁹⁹ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. “The German Type of Constitutional Monarchy in the Nineteenth Century”. In: *State, Society and Liberty: Studies in Political Theory and Constitutional Law*, p. 94.

⁴⁰⁰ STOLLEIS, Michael. *Public Law in Germany 1800-1914*, pp. 67-68.

⁴⁰¹ GOZZI, Gustavo. “Estado de Direito e direitos subjetivos na história constitucional alemã”. In: COSTA, Pietro. ZOLO, Danilo (orgs.). *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. Trad. Carlo Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 319-321.

⁴⁰² STOLLEIS, Michael. *Public Law in Germany 1800-1914*, p. 68.

monarca – enquanto totalidade do poder do Estado, personificação da soberania – tem o poder de se vincular, ele possui também o de se desvincular. O monarca não é um “funcionário do povo”, mas um soberano: o governo não se pauta pelo princípio da soberania popular, mas pelo princípio monárquico.

Alegar o contrário seria pretender que o poder estatal, que é uno por natureza, fosse dividido com um outro poder, no caso a representação popular. Mas o art. 52 do Ato Final de Viena lembra que a separação de poderes é incompatível com o *princípio monárquico*. Assim, a Constituição é algo à disposição do monarca⁴⁰³. Neste ponto, vale a síntese de Olivier Jouanjan: “afirmar o caráter patrimonial da soberania, era afirmar a natureza originária, anterior e superior do poder monárquico em relação à Constituição; era afirmar um direito sobre a própria Constituição e legitimar as ab-rogações unilaterais [por parte do monarca]”⁴⁰⁴.

Dessa forma, vê-se claramente que a possibilidade de uma comunicação entre direito e política pela via constitucional não tem lugar, ainda, na Alemanha a tal época. O *princípio monárquico* pode ser entendido, então, como uma semântica que descreve o sistema do direito tão-somente como um *medium* necessário para operacionalizar aquilo que é oportuno para a política. Dessa forma: é uma observação da Constituição a partir do sistema da política. Até aí tudo bem, pois o sistema da política só pode ver o direito a partir de suas próprias observações. O problema é que o outro lado dessa relação não se desenvolve: o sistema do direito não tem, em tal contexto histórico, a possibilidade de fazer com que o sistema da política considere o direito da Constituição como direito válido⁴⁰⁵. Daí surge a perplexidade, sob a veste de pergunta: por tudo isso seria adequado concluir que a Restauração monárquica teve o efeito de conservar a pré-modernidade na Alemanha, já que o direito não limita a política, a vontade do monarca?

A resposta é negativa. A esse tempo, a semântica do constitucionalismo moderno já estava disponível na comunicação da sociedade, e foi selecionada em

⁴⁰³ 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”. In: *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l’étranger*. Tomo 22, 12º Ano. Paris: E. Brière, 1905, pp. 729-730.

⁴⁰⁴ JOUANJAN, Olivier. *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918): idéalisme et conceptualisme chez les juristes allemands du XIXe. Siècle*. Paris: Presses Universitaires de France, 2005, pp. 205-206.

⁴⁰⁵ Cf. LUHMANN, Niklas. “The two sides of the State founded on Law”. In: *Political Theory in the Welfare State*, pp. 187-201. Também percebe os “dois lados do Estado de Direito”: FIORAVANTI, Maurizio. “Costituzione e Stato di Diritto”. In: *La scienza del diritto pubblico: dotrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento*. Tomo II. Milano: Giuffrè, 2001, p. 577.

âmbito alemão: porque uma comunicação é ativada não somente pela afirmação, mas também pela negação.

Não obstante o primado comunicativo que descrevia a Constituição dos *Länder* a partir do *princípio monárquico*, o período entre 1806-1848 foi marcado, também, por grande turbulência política, em que facções parlamentares, festivais políticos, panfletos e passeatas coexistiram com a manutenção dos privilégios nobiliárquicos; de forma que isso expressa um claro “lembrete de que a modernidade nasceu na Alemanha bem antes que o antigo regime morresse”⁴⁰⁶. Karl Marx, em 1844, percebeu de modo claro essa leitura alemã da modernidade, ao afirmar, acidamente, que se a Alemanha se vestia em uma capa pré-moderna, seria apenas sob o preço de representar a sua própria tragédia por meio de um papel “cômico”⁴⁰⁷. A tragédia nessa história seria, segundo ele, “combinar as deficiências civilizadas do mundo político moderno (de cujas vantagens não desfrutamos) com as deficiências bárbaras do ancien régime (de que fruímos na quantidade devida)”⁴⁰⁸. A Alemanha estava na modernidade, sim, mas vivenciando sua faceta mais perversa.

O que vale para a sociedade, vale também para seus sistemas funcionais. A tensão entre semânticas que ativam a comunicação social a partir da diferença entre estratos e semânticas que ativam a comunicação a partir da função é passível de ser localizada nas observações constitucionais da época. Discorreu-se, *supra*, acerca de uma delas. Foi a semântica do *princípio monárquico*, que descreve um sistema da política livre de qualquer vínculo jurídico, porquanto concebe a Constituição não como mecanismo de acoplamento estrutural entre direito e política, mas como uma “declaração solene” por parte do soberano. Existiu uma outra semântica que *exigia* que a política operasse conforme ao direito. Ela, inclusive, já foi mencionada, ainda que rapidamente: *Rechtsstaat*.

No período entre 1815-1848, o *Rechtsstaat* assumiu uma clara função de “semântica de combate”, que notoriamente se contrapunha à utilização abusiva do *princípio monárquico*. Nomeadamente os constitucionalistas do sul da Alemanha, Karl von Rotteck e Theodor Welcker, combateram o constitucionalismo monárquico de

⁴⁰⁶ CLARK, Christopher. “Germany 1815-1848: Restoration or pre-March?”. In: BREUILLY, John (org.). *Nineteenth-Century Germany: Politics, Culture and Society 1780-1918*, p. 64.

⁴⁰⁷ MARX, Karl. “Apêndice: Crítica da filosofia do direito de Hegel – Introdução (1844)” In: *Crítica da filosofia do direito de Hegel*. Trad. Rubens Enderle e Leonardo de Deus. São Paulo: Boitempo Editorial, 2005, p. 148.

⁴⁰⁸ MARX, Karl. “Apêndice: Crítica da filosofia do direito de Hegel – Introdução (1844)” In: *Crítica da filosofia do direito de Hegel*, p. 153.

forma intensa, com a edição de um *Staats-Lexikon* (a partir de 1834) que consistia em uma “bíblia do liberalismo alemão à época do *Vormärz*”⁴⁰⁹, com notória inspiração kantiana. De forma que há a ocorrência da utilização de *Rechtsstaat* por Welcker em 1813⁴¹⁰. Mas coube a Robert von Mohl ser o grande divulgador do *Rechtsstaat*, que “batizou oficialmente” tal expressão ao utilizá-la no título de sua *Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates* (1832)⁴¹¹. Ele propôs que a essência de um Estado de Direito era “proteger e propiciar o desenvolvimento de todas as capacidades naturais dos indivíduos e da coletividade”⁴¹². Não colocando o Estado como norte de sua noção de *Rechtsstaat*, mas sim a liberdade individual, que era entendida como a finalidade, o limite e o critério da ação estatal⁴¹³. Em suma: Mohl entendia que o sistema da política deveria operar levando em consideração a limitação oriunda do sistema do direito.

A semântica da qual Mohl era artefato comunicativo, o *Rechtsstaat* de corte liberal, travou embate literalmente sangrento com os defensores do princípio monárquico, quando estourou a Revolução de 1848-1849⁴¹⁴. Do lado *Rechtsstaat*

⁴⁰⁹ JOUANJAN, Olivier. “Présentation”. In: JOUANJAN, Olivier (org.). *Figures de l’État de droit: Le Rechtsstaat dans l’histoire intellectuelle et constitutionnelle de l’Allemagne*, p. 15.

⁴¹⁰ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. “Origen y cambio del concepto de Estado de Derecho”. In: *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Trad. Rafael Agapito Serrano. Madrid: Trotta, 2000, p. 19.

⁴¹¹ COSTA, Pietro. “O Estado de Direito: uma introdução histórica”. In: COSTA, Pietro. ZOLO, Danilo (orgs.). *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. Trad. Carlo Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 123. Muito embora Mohl já se tenha valido de tal expressão um pouco antes, em 1829, em seu *Staatsrecht des Königreichs Württemberg*.

⁴¹² JOUANJAN, Olivier. “Présentation”. In: JOUANJAN, Olivier (org.). *Figures de l’État de droit: Le Rechtsstaat dans l’histoire intellectuelle et constitutionnelle de l’Allemagne*, p. 25.

⁴¹³ COSTA, Pietro. “O Estado de Direito: uma introdução histórica”. In: COSTA, Pietro. ZOLO, Danilo (orgs.). *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*, pp. 124-125.

⁴¹⁴ Para uma introdução curta porém segura da Revolução de 1848, Cf. SIEMANN, Wolfram. “The revolutions of 1848-1849 and the persistence of the old regime in Germany (1848-1850)”. In: BREUILLY, John (org.). *Nineteenth-Century Germany: Politics, Culture and Society 1780-1918*. London: Arnold, 2001, pp. 117-137. Os eventos não se restringiram à Alemanha, uma vez que se estenderam por todo o continente europeu. Para as conseqüências dos eventos de 1848 na Áustria, mencionando inclusive o célebre projeto de Kremsier: MAZOHL-WALLNIG, Brigitte. “Lo sviluppo della problematica costituzionale dopo la rivoluzione del ’48”. In: SCHIERA, Pierangelo (org.). *La dinamica statale austriaca nel XVIII e XIX secolo*. Bologna: il Mulino, 1981, pp. 305-322. Para França: LAMBERT, François. “La genèse de la Constitution du 4 novembre 1848: de la confiscation de la Révolution à la défaite de la République”. In: DIPPEL, Horst (org.). *Executive and Legislative Powers in the Constitutions of 1848-1849*. Schriften zur Verfassungsgeschichte Band 58. Berlin: Duncker & Humblot, 1999, pp. 205-229. O Brasil também não ficou imune ao impacto das revoluções liberais européias, como mostra o exemplo da Revolução Praieira, em Pernambuco, entre 1848-1849. O interessantíssimo manifesto “Ao Mundo” (do qual não tomei conhecimento antes da preciosa ajuda de Horst Dippel) é uma peça de alto valor histórico nesse sentido, o que é constatado quando se vê as reivindicações dos praieiros, entre elas: judiciário independente das intervenções da camarilha imperial, federalismo, fim do alistamento militar compulsório, extinção do poder moderador, voto universal, liberdade de expressão e de imprensa, separação dos poderes, direito ao trabalho. Cf. MORAIS, Manuel

surgiam as “exigências de março”. Segundo Dieter Grimm, “sem que tenham sido coordenadas de forma central, elas giraram em torno dos mesmos temas: liberdade de imprensa, liberdade de associação e de reunião, proteção contra prisão arbitrária, supressão dos encargos feudais, igualdade de direitos”⁴¹⁵. Eram expectativas dirigidas ao sistema da política: expectativas que reivindicavam que o sistema da política operasse sem realizar distinções de grau entre os cidadãos, que buscavam transformar a política da sociedade em um sistema que aceitasse a limitação jurídica. Os revolucionários perceberam a constituição paradoxal do *princípio monárquico*, que na verdade apenas era uma nova roupagem para a retórica da *Raison d’État*: o monarca que é sábio para se vincular, sabe o momento certo de se desvincular, para assim conservar a boa ordem do reino⁴¹⁶. O problema é que a *sagesse* do monarca sempre vinha acompanhada de violações a direitos fundamentais, como mostra o conflito constitucional de Hannover (1837), ou mesmo o célebre caso dos “Sete de Göttingen”⁴¹⁷.

Para afastar os inconvenientes do princípio monárquico, os revolucionários contrapuseram o princípio da soberania popular. Reunidos em assembleia constituinte, na Igreja de São Paulo (*Paulskirche*), em Frankfurt, representantes dos estados alemães confeccionaram uma Constituição em março de 1849⁴¹⁸, mediante a qual se buscava a unificação da Alemanha. Nela também constava a separação de poderes – mediante uma parlamentarização da monarquia constitucional – previsão de um catálogo (extenso) de direitos fundamentais (§§130-189), e até mesmo da instalação de um tribunal constitucional que julgaria “violações à Constituição” e também controvérsias entre os entes federados ou entre o Parlamento e o Executivo (§§ 125-129)⁴¹⁹. E é nesse particular que o constitucionalismo mostra que uma ativação de sentido não aceita condições se não a improbabilidade. A partir do exame das notas estenográficas do

Pereira de *et alli*. “Ao Mundo” (1º de janeiro de 1849). In: CARNEIRO, Edison. *A Insurreição Praieira (1848-1849)*. Rio de Janeiro: Conquista, 1960, pp. 228-229.

⁴¹⁵ GRIMM, Dieter. *Constituição e Política*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 77.

⁴¹⁶ PASSERIN D’ENTRÈVES, Alessandro. *La Dottrina dello Stato: elementi di analisi e di interpretazione*. 2ª ed. Torino: Giappichelli, 1967, pp. 69-78.

⁴¹⁷ Cf. JOUANJAN, Olivier. “Le contrôle incident des normes et les contradictions de l’État monarchique en Allemagne (1815-1860)”. In: JOUANJAN, Olivier (org.). *Figures de l’État de droit: Le Rechtsstaat dans l’histoire intellectuelle et constitutionnelle de l’Allemagne*. Strasbourg: Presses Universitaires de Strasbourg, 2001, pp. 256-261, especificamente.

⁴¹⁸ O lugar tinha significado histórico: era em tal Igreja que os imperadores do Sacro Império eram eleitos.

⁴¹⁹ Edição utilizada: “La Costituzione di Francoforte del 28 marzo 1849 (Reichsgesetzblatt, 1849, p. 101)”. In: LANCHESTER, Fulco. *Le Costituzione tedesche da Francoforte a Bonn: introduzione e testi*. Milano: Giuffrè, 2002, pp. 131-157.

Parlamento de Frankfurt, Klaus von Beyme indicou com precisão que não houve oportunidade em que os Estados Unidos tenham sido mais citados do que quando se debateu o tema “controle de constitucionalidade”⁴²⁰.

Mas a idéia de submeter o Estado alemão a uma *judicial review* causou temores. Quando do debate plenário, Moriz Mohl, de Stuttgart, argüiu que a implementação de um tribunal para a resolução de controvérsias política do Império não seria produtiva, afinal, acredita ele,

(...) não há 34 príncipes na América do Norte. Lá, a autoridade central tem o povo como um todo como sua única contraparte e o povo não tem o mesmo interesse que os governos monárquicos germânicos poderiam imaginar que eles teriam, nomeadamente, o de trabalhar contra a autoridade central, uma vez que o povo sabe muito bem que seus interesses são representados pela autoridade central e por seus representantes no parlamento presidencial: o povo, então, não se levantará contra seus próprios representantes sem uma devida causa⁴²¹.

Como notou von Beyme, havia o receio de acontecer com a nova Alemanha a mesma coisa que se sucedeu ao Sacro-Império, quando os príncipes usaram e abusaram da jurisdição do *Reichskammergericht* para assim realizar, em termos práticos, uma obstrução ao poder central, já que um processo costumava durar várias décadas⁴²². No fim, após vários debates, foi aceita a inclusão, no texto final da Constituição de *Paulskirche*, a introdução do que seria o “primeiro caso de jurisdição constitucional especializada da Europa”⁴²³, e que, ao contrário do modelo francês, não se resumia a uma mera corte de apelos. A competência do *Reichsgericht* de poder julgar recursos de

⁴²⁰ VON BEYME, Klaus. “The genesis of constitutional review in Parliamentary systems”. In: LANDFRIED, Christine (org.). *Constitutional Review and Legislation: an international comparison*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1988, p. 26.

⁴²¹ VON BEYME, Klaus. “The genesis of constitutional review in Parliamentary systems”. In: LANDFRIED, Christine (org.). *Constitutional Review and Legislation: an international comparison*, p. 26.

⁴²² VON BEYME, Klaus. “The genesis of constitutional review in Parliamentary systems”. In: LANDFRIED, Christine (org.). *Constitutional Review and Legislation: an international comparison*, p. 27. O *Reichskammergericht*, criado em 1495, não era um tribunal em sentido moderno, não resolvia questões judiciais, porquanto consistia em um órgão destinado a compor controvérsias políticas entre os príncipes territoriais e o Imperador do Sacro Império Romano-Germânico. Cf. LE DIVELLE, Armel. “Les prémices de la justice constitutionnelle en Allemagne avant 1945”. In: CHAGNOLLAUD, Dominique (org.). *Aux origines du contrôle de constitutionnalité XVIIIe.-XXe. Siècle*. Paris: Editions Panthéon Assas, 2003, p. 106.

⁴²³ VON BEYME, Klaus. “The genesis of constitutional review in Parliamentary systems”. In: LANDFRIED, Christine (org.). *Constitutional Review and Legislation: an international comparison*, p. 27.

cidadãos contra o Estado (§ 126, “f”) o colocava em uma posição central para a efetivação do longo catálogo de direitos fundamentais da Constituição de 1849.

Como se sabe, nada disso saiu do papel. Apesar de as intenções serem as mais belas, os partidários do *Rechtsstaat* não tiveram muito senso prático. Mediante uma série de manobras de *Realpolitik*, o Rei da Prússia, Frederico Guilherme IV, esmagou o movimento liberal, e substituiu a Constituição de Frankfurt, que segundo ele não respeitava o princípio monárquico⁴²⁴, por uma outra, aparecida em 31 de janeiro de 1850, e outorgada pelo monarca, que era rei não pela vontade de uma assembléia popular, mas “*von Gottes Gnaden*”, pela graça divina⁴²⁵.

A Constituição prussiana de 1850 serviu de modelo para os outros reinos alemães, que continuaram sem uma autoridade central que lhes fosse soberana. A experiência de 1848 passou a ser lembrada como um desastre provocado pelos “professores” de Frankfurt, políticos que tinham muita habilidade filosófica mas nenhum senso de oportunismo político⁴²⁶. De modo que a busca por um *Rechtsstaat* foi destruído pelo simples, mas não menos trágico, uso da pólvora prussiana⁴²⁷. Após o fracasso da revolução liberal, o direito constitucional da época passou a revestir uma postura de ceticismo em relação às possibilidades do discurso liberal.

O *Rechtsstaat* sofre, então, uma nova acomodação conceitual. A partir de 1850, as posturas liberais ou conservadoras serão niveladas em seus resultados, porquanto ambas serão caracterizadas pelos seguintes posicionamentos: (i) a ordem política não é desejada ou construída, pois ela está ligada à tradição, à história; (ii) o “sujeito do desenvolvimento é uma entidade coletiva, o povo” cuja “específica identidade ético-espiritual se realiza, se torna visível, no Estado”; (iii) “a identidade político jurídica do sujeito se determina no pertencimento ao povo-Estado, e os direitos, por conseguinte,

⁴²⁴ Cf. “Document 40: Final Prussia Rejection of the Imperial Constitution, 28 april 1849”. In: BREUILLY, John. *Austria, Prussia and Germany, 1806-1871*, pp. 148-149.

⁴²⁵ HUMMEL, Jacky. *Le constitutionnalisme allemand (1815-1918): le modèle allemand de la monarchie limitée*, p. 225.

⁴²⁶ Nessa linha: HAMEROW, Theodore S. *Restoration, Revolution, Reaction: Economics and Politics in Germany, 1815-1871*. 6ª ed. Princeton: Princeton University Press, 1972, p. 137. Também, na mesma linha: STOLLEIS, Michael. *Public Law in Germany 1800-1914*, pp. 248-259. Em sentido contrário, afirmando que o trabalho dos parlamentares de Frankfurt era em grandes linhas o mesmo de outros parlamentos, com as mesmas vicissitudes e impasses: SIEMANN, Wolfram. “The revolutions of 1848-1849 and the persistence of the old regime in Germany (1848-1850)”. In: BREUILLY, John (org.). *Nineteenth-Century Germany: Politics, Culture and Society 1780-1918*, p.128.

⁴²⁷ “*To put it more drastically: Prussian guns destroyed the national myth of the barricades*”, conforme sintetizou: SIEMANN, Wolfram. “The revolutions of 1848-1849 and the persistence of the old regime in Germany (1848-1850)”. In: BREUILLY, John (org.). *Nineteenth-Century Germany: Politics, Culture and Society 1780-1918*, p. 134.

não podem ser referidos a uma abstrata, jusnaturalística personalidade, mas nascem do nexo vital que une o indivíduo ao povo-Estado”⁴²⁸.

Assim, a referência ao *Rechtsstaat* passa a ser ativada na comunicação de forma totalmente diversa à situação concreta que ensejou a sua seleção original. Como visto, no início do Oitocentos, as esperanças liberais de uma política juridicamente limitada eram demonstradas por uma utilização de *Rechtsstaat* em franca oposição ao *princípio monárquico*. Com a restauração prussiana de 1850, tal referência ainda vai ser manejada como um conceito de combate, mas agora as posições se invertem: o alvo passa a ser o liberalismo, o arqueiro o *princípio monárquico*. *Rechtsstaat* então passou a denotar uma relação de precedência de um *ethos* em relação aos direitos fundamentais. É uma clara contraposição polêmica ao contratualismo individualista de corte francês, que naquele tempo era normalmente considerado como um atomismo que levava ao jacobinismo⁴²⁹. E esse novo sentido, a partir do qual *Rechtsstaat* era utilizado, alça o Estado à condição de centro e vértice da sociedade, de modo que, a partir de 1850, a liberdade do indivíduo consiste “não em uma liberdade *no* Estado, mas *que vem do* Estado”⁴³⁰.

O artefato comunicativo mais representativo dessa semântica foi Friedrich Julius Stahl⁴³¹, de tal modo que “todo artigo alemão sobre o Estado de Direito que se respeite deve conter a referência assaz clássica ao segundo tomo de sua *Filosofia do*

⁴²⁸ COSTA, Pietro. “O Estado de Direito: uma introdução histórica”. In: COSTA, Pietro. ZOLO, Danilo (orgs.). *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*, p. 121.

⁴²⁹ Contra as noções de vontade individual e de vontade geral, afirmou Hegel, em notória crítica ao jacobinismo: “ao chegarem ao poder, tais abstrações produziram, por um lado, o mais prodigioso espetáculo jamais visto desde que há uma raça humana: reconstruir *a priori* e pelo pensamento a constituição de um grande Estado real, anulando tudo o que existe e é dado e querendo apresentar como fundamento um sistema racional imaginado; por outro lado, como tais abstrações são desprovidas de idéia, a tentativa de as impor promoveu os mais horríveis e cruéis acontecimentos”. Como se sabe, a solução, para Hegel, é observar que o espírito do tempo chegou a um terceiro momento da eticidade (*Sittlichkeit*), e que, portanto, “o direito que os indivíduos têm de estar subjetivamente destinados à liberdade satisfaz-se quando eles pertencem a uma realidade moral objetiva. Com efeito, é numa tal objetividade que reside a verdade da certeza da sua liberdade e na realidade moral possuem eles realmente a sua essência própria, a sua íntima universalidade”. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997, respectivamente, p. 148 [§ 153], e p. 219 [§ 258, nota].

⁴³⁰ JACOBSON, Arthur. SCHLINK, Bernhard. “Introduction – Constitutional Crisis: the German and the American Experience”. In: JACOBSON, Arthur. SCHLINK, Bernhard. *Weimar: a jurisprudence of crisis*. Berkeley: University of California Press, 2002, p. 7.

⁴³¹ As bases do projeto teórico de Stahl se encontram em: STAHL, Friedrich Julius. *História de la Filosofía del Derecho*. Trad. Don Enrique Gil y Robles. Madrid: La España Moderna, 1895. Trata-se de uma tradução de *Die Philosophie des Rechts*, cuja primeira edição apareceu entre 1830 e 1837. É uma impressionante declaração de guerra ao jusracionalismo francês e suas tendências contratualistas e individualistas, nomeadamente às pp. 127-209 e 310-380. Para uma exposição da teoria do direito de Stahl, é muito útil e preciso: JOUANJAN, Olivier. *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918): idéalisme et conceptualisme chez les juristes allemands du XIXe. Siècle*, pp. 63-78.

Direito, onde Stahl apresenta a sua noção de *Rechtsstaat*⁴³². Essa dissertação é brasileira e não alemã, mas é necessário reproduzir também, aqui, a passagem clássica de Stahl, correspondente ao § 36 da terceira edição, de 1856, de tal obra:

O Estado tem que ser um Estado de Direito; essa é a solução e é também, na realidade, a tendência da época atual. Este Estado de direito deve determinar com precisão, na forma do direito (*in der Weise des Rechts*), tanto a direção e limites de sua própria ação como o âmbito de liberdade de seus cidadãos, e deve assegurá-los de modo inquebrantável. Ele não tem que realizar a perseguição das idéias éticas pelos meios da autoridade estatal (*von Staatswegen*), ou seja diretamente, além da esfera do direito, isto é, além dos limites estritamente necessários (*bis zur notwendigen Umzäunung*). Esse é o conceito de Estado de direito: não significa simplesmente, por exemplo, nem que o Estado possa dispor do ordenamento jurídico sem objetivos administrativos, nem que tenha que proteger por inteiro os direitos dos indivíduos. O Estado de Direito não se caracteriza, absolutamente, pela finalidade ou pelo conteúdo do Estado, mas somente ao modo e à maneira (*Art und Charakter*) de realizá-los⁴³³.

É notável a adequação da definição de *Rechtsstaat* de Stahl a seu tempo, pois o *Kronjurist* da Prússia “priva essa noção do caráter prospectivo que a caracterizou no pensamento liberal. Ele recusa um programa constitucional que queira fundar a ordem política a partir da autonomia dos indivíduos”⁴³⁴. Stahl funda, com tal conceito de *Rechtsstaat*, a chamada teoria da autolimitação do Estado; se por um lado o Estado não pode violar os direitos dos súditos agindo sem objetivos administrativos, por outro lado, se o Estado tiver qualquer objetivo, ele é por definição válido, já que os indivíduos não podem pretender limitar um Estado que só pode ser limitado por ele mesmo⁴³⁵.

O paradoxo é manifesto, hoje. Na época, foi bem operacional. Mas Stahl nada mais fez que sistematizar a posição dos vencedores de 1850 realizando, por meio de seu conceito de *Rechtsstaat*, uma simbiose entre direito e Estado, de tal maneira que o direito se torna atado ao Estado, uma vez que é o único canal por meio do qual o Estado

⁴³² SCHÖNBERGER, Christoph. “État de droit et État conservateur: Friedrich Julius Stahl”. In: JOUANJAN, Olivier (org.). *Figures de l’État de droit: Le Rechtsstaat dans l’histoire intellectuelle et constitutionnelle de l’Allemagne*. Strasbourg: Presses Universitaires de Strasbourg, 2001, p. 177.

⁴³³ Tradução indireta, a partir de: SCHÖNBERGER, Christoph. “État de droit et État conservateur: Friedrich Julius Stahl”. In: JOUANJAN, Olivier (org.). *Figures de l’État de droit: Le Rechtsstaat dans l’histoire intellectuelle et constitutionnelle de l’Allemagne*, p. 179 e BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. “Origen y cambio del concepto de Estado de Derecho”. In: *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, p. 25.

⁴³⁴ SCHÖNBERGER, Christoph. “État de droit et État conservateur: Friedrich Julius Stahl”. In: JOUANJAN, Olivier (org.). *Figures de l’État de droit: Le Rechtsstaat dans l’histoire intellectuelle et constitutionnelle de l’Allemagne*, p. 182.

⁴³⁵ GOZZI, Gustavo. “Estado de Direito e direitos subjetivos na história constitucional alemã”. In: COSTA, Pietro. ZOLO, Danilo (orgs.). *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*, p. 315.

pode exercer o seu poder⁴³⁶. O outro lado da relação, a possibilidade do direito limitar a política é obscurecida pela autolimitação do Estado, que é personificado pelo monarca. Tudo que a política quiser (nesse caso, o monarca por meio de seus ministros) é automaticamente possível, desde que venha na forma do direito. Dessa maneira, percebe-se que os contornos da monarquia constitucional alemã pós-1850 conseguiu se manter firme na linha das recomendações do Congresso de Viena. O *monarchisches Prinzip* permaneceu intacto, e a possibilidade da Constituição mediar o acoplamento entre direito e política também continuou infactível.

Com esse cenário, as décadas pertencentes à segunda metade do Oitocentos viu o debate político imergir-se nos postulados (perigosos) da *Realpolitik*⁴³⁷; assistiu também à sociedade, nomeadamente a classe média, ser abatida por um desapontamento generalizado no que toca às possibilidades de construção de uma sociedade igualitária⁴³⁸. Com o direito acontece algo semelhante, uma vez que a publicística alemã passou por um processo de notória “formalização”, expressão e decorrência metodológica do novo enfoque jurídico que então passa a gozar de proeminência: o positivismo jurídico, com fortes tons de “estatolatria”. Seguindo a trilha forjada por Stahl, autores como Carl Friedrich von Gerber alçarão o Estado a ápice da sociedade, deixando claro o nexos interno existente entre positivismo e estatolatria:

Caso se considere o Estado, porém, do ponto de vista *jurídico*, se percebe sobretudo o fato que nele o povo eleva-se, em seu conjunto, à consciência e à capacidade de desejar demandas a partir do direito; em outras palavras, é nele que o povo adquire personalidade jurídica. O Estado, guardião e revelador de todas as forças do povo que são desdobradas no cumprimento ético da vida coletiva, é a suprema *personalidade do direito* que o ordenamento jurídico conhece; a sua capacidade de querer possui a máxima atribuição que o direito pode conferir⁴³⁹.

⁴³⁶ ROSENFELD, Michel. “The rule of law and the legitimacy of constitutional democracy”. In: *Southern California Law Review*, p. 1319.

⁴³⁷ Em 1853 aparecem os *Grundsätze der Realpolitik*, publicado anonimamente por Ludwig von Rochau. Uma expressão que, como se sabe, fez fortuna na Alemanha e no mundo. Cf. STOLLEIS, Michael. *Public Law in Germany 1800-1914*, p. 255.

⁴³⁸ STOLLEIS, Michael. *Public Law in Germany 1800-1914*, p. 254.

⁴³⁹ VON GERBER, Carl Friedrich. “Lineamenti di Diritto Pubblico Tedesco” (1880, 3ª ed). In: *Diritto Pubblico*. Ed. Pier Luigi Lucchini. Milano: Giuffrè, 1971, p. 95. (a primeira edição data de 1865). Uma exposição mais completa do formalismo de von Gerber escapa aos limites deste trabalho, no entanto, Cf. JOUANJAN, Olivier. *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918): idéalisme et conceptualisme chez les juristes allemands du XIXe. Siècle*, pp. 231-254. Cf. também, FIORAVANTI, Maurizio. *Giuristi e Costituzione politica nell’Ottocento tedesco*. Milano: Giuffrè, 1979, 193-211, 243-252.

Ora, se o Estado é a maior expressão do direito, não há nada que ele queira que não se torne direito: “a força da vontade do Estado, o poder do Estado, é o direito do Estado”⁴⁴⁰. E, para Gerber, esse traço básico do direito público somente foi olvidado por tanto tempo em solo alemão por causa da má influência de idéias próprias à França e Inglaterra, cuja aceitação pelos agitadores políticos, que confundiam direito com política, obscureceu as possibilidades de uma ciência jurídica⁴⁴¹. Como naquele momento tudo estaria mais nítido, uma vez que só se fazia ciência e não política, já se poderia ver – acredita Gerber – que a noção de direito subjetivo é impossível “cientificamente”: que um direito em sentido subjetivo precisa se “apoiar em proposições jurídicas, isto é normas de direito objetivo”⁴⁴². Como o direito é o Estado, e o Estado é o monarca, os direitos subjetivos não passam de concessões do soberano, o rei, aos seus súditos que “são subordinados ao seu querer constitucional e por isso obrigados a manter obediência e fidelidade a ele”⁴⁴³.

Há uma orientação historiográfica, representada por Böckenförde, que acredita que esse movimento de “formalização” do Estado, intuído por Stahl e sistematizado por Gerber, resultou em um conceito “apolítico” de Estado⁴⁴⁴. Só que a esta altura já se pode ver que a redução do direito a um instrumento do Estado, por um Stahl ou por um Gerber, está muito longe de não ser uma atitude “política”: é um inequívoco compromisso com a monarquia constitucional de corte prussiano. Porém, não foi por isso que se chegou ao fim da história. Entre 1861-1866 o constitucionalismo liberal, agora desarmado do conceito de *Rechtsstaat*, travou outra batalha com a semântica do *princípio monárquico*. Foi o “conflito constitucional prussiano”⁴⁴⁵. Uma variação evolutiva que propiciou a seleção de alguns artefatos centrais para o constitucionalismo alemão. Cabe fazer a ele uma ligeira menção.

Assim que ascendeu ao trono da Prússia, Wilhelm I apresentou um projeto de lei, em 10 de fevereiro de 1860, mediante o qual visava aumentar o contingente do

⁴⁴⁰ VON GERBER, Carl Friedrich. “Lineamenti di Diritto Pubblico Tedesco” (1880, 3ª ed). In: *Diritto Pubblico*, pp. 96-97.

⁴⁴¹ VON GERBER, Carl Friedrich. “Sui diritti pubblici” (1852). In: *Diritto Pubblico*. Ed. Pier Luigi Lucchini. Milano: Giuffrè, 1971, p. 15.

⁴⁴² VON GERBER, Carl Friedrich. “Lineamenti di Diritto Pubblico Tedesco” (1880, 3ª ed). In: *Diritto Pubblico*, p. 121.

⁴⁴³ VON GERBER, Carl Friedrich. “Sui diritti pubblici” (1852). In: *Diritto Pubblico*, p. 67.

⁴⁴⁴ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. “Origen y cambio del concepto de Estado de Derecho”. In: *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, p. 25.

⁴⁴⁵ Para a descrição mais exaustiva do conflito, referindo-se às várias e diferentes intervenções dos constitucionalistas da época, Cf. MANCA, Anna Gianna. *La sfida delle riforme: Costituzione e politica nel liberalismo prussiano (1850-1866)*. Bologna: il Mulino, 1995, pp. 443-586.

exército prussiano; uma das medidas para tanto consistia no prolongamento do serviço militar de dois para três anos⁴⁴⁶. Os liberais suspeitaram que o monarca desejaria, com isso, usar o exército para moldar cidadãos subservientes ao Estado monárquico⁴⁴⁷, e por isso (e pelo alto custo) o projeto de lei foi rejeitado. Independente disso, o governo começou a executar o projeto do rei, cujas despesas são lançadas no projeto de lei de orçamento de 1861, ao qual o *Landtag* se negou a aprovar. O rei responde com a dissolução do parlamento, e convocação de novas eleições, que deram maioria aos liberais, em abril de 1862. O rei já ensaiava uma abdicação quando entra em cena o Conde Otto von Bismarck, feito chanceler em abril de 1862.

A Constituição da Prússia de 1850 era clara ao afirmar, em seu art. 62, que um projeto de lei somente vira lei quando aprovado pelas duas Casas representativas (*Landtag* e *Herrenhaus*) e, após, sancionado pelo rei⁴⁴⁸. Mas Bismarck, hábil e cinicamente, via a questão de forma diversa: para ele Coroa e representação divergiam sobre duas questões distintas, pois uma coisa é a reforma do exército, outra é saber quais são os requisitos constitucionais para a aprovação de uma lei. A resolução do problema, para ele, não viria da “teoria”, mas da prática do direito público. O estrategema era claro: tratar um problema jurídico e constitucional como se fosse uma mera questão político-fática⁴⁴⁹. Obviamente a representação não aceitou tais argumentos, e o conflito somente foi sanado em 1866, após Bismarck conduzir uma guerra contra a Dinamarca, da qual a Prússia se saiu vencedora. Tendo aprendido – com a sua estada em Paris ao tempo de Napoleão III – que as diferenças se nivelam frente a um inimigo externo⁴⁵⁰, Bismarck conseguiu trazer a opinião pública para seu lado, e também os liberais mais conservadores que viram excelentes possibilidades de lucro na

⁴⁴⁶ BEREIJO, Alvaro Rodríguez. “Estudio Preliminar: Laband y el Derecho Presupuestario del Imperio Alemán”. In: LABAND, Paul. *El derecho presupuestario* (1871). Trad. Jose Zamit. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1979, p. XXX.

⁴⁴⁷ CALDWELL, Peter C. *Popular sovereignty and the crisis of the German constitutional law: the theory and practice of Weimar constitutionalism*, p. 18.

⁴⁴⁸ BEREIJO, Alvaro Rodríguez. “Estudio Preliminar: Laband y el Derecho Presupuestario del Imperio Alemán”. In: LABAND, Paul. *El derecho presupuestario* (1871), p. XXXIV.

⁴⁴⁹ BEREIJO, Alvaro Rodríguez. “Estudio Preliminar: Laband y el Derecho Presupuestario del Imperio Alemán”. In: LABAND, Paul. *El derecho presupuestario* (1871), p. XXXII.

⁴⁵⁰ Cf. LOSURDO, Domenico. *Democracia ou bonapartismo: triunfo e decadência do sufrágio universal*, p. 77, onde compara da seguinte forma Bismarck, Luís Napoleão e Disraeli: “ignorando a burguesia liberal, todos os três se dirigem diretamente às massas, à qual concedem o sufrágio em medida mais ou menos ampla e da qual obtêm ou buscam obter o apoio, fazendo concessões no plano da política econômica e social, estimulando a excitação nacional e chauvinista e fomentando, nesta base, o culto ao líder carismático, acima das partes, intérprete e líder indiscutível da nação”.

política bélica prussiana, o que obrigou o *Landtag* a aprovar uma lei que, retroativamente, convalidou todos os orçamentos passados⁴⁵¹.

A publicística alemã, em peso, apoiou a postura de Bismarck, que nada mais era que uma interpretação do princípio monárquico. Para Rudolf von Gneist, a representação popular, no *Landtag*, poderia até reprovar a instituição ou majoração de imposto, “mas algo totalmente diferente é a rejeição em bloco do projeto de orçamento geral do Estado”. Tal abordagem teria origem, acredita Gneist, na errônea postura de querer aplicar ao direito prussiano os princípios do direito orçamentário francês e belga, que seriam assentados na soberania popular. Acontece que tais princípios não se aplicariam na Prússia, porque não caberia falar de separação de poderes em um Estado orientado pelo princípio monárquico: o rei seria também legislador, porque reúne em sua pessoa todo poder do Estado. Precisamente por isso a representação teria incidido em notório erro ao confrontar o monarca: se no direito francês isso é possível, somente o é porquanto os parlamentares possuem mandato popular para tanto. Na Prússia, isso não seria possível, pois em seu direito não vale o princípio democrático, e sim o monárquico; e o monarca não deu procuração alguma para a representação popular⁴⁵². De modo que o expediente da bancada liberal do *Landtag*, em refutar *in totum* o orçamento, seria, na visão de Gneist, inconstitucional (*actus inanis*)⁴⁵³.

Nessa mesma linha de raciocínio vem à tona – não sem oportunismo – Paul Laband, que passaria a ocupar o posto de *Kronjurist* do II Reich⁴⁵⁴. Em grandes linhas, Laband sustenta que não obstante as aparências, a lei de orçamento não é uma lei em

⁴⁵¹ CALDWELL, Peter C. *Popular sovereignty and the crisis of the German constitutional law: the theory and practice of Weimar constitutionalism*, p. 19.

⁴⁵² GNEIST, Rudolf. “Legge e Bilancio” (1878). In: GNEIST, Rudolf. JELLINEK, Georg. *Legge e bilancio/Legge e decreto*. Ed. Clemente Forte. Milano: Giuffrè, 1997, p. 103.

⁴⁵³ GNEIST, Rudolf. “Legge e Bilancio” (1878). In: GNEIST, Rudolf. JELLINEK, Georg. *Legge e bilancio/Legge e decreto*, p. 104.

⁴⁵⁴ Laband descende de uma família judaica de Breslau. Se converteu ao protestantismo para ingressar no funcionalismo público. Após 1871, Laband assistiu à sua transformação de simples professor de direito romano para parecerista requisitado; foi quando publicou artigo sobre o conflito constitucional da Prússia fundamentando a posição da camarilha imperial; um artigo importante, mas que em vários aspectos consiste em um verdadeiro culto à personalidade de Bismarck. Há tradução espanhola: LABAND, Paul. *El derecho presupuestario* (1871). Trad. Jose Zamit. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1979. O título original era: “Das Budgetrecht nach den Bestimmungen der Preussischen Verfassungs-Urkunde unter Berücksichtigung der Verfassung des Norddeutschen Bundes” In: *Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege in Preussen*, 1871. Após sua ascensão ao estrelato, Laband fundou vários periódicos alemães, entre eles: *Archiv für öffentliches Recht* (1886), o *Deutsche Juristen-Zeitung* (1896) e o *Jahrbuch für öffentliches Recht* (1907), Cf. CALDWELL, Peter C. *Popular sovereignty and the crisis of the German constitutional law: the theory and practice of Weimar constitutionalism*, pp. 15, 185-186 (nota 11). Para uma exposição muito segura do primado que o método de Laband exerceu em seu tempo, Cf. FIORAVANTI, Maurizio. *Giuristi e Costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, pp. 348-368; JOUANJAN, Olivier. *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918): idéalisme et conceptualisme chez les juristes allemands du XIXe. Siècle*, pp. 255-281.

sentido formal. Sim, porque “o estabelecimento do Orçamento não satisfaz a nenhuma necessidade do direito, mas ao contrário responde a uma necessidade da Economia”. Por isso ela “nada tem a ver com a legislação, figurando melhor no âmbito de atribuições da Administração”. De modo que o “direito que compete à representação popular (...) não se tipifica como uma participação no chamado poder legislativo, mas sim como uma participação no poder executivo”⁴⁵⁵. Assim, por incrível que pareça, formalmente o orçamento é uma lei, mas materialmente ele é um *ato administrativo*, afinal, o orçamento somente seria aplicado no âmbito da administração pública⁴⁵⁶. É claro que causa um certo estranhamento quando se vê um autor formalista como Laband realizar um argumento expressamente contrário ao estabelecido no art. 62 da Constituição da Prússia de 1850 – cujo argumento ele estende à então Liga Alemã do Norte – mas é o próprio Laband que tranqüiliza os seus leitores: “esta verdade é válida (...) já que ela é derivada não da interpretação literal dos artigos da Constituição positiva, *mas da natureza dos fatos e das coisas*” (ênfase adicionada)⁴⁵⁷.

A partir dessa última citação de Laband é possível ver o quanto ele se coloca em harmonia com a *Realpolitik* de Bismarck (ao mesmo tempo em que lhe propicia argumentos teóricos os mais sutis). Para Bismarck não existiam questões constitucionais, mas somente *Machtfragen*, questões de poder. E, nessa senda, o Estado é tão somente “um sujeito que quer e comanda independentemente de qualquer Constituição”⁴⁵⁸, o que foi descrito pelo conceito (muito próprio ao constitucionalismo *Reich und Kaiser* do qual Laband foi o maior expoente) de *Staatsgewalt*, que concebia o Estado não como uma ordem jurídica, mas como uma unidade de poder, de *Herrschaft*⁴⁵⁹. Ora, percebe-se que na linha Bismarck-Laband o direito não somente seria inapto a constituir um limite à política; sobretudo o direito jamais poderia consistir em uma forma que pudesse encaminhar requisições a serem apreciadas pelo sistema da política: o direito é somente o modo mediante o qual se expressa a *Herrschaft* do Estado.

⁴⁵⁵ LABAND, Paul. *El derecho presupuestario* (1871), p. 23.

⁴⁵⁶ CALDWELL, Peter C. *Popular sovereignty and the crisis of the German constitutional law: the theory and practice of Weimar constitutionalism*, p. 20; LABAND, Paul. *El derecho presupuestario* (1871), pp. 23-32.

⁴⁵⁷ LABAND, Paul. *El derecho presupuestario* (1871), p. 24.

⁴⁵⁸ HUMMEL, Jacky. *Le constitutionnalisme allemand (1815-1918): le modèle allemand de la monarchie limitée*, p. 301.

⁴⁵⁹ GAUDEMET, P. M. “Paul Laband et la doctrine française de Droit Public”. In: *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'étranger*. Ano 95, N° 4. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, julho-agosto 1989, pp. 970-973.

Por tudo isso, faz-se preciso perceber que o conflito constitucional da Prússia pode ser traduzido por um embate entre semânticas. De um lado, aquela, já analisada, do *princípio monárquico*. Uma semântica da qual Laband e Bismarck eram artefatos comunicativos, e que denota um conceito de Constituição que, paradoxalmente, seleciona o sentido “Constituição” enquanto o nega. Em outras palavras, um conceito de Constituição contra a modernidade da Constituição moderna: porquanto descreve como impossível a comunicação entre direito e política mediante o acoplamento estrutural da Constituição. Paradoxalmente.

Bismarck e Laband sabiam que permitir ao *Reichstag* um controle sobre o orçamento seria equivalente a “parlamentarizar” a monarquia constitucional alemã. Consoante afirmou Laband, caso se entenda que a aprovação da lei orçamentária é dependente de uma maioria parlamentar, então far-se-ia necessário assumir a consequência lógica de que “o monarca perdeu seus direitos de governar e foi substituído, em seus direitos, pelo Parlamento. E então, o verdadeiro chefe de Estado não é mais o Rei: é a toda-poderosa demagogia das eleições”⁴⁶⁰. Em síntese: a estratégia bem-sucedida de excluir o orçamento do domínio parlamentar teve o efeito prático de assegurar ao rei da Prússia, e depois Imperador alemão, uma completa independência de seus ministros em relação à maioria do parlamento. O que significa dizer que o governo permaneceu sem controle político⁴⁶¹. Dessa forma, é imperativo concordar com Volker R. Berghahn: conceber o aparelho institucional do *Reich* de 1871 como uma espécie de Constituição mista, porquanto contava com elementos de monarquia absoluta, parlamento representativo e plebiscito democrático (Bismarck introduziu o voto universal masculino) é inapropriado, pois o elemento monárquico foi fortemente preponderante⁴⁶².

No *front* oposto, no outro lado do conflito constitucional, é possível verificar que o *Landtag* tinha, também, ciência do papel central do orçamento na demarcação do desenho institucional de um país. Os esforços (obstinados) da representação nacional se deram no sentido de fazer com que a reprodução do sistema do direito ocorresse de

⁴⁶⁰ LABAND, Paul. *Le Droit Public de L'Empire Allemand VI: les finances de l'Empire allemand*. Trad. Savinien Bouyssy. Paris: Giard & Brière, 1904, p. 397.

⁴⁶¹ VON GIERKE, Otto. “German constitutional law in its relation to the American Constitution”. In: *Harvard Law Review*. Vol. XXIII, nº 1-4. Cambridge: The Harvard Law Review Association, 1909-1910, p. 287.

⁴⁶² BERGHAHN, Volker R. *Imperial Germany, 1871-1914: Economy, Society, Culture and Politics*. Oxford: Berghahn Books, 1994, p. 190. Com mais ênfase ainda, compreendendo o II Reich como um semi-absolutismo pseudoconstitucional: WEHLER, Hans-Ulrich. *The German Empire 1871-1918*. Trad. Kim Traynor. Leamington Spa: Berg Publishers, 1985, pp. 52-55.

acordo com a semântica do constitucionalismo moderno, o que seria alcançado fazendo com que a política observasse o direito vigente como um limite às suas operações. Na perseguição desse escopo, os integrantes do Legislativo se valeram de uma expressão que fez fortuna na história do constitucionalismo: “guardião da Constituição”.

Com efeito, por ocasião do III Congresso de Juristas Alemães – cujo tema de trabalho foi o de saber se os juízes teriam o dever-poder de não aplicar uma norma que possui constitucionalidade dúbia – o líder dos católicos no *Landtag* prussiano, Peter Reichensperger, declarou em 25 de agosto de 1862 que: “Guardiões da Constituição podem ser somente os próprios *Reichstage e Landtage* (...). Era assim no Império alemão e assim deve ser ainda hoje, porque (...) o princípio da divisão do poder [*Gewaltenteilung*] se tornou a base de toda nossa organização estatal”⁴⁶³. Essa assertiva comporta dois elementos-chave. O primeiro é uma reativação de sentido muito própria ao período pré-1848, qual seja a crença, afirmada por exemplo por Karl von Rotteck, de que “a essência da Constituição consiste na representação nacional”⁴⁶⁴. A segunda mostra o desejo da maioria liberal de transformar a Prússia em uma monarquia parlamentar, que foi alimentado a partir do sucesso obtido pela representação em rejeitar, em bloco, o orçamento de 1861 e ainda assim (ou por causa disso) voltar em 1862 com maioria frente aos conservadores, na Dieta da Prússia.

Já se falou do desfecho dessa história. Pois bem, a vitória do princípio monárquico no conflito constitucional prussiano, e sacramentado pela unificação alemã a partir da ação bélica da Prússia, tornou a segunda assertiva de Peter Reichensperger totalmente inócua: a derrota do liberalismo político foi a derrota da separação de poderes, que não conseguiu, de forma alguma, se tornar “a base de toda a nossa organização estatal”, como acreditava o parlamentar liberal. E assim, o princípio monárquico continuou sendo incompatível com a separação de poderes, tal como prescrevera o Congresso de Viena⁴⁶⁵. Emblemático, sobremaneira, que o principal conceito da publicística do II *Reich* (1871-1918) seja o de *unidade do Estado*: um

⁴⁶³ A partir da transcrição de: MANCA, Anna Gianna. “La Costituzione ‘al di sopra’ o ‘a disposizione’ del legislatore? Difesa, attuazione e revisione costituzionale in Prussia”. In: MANCA, Anna Gianna. LACCHÈ, Luigi (orgs.). *Parlamento e Costituzione nei sistemi costituzionali europei ottocenteschi. Parlament und Verfassung in den konstitutionellen Verfassungssystemen Europas*. Bologna; Berlin: il Mulino; Duncker & Humblot, 2003, p. 255.

⁴⁶⁴ GOZZI, Gustavo. “Estado de Direito e direitos subjetivos na história constitucional alemã”. In: COSTA, Pietro. ZOLO, Danilo (orgs.). *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*, pp. 319-321.

⁴⁶⁵ Para uma profunda análise da leitura alemã das separação dos poderes a partir de um atento exame ao conceito de sanção nos teóricos da monarquia constitucional pós-1871, Cf. CARVALHO NETTO, Menelick de. *A sanção no procedimento legislativo*, pp.155-178.

perfeito antípoda em relação à separação dos poderes proposta pelos partidários do parlamentarismo. Consoante Menelick de Carvalho Netto:

Os teóricos mais destacados, como Laband e Jellinek, buscarão demonstrar, ao nível da teoria geral, que esse dualismo seria inadmissível, não apenas em face dos textos constitucionais específicos das monarquias constitucionais alemãs, mas logicamente inconcebível. A característica essencial do Estado é a de construir uma *unidade*. Então, o poder estatal é essencialmente uno e indivisível. Uma divisão dos poderes suporia, como para Hegel, a partilha do Estado em frações, tendo cada uma à frente um Soberano⁴⁶⁶.

A unidade do Estado era levada a efeito pela publicística *Reich und Kaiser* em duas frentes. *Primeiro* no sentido de eliminar qualquer dúvida acerca de quem era o detentor da soberania a partir da Constituição de 1871: a soberania não residia nos *Länder*, mas no *Reich* central. Nesse sentido, Laband fará um grande esforço para fundamentar o Estado como uma pessoa jurídica de direito público, uma⁴⁶⁷. Ele sustenta que é até verdade que, no preâmbulo da Constituição de 1871 há a expressa menção de que o *Reich* foi formado mediante a declaração de vontade dos *Länder* soberanos. Todavia – acredita Laband – não se pode confundir as relações jurídicas que lhe deram origem com a instituição que fora ali formada⁴⁶⁸. O *Reich* transcende à soma dos *Länder*, e a maior prova disso é que uma decisão do *Bundesrat* não precisa da aquiescência dos entes federados para ser digna de cumprimento. Tão-pouco pode ser substituída por uma declaração de discordância⁴⁶⁹. O *Reich* é um todo que precede as partes e que não se resume à soma das partes⁴⁷⁰.

O *segundo* aspecto da unidade, como adiantado, consiste em uma recusa frontal à separação dos poderes. Para um teórico como Georg Jellinek, o Estado é uma unidade indivisível de poder. Dividir o poder significa abrir mão da soberania, o traço principal do Estado, que não aceita condicionamentos, diminuições, limitações⁴⁷¹. Mas

⁴⁶⁶ CARVALHO NETTO, Menelick de. *A sanção no procedimento legislativo*, p. 158.

⁴⁶⁷ LABAND, Paul. *Le Droit Public de L'Empire Allemand I: formation de l'Empire Allemand, l'Empire et les États particuliers, l'Empereur, le Bundesrath, le Reichstag*. Trad. C. Gandilhon. Paris: Giard & Brière, 1900, p. 158.

⁴⁶⁸ LABAND, Paul. *Le Droit Public de L'Empire Allemand I: formation de l'Empire Allemand, l'Empire et les États particuliers, l'Empereur, le Bundesrath, le Reichstag*, p. 151.

⁴⁶⁹ LABAND, Paul. *Le Droit Public de L'Empire Allemand I: formation de l'Empire Allemand, l'Empire et les États particuliers, l'Empereur, le Bundesrath, le Reichstag*, p. 152.

⁴⁷⁰ LABAND, Paul. *Le Droit Public de L'Empire Allemand I: formation de l'Empire Allemand, l'Empire et les États particuliers, l'Empereur, le Bundesrath, le Reichstag*, p. 153.

⁴⁷¹ JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado* (1911). Trad. Fernando de los Ríos. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 450.

Jellinek é ciente da existência da doutrina inglesa, transformada por Montesquieu em uma teoria de poderes separados, e que, dessa sorte, divide o Estado em três pessoas⁴⁷², com a qual Jellinek não concorda. Ele aventava que, pelo fato dessa teoria se orientar pela notória finalidade política de fundamentar o Estado constitucional⁴⁷³, tal “doutrinarismo” era rechaçado pelo direito público alemão, porque era equivocada por descrever o monarca como pertencente exclusivamente ao Poder Executivo⁴⁷⁴. Claro. Se todo o poder estatal advinha do monarca, arremata Jellinek, o princípio da divisão de poderes tem de admitir que há um ponto de união entre eles: “o monarca, nos Estados que são regidos pelo princípio monárquico”⁴⁷⁵.

De se ressaltar que Jellinek e Laband estavam longe de serem os únicos nesse sentido. Em 1905, Joseph Barthélemy realizou viagem de estudos à Alemanha, e em seu regresso à França publicou estudo no qual ele descreve suas impressões – e seu estranhamento – acerca dos teóricos da monarquia constitucional. Ele pôde perceber que a referência semântica “unidade do Estado” era o ponto de convergência da publicística alemã, para além de Laband e Jellinek, como mostrava o exemplo de autores como Ricker, Bornhak, Georg Meyer, Rönne, Seydel, Stengel⁴⁷⁶. Esse cenário gera sérias implicações para o conceito de *Rechtsstaat*.

Consoante proposto ainda há pouco, durante a “primeira vaga” da monarquia constitucional, entre 1815-1848, a tematização alemã da relação entre direito e política, denotado por *Rechtsstaat*, visava a que o sistema da política observasse, em suas operações, os vínculos constitucionais. Foi aventado também que, com o esmagamento das revoluções liberais, ocorre uma “segunda vaga”, na qual o *princípio monárquico* manteve sua supremacia frente ao *Rechtsstaat*: o que pode ser visto, principalmente, mediante a apropriação do termo *Rechtsstaat* pelas doutrinas constitucionais monarquistas, exemplo iniciado com Stahl, mas que fez fortuna no Oitocentos germânico. Com a superação do conflito constitucional prussiano e subsequente fundação do Império de 1871, ocorre uma “terceira vaga” constitucional: uma variação advinda do sistema da política, que ensejou seleções de sentido e que, por isso,

⁴⁷² JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado* (1911), p. 452.

⁴⁷³ JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado* (1911), p. 450.

⁴⁷⁴ JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado* (1911), p. 537.

⁴⁷⁵ JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado* (1911), p. 454.

⁴⁷⁶ Cf. 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”. In: *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l’étranger*, pp. 717-758, um excepcional inventário do princípio monárquico.

provocou re-estabilizações no direito da sociedade: que são palpáveis quando se observa as reacomodações semânticas que a isso se seguiu.

Com a categoria dogmática “unidade do Estado”, os “formalistas” tornaram desnecessária qualquer menção ao conceito de *Rechtsstaat*. Após a exposição, realizada *supra*, de como o conflito constitucional da Prússia foi resolvido, vê-se claramente o porquê dessa atitude: *a referência ao Rechtsstaat seria desnecessária porque não fazia o menor sentido perguntar de que modo direito e política deveriam se relacionar, afinal, questões que tematizam o medium de acoplamento estrutural entre esses dois sistemas, ou seja, questões constitucionais, são nada mais que questões de poder*. Daí, o projeto teórico dos “formalistas” não era o de tornar o direito uma ciência livre de elementos políticos, tal como propusera a retórica de Laband⁴⁷⁷. A metodologia dos formalistas operava no sentido de fazer com que as questões de poder fossem resolvidas não mediante a busca de uma limitação da política pelo direito, mas garantindo a “unidade do Estado”: assegurando que esse poder fosse soberano, incontestável. Obviamente isso somente pode ser visto hoje como um notório compromisso político, por parte dos “formalistas”, com o *princípio monárquico*, mas nunca como uma atitude científica e desinteressada⁴⁷⁸.

A disposição institucional propiciada pelo regime constitucional de 1871 e, sobretudo, a descrição que a publicística monárquico-formalista fazia dele, contribuíram para uma leitura neutralizante do constitucionalismo moderno. De início, pela ausência de uma supremacia da Constituição.

Com efeito, o art. 78 da Constituição Imperial de 1871 reza que “as modificações à Constituição acontecem sob a forma de lei”⁴⁷⁹. Dessa forma, um projeto de lei, quando aprovado pelo *Reichstag* e pelo *Bundesrat* e, em seguida, sancionado

⁴⁷⁷ Cf. os elucidativos (e não menos emblemáticos) prefácios à primeira e à segunda edição (respectivamente, 1876,1887): LABAND, Paul. *Le Droit Public de l'Empire allemand I: formation de l'Empire allemand, l'Empire et les États particuliers, l'Empereur, le Bundesrath, le Reichstag*, pp. 1-11.

⁴⁷⁸ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 3ª ed. Trad. Peter Neumann. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 24, afirma, em relação ao método de Laband e de von Gerber: “o ‘método jurídico’ é tanto expressão quanto também instrumento de uma posição política materialmente determinada. Depois de 1870 a sua tarefa bem como o seu efeito consistiram sobretudo em proteger, contra críticas possíveis, a concepção monárquico-conservadora do Estado, a política antiliberal de Bismarck e, genericamente, as relações políticas e constitucionais existentes”.

⁴⁷⁹ Edição utilizada: “La Costituzione imperiale del 16 aprile 1871 (*Reichsgesetzblatt* 1871, n. 16, pp. 63 ss.)”. In: LANCHESTER, Fulco. *Le Costituzione tedesche da Francoforte a Bonn: introduzione e testi*. Milano: Giuffrè, 2002, p. 183.

pelo monarca, se situa no mesmo degrau normativo da Constituição⁴⁸⁰. Logo, o Legislativo era um poder constituinte permanente. Mais uma vez, foi Laband que se apressou em dar uma justificação da excepcionalidade alemã. Para ele, “o princípio de que as leis especiais devem estar sempre em harmonia com a Constituição, e jamais em incompatibilidade com ela, é um simples postulado de política legislativa, mas não um princípio de direito”⁴⁸¹. A conclusão não pode ser outra senão a de que “toda lei, estabelecida nas *formas* prescritas pela Constituição do Império, responde às condições requeridas para que uma lei seja constitucional”⁴⁸². Com Luhmann é possível perceber que um dos traços que denotam a autologia da forma Constituição/lei ordinária, a supremacia constitucional, é a aparição do princípio “lei superior derroga lei inferior”⁴⁸³. Quando se tem isso em mente, verifica-se facilmente *a contrario sensu* que Laband expressa, de forma clara, uma semântica que descreve o sistema do direito como disponível ao sistema da política; ainda mais quando se vê ele declarar: “pode-se aplicar à Constituição do Império o princípio *lex posterior derogat priori*”⁴⁸⁴. Tudo que for politicamente expresso na forma da lei é, por definição, direito válido. Essa é a consequência da ausência de uma assimetria constitucional.

Isso, por si só, já torna impossível um controle de constitucionalidade dos atos do Legislativo, pois “Constituição e lei são emanados da indivisível vontade soberana do Estado”⁴⁸⁵. Não importa que uma lei votada pelo Legislativo e sancionada pelo Executivo seja contrária a uma disposição da Constituição: após isso ela é válida e pode derogar um artigo da Constituição, já que não há uma organização formal, no seio do Estado, que realize um procedimento de averiguação dessa conformidade. Aliás, no fundo, nem existe o padrão de conformidade, que requer uma supremacia da Constituição. Então não existe Constituição? Jellinek diz que há, sim. O que ocorre, nos

⁴⁸⁰ HEUN, Werner. “Supremacy of the constitution, separation of powers, and judicial review in Nineteenth-Century German Constitutionalism”. In: *Ratio Juris*. Vol. 16, n° 2. Oxford: Blackwell, junho de 2003, p. 196.

⁴⁸¹ LABAND, Paul. *Le Droit Public de L'Empire Allemand II: autorités et fonctionnaires de l'Empire, la législation de l'Empire, les traités internationaux, l'Administration, la situation de l'Alsace-Lorraine dans l'Empire, les protectorats allemands*. Trad. C. Gandilhon e Th. Lacuire. Paris: Giard & Brière, 1901, p. 314.

⁴⁸² LABAND, Paul. *Le Droit Public de L'Empire Allemand II: autorités et fonctionnaires de l'Empire, la législation de l'Empire, les traités internationaux, l'Administration, la situation de l'Alsace-Lorraine dans l'Empire, les protectorats allemands*, pp. 315-316.

⁴⁸³ LUHMANN, Niklas. “La Costituzione come acquisizione evolutiva”. In: ZAGREBELSKY, Gustavo, PORTINARO, Pier Paolo e LUTHER, Jörg. *Il Futuro della Costituzione*, pp. 89-90.

⁴⁸⁴ LABAND, Paul. *Le Droit Public de L'Empire Allemand II: autorités et fonctionnaires de l'Empire, la législation de l'Empire, les traités internationaux, l'Administration, la situation de l'Alsace-Lorraine dans l'Empire, les protectorats allemands*, p. 316.

⁴⁸⁵ HEUN, Werner. “Supremacy of the constitution, separation of powers, and judicial review in Nineteenth-Century German Constitutionalism”. In: *Ratio Juris*, p. 199.

casos em que o Legislativo aprova lei (e o monarca a sanciona) notoriamente contrária à Constituição, ou mesmo quando a Chancelaria adota expedientes que não observam os parâmetros da Constituição é uma *mutação constitucional*⁴⁸⁶. Com o perdão da síntese, em Jellinek esse conceito expressa um constrangimento ante uma situação institucional em que a “a Constituição se transforma segundo o modo pelo qual se exerce o poder estatal”⁴⁸⁷.

Compreendida dessa forma, a orientação política alemã dominante impediu que a Constituição adquirisse o significado de *paramount law* que estava socialmente disponível após 1803. A Constituição, até o final do século XIX, na Alemanha, não conseguiu se estabelecer como um padrão de conformidade para os atos estatais – sejam eles atos legislativos sejam atos administrativos. Dada a total implausibilidade de um limite à legislação emanada do Imperador (que personifica a vontade do Estado), foi precisamente em relação aos atos administrativos que a referência *Rechtsstaat* foi direcionada nessa última quadra histórica do Império, que durou até 1918.

É claro que esse deslocamento comunicativo das expectativas sociais, essa canalização não mais na relação com o Legislativo, mas sim com a Administração Pública, encontra justificativa, também, na centralidade de que a Administração passou a se revestir no final do século XIX. Mas a busca de um controle da Administração foi também uma última cartada dos liberais.

Com o claro objetivo de combater o conceito de *Rechtsstaat* de Stahl, Otto Bähr oferece, já em 1864, um contraponto à doutrina dominante. Bähr possui uma noção de direito que era muito difundida à época, a exemplo da escola jurídica que era a sua maior rival, o formalismo de Gerber. Era o organicismo jurídico, que teve como maior expoente Otto von Gierke. O organicismo não se conformava com o formalismo da linha Stahl-Gerber-Laband que coloca o Estado como a única associação jurígena. Também não aceitava, por outro lado, a separação rígida entre indivíduo e Estado, oriunda do individualismo francês⁴⁸⁸.

Para fazer frente a essa situação, os teóricos do corporativismo tentaram remediar a bipolarização entre indivíduo-Estado que permitia ao Estado um indesejado

⁴⁸⁶ JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la Constitución* (1906). Trad. Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 15-20, 29-35.

⁴⁸⁷ JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la Constitución* (1906), p. 45.

⁴⁸⁸ Para o embate de Otto von Gierke com o “método jurídico” de Laband, Cf. FIORAVANTI, Maurizio. *Giuristi e Costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, pp. 356-368.

monopólio na produção do direito⁴⁸⁹. Com isso os organicistas pregaram uma limitação do poder estatal, a ser conseguida com o “retorno aos grupamentos corporativos intermediários entre o indivíduo e o Estado”⁴⁹⁰. Seriam esses corpos intermediários, concebidos como *Gesamtperson*, associações, pessoas jurídicas, que forjariam um limite ao poder estatal, e que estariam em condições de negar a reivindicação estatal de exclusividade na produção do direito⁴⁹¹. Até porque o Estado seria apenas uma associação no âmbito de um vasto organismo social composto de várias outras associações. Para Bähr, a vida de toda associação depende “da capacidade de combinar a supremacia e a discricionariedade decisória dos governantes com a tutela das posições de vantagem dos associados”. E assim: “o que vale para qualquer associação vale também para o Estado, que é simplesmente o ápice de uma longa cadeia de grupos”⁴⁹². Na busca desse delicado equilíbrio, entre supremacia da associação e respeito aos associados, Bähr vai afirmar que frente o Estado-legislador e o Estado-juiz o cidadão somente tem obrigações. Contudo, seria a existência de uma tutela judicial dos direitos dos associados frente ao Estado-administrador que caracterizaria um *Rechtsstaat*⁴⁹³.

Por mais que Bähr já vislumbre a necessidade de uma organização formal para operacionalizar a sua noção de Estado de Direito, a distância entre seu conceito de *Rechtsstaat* para o de Stahl é tão pequena quanto a do organicismo jurídico para o “formalismo”. Para Bähr ou von Gierke, a dimensão orgânica e comunitária do Estado o faz com que ele consista em um totalidade que precede as suas partes, os indivíduos. Por um lado, eles são enfáticos em afirmar, contra von Gerber, que os direitos não são concessões do Estado, visto que derivam, na verdade, do “*Mitgliedschaft*, o comum pertencimento dos seus titulares à orgânica e viva comunidade política”⁴⁹⁴. Por outro lado, sendo o direito uma expressão da comunidade, e sendo o Estado a maior expressão

⁴⁸⁹ ZIMMER, Willy. “Une conception organiciste de l’État de droit: Otto Bähr et Otto von Gierke”. In: JOUANJAN, Olivier (org.). *Figures de l’État de droit : le Rechtsstaat dans l’histoire intellectuelle et constitutionnelle de l’Allemagne*. Strasbourg : Presses Universitaires de Strasbourg, 2001, p. 219.

⁴⁹⁰ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. “L’État comme organisme: théorie de l’État et politique constitutionnelle aux débuts du constitutionnalisme”. In: *Le Droit, l’État et la Constitution Démocratique: essais de théorie juridique, politique et constitutionnelle*. Ed. Olivier Jouanjan. Paris, Bruxelles: LGDJ; Bruylant, 2000, p. 126.

⁴⁹¹ ZIMMER, Willy. “Une conception organiciste de l’État de droit: Otto Bähr et Otto von Gierke”. In: JOUANJAN, Olivier (org.). *Figures de l’État de droit : le Rechtsstaat dans l’histoire intellectuelle et constitutionnelle de l’Allemagne*, p. 220.

⁴⁹² COSTA, Pietro. “O Estado de Direito: uma introdução histórica”. In: COSTA, Pietro. ZOLO, Danilo (orgs.). *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*, p. 127.

⁴⁹³ COSTA, Pietro. “O Estado de Direito: uma introdução histórica”. In: COSTA, Pietro. ZOLO, Danilo (orgs.). *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*, pp. 127-128.

⁴⁹⁴ COSTA, Pietro. “O Estado de Direito: uma introdução histórica”. In: COSTA, Pietro. ZOLO, Danilo (orgs.). *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*, p. 131.

associativa da vida em comunidade, o direito não pode ser oponível ao Estado: tal como para Gerber ou Laband⁴⁹⁵. Assim, seja para formalistas ou para organicistas, o Estado continua como centro e vértice da sociedade, o que faz com que o soberano permaneça, em último caso, incontrolável⁴⁹⁶.

Talvez os teóricos da monarquia constitucional do *Reich* bismarckiano tenham notado essa singular *concordia discors*. De repente, perceberam que não haveria problema em adotar a recomendação institucional de Bähr, de organizar uma justiça administrativa, porquanto algo que fosse oriundo do conceito organicista de direito jamais seria apto a fazer frente ao Estado. Se assim imaginaram, isso é uma questão que somente um Carlo Ginzburg poderia descobrir, com o seu método indiciário. Todavia, caso os monarquistas tenham pensado dessa forma, o desenvolvimento histórico da Suprema Corte Administrativa da Prússia (*Oberverwaltungsgericht*) veio provar que eles estavam absolutamente corretos⁴⁹⁷.

Entre 1872 e 1876, o *Landtag* da Prússia aprovou uma reforma de sua administração pública, o que levou à institucionalização de uma justiça administrativa. Para tanto, exerceu papel proeminente o liberal (conservador) Rudolf Gneist, cujo conceito de *Rechtsstaat* tinha como pedra angular a formação de uma justiça administrativa, tal como para Otto Bähr⁴⁹⁸. E até por isso, Gneist não tinha uma preocupação propriamente individualista, de modo que seu conceito de Estado de Direito também requer o agrupamento dos indivíduos em ordens, em corporações⁴⁹⁹. De toda forma, os liberais já de algum tempo percebiam que, na impossibilidade de limitar o monarca-legislador, o controle da Administração seria um bom equivalente para se proceder ao controle jurídico da monarquia constitucional. Ledo engano:

Paradoxalmente, ao estabelecer um novo sistema de supervisão da ação administrativa do governo localizado em um novo sistema de cortes de jurisdição especial, os liberais no *Reichstag* legitimaram a

⁴⁹⁵ COSTA, Pietro. “O Estado de Direito: uma introdução histórica”. In: COSTA, Pietro. ZOLO, Danilo (orgs.). *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*, p. 132.

⁴⁹⁶ COSTA, Pietro. “O Estado de Direito: uma introdução histórica”. In: COSTA, Pietro. ZOLO, Danilo (orgs.). *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*, p. 136.

⁴⁹⁷ Cf., com análise jurisprudencial, inclusive: LEDFORD, Kenneth F. “Formalizing the Rule of Law in Prussia: the Supreme Administrative Court, 1876-1914”. In: *Central Europe History*. Vol. 37, nº 2. Leiden: Brill Academic Publishers, junho de 2004, pp. 203-224.

⁴⁹⁸ ARGYRIADIS-KERVÉGAN, Caroula. “Rudof Gneist: la justice administrative, institution nécessaire de l’État de droit”. In: JOUANJAN, Olivier (org.). *Figures de l’État de droit: Le Rechtsstaat dans l’histoire intellectuelle et constitutionnelle de l’Allemagne*. Strasbourg: Presses Universitaires de Strasbourg, 2001, p. 249.

⁴⁹⁹ ROEHRSEN, Carlo. “Paul Laband, uno dei fondatori della grande scienza giuspubblicistica europea”. In: *Revista trimestrale di diritto pubblico*. Vol. 44, nº4. Milano: Giuffrè, 1994, pp. 1116-1117.

ação do Estado e imunizaram-no contra críticas ao proporcionar o controle pelo meio do controle judicial no lugar da contestação política. Os liberais removeram da arena política o debate acerca do controle da arbitrariedade da ação do Estado que desrespeitava direitos individuais, e transferiram-no para a litigância, para a arena judicial⁵⁰⁰.

Dessa forma, como mostra a atenta análise de Kenneth Ledford, muito antes de se estabelecer uma limitação da monarquia constitucional pelo *medium* do direito, a Suprema Corte Administrativa realizou, improvavelmente, uma neutralização dos argumentos liberais⁵⁰¹. O que acabou por fortalecer a monarquia constitucional, que a despeito de agir em estrito cumprimento da lei sancionada pelo seu monarca, poderia ao mesmo tempo violar direitos fundamentais⁵⁰². Foi o que aconteceu, principalmente quando o assunto era polacos, dinamarqueses e social-democratas. Nesses casos, a Suprema Corte chegava até a corroborar na limitação dos direitos dessas minorias⁵⁰³. Tudo isso mostra que um conceito de *Rechtsstaat* que acredita que a simples submissão dos atos administrativos a um controle efetuado por uma justiça administrativa difere muito pouco, em seus efeitos, de um conservadorismo *à la Stahl*⁵⁰⁴.

Afinal, a justiça administrativa apenas verifica se existe uma lei que autorize a ação da Administração. Seria até um método seguro de controle do poder se não fosse um detalhe: uma lei sancionada pelo monarca pode, com facilidade, violar direitos fundamentais. Ainda mais quando se recorda do controle exercido pelo Imperador no *Bundesrat*, em que a Prússia detinha grande parte dos assentos, e pela estreita margem de ação que o Chanceler do *Reich* concedia ao *Reichstag*, uma vez que não necessitava da moção de confiança de tal casa legislativa. Dessa maneira, a nova noção de *Rechtsstaat*, após as reformas administrativas, “paradoxalmente, possui seu centro de

⁵⁰⁰ LEDFORD, Kenneth F. “Formalizing the Rule of Law in Prussia: the Supreme Administrative Court, 1876-1914”. In: *Central Europe History*, p. 222.

⁵⁰¹ No mesmo sentido, Franz Neumann aponta a paternidade intelectual da “despolitização” levada a efeito pela noção de *Rechtsstaat* ao liberal Rudolf Gneist: “Nenhum teórico político foi mais responsável do que ele pela concepção alemã do *Rechtsstaat*, a teoria que é indiferente ao conteúdo da lei, contanto que seja promulgada como uma regra geral abstrata e seja administrada por tribunais independentes, nos quais a lei esteja completamente divorciada da estrutura política do Estado”, NEUMANN, Franz. *Estado democrático e Estado autoritário*. Ed. Herbert Marcuse. Trad. Luiz Corção. Rio de Janeiro: Zahar, 1969, p. 157.

⁵⁰² Criticando a onipotência dos legislativos na Europa, que no caso da Alemanha significava um poder incontrolável, por parte do monarca, uma vez que contra uma *Reichsgesetz* não cabia apelo a nenhuma corte, VON GIERKE, Otto. “German constitutional law in its relation to the American Constitution”. In: *Harvard Law Review*, p. 285.

⁵⁰³ LEDFORD, Kenneth F. “Formalizing the Rule of Law in Prussia: the Supreme Administrative Court, 1876-1914”. In: *Central Europe History*, p. 224.

⁵⁰⁴ LEDFORD, Kenneth F. “Formalizing the Rule of Law in Prussia: the Supreme Administrative Court, 1876-1914”. In: *Central Europe History*, p. 223.

gravidade mais no reforço da atividade do Estado e da Administração do que na proteção do indivíduo, se inscrevendo, assim, na tradição especificamente alemã do liberalismo estatal”⁵⁰⁵.

Os próprios observadores de então notaram a circulação de sentido que se conservava entre o conceito que se tinha de *Rechtsstaat* após a criação da justiça administrativa e aquele da lavra de Stahl; entre eles Otto Mayer, que não por coincidência foi um dos autores mais influentes para a atual conformação da moderna ciência do direito administrativo⁵⁰⁶. Para Mayer, é difícil definir o conceito de *Rechtsstaat* porque os vários autores utilizam-no de forma variada, no desejo de “introduzir o seu ideal jurídico”, e assim tal noção prescreve, em geral, algo que está ainda por se realizar⁵⁰⁷. Mayer afirma que esse fenômeno ocorre porque tal “palavra foi introduzida em nossa língua no momento em que os espíritos começavam a fermentar”⁵⁰⁸, ou seja, nas revoluções liberais de 1848-1849. Só que Mayer aduz também que “a fórmula que tem sido considerada unanimemente como a melhor para exteriorizar esse pensamento” é a de que “o Estado ‘deve fixar e delimitar exatamente tanto os caminhos e limites de sua própria ação como o âmbito de liberdade de seus cidadãos, na forma do direito’”⁵⁰⁹. Aqui, Mayer cita a célebre passagem de Stahl afirmando, na nota de rodapé correspondente, que ela “obteve a aprovação até mesmo de seus adversários”, como Gneist e von Gierke.

Pelo que se viu, a afirmação de Mayer não é de modo algum falsa, uma vez que ela afirma, em outras palavras, que a publicística alemã não chegou a fornecer um contraponto ao *princípio monárquico*. Mais importante que isso é se atentar para o fato de que essa constatação *fin de siècle* de Mayer é mostra convincente da influência que as semânticas exercem para a conformação do direito da sociedade. Ela expõe que por mais que a semântica do constitucionalismo moderno tenha exercido um papel significativo no Oitocentos alemão – uma vez que a Alemanha conheceu avanços institucionais de 1815 a 1918 – isso não chegou a abalar o primado da semântica do

⁵⁰⁵ ARGYRIADIS-KERVÉGAN, Caroula. “Rudof Gneist: la justice administrative, institution nécessaire de l’État de droit”. In: JOUANJAN, Olivier (org.). *Figures de l’État de droit: Le Rechtsstaat dans l’histoire intellectuelle et constitutionnelle de l’Allemagne*, p. 252.

⁵⁰⁶ FORSTHOFF, Ernst. *Traité de droit administratif allemand* (1966, 9ª ed.). Trad. Michel Fromont. Bruxelles: Bruylant, 1969, pp. 102-114. Cf., também, FIORAVANTI, Maurizio. “Otto Mayer e la scienza del diritto amministrativo”. In: *La scienza del diritto pubblico: dotrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento*. Tomo I. Milano: Giuffrè, 2001, pp. 451-518.

⁵⁰⁷ MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán I: parte general* (1903). Trad. Horacio Heredia e Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Depalma, 1949, p. 78.

⁵⁰⁸ MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán I: parte general* (1903), p. 78.

⁵⁰⁹ MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán I: parte general* (1903), p. 79.

principio monárquico. Impressão que fica reforçada quando se vê a definição que Mayer dá para o *Rechtsstaat*: significa que “a ação da administração deve ser dirigida, na medida do possível, por regras de direito”⁵¹⁰. Assim, “é mister se contentar com uma regulamentação relativa, aproximada, em uma palavra: *dentro do possível*”⁵¹¹.

Por que Mayer usa a expressão “na medida do possível”? Ela parece ser de exatidão tão questionável, ainda mais quando se trata de um autor que tinha a pretensão de fundar uma ciência do direito administrativo. A resposta de Pietro Costa a essa pergunta é uma verdadeira descrição do estado semântico do sistema do direito na Alemanha do final do Oitocentos, do qual Otto Mayer foi um dos mais significativos artefatos comunicativos:

A absoluta soberania do Estado e a impossibilidade de opor a ela elementos que derivem *alliunde* [de um outro lado] o seu fundamento, formam o terreno sobre o qual germina o dilema central evocado pela fórmula do Estado de Direito: como compor a excedência do poder soberano com uma ordem jurídica que torne regular e previsível a sua intervenção ⁵¹². (ênfase adicionada)

Quando Mayer aventa que *Rechtsstaat* significa que o Estado age na forma do direito, mas “na medida do possível”, ele realiza uma perfeita descrição de como se dava a relação entre direito e política no seu tempo. O postulado da unidade do Estado, levado às últimas conseqüências pela publicística pós-1871, implica na neutralização completa da Constituição, que não se revelou apta a direcionar o relacionamento entre política e direito, pois nesses casos, não se estaria diante de uma questão constitucional, mas sim de uma questão de poder.

Assim, a síntese de fim de século de Mayer mostra uma coisa e prova outra. Primeiro, mostra que, pelo fio condutor do embate alemão com o constitucionalismo moderno, palpável na ativação do referente semântico *Rechtsstaat*, é possível se valer do constitucionalismo contra o próprio constitucionalismo. Segundo, prova cabalmente o brilhantismo de Marc Bloch. A oscilação semântica da expressão *Rechtsstaat* desde a seleção desse sentido, passando por sua apropriação pela Restauração de 1850 e pelo seu esvaziamento após a fundação do II *Reich*, até chegar, no fim da vida do Império, a denotar um Estado constitucional que age na forma do direito, mas somente quando

⁵¹⁰ MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán I: parte general* (1903), p. 80 (ênfase adicionada).

⁵¹¹ MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán I: parte general* (1903), p. 84 (ênfase acrescida).

⁵¹² COSTA, Pietro. “O Estado de Direito: uma introdução histórica”. In: COSTA, Pietro. ZOLO, Danilo (orgs.). *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*, p. 136.

assim o *Reichskanzler* o deseja, consiste em forte comprovação de que “os homens não têm o hábito, a cada vez que mudam de costumes, de mudar de vocábulos”⁵¹³.

1.5.3. O tempo Weimar: a agonia de uma democracia como desafio a Schmitt e Kelsen.

A herança semântica do constitucionalismo alemão do século XIX consistia em um pesado fardo para a jovem República de Weimar, que emergia das cinzas do Império de Bismarck ao término da Primeira Guerra Mundial. Tal como o denso coro de uma tragédia grega, o constitucionalismo do Império situava-se sob os ombros da nova República como se quisesse lembrar a todo instante que “quer este mundo seja trágico ou grotesco, as situações são impostas, compulsórias, necessárias”⁵¹⁴.

Mas a “audácia da juventude” de Weimar fez com que ela buscasse desobedecer o passado. Como se a memória de Weimar tivesse plena consciência de que a comunicação da sociedade, quando selecionada no presente, acaba sendo na verdade criada, porque tem como condição de possibilidade o esquecimento do que não é selecionado. De toda sorte, é a memória de Weimar que deixa claro, mais uma vez com Marc Bloch, que “nunca se explica plenamente um fenômeno histórico fora do estudo de seu momento”, afinal “os homens se parecem mais com sua época do que com seus pais”⁵¹⁵. Não só os homens, como afirmou Bloch: os sistemas sociais também.

A Alemanha não era propriamente um feudo quando a República de Weimar teve seu início. Ao contrário, possuía um dos maiores parques industriais do mundo, cujo o aparecimento não foi considerado como algo incompatível com a manutenção de uma ordem nobiliárquica, que de forma singular agregou interesses de financistas, de industriais e da nobreza *Junker* prussiana⁵¹⁶. Mas isso não se deu por obra de um caprichoso espírito do tempo, mas pela errante improbabilidade da evolução. A essa atitude um tanto ambígua, mas também oportunista frente a modernidade, que aceita as vantagens de uma economia de mercado – que para atingir seu grau máximo de eficácia necessita da igualdade formal entre pessoas, o que implica na supressão de castas sociais – sem que, no entanto, a contrapartida do reconhecimento de direitos

⁵¹³ BLOCH, Marc. *Apologia da história, ou o ofício do historiador*, p. 59.

⁵¹⁴ KOTT, Jan. *Shakespeare nosso contemporâneo*. Trad. Paulo Neves. São Paulo: Cosac & Naify, 2003, p. 129.

⁵¹⁵ BLOCH, Marc. *Apologia da história, ou o ofício do historiador*, p. 60.

⁵¹⁶ KEMP, Tom. *A revolução industrial na Europa do século XIX*. Lisboa: Edições 70, 1987, pp. 132-138, nomeadamente.

fundamentais aconteça de forma decisiva, Jeffrey Herf denominou de *modernismo reacionário*⁵¹⁷.

Tal conceito é produtivo na medida em que mostra o quanto a tradução social da modernidade depende, sim, de estruturas comunicativas, de semânticas. Ele não deixa esquecer que a Alemanha precisou esperar a promulgação da Constituição de Weimar para que privilégios nobiliárquicos que ainda datavam do antigo regime fossem definitivamente extintos, como exemplifica o fideicomisso (Constituição de Weimar, doravante WRV, art. 109, seção 3; art. 155, seção 2, 2ª parte)⁵¹⁸. Aliás, essa Constituição já era, por si só, uma grande novidade, porquanto foi a primeira Constituição alemã promulgada com esteio na soberania popular, e não no *princípio monárquico* – caso se excetue a Constituição de *Paulskirche* de 1848, que nunca chegou a entrar em vigor. As observações da sociedade tinham, agora, um novo início: a Alemanha era uma república. Inícios fazem diferença para as observações da sociedade; cabe entender, então, o aparelho organizacional a partir do qual o sistema do direito operava; para tanto, faz-se preciso, ainda que minimamente, compreender o “início” da República Weimar.

Pensada inicialmente como uma válvula de escape para os conflitos sociais de então, a decisão do *Reich* de entrar na Primeira Guerra Mundial acabou por lhe proporcionar, de volta, mais problemas que soluções. Se no início da Guerra, em 1914, um entusiasmo coletivo fez com que 30 milhões de alemães doassem dinheiro para, assim, “encurtar a Guerra”, mediante a emissão dos créditos de guerra⁵¹⁹, quando a derrota apontou no horizonte, em 1918, os quatro anos de privações econômicas foram cobrados, com juros, pelos cidadãos alemães. O desgaste institucional da monarquia foi imenso entre a população: custou-lhe a existência. Se, após a aprovação dos créditos de guerra, em 1914, Wilhelm II pôde ter declarado “eu não conheço partidos, eu só conheço alemães”, em 28 de outubro de 1918 ele foi obrigado a conhecê-los: por meio de duas leis ordinárias a Alemanha adota o parlamentarismo como sistema de governo, finalmente⁵²⁰. No dia seguinte, Wilhelm II, o último Hohenzollern, fugiu de Berlim em direção à sede do Comando Militar, em Spa; no mesmo dia, marinheiros se amotinaram

⁵¹⁷ HERF, Jeffrey. *O modernismo reacionário: tecnologia, cultura e política na República de Weimar e no 3º Reich*. Campinas: Unicamp; Editora Ensaio, 1993, pp. 13-29, para a exposição desse conceito.

⁵¹⁸ STOLLEIS, Michael. *A History of Public Law in Germany 1914-1945*, pp. 4-5.

⁵¹⁹ RICHARD, Lionel. *A República de Weimar (1919-1923)*. Trad. Jônatas Batista Neto. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 16.

⁵²⁰ LANCHESTER, Fulco. *Alle origini di Weimar: il dibattito costituzionalistico tedesco tra il 1900 e il 1918*. Milano: Giuffrè, 1985, pp. 153, 154, 184-188. Em tal obra, para a qual se remete o leitor, há vasta documentação de como se desenrolou esse processo.

em Kiel, fato que depois seria considerado como o início da *revolução alemã*⁵²¹. Quer dizer: isso para alguns. Explica-se.

Sem o Imperador em Berlim, o príncipe Max von Baden, que à época ocupava a chancelaria do *Reich*, passou a exercer funções muito próximas às de um regente. Mas isso somente durou até 9 de novembro de 1918, quando von Baden anunciou a abdicação de Wilhelm II ao trono, a renúncia do príncipe herdeiro à sucessão e um projeto de lei que convocava uma assembléia constituinte. No mesmo dia von Baden disse ter aconselhado ao regente a nomeação de Friedrich Ebert, da SPD (*Sozialdemokratische Partei Deutschlands*) como Chanceler. Mas eis o problema: não havia regente⁵²². E “a ausência de um regente fornecia a possibilidade de von Baden investir o novo Chanceler. Com isso a continuidade era formalmente preservada no momento em que o velho Chanceler investia o novo”⁵²³. Paralelo a isso, porém, a extrema esquerda, liderada por Wilhelm Liebknecht, estava reunida e pronta para tomar o poder. Para se antecipar a eles, um dos líderes da SPD, Phillip Scheidemann, proclama a República, que seria liderada por Ebert enquanto não se convocava uma constituinte⁵²⁴. Essa situação de incerteza, que longe de ser um privilégio de Weimar é, ao contrário, muito própria aos movimentos revolucionários, nunca mais deixou de ser tematizada pelos constitucionalistas de Weimar, que se dividiram entre aqueles que sustentavam a ruptura com a antiga ordem e outros que (não sem oportunismo) advogavam uma continuidade com o ordenamento imperial, como era o caso de Gerhard Anschütz⁵²⁵. Essa é só uma pequena mostra do quão intrincado é falar sobre a República de Weimar. Nada é gratuito, e tampouco pacífico.

Mas, independentemente do juízo de valor que um ou outro constitucionalista fazia acerca do regime de Weimar, eles precisavam assumir o suposto que aquilo se tratava de uma república, e não de uma monarquia⁵²⁶. Quantas conseqüências para o direito público teve essa assunção inicial. Como apontou Michael Stolleis, “tudo teve que ser repensado”, pois “o desaparecimento das monarquias, em particular, destruiu o

⁵²¹ LANCHESTER, Fulco. *Alle origini di Weimar: il dibattito costituzionalistico tedesco tra il 1900 e il 1918*, p. 196. Cf. LOUREIRO, Isabel. *A Revolução Alemã (1918-1923)*. São Paulo: Unesp, 2005.

⁵²² LANCHESTER, Fulco. *Alle origini di Weimar: il dibattito costituzionalistico tedesco tra il 1900 e il 1918*, p. 197.

⁵²³ LANCHESTER, Fulco. *Alle origini di Weimar: il dibattito costituzionalistico tedesco tra il 1900 e il 1918*, p. 197.

⁵²⁴ THALMANN, Rita. *A República de Weimar*. Trad. Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: 1988, p. 10.

⁵²⁵ LANCHESTER, Fulco. *Alle origini di Weimar: il dibattito costituzionalistico tedesco tra il 1900 e il 1918*, p. 197.

⁵²⁶ STOLLEIS, Michael. *A History of Public Law in Germany 1914-1945*, p. 142.

ponto de referência intelectual e a legitimação interna de muitas instituições que se orientavam a partir da monarquia constitucional”⁵²⁷. Por um século as operações do sistema do direito foram predominantemente descritas a partir do referente semântico *princípio monárquico*. O monarca foi construído como centro e vértice do Estado, a ponto de poder considerar os direitos fundamentais como bondosas concessões unilaterais e o Parlamento como uma “simples comissão legislativa”⁵²⁸.

De uma hora para outra, com as leis de 28 de outubro de 1918, mas principalmente com a proclamação da República de Weimar, a publicística perdeu o seu norte, o *princípio monárquico*, construído com vigor desde o Congresso de Viena, uma vez que a Constituição de Weimar foi muito enfática em afirmar que “o *Reich* alemão é uma república. O poder do Estado emana do povo” (art. 1º)⁵²⁹.

À publicística se impôs a seguinte questão: como é possível observar a unidade do Estado em um Estado cujo ápice não é o monarca, mas o povo? Um problema que, por um lado, é muito hobbesiano, pois quer saber como unir a multidão em uma unidade chamada Estado⁵³⁰; por outro, é muito hegeliano, porquanto parte do suposto de que sem um Estado que encarna um momento superior da eticidade, somente se tem o irracional, uma potência informe, o *vulgus*, mas não um *populus*⁵³¹. A unidade do Estado, assim, continua a ser condição de possibilidade do direito constitucional: ao menos enquanto problema.

No sentido de fornecer-lhe uma resposta a tal problema, os juristas não poderiam fazer de conta que a Constituição de Weimar não existia: ela tinha que ser levada em consideração. Mas uma Constituição não é um dado auto-evidente. Pelo exame de seu surgimento, realizado *supra*, discorreu-se que na modernidade ela realiza o acoplamento estrutural entre o sistema do direito e o sistema da política, mas saber *como* isso ocorre depende de observações de segunda ordem realizadas *a partir do texto*, mas que, até por isso, transcendem ao texto escrito. Assim, a Constituição de Weimar foi descrita a partir de como se entendia o relacionamento entre direito e

⁵²⁷ STOLLEIS, Michael. *A History of Public Law in Germany 1914-1945*, p. 47.

⁵²⁸ 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”. In: *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l’étranger*, pp. 744-745.

⁵²⁹ Edição utilizada: “La Costituzione di Weimar dell’11 agosto 1919” (Reichsgesetzblatt, n. 152, p. 1383). In: LANCHESTER, Fulco. *Le Costituzione tedesche da Francoforte a Bonn: introduzione e testi*. Milano: Giuffrè, 2002, pp. 189-230.

⁵³⁰ HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Silva. São Paulo: Abril Cultural, 1974, p.109. Trata-se do célebre Cap. XVII.

⁵³¹ HEGEL, Georg Friedrich Wilhelm. *Enciclopédia das ciências filosóficas em compêndio III: a filosofia do Espírito* (1830). Trad. Paulo Meneses. São Paulo: Edições Loyola, 1995, § 544, p. 316.

política. As soluções para tanto, fornecidas pelo “laboratório Weimar”, foram inúmeras. A busca pela melhor descrição de uma ordem constitucional baseada na soberania popular em um tempo de democracia de massas deu luz a uma fábrica de idéias das mais ricas que a história constitucional dá notícia⁵³².

Costuma-se denominar *Methodenstreit*, “luta pelo método”, a esse imenso e interessante confronto, ocorrido na República de Weimar, entre observações que propunham como deveria acontecer o relacionamento entre direito e política⁵³³. À primeira vista, nada disso parece ser realmente novo, afinal, consoante exposto, a semântica *Rechtsstaat*, durante o século XIX, foi muitas vezes selecionada justamente no sentido de descrever um sistema do direito que tem sua contrafactividade levada em conta pela política. A novidade é, precisamente, o surgimento inédito, no âmbito alemão, da supremacia constitucional⁵³⁴.

Ao contrário da Constituição de 1871, a Constituição de Weimar possui superioridade jurídica em relação à legislação ordinária, uma vez que extipula processo diferenciado de emenda (art. 76(1) WRV). Não se limita, também, a traçar obrigações, porquanto possuía um catálogo de direitos fundamentais, (a exemplo da Constituição de *Paulskirche*). Apenas para citar dois exemplos. Eram temas inéditos para o direito alemão. Uma Constituição apoiada na soberania popular, com rigidez formal frente as demais normas estatais, consiste em imenso ônus para uma semântica que conceba os problemas-de-limite entre direito e política como meras “questões de poder”, em detrimento de sua dimensão constitucional.

Já que direitos fundamentais, sob a égide democrática, não podem ser considerados uma concessão outorgada do monarca, surge um problema para além da função básica dos direitos fundamentais de limite ao poder. A ordem constitucional de Weimar expressa – conjuntamente com a sua coetânea, a Constituição do México de 1917 – um deslocamento semântico da noção de direitos fundamentais: agora eles traduzem, também, meios juridicamente aptos para se requerer que o sistema da política

⁵³² FROSINI, Tommaso Edoardo. “Costituzione e sovranità nella dottrina della Germania di Weimar”. In: *Il Politico: Rivista Italiana di Scienze Politiche*. Ano LXI, nº 1. Pavia: Università degli Studi di Pavia, janeiro-março de 1996, pp. 96-97. Uma interessante introdução ao tema: BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e estado de exceção permanente: atualidade de Weimar*. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004, pp. 25-50 (nas quais o autor analisa como os direitos fundamentais, mormente aqueles que disciplinavam a ordem econômico-social, foram percebidos em Weimar, por seus juristas coevos).

⁵³³ KORIOTH, Stefan. “Prologue: The Shattering of Methods in Late Wilhelmine Germany”. In: SCHLINK, Bernhard. JACOBSON, Arthur J. (orgs.). *Weimar: a Jurisprudence of Crisis*. Berkeley: University of California Press, 2002, p. 49.

⁵³⁴ FRIEDRICH, Carl Joachim. “The issue of Judicial Review in Germany” (1928). In: *Political Science Quarterly*. Vol. 43, nº 2. New York: Columbia University, junho de 1928, p. 190.

adote certas programações decisórias⁵³⁵ (o que não garante ao direito que isso aconteça, pois a política possui a sua própria autopoiése). Quando contextualizado historicamente, pode-se ver o porquê dessa oscilação semântica: o Estado deveria compensar a imensa exclusão social herdada pelo liberalismo econômico do Oitocentos⁵³⁶. E, dessa forma, “o desafio que se colocava ao Estado em termos de direitos fundamentais era, sem dúvida alguma, imenso, transformar aquela massa de desvalidos, antes vista como sociedade civil, em cidadãos”⁵³⁷.

A novidade de Weimar desprovia os observadores de “aspectos peculiares” muito caros ao constitucionalismo monárquico. Porém, isso não se deu mediante decreto da assembléia constituinte de Weimar. Algumas semânticas-chave do Oitocentos foram esquecidas pela memória do direito porque o tempo Weimar não aceitava a sua seleção, ou, sendo mais direto: porque os problemas que a sociedade apresentava eram totalmente diversos daqueles que ensejaram o aparecimento do constitucionalismo *Reich und Kaiser*. Quando a novidade do regime de Weimar é associada às sérias questões sociais que desafiavam a sua existência, percebe-se então, o porquê do aspecto meio agônico meio bélico assumido pela *Methodenstreit* de Weimar: “a intensidade apaixonada do debate tinha alguma coisa a ver com a profunda insegurança engendrada precisamente por tais questões”⁵³⁸. Em notável ruptura epistemológica com o labandismo, a teoria do direito público foi então profundamente “politicizada”, porquanto assumiu a função de um “oráculo ao qual era possível se valer em busca de socorro”⁵³⁹. Um autor como Heinrich Triepel é uma excelente manifestação dessa nova postura, quando afirma que “uma compreensão total das normas de Direito Público (*Staatsrecht*) é absolutamente impossível sem a inclusão do político”, sendo o político “tudo aquilo que se referia às finalidades do Estado ou à sua delimitação em respeito às finalidades individuais”⁵⁴⁰.

⁵³⁵ DE GIORGI, Raffaele. “Semântica da idéia de direito subjetivo”. In: *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*, p. 109-110. LUHMANN, Niklas. *Teoría Política en el Estado de Bienestar*. Ed. Fernando Vallespín. Madrid: Alianza Editorial, 1997, pp. 47-52.

⁵³⁶ ARAUJO PINTO, Cristiano Paixão. “Arqueologia de uma distinção: o público e o privado na experiência histórica do direito”. In: PEREIRA, Cláudia Fernanda Oliveira (org.). In: *O novo direito administrativo brasileiro: o Estado, as agências e o terceiro setor*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2003, p. 40.

⁵³⁷ CARVALHO NETTO, Menelick de. “A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais”. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). *Jurisdição constitucional e os direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 149.

⁵³⁸ STOLLEIS, Michael. *A History of Public Law in Germany 1914-1945*, p. 143.

⁵³⁹ STOLLEIS, Michael. *A History of Public Law in Germany 1914-1945*, p. 143.

⁵⁴⁰ TRIEPEL, Heinrich. *Derecho público e política* (1926). Ed. José Luis Carro. Madrid: Civitas, 1974, p. 53.

Considerando a existência inquestionável de uma Constituição em sentido moderno na República de Weimar, que busca estabelecer a forma da comunicação entre direito e política, deve-se perceber que quando os juristas de Weimar debatiam, na *Methodenstreit*, sobre como dever-se-ia acontecer a comunicação entre direito e política, eles efetuavam, ao fim e ao cabo, uma observação de segunda ordem sobre a Constituição⁵⁴¹. A um primeiro exame, pode parecer que o surgimento da supremacia constitucional tenha tornado a referência *Rechtsstaat* obsoleta. Ainda mais quando se atenta para o fato de que *Rechtsstaat* não aparece em nenhuma oportunidade ao longo do texto da Constituição de Weimar⁵⁴². Mas não é o caso. A noção de *Rechtsstaat* continuou a exercer seu protagonismo na organização da comunicação da sociedade. Agora, por Weimar ser uma república e com uma Constituição positivada, “todos aceitavam o *Rechtsstaat* como uma evidência e não o discutiam mais. Preferia-se discutir as conseqüências concretas do princípio”⁵⁴³.

Com efeito, a *Methodenstreit* pode ser observada a partir de tais premissas, que são mais bem percebidas quando exemplificadas. Nessa senda, Gerhard Anschütz tinha uma interpretação muito difundida do princípio da igualdade. Ele afirmou que essa questão em nada mudou entre 1850 e 1919, uma vez que, segundo ele acreditava, o princípio da igualdade, previsto pela Constituição de Weimar, deveria ser interpretado do mesmo modo que o art. 4^a da Constituição Prussiana de 1850. Este dizia que todos os prussianos são iguais perante a lei. Só que o “perante” significa, advoga Anschütz, *em face da lei (angesichts des Gesetzes)*. Ou seja: o Legislativo define o quão iguais são as pessoas, pois isso seria um livre entendimento soberano⁵⁴⁴. Olivier Jouanjan, de forma muito apropriada, percebeu que isso também é um conceito de *Rechtsstaat* que se traduz

⁵⁴¹ Entre os autores da época, foi talvez Herman Heller aquele que percebeu com mais clareza a competição de semânticas, de descrições que procuravam ser a “melhor” observação acerca da Constituição, a *Methodenstreit*: HELLER, Herman. *Las ideas políticas contemporáneas* (1930). Trad. Manuel Pedroso. Granada: Editorial Comares, 2004. Assim, Heller identifica, em tal obra, “idéias monárquicas” (pp. 17-44), “idéias democráticas” (pp. 45-70), “idéias liberais” (pp. 71-90), “idéias nacionais” (pp. 91-116) e “idéias socialistas” (pp. 117-153). Sendo que tais idéias (que podem ser entendidas como semânticas) são expostas após um capítulo inicial em que Heller discorre acerca dos “fundamentos comuns das formas de nosso pensamento político” (pp. 7-16), o que significa, a partir do léxico conceitual desta investigação: a *memória de Weimar*.

⁵⁴² GUSY, Christoph. “Le principe du *Rechtsstaat* dans la République de Weimar: crise de l’État de droit et crise de la science du droit public”. In: JOUANJAN, Olivier (org.). *Figures de l’État de droit: Le Rechtsstaat dans l’histoire intellectuelle et constitutionnelle de l’Allemagne*. Strasbourg: Presses Universitaires de Strasbourg, 2001, p. 332.

⁵⁴³ GUSY, Christoph. “Le principe du *Rechtsstaat* dans la République de Weimar: crise de l’État de droit et crise de la science du droit public”. In: JOUANJAN, Olivier (org.). *Figures de l’État de droit: Le Rechtsstaat dans l’histoire intellectuelle et constitutionnelle de l’Allemagne*, p. 333.

⁵⁴⁴ JOUANJAN, Olivier. *Le principe d’égalité devant la loi en droit allemand*. Paris: Economica, 1992, pp. 86-87.

pelo seguinte imperativo: “manter o conceito positivista e formalista no contexto democrático”⁵⁴⁵.

Já um Rudolf Smend utilizava-se de noções próprias à teologia protestante⁵⁴⁶ para se queixar do déficit de integração vivenciado por Weimar. Um problema que não existia quando a Alemanha era uma monarquia, pois “o efeito integrador da monarquia atua através de um conjunto de valores essencialmente indiscutíveis, valores que ela mesma simboliza e representa, e por meio dos quais se legitima”⁵⁴⁷. Nesse quadro, a crença em uma divindade terrena encontra na Constituição um equivalente, que passa a ser “a dinâmica vital mediante a qual se desenvolve a vida do Estado, quer dizer, seu processo de integração”⁵⁴⁸. Os direitos fundamentais desenvolvem, nesse argumento, papel essencial, pois “representariam um sistema de valores concretos, que resumiria o sentido da vida estatal na Constituição”⁵⁴⁹. Novamente com Jouanjan, nota-se que tal postura axiológica procura “renovar a concepção material do Estado de Direito”⁵⁵⁰.

Por seu turno, a contribuição teórica de Hermann Heller, busca “repensar o Estado de Direito social”⁵⁵¹. Heller não se contenta com a formalidade do Estado de Direito liberal, mas também não deseja aboli-la. Ele afirma: “aprovamos o Estado autoritário, tanto por motivos socialistas como político-nacionais”⁵⁵². O que em termos práticos significa “transformar o Estado liberal em um Estado socialista de direito, mas não eliminar o Estado de Direito em geral”, porquanto dever-se-ia manter a separação

⁵⁴⁵ JOUANJAN, Olivier. “Présentation”. In: JOUANJAN, Olivier (org.). *Figures de l'État de droit: Le Rechtsstaat dans l'histoire intellectuelle et constitutionnelle de l'Allemagne*, p. 46.

⁵⁴⁶ A definição de “Integração”, no *Evangelisches Staatslexikon* é impressionante: a integração é “o ponto de partida material para uma ética protestante do indivíduo no Estado. Esta deve tomar a frente do processo vital no qual a individualidade é solicitada a se empenhar na comunidade, em particular na comunidade estatal”. SMEND, Rudolf. “Integrazione” (1959). In: *Costituzione e diritto costituzionale*. Trad. F. Fiore e J. Luther. Milano: Giuffrè, 1988, p. 288.

⁵⁴⁷ SMEND, Rudolf. “Constitución y Derecho Constitucional” (1928). In: *Constitución y Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 172.

⁵⁴⁸ SMEND, Rudolf. “Constitución y Derecho Constitucional” (1928). In: *Constitución y Derecho Constitucional*, p. 132.

⁵⁴⁹ BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e estado de exceção permanente: atualidade de Weimar*, p. 37.

⁵⁵⁰ JOUANJAN, Olivier. “Présentation”. In: JOUANJAN, Olivier (org.). *Figures de l'État de droit: Le Rechtsstaat dans l'histoire intellectuelle et constitutionnelle de l'Allemagne*, p. 49.

⁵⁵¹ JOUANJAN, Olivier. “Présentation”. In: JOUANJAN, Olivier (org.). *Figures de l'État de droit: Le Rechtsstaat dans l'histoire intellectuelle et constitutionnelle de l'Allemagne*, p. 49. A teoria do Estado de Herman Heller não recebeu, em solo nacional, a atenção que merece. Na tentativa de somar esforços para preencher essa lacuna: BERCOVICI, Gilberto. “As possibilidades de uma Teoria do Estado”. In: LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes (orgs.). *Democracia, direito e política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller*. Florianópolis: Fundação Boiteux; Conceito Editorial, 2006, pp. 325-343.

⁵⁵² HELLER, Herman. “Metas y límites de una reforma de la Constitución alemana”. In: *El sentido de la política y otros ensayos*. Trad. Maximiliano Marcos. Valencia: Pre-Textos, 1996, p. 70.

dos poderes e os direitos fundamentais⁵⁵³, todavia, sob a égide de uma economia planificada estatalmente, que coletivize os meios de produção, submetendo-os à autoridade do Estado⁵⁵⁴.

Pois bem. Anschütz, Smend e Heller tematizam, respectivamente, o princípio da igualdade, a efetivação de direitos fundamentais e a “constituição econômica”⁵⁵⁵ no âmbito da República de Weimar. Não seria nada absurdo apontar que, quando eles realizam suas considerações, debruçam-se sobre “conseqüências concretas” da noção de Estado de Direito, conforme sugeriu Christoph Gusy. Mas o caráter esquemático que assumiu a menção que se fez às teorias desses três autores não pode obscurecer o fato de que a *Methodenstreit* foi muito maior que isso, tendo envolvido desde abordagens sobre “essência” e função do Estado até obras que interpretaram o aparato organizacional dos *Länder*⁵⁵⁶. Os autores são vários, os temas inúmeros. Ante a essa “galáxia de comunicação”, impende que se realize uma redução de complexidade.

Nos dois próximos capítulos, examinar-se-á um aspecto pontual das teorias de Hans Kelsen e de Carl Schmitt: a relação existente entre seus conceitos de *Rechtsstaat* e suas respectivas propostas para a guarda da Constituição. É verdade que, com isso, se deixa de abordar outros autores importantes, mas há uma justificativa para tanto: os empreendimentos teóricos de Kelsen e de Schmitt lograram tradução em organizações formais, no âmbito da República de Weimar. A polêmica Kelsen-Schmitt é mais que uma troca elegante de farpas; consiste em um notável embate semântico entre as justificativas de duas organizações formais que, naquele período, disputaram a guarda da Constituição: Judiciário e a Presidência do *Reich*. O primeiro inspirado apenas em certa medida em Kelsen, mas por ele defendido; o segundo arduamente sustentado por Schmitt. Por essa razão tais autores consistem em capítulos centrais da *Methodenstreit*. E por isso é necessário noticiar ainda que brevemente como essas duas propostas de guarda da Constituição foram selecionadas na memória de Weimar. O que

⁵⁵³ HELLER, Herman. “Metas y límites de una reforma de la Constitución alemana”. In: *El sentido de la política y otros ensayos*, pp. 73-74.

⁵⁵⁴ BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e estado de exceção permanente: atualidade de Weimar*, p. 132.

⁵⁵⁵ Usualmente considerada como a previsão de tarefas, na forma constitucional, a serem efetivadas pelo Estado, ou seja “a expressão do econômico no plano político”, segundo: BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e estado de exceção permanente: atualidade de Weimar*, p. 39. No Brasil, a difusão da abordagem da “constituição econômica” se deu, sobretudo, por obra de: GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

⁵⁵⁶ STOLLEIS, Michael. *A History of Public Law in Germany 1914-1945*, p. 141.

significa falar sobre o tempo rápido dos acontecimentos, da política, daquilo que Fernand Braudel chamou de “tempo breve”⁵⁵⁷. Primeiro, o Judiciário.

O Poder Judiciário de Weimar tinha no *Reichsgericht* e no *Staatsgerichtshof* seus principais tribunais. O *Reichsgericht* consistia na última instância recursiva para causas cíveis e penais; era composto pela soma de juízes oriundos de outras treze cortes, e se dividia em oito câmaras cíveis, quatro criminais e uma corte nacional trabalhista⁵⁵⁸. Já o *Staatsgerichtshof* (previsto pelo art. 108 WRV) tinha a função de julgar causas muito típicas a um sistema federalista, ou seja, conflito entre os entes federados, lembrando, nesse particular, a Corte Constitucional da Áustria, porém tinha competências mais modestas⁵⁵⁹. Durante a República de Weimar, julgou 37 litígios entre o *Reich* e os *Länder* (questões de competência), sete querelas entre *Länder* e vários conflitos internos a determinados *Länder* (principalmente entre governo e dietas)⁵⁶⁰.

O *Staatsgerichtshof* era composto ordinariamente pelo presidente do *Reichsgericht*, três juízes do *Reichsgericht* e três juízes das Cortes Administrativas superiores da Prússia, da Bavária e da Saxônia⁵⁶¹. Dependendo do litígio em tela a composição do *Staatsgerichtshof* era adaptada *ad hoc*, conforme estabeleceu a sua lei orgânica⁵⁶²: nos casos de *impeachment* ministerial ou presidencial (art. 59 WRV), por exemplo, o número de julgadores era aumentado para quinze, sendo os juízes extraordinários apontados pelo *Reichstag*⁵⁶³. Há, inclusive, quem veja nisso um resquício da idéia alemã de arbitragem política, realizada no Sacro Império pelo *Reichskammergericht* e no Império de Bismarck pelo *Bundesrat* (art. 76, Constituição

⁵⁵⁷ Obviamente, ele não era o objeto de estudo por excelência de Braudel, que por sinal deu mais atenção à longa duração, “o tempo quase imóvel”. BRAUDEL, Fernand. “A longa duração”. In: *História e Ciências Sociais*. Trad. Rui Nazaré. 6ª ed. Lisboa: Editorial Presença, 1990, pp. 7-10, 19, 35.

⁵⁵⁸ CALDWELL, Peter C. *Popular sovereignty and the crisis of the German constitutional law: the theory and practice of Weimar constitutionalism*, pp. 146-147.

⁵⁵⁹ STOLLEIS, Michael. *A History of Public Law in Germany 1914-1945*, p. 96.

⁵⁶⁰ JOUANJAN, Olivier. “Aperçu d’une histoire des fonctions de justice constitutionnelle en Allemagne (1815-1933)”. In: GREWE, Constance. JOUANJAN, Olivier. MAULIN, Éric. WACHSMANN, Patrick (orgs.). *La notion de “justice constitutionnelle”*. Paris: Dalloz, 2005, p. 42.

⁵⁶¹ JOUANJAN, Olivier. “Aperçu d’une histoire des fonctions de justice constitutionnelle en Allemagne (1815-1933)”. In: GREWE, Constance. JOUANJAN, Olivier. MAULIN, Éric. WACHSMANN, Patrick (orgs.). *La notion de “justice constitutionnelle”*, p. 41.

⁵⁶² Trata-se da “Gesetz über den Staatsgerichtshof von 9. Juli 1921”, publicada na *Reichsgesetzblatt* 1921, 905. Segundo STOLLEIS, Michael. *A History of Public Law in Germany 1914-1945*, p. 96.

⁵⁶³ CALDWELL, Peter C. *Popular sovereignty and the crisis of the German constitutional law: the theory and practice of Weimar constitutionalism*, p. 147.

de 1871)⁵⁶⁴. Todavia, a existência de uma Constituição apoiada na soberania popular, com separação de poderes (o que implica em independência do Judiciário), estabelecimento de direitos fundamentais, entre outras peculiaridades organizacionais, conferiam tanto ao *Staatsgerichtshof* quanto ao *Reichsgericht* a *chance* de eles serem um tribunal em sentido moderno: julgando casos e controvérsias independentemente de se realizar funções de governo⁵⁶⁵. E eles pretenderam ser. Ver nisso uma orientação propriamente “republicana” não parece ser, porém, tão acertado.

Após o crítico ano de 1923 – no qual foi possível ver um dólar valer um bilhão de marcos, em 1º de novembro de 1923⁵⁶⁶ – a Chancelaria do *Reich*, por meio de uma lei de plenos poderes aprovada em 8 de dezembro de 1923, tomou algumas medidas normativas no sentido de disciplinar a correção monetária de aplicações, empréstimos, enfim – algo necessário após um período de hiperinflação⁵⁶⁷. Uma vez que as correções foram inferiores ao percentual inflacionário, a Associação dos Juízes (*Richterverein*) divulgou uma carta aberta (um mês após) em que afirmou que tais medidas atingiam os princípios da igualdade e da propriedade; além de violar os “*boni mores*”, seja lá o que isso venha significar. Com isso tinha-se uma “declaração aberta de guerra do Judiciário contra os políticos, e os políticos capitularam”⁵⁶⁸. O parlamento começou a ser visto como um perigo por alguns segmentos influentes da sociedade alemã, e de uma hora para outra controle de constitucionalidade e direitos fundamentais passaram a ser muito valorizados: principalmente pelos juristas mais antiliberais, como Schmitt e Smend⁵⁶⁹.

Nesse movimento, em 30 de maio de 1925 o Presidente do *Reichsgericht*, Walter Simons, escreveu uma correspondência confidencial para o Ministro da Justiça em que expusera a necessidade de um mecanismo de controle de constitucionalidade, já

⁵⁶⁴ LE DIVELLEC, Armel. “Les prémices de la justice constitutionnelle en Allemagne avant 1945”. In: CHAGNOLLAUD, Dominique (org.). *Aux origines du contrôle de constitutionnalité XVIIIe.-XXe. Siècle*, pp. 106 e 136.

⁵⁶⁵ Para mais detalhes: LUHMANN, Niklas. “A posição dos tribunais no sistema do direito”. In: *Revista da Ajuris*, pp. 149-155, principalmente.

⁵⁶⁶ RICHARD, Lionel. *A República de Weimar (1919-1923)*. Trad. Jônatas Batista Neto. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 92.

⁵⁶⁷ CALDWELL, Peter C. *Popular sovereignty and the crisis of the German constitutional law: the theory and practice of Weimar constitutionalism*, p. 148.

⁵⁶⁸ STOLLEIS, Michael. “Judicial review, administrative review, and constitutional review in the Weimar Republic”. In: *Ratio Juris*. Vol. 16, nº 2. Oxford: Blackwell, junho de 2003, p. 273.

⁵⁶⁹ STOLLEIS, Michael. “Judicial review, administrative review, and constitutional review in the Weimar Republic”. In: *Ratio Juris*, p. 273. Cf. ARANHA, Márcio Iorio. *Interpretação Constitucional e as Garantias Institucionais dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2000, p. 205.

que a Constituição de Weimar não foi expressa a esse respeito⁵⁷⁰. Simons afirmava “que os exemplos dos Estados Unidos da América e da Suíça mostravam que um tribunal forte é um necessário contrapeso à soberania popular”⁵⁷¹. A Chancelaria permaneceu inerte. Até quando o *Doktor* Simons cansou de esperar. No célebre acórdão de 4 de novembro de 1925⁵⁷², o *Reichsgericht* julgou a lei de correções monetárias como sendo constitucional, mas simultaneamente declarou:

A Constituição do Reich adotou, no art. 102, o princípio (...) de que os juízes são independentes e sujeitos apenas às leis. Esta última disposição não obsta que a validade de uma lei do *Reich*, ou parte de suas prescrições, possa ser negada pelo juiz na medida em que elas conflitem com outras regras de direito que são de autoridade superior. (...) Uma vez que a Constituição do *Reich* não contém disposições no sentido de afastar a decisão sobre a constitucionalidade das leis do *Reich* da alçada dos tribunais – transferindo-a assim para outra autoridade determinada – o direito e a obrigação do juiz de examinar a constitucionalidade das lei deve ser reconhecida.⁵⁷³

Como inclusive já foi notado⁵⁷⁴, o argumento lembra, e muito, o raciocínio de John Marshall no *Marbury v. Madison*, oportunidade em que a Suprema Corte norte-americana, afirmou sua competência para realizar a *judicial review*, apesar de não ter enfrentado a questão de fundo. Por sua vez, o *Reichsgericht* também afirmou sua competência para declarar a inconstitucionalidade das leis (*inter partes*, e *in concreto*, *incidenter tantum*) mesmo não o fazendo no caso, em relação à lei de correção monetária⁵⁷⁵.

O *Staatsgerichtshof* não deixou por menos. Em acórdão de 15 de outubro de 1927, ele se declara “guardião da Constituição”, passando a admitir, em aresto lavrado em 17 de dezembro de 1927, “os recursos formulados pelos partidos políticos ao argumento de violação dos princípios gerais do direito eleitoral pela lei regional”;

⁵⁷⁰ Cf. HARTMANN, Bernd J. “The arrival of judicial review in Germany under the Weimar Constitution”. In: *BYU Journal of Public Law*. Vol. XVIII, nº 1. Provo (Utah): Brigham Young University, 2003-2004, pp. 112-127.

⁵⁷¹ CALDWELL, Peter C. *Popular sovereignty and the crisis of the German constitutional law: the theory and practice of Weimar constitutionalism*, p. 146.

⁵⁷² A fonte de publicação é: RGZ (*Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*), 111, 320.

⁵⁷³ FRIEDRICH, Carl Joachim. “The issue of Judicial Review in Germany” (1928). In: *Political Science Quarterly*, p. 197.

⁵⁷⁴ NELSON, William E. *Marbury v. Madison: the origins and legacy of judicial review*. Lawrence: University Press of Kansas, 2000, pp. 105-106.

⁵⁷⁵ HARTMANN, Bernd J. “The arrival of judicial review in Germany under the Weimar Constitution”. In: *BYU Journal of Public Law*, pp. 124-125.

minorias parlamentares também foram aceitas como legitimadas para agir⁵⁷⁶. Em outro ponto, todavia, o tribunal continua irreduzível: “ele recusa o acesso de individuais seja na qualidade de eleitores, seja enquanto sujeitos de direitos constitucionais”⁵⁷⁷. Mas um pouco antes, na decisão de 17 de novembro de 1927 é que as pretensões de tal tribunal ficam bem claras. O *Staatsgerichtshof* afirma, na oportunidade, ser impossível realizar o exame de compatibilidade entre a norma do *Reich* e a norma do *Land*, consoante determinado pelo art. 13 (2) WRV (chamado pela doutrina de *richterliches Prüfungsrecht*) sem que se pronuncie acerca da constitucionalidade da lei do *Reich* que normatiza a questão concreta. No caso concreto, o tribunal qualificou a lei em exame (que dava novo estatuto jurídico ao imposto sobre a cerveja nos *Länder* de Württemberg, Baden e Baviera) como inválida, *ungültig*⁵⁷⁸. Todavia, esse foi o único caso de declaração (ou de constituição?) em abstrato de invalidade de uma lei.

Apesar da declaração de princípios do Judiciário alemão de realizar controle de constitucionalidade, dado o pavor que um *Reichstag* dominado pela SPD oferecia para setores influentes da Alemanha, “na verdade o uso desse direito de controle até 1933 foi extremamente modesto e jamais completamente estabelecido, mesmo entre os juízes do *Reichsgericht*”⁵⁷⁹. Em sua imensa maioria, os juízes alemães descendiam do Império, tendo sido treinados nos estritos cânones do positivismo labandiano. Tal abordagem teórica até explica a rejeição fortemente disseminada entre eles da soberania popular, mas torna compreensível também o seu desconforto em realizar o exame material da constitucionalidade das leis⁵⁸⁰; algo totalmente diverso do antigo controle formal de constitucionalidade, do tempo do Império, que verificava tão-somente se a lei em questão tinha sido sancionada pelo monarca e publicada na *Reichsgesetzblatt*⁵⁸¹.

Mesmo assim, a Presidência do *Reich* viu tal movimento com reservas, e logo em 16 de dezembro de 1926 já havia enviado projeto de lei (por meio da Chancelaria)

⁵⁷⁶ JOUANJAN, Olivier. “Un positiviste dans la crise: Richard Thoma”. In: KERVÉGAN, Jean-François (org.). *Crise et pensée de la crise en droit: Weimar, sa république et ses juristes*. Paris: ENS Éditions, 2002, p. 42.

⁵⁷⁷ JOUANJAN, Olivier. “Aperçu d’une histoire des fonctions de justice constitutionnelle en Allemagne (1815-1933)”. In: GREWE, Constance. JOUANJAN, Olivier. MAULIN, Éric. WACHSMANN, Patrick (orgs.). *La notion de “justice constitutionnelle”*, p. 42.

⁵⁷⁸ Descrição do caso em: VILLALÓN, Pedro Cruz. *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987, pp. 152-159.

⁵⁷⁹ JOUANJAN, Olivier. “Aperçu d’une histoire des fonctions de justice constitutionnelle en Allemagne (1815-1933)”. In: GREWE, Constance. JOUANJAN, Olivier. MAULIN, Éric. WACHSMANN, Patrick (orgs.). *La notion de “justice constitutionnelle”*, p. 44.

⁵⁸⁰ STOLLEIS, Michael. “Judicial review, administrative review, and constitutional review in the Weimar Republic”. In: *Ratio Juris*, p. 273.

⁵⁸¹ HEUN, Werner. “Supremacy of the constitution, separation of powers, and judicial review in Nineteenth-Century German Constitutionalism”. In: *Ratio Juris*, p. 200.

no sentido de tornar o controle de constitucionalidade como sendo *concentrado* no *Staatsgerichtshof*, desenvolvido a partir de um processo em *abstrato*, que teria como condição processual de admissibilidade o agrupamento de um terço dos membros do *Reichstag* – que seria o único legitimado⁵⁸². O que consistia em uma certa aproximação com a Corte Constitucional da Áustria, e que se explica pelo “diálogo” existente entre tal projeto de lei com o 34º Congresso de Juristas Alemães, em 1926, e com o encontro de 1928 da Associação dos Professores Alemães de Direito Público, ocorrido em Viena, e no qual ocorreu o célebre confronto de Hans Kelsen com Heinrich Trippel⁵⁸³. Tal aproximação, contudo, não deve encobrir o fato de que a Corte austríaca, criação de Kelsen, não era propriamente um órgão judiciário (o que será visto depois).

De toda sorte, o projeto foi arquivado em 1928: naquele ano, a situação institucional da República de Weimar conheceu uma notável piora. À época, uma recessão acomete as finanças públicas, cuja prova é dada pelo déficit da balança de pagamentos do *Reich*, que atinge a expressiva marca negativa de 4,5 bilhões de marcos, no final de 1927⁵⁸⁴. Sentindo que as coisas não andavam nada bem, Hermann Müller, então Chanceler do *Reich*, levou o problema à reunião da Liga das Nações, em setembro de 1928; os peritos de tal organismo internacional propuseram, assim, o Plano Young, em maio de 1929, cuja execução foi regulamentada mediante vários acordos travados entre os Aliados e Alemanha durante conferência acontecida em Haia entre 6 e 31 agosto de 1929⁵⁸⁵. Para o governo alemão, as parcelas da dívida não seriam pagas mediante a tomada de empréstimos exteriores, mas sim mediante o excedente das exportações⁵⁸⁶.

A estratégia poderia até dar certo se não ocorresse um fato inesperado: a quebra da Bolsa de Valores em Wall Street. Um evento que foi desastroso para toda a economia global, mas que teve seus efeitos sentidos com mais intensidade ainda por uma economia frágil e debilitada como era a Alemanha, recentemente saída de uma

⁵⁸² HARTMANN, Bernd J. “The arrival of judicial review in Germany under the Weimar Constitution”. In: *BYU Journal of Public Law*, pp. 125-126. Há excelente descrição do projeto de 1926, com detalhada notícia de sua tramitação em: VILLALÓN, Pedro Cruz. *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, pp. 171-215.

⁵⁸³ VILLALÓN, Pedro Cruz. *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, pp.181-185; STOLLEIS, Michael. *A History of Public Law in Germany 1914-1945*, pp. 187-189.

⁵⁸⁴ KLEIN, Claude. *Weimar*. Trad. Geraldo Souza. São Paulo: Ed. Perspectiva, 1995, p. 73.

⁵⁸⁵ KOLB, Eberhard. *The Weimar Republic*, p. 64. O Plano Young era abertamente favorável à Alemanha, porquanto diminuía o montante das indenizações, e dividia-a em 52 anuidades. Cf. KLEIN, Claude. *Weimar*, p. 62.

⁵⁸⁶ RICHARD, Lionel. *A República de Weimar (1919-1923)*, pp. 111-112.

guerra⁵⁸⁷. Principalmente porque a Alemanha, dependia fortemente de empréstimos oriundos dos Estados Unidos da América, o que duplicava o problema: “os empréstimos não lhe podiam ser renovados, o reembolso dos antigos lhe eram reclamados”⁵⁸⁸. Sem renovar os empréstimos a fonte de crédito para a produção industrial secou. Somado a isso, um enorme número de países, como os Estados Unidos, por exemplo, protegeram a sua economia mediante a imposição de drásticos limites à importação. A Alemanha não teve como ter um excedente em suas exportações, então. Nem como pagar as parcelas do Plano Young, por isso. E a situação econômica de Weimar somente se agravou à proporção que passavam aqueles que seriam seus últimos dias. Em abril de 1929, havia 2,3 milhões de desempregados alemães; no início de 1931, 5 milhões; no começo de 1932, 6 milhões, o equivalente a quase 45% da população econômica ativa⁵⁸⁹. Aumentado o índice de desemprego, a arrecadação de impostos caiu mais ainda, assim como as bancarrotas no setor empresarial, o que resulta em mais desemprego ainda⁵⁹⁰. Um círculo vicioso.

O sistema da política não consegue passar ileso a modificações sociais tão profundas. Na Alemanha de Weimar, não foi diferente. Os cidadãos tinham necessidades concretas e urgentes, e faziam seus representantes saber disso. Com essa evolução (isto é: mudança na estruturação da comunicação social) sofrida pelo sistema da economia, e pela sociedade, o sistema da política se viu frente a uma variação comunicativa, um ruído que precisava ser tratado pelo seu aparato organizacional-formal⁵⁹¹. Como enfrentar o caos social que se instaurou na Alemanha após 1929? Afinal de contas, isso não é uma questão “técnica”, mas política; tem a ver com a tomada de decisões coletivamente vinculantes. Decisões que são sempre contingentes, que não podem ser deduzidas a partir de um algarismo matemático neutro, mas sim a partir do processamento de expectativas dirigidas ao centro do sistema da política, o Estado, onde se organiza a tomada de decisões⁵⁹².

⁵⁸⁷ GAY, Peter. *A cultura de Weimar*. Trad. Laura da Costa Braga. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978, pp. 178-179.

⁵⁸⁸ RICHARD, Lionel. *A República de Weimar (1919-1923)*, p. 112.

⁵⁸⁹ KLEIN, Claude. *Weimar*, pp. 74-79. RICHARD, Lionel. *A República de Weimar (1919-1923)*, p. 112.

⁵⁹⁰ GAY, Peter. *A cultura de Weimar*, p. 179.

⁵⁹¹ É um exemplo claro de como uma re-estabilização provoca mais variação comunicativa, o que impossibilita um ponto final à evolução.

⁵⁹² Cf. LUHMANN, Niklas. “The State of the political system”. In: *Essays on self-reference*. New York: Columbia University Press, 1990, pp. 165-174; LUHMANN, Niklas. “State and Politics: towards a semantics of the self-description of political systems”. In: *Political Theory in the Welfare State*. Trad. John Bednarz Jr. Berlin, New York: Walter de Gruyter, 1990, pp.117-153.

Não demorou para o centro do sistema da política chegar a uma decisão coletivamente vinculante. A partir de dezembro de 1929, toma corpo na Presidência do Reich a tese do *Präsidentialregierung*, do “governo presidencial”, tendo como protagonistas o General Kurt von Schleicher e Otto Meißner, secretários de Estado do Presidente do Reich. A idéia era simples: colocar um político para ser o Chanceler, independentemente de ele ter ou não maioria formada no Reichstag, e sem qualquer negociação partidária. Caso o Parlamento se opusesse à política do gabinete, o Presidente colocaria os decretos de necessidade (*Notverordnung*) previstos no art. 48 da Constituição de Weimar, à disposição do Chanceler, para legislar à revelia do Parlamento. Em grandes linhas: uma “desparlamentarização” da Alemanha.

Em março de 1930, com o agravamento da questão econômica, o Partido Social-Democrata, a SPD, do Chanceler Hermann Müller, propôs um aumento no seguro-desemprego para fazer frente à grave situação dos trabalhadores. Algo que feria os interesses dos industriais e financistas, afinal, isso significava um aumento nas despesas do governo, diminuído assim, o potencial de investimento estatal. Quando colocada em votação, a SPD viu sua proposta ser derrotada em plenário⁵⁹³. Como último recurso, Müller requereu ao Presidente Hindenburg que se utilizasse dos poderes conferidos pelo art. 48, para aumentar o valor do seguro-desemprego por via de decreto emergencial, ao que não foi atendido⁵⁹⁴. Como consequência, em 27 de março de 1930 o Gabinete Müller apresentou sua demissão ao Presidente do Reich.

O General von Schleicher já estava acertado com Heinrich Brüning, líder do *Zentrum* católico, para por em prática seu plano, mas faltava acertar com uma outra pessoa, a principal: o Presidente von Hindenburg, que como bom protestante, desconfiava do catolicismo de Brüning. Mas nada que von Schleicher não pudesse contornar ao mostrar o excelente currículo militar de Brüning, com ênfase em sua Cruz de Ferro de Primeira Classe, conferida por sua atuação no *front*⁵⁹⁵. A Cruz de Ferro de Brüning e a habilidade política de von Schleicher, com sua proposta de um sistema de “gabinete presidencial”, foram muito sedutoras ao velho Marechal-de-campo von Hindenburg. Assim, Brüning foi feito Chanceler em 30 de março de 1930. Com a queda

⁵⁹³ GAY, Peter. *A cultura de Weimar*, p. 179.

⁵⁹⁴ KOLB, Eberhard. *The Weimar Republic*. Trad. P.S. Falla. London: Routledge, 1999, p. 112.

⁵⁹⁵ GRAIG, Gordon A. *Germany: 1866-1945*. Oxford: Oxford University Press, 1978, p. 536.

de Müller, a “coalizão de Weimar” conhece o seu fim: assim como o sistema político-partidário⁵⁹⁶.

Partidos cujo comportamento gerou um problema constitucional da mais séria gravidade para a República de Weimar. O extremismo com que se tratavam mutuamente impedia que eles relevassem as diferenças que os separavam em favor de algo mais importante que sua disputa pelo poder, como a República de Weimar, por exemplo⁵⁹⁷. Como claramente notaram Bernhard Schlink e Arthur Jacobson, aqui se tem mais um caso de “continuidade constitucional” de Weimar com o II *Reich*, qual seja essa atitude de oposicionismo sistemático por parte dos partidos políticos:

Os partidos eram comunidades de crença e luta. Representavam interesses regionais, sociais e religiosos e eram raramente capazes de compromissos, coalizões e de um toma-lá-dá-cá (*given-and-take*) pragmático. Acostumados à oposição constitucional no Império entre parlamento e governo e à oposição irresponsável no lugar da assunção de responsabilidade *em prol* do governar, eles achavam difícil formar governos e freqüentemente impingiam a seus próprios ministros a desconfiança, forçando-os a votar contra as propostas do governo no *Reichstag*. Esse legado do Império era uma das várias “deficiências históricas do parlamentarismo alemão”⁵⁹⁸.

⁵⁹⁶ A queda de Müller é sintomática. Junto com a dissolução de seu gabinete tinha seu fim a assim-chamada “coalizão de Weimar”, que era integrada pela SPD, pelo *Zentrum* católico e pelo Partido Democrata (*Deutsche demokratische Partei*). A união desses partidos garantiu, durante a Assembléia Constituinte de Weimar, em 1919, a eleição de Friedrich Ebert como o primeiro Presidente da República de Weimar, a aprovação da Constituição, a ratificação do Tratado de Versalhes. Tais partidos estavam particularmente unidos desde 1928, na tentativa de propiciar alguma governabilidade frente às dificuldades econômico-sociais que então surgiam, mas isso não foi o suficiente ante a retirada do voto de confiança realizada pelos demais partidos. KLEIN, Claude. *Weimar*, p. 32. É verdade que já nas eleições de 1920 os partidos da coalizão-Weimar perderam muito prestígio, e assentos no *Reichstag*, devido à assinatura do Tratado de Versalhes, que era uma imposição do lado que ganhou a I Guerra – e que não era propriamente uma opção. De toda sorte, a “coalizão” ficou sem condições de formar maioria, só que a esse tempo Friedrich Ebert já havia sido eleito Presidente do Reich, pela Assembléia Constituinte (eleição indireta, portanto). Dessa forma, sem maioria, Ebert se valeu abertamente dos decretos de necessidade permitidos pelo art. 48: de 1919 a 1925, eles atingiram a soma de 163. Cf. MÜLLER, Friedrich. “As medidas provisórias no Brasil diante do pano de fundo das experiências alemãs”. Trad. Peter Naumann. In: GRAU, Eros Roberto. GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.). *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 341-342. Cf. também, para uma explicação dos inícios da coalizão de Weimar: THALMANN, Rita. *A República de Weimar*, pp. 21-24.

⁵⁹⁷ TOMMASI, Claudio. “Dal Kaiserreich a Weimar: la forma di governo in Germania e Hugo Preuss”. In: GOZZI, Gustavo. SCHIERA, Pierangelo (orgs.). *Crise istituzionale e Teoria dello Stato in Germania dopo la Prima Guerra mondiale*. Bologna: il Mulino, 1987, pp. 261-262. É de se apontar que Kelsen viu perfeitamente esse problema, quando alçou o “compromisso” como conceito central da democracia parlamentar: “compromisso significa: posposição do que divide os associandos em benefício do que os une”. Cf. KELSEN, Hans. “O problema do parlamentarismo (1924)”. In: *A democracia*. Trad. Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 129; Iguualmente em: KELSEN, Hans. “Essência e valor da democracia (1929)”. In: *A democracia*. Trad. Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 106.

⁵⁹⁸ SCHLINK, Bernhard. JACOBSON, Arthur J. “Introduction – Constitutional Crisis: The German and the American Experience. In: SCHLINK, Bernhard. JACOBSON, Arthur J. (orgs.). *Weimar: a Jurisprudence of Crisis*. Berkeley: University of California Press, 2002, p. 12. Para uma crítica à utilização abusiva do expediente da obstrução parlamentar pelos partidos na época do Império

Ainda que não consista em uma “causa”, um fato exclusivo, é de se concordar que uma fraqueza político-partidária como essa é um terreno fértil para a proliferação de soluções políticas de fundo autoritário, que vejam na concentração de poder uma saída para crises de governabilidade. O “gabinete presidencial” foi apenas uma das várias outras soluções autoritárias que circulavam como sentido socialmente disponível a uma seleção pelo sistema da política, no tempo Weimar: a diferença é que ele foi selecionado. Um tempo que assiste a um fortalecimento linear de temas muito próprios ao modernismo reacionário, que colocavam os problemas alemães como se fossem decorrência necessária de um excesso de intelectualismo ocidental e burguês. À procura de uma “barbárie revigorante”, os modernistas reacionários atacavam as conseqüências da modernidade, usualmente descrita como *Zivilization*, ao associá-la ao Ocidente, à racionalidade fria da técnica, ao artificial, ao comércio, aos judeus, à democracia parlamentar, à Inglaterra e França, ao individualismo, aos limites ao poder⁵⁹⁹. Essa *Zivilization* supostamente afeminada e frágil deveria ser substituída pela *Kultur* germânica, um conceito mediante o qual se descreve o instinto, o orgânico, a alma, a guerra, a virilidade, o primado da política, as qualidades de uma comunidade eticamente coesa que pode exigir o sacrifício da vida⁶⁰⁰. A “decadência do Ocidente” devia ser combatida, então, com um ataque à racionalidade ocidental, que deveria ser negada: com exceção da técnica, da ciência, que pode muito bem ser instrumentalizada pela *Kultur* para derrotar a *Zivilization*⁶⁰¹.

bismarckiano, Cf. JELLINEK, Georg. “Paliamentary Obstruction” (26.7.1903). In: *Political Science Quarterly*. Vol. XIX, Nº 4. New York: Columbia University, dezembro de 1904, pp.579-588.

⁵⁹⁹ HERF, Jeffrey. *O modernismo reacionário: tecnologia, cultura e política na República de Weimar e no 3º Reich*, pp. 24, 26, 27, 34, 49-50.

⁶⁰⁰ HERF, Jeffrey. *O modernismo reacionário: tecnologia, cultura e política na República de Weimar e no 3º Reich*, pp. 49, 50, 65.

⁶⁰¹ A maior e mais polêmica obra de Oswald Spengler, *A Decadência do Ocidente*, teve uma recepção ambígua, sendo certas vezes interpretada como um libelo antimáquinas (Cf. HERF, Jeffrey. *O modernismo reacionário: tecnologia, cultura e política na República de Weimar e no 3º Reich*, p. 52). Spengler procurou afastar essa interpretação, mostrando que a técnica é perfeitamente compatível e deve ser utilizada por uma filosofia da vida concreta. Afinal, apesar da questão da técnica somente se colocar no século XX, Spengler acredita que o problema é mais remoto, uma vez que o homem sempre precisou da técnica, de ferramentas que possibilitassem a sua existência. Sendo que cada época coloca dificuldades diversas, e os homens, nesse contexto, “se colocam em luta com um mundo dado ou sucumbem”. Assim: “Essa luta é a vida, no sentido de Nietzsche, como uma luta que brota da vontade pelo poderio”. Cf. SPENGLER, Oswald. *El hombre y la técnica: contribución a una filosofía de la vida*. 2ª ed. Trad. Manuel Morente. Madrid: Espasa-Calpe, 1934, pp. 13, 20, 28. De se ressaltar que há passagens de *A Decadência do Ocidente* de Spengler que colocam o homem moderno como “escravo da máquina”, o que permite uma leitura pessimista da técnica: SPENGLER, Oswald. *La decadencia de Occidente: bosquejo de una morfología de la historia universal*. Trad. Manuel Morente. Vol. IV. Madrid: Espasa-Calpe, 1937, pp. 349-350.

Nesse sentido se pode ver o quanto a luta contra o parlamento se insere em tal patrimônio semântico das décadas de 1920 e 1930. Uma postura muito marcante do gabinete de Brüning, que sempre adotou um tom de confronto com o *Reichstag*, o que pôde ser visto logo em seu discurso de posse, em 1º de abril de 1930. Seu gabinete não representava a maioria, mas não era segredo que von Hindenburg estaria ao seu lado caso o Parlamento não lhe desse suporte, podendo se valer, inclusive, do poder presidencial de dissolver o Parlamento e conclamar novas eleições, art. 25 (1) WRV⁶⁰². Assim, rapidamente os partidos notaram que esse gabinete não era igual às usuais coalizões partidárias. Isso ficou muito claro quando Brüning submeteu à votação, em 16 de julho de 1930, dois projetos de lei em que procedia a uma reforma das finanças alemãs: mesmo sem ter uma maioria na casa. Uma reforma muito pouco popular, com corte de gastos públicos, aumentos de impostos e “contribuições emergenciais” a serem debitadas dos salários. Brüning perdeu por 256 a 193⁶⁰³.

O Chanceler, então, se valeu de suas conexões com o Presidente do *Reich*: os dois projetos rejeitados foram inteiramente reproduzidos em dois decretos emergenciais, e postos em vigência consoante o disposto no art. 48(2) WRV. Só que, com esteio no art. 48(3) WRV, cabia ao *Reichstag* verificar se o decreto atendia ao seu requisito de validade, a saber: ameaça ou turbação da ordem e da segurança públicas. E dessa vez o Parlamento efetivamente fez valer suas atribuições constitucionais, de forma que os decretos foram declarados inválidos. Defronte a tal situação, o Presidente dissolveu o Parlamento, convocou novas eleições e “promulgou um decreto emergencial de conteúdo idêntico que resumiu as leis antes rejeitadas e os decretos emergenciais anulados”⁶⁰⁴. Era a primeira vez que uma lei rejeitada passava a vigor por meio de tal expediente⁶⁰⁵.

Dissolvido o Parlamento, as novas eleições ocorreram em 14 de setembro de 1930, e tiveram o radicalismo como marca. Dessa forma, o principal, e mais moderado, partido da República de Weimar, a SPD, sofreu um decréscimo de 153 para 143 cadeiras, o que não deixou de ser uma vitória em um cenário tão tortuoso. Um cenário de extremos, que viu como os grandes vitoriosos a extrema-direita, o Partido Nacional-Socialista (NSDAP) que passou de 12 para 107 assentos no *Reichstag*, e a extrema-

⁶⁰² GRAIG, Gordon A. *Germany: 1866-1945*, p. 538.

⁶⁰³ KOLB, Eberhard. *The Weimar Republic*, p. 113.

⁶⁰⁴ MÜLLER, Friedrich. “As medidas provisórias no Brasil diante do pano de fundo das experiências alemãs”. Trad. Peter Naumann. In: GRAU, Eros Roberto. GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.). *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*, p. 341.

⁶⁰⁵ KOLB, Eberhard. *The Weimar Republic*, p. 113.

esquerda, o Partido Comunista (KPD), que passou de 54 para 77 cadeiras. Precisamente os dois partidos que consideravam a legalidade como mero instrumento para se proceder à tomada do poder⁶⁰⁶.

A partir daí, a SPD ficou, com razão, temerosa de perder ainda mais espaço político para os extremistas, nomeadamente, é claro, para os nazistas, que com a sua milícia particular, as SA (*Sturmabteilung*), já infringiam o terror político a esse tempo⁶⁰⁷. Isso foi decisivo para a sorte do gabinete de Brüning. Se por um lado, ele continuou inapto a formar uma maioria a seu favor, por outro ele não tinha uma maioria *contrária* a ele, pois a SPD o tolerava, porquanto o via como um mal menor⁶⁰⁸. O gabinete presidencial soube tirar proveito dessa situação e começou a governar por meio de decretos de necessidade os quais agora o Parlamento não mais tinha interesse de controlar⁶⁰⁹.

A programação do sistema da política começou a ser feita, então, a partir da Presidência. Um parlamento politicamente fragmentado, com partidos historicamente inaptos a se entenderem, é alvo fácil para um Presidente plebiscitariamente eleito, com poderes emergenciais consideráveis⁶¹⁰. E foi a isso que a República de Weimar assistiu: a uma concentração de poderes na Presidência que minou completamente o funcionamento do *Reichstag*. Uma notável mutação constitucional: deixou de ser, de fato, uma democracia parlamentarista, para se transformar em um “regime descaradamente presidencialista”⁶¹¹, porquanto o gabinete não se submetia ao controle do *Reichstag*, utilizando-se da prática desenfreada de decretos de necessidade como substituto da legislação democraticamente promulgada. O que é mostrado pelo constante decréscimo da atividade do *Reichstag*. Em 1930, o *Reichstag* deliberou em 94 dias; em 1931 somente em 42 oportunidades; e em 1932 ocorreram apenas 13 sessões. A produção legislativa, como é de se esperar, decresceu em proporção igual: em 1930

⁶⁰⁶ Cf. as recomendações de: LÊNIN, Vladimir Ilich. *Esquerdismo, doença infantil do comunismo*. 4ª ed. São Paulo: Símbolo, 1978, principalmente o capítulo 7, onde Lênin recomenda aos membros do partido comunista que não desconsiderem a via legal, político-partidária, institucional, para levar a efeito a revolução do proletariado, quando assim for estrategicamente proveitoso. No mesmo passo, Lênin critica a decisão dos Comunistas em 1919 de não participar das eleições para a Assembléia de Weimar, por considerarem a constituinte um mero instrumento burguês.

⁶⁰⁷ GRAIG, Gordon A. *Germany: 1866-1945*, p. 556.

⁶⁰⁸ KOLB, Eberhard. *The Weimar Republic*, p. 113.

⁶⁰⁹ KLEIN, Claude. *Weimar*, p. 77.

⁶¹⁰ SCHLINK, Bernhard. JACOBSON, Arthur J. “Introduction – Constitutional Crisis: The German and the American Experience. In: SCHLINK, Bernhard. JACOBSON, Arthur J. (orgs.). *Weimar: a Jurisprudence of Crisis*, p. 13.

⁶¹¹ MÜLLER, Friedrich. “As medidas provisórias no Brasil diante do pano de fundo das experiências alemãs”. Trad. Peter Naumann. In: GRAU, Eros Roberto. GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.). *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*, p. 342.

teve-se 98 leis aprovadas; 34 em 1931 e 5 leis em 1932. À exata proporção em que a atividade legiferante do *Reichstag* diminuía, o número de decretos de necessidade aumentava. Em 1930, foram postos em vigor 5 decretos, já em 1931 o número aumentou para 44, e em 1932, finalmente, o Presidente promulgou 66 decretos⁶¹².

Talvez por confundirem von Hindenburg com Wilhelm II, os juristas da época não condenaram, em sua maioria, essa prática do gabinete presidencial, e eram portadores da crença de que a República de Weimar somente poderia se salvar dos partidos com uma concentração de poderes na figura de um Presidente “suprapartidário”⁶¹³. Autores como Richard Thoma, Walter Jellinek e Gerard Anschütz, afirmavam categoricamente que “se o *Reichstag* não está em condições de agir, então a segunda parte do sistema constitucional democrático, o Presidente e o Gabinete, devem assumir poderes mais amplos até a crise ser contornada”⁶¹⁴.

A “crise”, todavia, não conseguiu ser eliminada com o autoritarismo. A transformação do *Reichstag* em uma mera fachada deixou Weimar com um sério déficit organizacional. O Parlamento, então, não estava mais em condições de exercer a sua atividade primordial: conhecer, canalizar, processar as expectativas em relação à mudança do direito⁶¹⁵. Só que não foi por causa disso que a sociedade deixou de ter as suas demandas; não estando o Parlamento em condições de conhecê-las, novos procedimentos e organizações se estruturaram, com notório perfil paramilitar. Obviamente os nazistas era apenas o exemplo mais eloqüente⁶¹⁶. Mas também o mais perigoso. Em outubro de 1931, eles organizaram, em Harzburg, um imponente desfile prestigiado por industriais do Ruhr como Thyssen, Hugenberg, financistas como Schacht e militares como Seeckt. Era o sinal decisivo de que tomava forma “uma combinação fatal, embora ainda frágil, unindo o poder do dinheiro, a habilidade política, o apelo às massas e a ambigüidade aristocrática”⁶¹⁷.

⁶¹² KOLB, Eberhard. *The Weimar Republic*, p. 114.

⁶¹³ STOLLEIS, Michael. *A History of Public Law in Germany 1914-1945*, p. 86.

⁶¹⁴ CALDWELL, Peter C. *Popular sovereignty and the crisis of the German constitutional law: the theory and practice of Weimar constitutionalism*, p. 109.

⁶¹⁵ Nesse sentido: LUHMANN, Niklas. “La positività del diritto come presupposto di una società moderna”. In: *La differenziazione del diritto: contributi alla sociologia e alla teoria del diritto*, 1990, p. 128. Tal posição do Legislativo se dá por ele operar com programações teleológicas: DE GIORGI, Raffaele. *Scienza del diritto e legittimazione: critica dell’epistemologia giuridica tedesca da Kelsen a Luhmann*, p. 229; CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*, p. 91.

⁶¹⁶ O Partido Nazista em 1931 já possuía o impressionante número de 500 mil associados, o que não é nada frente à estatura de sua composição em 1933: 13 milhões de membros. Cf. MARABINI, Jean. *Berlim no tempo de Hitler*. Trad. Marina Appenzeller. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 17.

⁶¹⁷ GAY, Peter. *A cultura de Weimar*, p. 180.

Mesmo com toda sua incompetência para enfrentar os impasses da crise, Brüning desfrutou da inabalável confiança de von Hindenburg até 1932, quando o seu criador, von Schleicher, começou a conspirar contra a sua própria criatura. Com a instalação do sistema de “gabinete presidencial”, a questão de quem governava os alemães tinha se tornado totalmente fechada para vários grupos da sociedade, que tinham no Parlamento seu principal instrumento de inserção de temas no sistema da política. O Parlamento não influía mais na composição dos gabinetes. A Presidência, contudo, era muito aberta: para os reclames dos industriais do Ruhr e da nobreza rural e militar prussiana⁶¹⁸.

Resta fazer um pequeno informe: Schmitt era assessor e amigo íntimo de von Schleicher, tendo participado ativamente da construção do sistema de gabinetes presidenciais, o que lhe valeu a imputação do altissonante título de *Kronjurist* da Presidência, pelo meio jurídico da época, dada sua influência no governo⁶¹⁹.

Diante desse estado de coisas é que, em 1931, Kelsen e Schmitt publicam as defesas de suas posições. São percepções acerca da supremacia da Constituição em um tempo agônico, no qual o experimento dos “gabinetes presidenciais” procurava reduzir toda questão constitucional a uma mera “questão de poder”, na medida em que pervertia todo o mecanismo constitucional de relação e colaboração entre os poderes em favor de uma supremacia do Presidente do *Reich*. Experimento que não “repete” o passado bismarckiano (a não ser como trágica farsa), mas que mostra o quanto que o sentido socialmente disponível e cristalizado nas semânticas é importante para o estado que os sistemas sociais, como direito e política, podem assumir (mediante seleção, no presente, da comunicação apta a tematizar a sociedade). A solução autoritária do “gabinete presidencial” que provocava um necessário enfraquecimento do *Reichstag*, e para o qual muito contribuiu a inoperância conivente de um Judiciário cego pelo positivismo labandiano, mostra o quanto que a pesada herança da tradição política do constitucionalismo monárquico se encontrava ativa na memória de Weimar⁶²⁰.

A cena institucionalmente autoritária que o ano de 1931 apresentava a Kelsen e Schmitt oferecia o desafio concreto e árduo de buscar alternativas para o impasse evolutivo que simplesmente eliminou o quadro político-partidário democrático em favor

⁶¹⁸ MARABINI, Jean. *Berlim no tempo de Hitler*, pp. 15-16.

⁶¹⁹ BENDERSKY, Joseph. “The Expendable *Kronjurist*: Carl Schmitt and National Socialism, 1933-1936”. In: *Journal of Contemporary History*, p. 310.

⁶²⁰ HUMMEL, Jacky. *Le constitutionnalisme allemand (1815-1918): le modèle allemand de la monarchie limitée*, pp. 342-343.

de uma concentração de poder na Presidência do *Reich*, e que acenava na direção de uma ditadura. É esse o espectro semântico no qual Kelsen e Schmitt realizam suas observações e que consistem, sobretudo, em *conceitos de Estado de Direito*, pois buscam responder à questão de como direito e política podem se comunicar pela via constitucional. Nesse diapasão, Kelsen acredita que o controle da constitucionalidade dos atos estatais por uma Corte Constitucional “corresponde ao princípio específico do Estado de Direito, isto é, ao princípio da máxima conformidade legal da função estatal”⁶²¹, e por isso ela será apta a ser o guardião da Constituição.

Por sua vez, Schmitt imputa todos os males vivenciados pela República de Weimar à predominância histórico-espiritual do *Rechtsstaat* liberal no pensamento constitucional. Mas isso não deixa de ser uma posição frente ao conceito de *Rechtsstaat*: ele deveria ser suprimido porque é totalmente incompatível com a “democracia”⁶²². Tal ligação excludente, entre *Rechtsstaat* e democracia, não é nada óbvia, e será examinada com mais detalhes a seguir (capítulo 2). Já se pode, inclusive, intuir o uso que Schmitt fará de sua noção negativa acerca do Estado de Direito. Até por causa de sua biografia, Schmitt argumentará incisivamente que somente o Presidente do *Reich* pode ser o defensor da Constituição. Mas não se deve cair nas armadilhas do reducionismo biográfico. O *leitmotiv* do próximo capítulo será o de que a alocação, por Schmitt, do Presidente do *Reich* como guardião da Constituição, é algo a mais que um simples oportunismo de ocasião. Consiste, ao contrário, no desenvolvimento conseqüente de uma teoria constitucional assumidamente decisionista, acentuadamente autoritária.

⁶²¹ KELSEN, Hans. “Quem deve ser o guardião da Constituição?” (1931). In: *Jurisdição Constitucional*. Trad. Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 239.

⁶²² JOUANJAN, Olivier. “Présentation”. In: JOUANJAN, Olivier (org.). *Figures de l'État de droit: Le Rechtsstaat dans l'histoire intellectuelle et constitutionnelle de l'Allemagne*, p. 48.

Capítulo II

Unidade do Estado e guarda da Constituição em Carl Schmitt: a democracia indentitária como superação do *Rechtsstaat* liberal.

“Quem sabe direito o que uma pessoa é? Antes sendo: julgamento é sempre defeituoso, porque o que a gente julga é o passado”.

Na tentativa de delimitar o âmbito “do político”, Carl Schmitt afirmou que “todos os conceitos, representações e palavras políticas têm um sentido polêmico, visualizam um antagonismo concreto, estão ligados a uma situação concreta”⁶²³. Uma sentença que expressa a convicção de que uma alteridade (existencial) é inafastável para o surgimento da comunicação voltada ao sistema da política. Mas o posicionamento existencial polêmico não se resume a um método a ser utilizado exclusivamente no estudo do político: ele constitui uma chave para a compreensão do pensamento de Schmitt como um todo, inclusive de sua teoria constitucional. A partir dessa assunção, parece ser frutífero a identificação do que Schmitt elege como *adversário*.

Eles parecem ser tantos. Normativismo, liberalismo econômico, positivismo jurídico, parlamentarismo, romantismo político, a técnica, subjetivismo, pluralismo, secularização da sociedade, *Rechtsstaat*, a neutralidade, enfim. Contudo essa multiplicidade pode ser agrupada em uma unidade. É o que ocorre quando se nota que tais conceitos, em Schmitt, consistem em variações de um mesmo *leitmotiv*: o liberalismo⁶²⁴, um “sistema metafísico coerente e abrangente”⁶²⁵. A centralidade da oposição schmittiana ao liberalismo justifica que ele seja ainda que minimamente

⁶²³ SCHMITT, Carl. *O conceito do político* (1932). Trad. Álvaro Valls. Petrópolis: Vozes, 1992, p. 56.

⁶²⁴ Nesse sentido: FERREIRA, Bernardo. *O risco do político: crítica ao liberalismo e teoria política no pensamento de Carl Schmitt*. Belo Horizonte, Rio de Janeiro: UFMG, IUPERJ, 2004, p. 64-65.

⁶²⁵ SCHMITT, Carl. *The Crisis of Parliamentary Democracy* (1926). Ed. Ellen Kenedy. Cambridge: MIT Press, 1994, p. 35.

analisado aqui, oportunidade na qual seu embate com a democracia parlamentar será abordado (2.1).

A partir de então, será possível passar ao exame do conceito decisionista de direito de Schmitt, que em muitos aspectos é uma decorrência coerente de suas teses anti-liberais. Quando Schmitt alça a decisão, a exceção como momento de origem de toda normatividade, realiza explicitamente o seu primeiro contraponto ao normativismo de Hans Kelsen, que para Schmitt é nada além de uma das várias formas de manifestação histórica do liberalismo enquanto sistema metafísico. Ao mesmo tempo, será possível verificar como Schmitt consegue colocar o sistema do direito em uma posição submissa em relação ao sistema da política, ocasião em que Schmitt se vale da ditadura como paradigma (2.2).

A apoteose da decisão, daquilo que excepciona a norma, seja por *potestas* ou *auctoritas* é de importância capital para o conceito de Constituição de Schmitt, ou seja, para que se entenda como Schmitt descreve a separação, e por isso comunicação, entre direito e política (e se ele os aceita enquanto âmbitos comunicativos distintos). Como se sabe, a Constituição não é um dado, não é somente “a folha de papel”; dela também fazem parte as observações de segunda ordem que a selecionam como sentido apto a organizar a comunicação da sociedade, e, mais ainda, a comunicação entre direito e política. Eis a importância de se analisar a descrição que Schmitt faz da Constituição, porquanto é aí que Schmitt deixa patente a sua leitura indubitavelmente negativa a respeito do *constitucionalismo moderno* (e por derivação da modernidade).

Com efeito, é imperativo notar que raramente Schmitt se refere de forma expressa ao constitucionalismo. Para denotar a limitação do poder pelo *medium* do direito – se for possível reduzir o constitucionalismo em uma frase – Schmitt utiliza-se preferencialmente de *bürgerliche Rechtsstaat*, o que pode ser traduzido, no marco conceitual de Schmitt, como o Estado de Direito próprio ao liberalismo (porém com certa perda de sentido). Tendo como principais ferramentas a separação dos poderes e os direitos fundamentais, Schmitt vai se posicionar inequivocamente contrário a essa tradução constitucional do liberalismo que, segundo ele, era o elemento dominante da Constituição da República de Weimar, e, assim, o principal culpado de seus problemas institucionais (2.3). Por isso, pode-se afirmar que o conceito de Constituição de Schmitt fornece igualmente o seu diagnóstico acerca da Constituição de Weimar: domínio do *Rechtsstaat* liberal. Quando se presta atenção a esse aspecto de sua teoria constitucional,

entende-se com mais propriedade as teses de Schmitt acerca de quem deve ser o guardião da Constituição (2.4).

Na busca de *compreender*, mas não *julgar* Schmitt, tentar-se-á propor que a sua tese sobre o guardião da Constituição é mais que uma simples intervenção no âmbito de um debate acalorado. A determinação do guardião, na figura do Presidente do *Reich*, é o perfeito desenvolvimento de um projeto intelectual tanto autoritário quanto fascinantemente erudito: e abertamente contrário ao constitucionalismo moderno. É a nota conclusiva de uma cadência perfeita.

2.1. O posicionamento polêmico frente ao liberalismo como traço distintivo do pensamento de Schmitt: a crítica à democracia parlamentar como exemplo.

De várias maneiras o liberalismo dá forma às considerações de Schmitt⁶²⁶; porém a atenção primordial dada ao liberalismo não chega a conferir a seu pensamento um perfil monotônico. Deve-se notar que a obra de Schmitt durante a República de Weimar tem um caráter programático claro. Seus escritos possuem uma organicidade que é sustentada pelo incessante ataque ao liberalismo, que poderia vir sob o manto da crítica ao conceito normativista de soberania, à separação dos poderes e aos direitos fundamentais (que são, para ele, a base do *Rechtsstaat*), ao parlamentarismo, enfim. O que deve ser percebido é que a crítica ao liberalismo consiste no fio que une essas diversas intervenções, e que dá um sentido de continuidade a essa constante variação.

Por vários motivos a crítica ao liberalismo feita por Schmitt pode ser compreendida como um juízo negativo acerca da modernidade. Ele o faz de modo muito sofisticado, necessário conceder. Schmitt não chega ao ponto de advogar a volta das *ordines*, da estratificação social e de sua inclusão por critério de nascimento: Schmitt é profundamente moderno. Mas também não se conforma com as conseqüências de uma sociedade diferenciada por funções. Em nenhum outro lugar isso ficou mais claro do

⁶²⁶ Várias obras de fôlego elegem também o liberalismo como o grande “inimigo” de Schmitt. É o caso da excelente coletânea levada a efeito por Dyzenhaus, Professor na Universidade de Toronto, e do livro de Bernardo Ferreira, sobre o pensamento político de Schmitt, que é bem interessante. Cf. DYZENHAUS, David (org.). *Law as Politics: Carl Schmitt's Critique of Liberalism*. Durham: Duke University Press, 1998; FERREIRA, Bernardo. *O risco do político: crítica ao liberalismo e teoria política no pensamento de Carl Schmitt*. Belo Horizonte, Rio de Janeiro: UFMG, IUPERJ, 2004. Cf., também: RICHTER, Emanuel. “Carl Schmitt: the defective guidance for the critique of political liberalism”. In: *Cardozo Law Review*. Vol. 21, nº 5. New York: Yeshiva University, Maio de 2000, pp. 1619-1644.

que em sua confrontação com o romantismo político⁶²⁷. Nela se vê a crítica mais exaustiva de Schmitt ao “coerente sistema metafísico do liberalismo”.

A compreensão do liberalismo tem que enfrentar, logo, uma questão preliminar: o que vem a ser um “sistema metafísico” para Schmitt? Que sentido existe em se buscar uma “estrutura espiritual”, uma “instância extrema”, um “centro absoluto”⁶²⁸, uma *metafísica*? Abordada essa questão preliminar, o ataque que Schmitt desfere ao liberalismo, travestido em sua crítica ao romantismo político, tem os seus contornos mais bem evidenciados.

Schmitt acredita que toda e qualquer época possui um núcleo metafísico. Para encontrá-lo ele propõe uma “sociologia dos conceitos”, um método para lidar com a história, observando-a fundamentalmente como um processo de secularização⁶²⁹. Segundo o jurista alemão, essa “sociologia dos conceitos” não incidiria no equívoco teórico de pretender apontar causalidades entre motivações humanas e complexos culturais, ou mesmo ver toda manifestação social por meio de metáforas como reflexos ou imagens de relações econômicas⁶³⁰. Assim, contra Weber e contra Marx, a sua “sociologia dos conceitos” tem outra proposta:

A sua peculiaridade consiste no fato de que, superando a conceitualidade jurídica orientada a interesses práticos imediativistas da vida jurídica, a estrutura fundamental e radicalmente sistemática é encontrada, e esta estrutura conceitual é em seguida comparada com a elaboração conceitual da estrutura social de uma determinada época. Aqui não interessa se o ideal da conceitualidade radical seja o reflexo de uma realidade sociológica ou se a realidade social seja entendida como a consequência de um modo determinado de pensar e, conseqüentemente, também de agir.⁶³¹

⁶²⁷ SCHMITT, Carl. *Romanticismo político* (1924, 2ª ed.). Ed. Carlo Galli. Milano: Giuffrè, 1981.

⁶²⁸ SCHMITT, Carl. *Romanticismo político* (1924, 2ª ed.), p. 20.

⁶²⁹ Para uma aplicação desse método, e propondo a história moderna européia como uma sucessão de centros neutralizadores de conflitos, Cf. SCHMITT, Carl. “A era das neutralizações e despolitizações” (1929). In: *O conceito do político*. Trad. Álvaro Valls. Petrópolis: Vozes, 1992, pp. 106-120. Método ainda hoje seguido pelos discípulos de Schmitt, cuja mostra mais nítida é: BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. “La naissance de l’État, processus de sécularisation”. In: *Le Droit, l’État et la Constitution Démocratique: essais de théorie juridique, politique et constitutionnelle*. Ed. e Trad. Olivier Jouanjan. Paris, Bruxelles: LGDJ; Bruylant, 2000, pp. 101-118.

⁶³⁰ SCHMITT, Carl. “Teologia Política: quattro capitoli sulla dottrina della sovranità” (1934, 2ª ed.). In: *Le categorie del “politico”*. Ed. Gianfranco Miglio e Pierangelo Schiera. Bologna: il Mulino, 1972, pp. 64-66.

⁶³¹ SCHMITT, Carl. “Teologia Política: quattro capitoli sulla dottrina della sovranità” (1934, 2ª ed.). In: *Le categorie del “politico”*, 1972, p. 68.

Há, nesse método, a postura de ir ao extremo, de utilizar os conceitos radicalmente, que para Schmitt significa: ir “até o metafísico e o teológico”⁶³². Ele não enxerga o menor problema em ir para além do *positivo*, daquilo que é dado, pois para Schmitt o que importa é notar que “o quadro metafísico que uma determinada época constrói do mundo possui a mesma estrutura daquilo que se apresenta à primeira vista como a forma da sua organização política”⁶³³.

Por isso, “a metafísica é algo de inevitável”⁶³⁴. Toda e qualquer época possui uma estrutura metafísica; para encontrá-la, Schmitt acentua unilateralmente a realidade histórica, reduzindo-a a um determinado aspecto que é mais interessante para seus objetivos. Há, portanto, uma seleção drástica de sentido na identificação do “elemento espiritual último” de uma época; essa é a “estratégia de conhecimento da realidade política” utilizada por Schmitt⁶³⁵. Há quem veja nessa postura uma filiação de Schmitt à metodologia de Max Weber, pois na construção típico-ideal também há o isolamento de uma certa característica, que é feita ao extremo, até que uma certa homogeneidade apareça e seja apta a direcionar a pesquisa. O tipo-ideal não possui, por isso mesmo, tradução real na sociedade, e consiste apenas no início e não no resultado de um trabalho intelectual⁶³⁶. E é nesse particular que se vê um afastamento de Schmitt em relação a Weber. Quando Schmitt crê identificar uma estrutura metafísica ele não a utiliza como uma chave metodológica que fornece o início da compreensão da realidade: ela faz parte da realidade, porquanto a metafísica é “a expressão mais lúcida de uma época”⁶³⁷.

⁶³² SCHMITT, Carl. “Teologia Política: quattro capitoli sulla dottrina della sovranità” (1934, 2ª ed.). In: *Le categorie del “politico”*, p. 69.

⁶³³ SCHMITT, Carl. “Teologia Política: quattro capitoli sulla dottrina della sovranità” (1934, 2ª ed.). In: *Le categorie del “politico”*, p. 69.

⁶³⁴ SCHMITT, Carl. *Romanticismo politico* (1924, 2ª ed.), p. 21.

⁶³⁵ FERREIRA, Bernardo. *O risco do político: crítica ao liberalismo e teoria política no pensamento de Carl Schmitt*, p. 65. Contudo, é de se notar, pela consciente manipulação que Schmitt faz da história, a influência da noção de “disjunção” de Georges Sorel, que tem como principal característica o isolamento deliberado de idéias, instituições, enfim, de seus contextos. Cf. SEITZER, Jeffrey. “Carl Schmitt’s Internal Critique of Liberal Constitutionalism: *Verfassungslehre* as a Response to the Weimar State Crisis”. In: DYZENHAUS, David (org.). *Law as Politics: Carl Schmitt’s Critique of Liberalism*. Durham: Duke University Press, 1998, p. 283.

⁶³⁶ FREUND, Julien. *Sociologia de Max Weber*. Trad. Luis Costa. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, pp. 48-51.

⁶³⁷ SCHMITT, Carl. “Teologia Política: quattro capitoli sulla dottrina della sovranità” (1934, 2ª ed.). In: *Le categorie del “politico”*, p. 69.

Assim, o “tipo-ideal” de Schmitt não é tão ideal: ele possui existência concreta, está mais para “tipo-real”⁶³⁸. Dessarte, o método de Schmitt possui uma congruência só aparente com o método de Weber. Quanto aos resultados isso é mais evidente ainda, uma vez que Schmitt é profundamente contrário a qualquer tentativa teórica de explicação da modernidade como um processo de racionalização e desencantamento do mundo, como o fez Weber⁶³⁹. Na verdade, quando procede à identificação do “quadro metafísico” de uma época, Schmitt se vale muito mais da “filosofia da vida concreta” (*Lebensphilosophie*), uma variação comunicativa que fora selecionada pelo sistema da ciência da sociedade principalmente no início do século XX⁶⁴⁰.

Um de seus principais expoentes foi o francês Georges Sorel, que elaborou uma *teoria do mito*. Com forte viés anti-racionalista, Sorel se perguntava como é possível impelir as massas à ação, mas de forma diferente do que aconteceu no século XIX, ocasião em que “todas as perturbações revolucionárias (...) resultaram em um fortalecimento do Estado”⁶⁴¹. Ele duvida que a utopia, a análise científica ou o parlamentarismo consigam fazê-lo⁶⁴², uma vez que as convicções morais não se comovem por uma argumentação racional, mas por um estado de guerra, que consegue tradução a partir de *mitos*⁶⁴³. E o mito a ser selecionado para impelir a revolução do proletariado é o *mito da greve geral*⁶⁴⁴, que tem como função a “organização de imagens capazes de invocar instintivamente todos os sentimentos que correspondem às

⁶³⁸ MEHRING, Reinhard. “Liberalism as a ‘Metaphysical System’: the Methodological Structure of Carl Schmitt’s Critique of Political Rationalism”. In: DYZENHAUS, David (org.). *Law as Politics: Carl Schmitt’s Critique of Liberalism*, p. 141.

⁶³⁹ Importante sublinhar que a *Politische Theologie* de Carl Schmitt – na qual ele trabalha com o que parece ser dois tipos-ideais, o normativismo e o decisionismo – foi pela primeira vez publicada em 1922 em um *Festschrift* à memória de Max Weber, de quem Schmitt foi aluno, quando frequentou o seminário de Weber em Munique logo após o final da I Guerra. Cf. KERVÉGAN, Jean-François. “La critique schmittienne du normativisme kelsenien”. In: HERRERA, Carlos Miguel (org.). *Le droit, le politique: autour de Max Weber, Hans Kelsen, Carl Schmitt*. Paris: L’Harmattan, 1995, p. 230.

⁶⁴⁰ Pretende-se com isso deixar claro que neste trabalho não se intenta seguir a tradição inaugurada com Kurt Wilk que caracteriza o método de Carl Schmitt como “puramente dedutivo”, cujo resultado seria um nihilismo científico, Cf. WILK, Kurt. “La doctrine politique du national-socialisme de Carl Schmitt: exposé et critique de ses idées”. In: *Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*. N° 3-4. Paris: Recueil Sirey, 1934, pp. 186-196, principalmente. Quando se leva em conta que a ciência é um sistema autônomo da sociedade, vê-se que a distinção entre indução e dedução não parece promissora para ainda organizar a comunicação do sistema da ciência: a circularidade é constitutiva para a produção de sentido, de forma que a indução é tão dedutiva quanto a dedução é indutiva. A indicação de uma precedência parece não só difícil, mas inútil em termos de resultados concretos. Cf. LUHMANN, *La Ciencia de la Sociedad*, pp. 204-213.

⁶⁴¹ SOREL, Georges. *Réflexions sur la violence*. 5ª ed. Paris: Marcel Rivière, 1921, p. 29.

⁶⁴² Para Sorel, os socialistas parlamentares mitigam o mito da greve geral, porquanto subordinam a luta de classes à “solidariedade nacional”, SOREL, Georges. *Réflexions sur la violence*, pp. 169-170.

⁶⁴³ CARLONI, Stefano. “La componente irrazionalistica del decisionismo schmittiano: tre esempi”. In: *Rivista Internazionale di Filosofia del diritto*. Série V, Ano LXXVIII, N° 3. Milano: Giuffrè, julho-setembro 2001, p. 373.

⁶⁴⁴ SOREL, Georges. *Réflexions sur la violence*, p. 39.

diversas manifestações da guerra engajada pelo socialismo contra a sociedade moderna”⁶⁴⁵. Uma guerra cuja “a finalidade deve ser sempre a catástrofe do inimigo”⁶⁴⁶.

É nítida a filiação de Sorel à filosofia de Henri Bergson, qualificada por Sorel “*comme un arbre vigoureux qui s’élève au milieu des steppes désolées de la philosophie contemporaine*”⁶⁴⁷. Para Bergson, a metafísica tem um papel a desempenhar na sociedade moderna. Para ele, a ciência trabalha com símbolos; só que ela fornece somente uma realidade relativa, pois não consegue ir além da percepção das formas visíveis. Se existe um meio de contemplar a realidade de modo absoluto, e não relativo, esse meio é a metafísica: uma ciência que dispensa símbolos, porque é mais do que uma ciência⁶⁴⁸. É a intuição metafísica que consegue ir além de um elenco de experiências científicas, que consegue forjar *l’expérience intégrale*⁶⁴⁹. O próprio Sorel expressa claramente que o seu conceito de mito corresponde à “experiência integral” da metafísica de Bergson⁶⁵⁰.

Schmitt é indisfarçável admirador do potencial mobilizante do mito, que para ele consiste na maior prova de que o racionalismo encontrava-se em declínio⁶⁵¹. Não só para ele como também para os adeptos da “revolução conservadora” como um todo⁶⁵². A força vital do mito poderia salvar o Ocidente da decadência que a *Zivilization* e suas qualidades afeminadas, oriundas da modernidade, impingiam à *Kultur* germânica. A política, o sangue, a ação, deveriam derrotar os dois principais agentes da *Zivilization*, a racionalidade (*Geist*) e o dinheiro (*Geld*)⁶⁵³. Para Schmitt, foi a força vital do mito que

⁶⁴⁵ SOREL, Georges. *Réflexions sur la violence*, p. 182.

⁶⁴⁶ SOREL, Georges. *Réflexions sur la violence*, p. 168.

⁶⁴⁷ SOREL, Georges. *D’Aristote à Marx: l’Ancienne et la Nouvelle Métaphysique*. Paris: Marcel Rivière, 1935, pp. 167-168.

⁶⁴⁸ Cf. BERGSON, Henri. “Introduction to Metaphysics”. In: *The Creative Mind: a Study in Metaphysics*. New York: The Philosophical Library, 1946, pp. 159-162.

⁶⁴⁹ BERGSON, Henri. “Introduction to Metaphysics”. In: *The Creative Mind: a Study in Metaphysics*, p. 200.

⁶⁵⁰ SOREL, Georges. *Réflexions sur la violence*, p. 181 e 188.

⁶⁵¹ Cf. SCHMITT, Carl. *The Crisis of Parliamentary Democracy* (1926), pp. 65-76, que corresponde ao quarto capítulo dessa obra; nele Schmitt aponta as “teorias irracionais do uso direto da força” como uma saída para a *panne* liberal pela qual passava o parlamentarismo, e as considera com indisfarçável simpatia. Voltar-se-á ao tema *infra*.

⁶⁵² HERF, Jeffrey. *O modernismo reacionário: tecnologia, cultura e política na República de Weimar e no 3º Reich*, p. 49.

⁶⁵³ Notável documentação histórica dessa semântica: SPENGLER, Oswald. *La decadencia de Occidente: bosquejo de una morfología de la historia universal*, Vol. IV, pp. 301-317 e 353 (para a “luta final entre o dinheiro e a política”). Cf. SCHMITT, Carl. *The Crisis of Parliamentary Democracy* (1926), p. 68: Para negar qualquer “vitalidade” à burguesia, Schmitt a qualifica, pela boca de Sorel, como uma mera “plutocracia demagógica”, “degenerada pela ânsia de dinheiro e propriedade”. O paralelo não só com Spengler, mas com outros mandarins do modernismo reacionário é apropriado por isso, pela circulação de sentido em comum, não pela utilização das mesmas categorias, mas sim pela semelhança de objetivo. Assim, discorda-se das considerações de: BENDERSKY, Joseph W. “Carl Schmitt and the Conservative

permitiu a Mussolini salvar a Itália da dissolução liberal, como atesta o seu discurso de 1922 pouco antes da Marcha sobre Roma: “nós criamos um mito, ele é uma crença, um entusiasmo nobre; ele não precisa ser realidade (...). Nosso mito é a Nação, a grande Nação que queremos transformar em uma realidade concreta”⁶⁵⁴. O que Mussolini fez foi substituir o grande mito de Sorel, a “greve geral”, pela Nação. De toda sorte, não foi a *ratio*, mas a ação direta que o fez lograr êxito⁶⁵⁵.

Desta feita, é fundamental perceber a influência da filosofia da vida concreta na forma de Schmitt encarar o presente, pois isso é que explica a maneira pela qual ele se utiliza do passado. Bergson e Sorel interessam a Schmitt na medida em que querem ir além da racionalidade de meios-a-fins do pensamento tecnicista. Quando Sorel aborda a história, ele o faz por meio da “disjunção”, que significa:

(...) um esforço deliberado de isolar características de idéias, instituições, eventos, ou desenvolvimentos de seus contextos respectivos. Pela abstração de fatores contextuais que limitam a utilidade de uma idéia ou de uma instituição para resolver um determinado problema prático, a “disjunção” fortalece a capacidade de um objeto de servir como ponto de referência para a ação política, porque ele intensifica a oposição entre as alternativas consideradas.⁶⁵⁶

Esse é precisamente o mesmo método utilizado por Schmitt quando ele procede à identificação da estrutura metafísica de uma época. Com isso, se vê que a compreensão da história por Schmitt é totalmente determinada pelo problema a ser enfrentado. Quando Schmitt problematiza o passado, ele não está nenhum pouco interessado em realizar uma análise com uma cientificidade desinteressada da história. Ao contrário, ele realiza uma espécie de “historicismo”, porquanto descreve a evolução da sociedade como uma sucessão irreversível de centros metafísicos no decorrer do tempo⁶⁵⁷. Ele tende a separar uma idéia, um conceito (ou seja: uma semântica) de seu contexto; após, vem o diagnóstico de que a metafísica que orientava essa estrutura

Revolution”. In: *Telos: a Quarterly of Critical Thought*. Nº 72. New York: Telos Press, verão de 1987, pp. 27-42 (alegando ser impróprio o paralelo entre Schmitt e os modernistas reacionários, como Jünger e Spengler).

⁶⁵⁴ SCHMITT, Carl. *The Crisis of Parliamentary Democracy* (1926), p. 76.

⁶⁵⁵ CARLONI, Stefano. “La componente irrazionalistica del decisionismo schmittiano: tre esempi”. In: *Rivista Internazionale di Filosofia del diritto*, p. 374.

⁶⁵⁶ SEITZER, Jeffrey. “Carl Schmitt’s Internal Critique of Liberal Constitutionalism: *Verfassungslehre* as a Response to the Weimar State Crisis”. In: DYZENHAUS, David (org.). *Law as Politics: Carl Schmitt’s Critique of Liberalism*. Durham: Duke University Press, 1998, p. 283.

⁶⁵⁷ MEHRING, Reinhard. “Liberalism as a ‘Metaphysical System’: the Methodological Structure of Carl Schmitt’s Critique of Political Rationalism”. In: DYZENHAUS, David (org.). *Law as Politics: Carl Schmitt’s Critique of Liberalism*, p. 145.

conceitual já estaria ultrapassada. A conclusão geralmente é de que aquilo que ele analisa – seja uma semântica como o liberalismo, seja uma organização formal como o parlamento – sofreu uma mudança de significado fruto do deslocamento metafísico de uma época⁶⁵⁸. A inevitabilidade do diagnóstico faz com que as “soluções” de Schmitt apareçam como medidas necessárias.

Seu procedimento é historicista em um sentido bem peculiar, como apontou Reinhard Mehring, porque “ele constrói um contexto histórico (...) nos termos de uma seqüência dialética irreversível”⁶⁵⁹. Claro, o que é problemático, nesse modo de proceder, é que Schmitt parece ignorar que é perfeitamente possível que a semântica que descreve uma organização formal seja redefinida por novos observadores, seja ativada de forma distinta. Só que para Schmitt isso não importa: basta identificar um descompasso entre o funcionamento de uma instituição e a estrutura metafísica que embasou suas origens para que ele não lhe conceda “uma segunda chance histórica”⁶⁶⁰. Portanto, não deixa de ser um julgamento da história. A seleção de sentido histórico é feita por Schmitt com exclusivo intuito de construir um mito, de impelir para a “ação heróica”, para a *decisão*; e assim, tal como em Sorel “a história consistiria em uma ferramenta utilizável para desencadear a mudança social radical”⁶⁶¹.

Agora que já se sabe como Schmitt identifica a “estrutura fundamental radicalmente sistemática” de um conceito, tem-se em mãos o pré-requisito mínimo para uma compreensão do que seja a sua crítica ao “liberalismo como sistema metafísico coerente”. Para tanto, vale a pena mencionar as ácidas considerações feitas por Schmitt contra o romantismo político.

O romantismo consistiu, antes de mais nada, em um movimento artístico, que teve, portanto, pretensões estéticas. Valorizando a subjetividade artística, ele tematizou

⁶⁵⁸ MEHRING, Reinhard. “Liberalism as a ‘Metaphysical System’: the Methodological Sctructure of Carl Schmitt’s Critique of Political Rationalism”. In: DYZENHAUS, David (org.). *Law as Politics: Carl Schmitt’s Critique of Liberalism*, p. 144.

⁶⁵⁹ MEHRING, Reinhard. “Liberalism as a ‘Metaphysical System’: the Methodological Sctructure of Carl Schmitt’s Critique of Political Rationalism”. In: DYZENHAUS, David (org.). *Law as Politics: Carl Schmitt’s Critique of Liberalism*, p. 144.

⁶⁶⁰ MEHRING, Reinhard. “Liberalism as a ‘Metaphysical System’: the Methodological Sctructure of Carl Schmitt’s Critique of Political Rationalism”. In: DYZENHAUS, David (org.). *Law as Politics: Carl Schmitt’s Critique of Liberalism*, p. 144.

⁶⁶¹ SEITZER, Jeffrey. “Carl Schmitt’s Internal Critique of Liberal Constitutionalism: *Verfassungslehre* as a Response to the Weimar State Crisis”. In: DYZENHAUS, David (org.). *Law as Politics: Carl Schmitt’s Critique of Liberalism*, p. 285. Sorel e Schmitt não estavam sozinhos, nesse contexto. Cf. SPENGLER, Oswald. *Anos de Decisão: a Alemanha e a evolução histórico-mundial*. Trad. Herbert Caro. Porto Alegre: Edições Meridiano, 1941, principalmente pp.179 e ss., em que Spengler incita os alemães a fazerem frente contra a “Revolução de Cor” (isto é, bolchevique), mormente um de seus frutos, o Tratado de Versalhes.

amiúde a intimidade, o ânimo, as possibilidades infinitas do *Eu* frente a realidade palpável⁶⁶². Tinha como característica, também, um certo apreço pelo passado, concebido com tonalidades nostálgicas até; de tal forma que aparentemente esse movimento visava apenas a “arte pela arte”⁶⁶³. Contudo, o romantismo acabou por incentivar implicitamente uma mudança na estrutura da sociedade que estava acontecendo naquela virada do século XVIII para o século XIX. Como notou Franz Brüseke, é no romantismo que o sujeito abstrato do Iluminismo se transforma em sujeito empírico. Um iluminista como Kant vai fundamentar tautologicamente a existência do sujeito transcendental por meio do conceito de *ação*, sendo que a ação é racional porque deriva de uma vontade livre do indivíduo, sempre pressuposto como um ser racional⁶⁶⁴. O romantismo desenvolve esse paradoxo⁶⁶⁵, uma vez que esse movimento “mudou a perspectiva da autopreservação e autodeterminação, característica do Iluminismo, para a idéia da auto-realização e do desdobramento dos potenciais individuais”⁶⁶⁶. Pode-se apontar que o romantismo radicaliza o Iluminismo e seu caráter corrosivo em relação à ordem social pré-moderna.

Com a centralização do indivíduo como protagonista da ordem social, um fato histórico realmente inédito, estabeleceu-se um confronto com uma noção muito própria do pensamento medieval, a *æternitas*, porquanto para o romantismo o indivíduo se auto-realiza em um tempo limitado e secular⁶⁶⁷. Não só a eternidade, mas outras grandezas metafísicas, como “absoluto”, “totalidade” e “infinito” passam a ser questionadas pelo sujeito autocentrado⁶⁶⁸.

Schmitt se defronta com essa semântica de transição da modernidade⁶⁶⁹, que descreve uma sociedade em que o indivíduo adquire um primado – o que lhe causa

⁶⁶² HERF, Jeffrey. *O modernismo reacionário: tecnologia, cultura e política na República de Weimar e no 3º Reich*. Campinas: Unicamp; Editora Ensaio, 1993, p. 135.

⁶⁶³ SCHMITT, Carl. *Romanticismo político* (1924, 2ª ed.), p. 19.

⁶⁶⁴ DE GIORGI, Raffaele. “L’azione come artefatto storico-evolutivo”. In: *Sociologia del diritto*. XXIX, nº 3. Milano: Franco Angeli, 2002, p. 63.

⁶⁶⁵ Já se falou, acima, da relação entre tautologia e paradoxo.

⁶⁶⁶ BRÜSEKE, Franz Josef. “Romantismo, mística e escatologia política”. In: *Lua Nova: revista de cultura e política*. Nº 62. São Paulo: Cedec, 2004, p. 29. Contudo, é de se notar que isso não significa uma destranscendentalização do sujeito kantiano, coisa que vai acontecer com Heidegger, ao colocar o tempo como horizonte de significação do Ser.

⁶⁶⁷ E é daí que surge, nessa época, a noção de *Bildung*, formação. Cf. KOSELLECK, Reinhart. “On the anthropological and semantic structure of *Bildung*”. In: *The practice of conceptual history: timing history, spacing concepts*. Stanford: Stanford University Press, 2002, pp. 170-207.

⁶⁶⁸ BRÜSEKE, Franz Josef. “Romantismo, mística e escatologia política”. In: *Lua Nova: revista de cultura e política*, p. 29.

⁶⁶⁹ De se ressaltar que a principal característica da modernidade é o primado da diferenciação por funções de sistemas compostos por comunicação e não por pessoas. O que ocorre é que tais descrições do século XIX que imputam ao sujeito o primado social fazem parte de uma semântica de transição, uma primeira

notória inquietação. Mais do que isso, Schmitt percebe que o romantismo, pelos motivos mais tortos possíveis, acaba por revelar uma carga política: é possível falar, assim, em um romantismo político. O fato incidental de *Romantismo Político* é uma crítica às idéias políticas de românticos como Friedrich Schlegel e Adam Müller⁶⁷⁰. Em relação a este último, por exemplo, Schmitt se impressiona com a total mutabilidade de seus ideais políticos durante sua trajetória intelectual: em Göttingen, Müller era anglófilo, em Berlim, se transformou em defensor do velho sistema prussiano de castas⁶⁷¹. No intuito de descobrir como era possível que uma postura estética permitisse essa (suposta) total falta de compromisso, Schmitt perquire “qual estrutura espiritual se colocava como fundamento desta expansão da estética, e porque o romantismo apareceu logo no século XIX e conseguiu tanto sucesso”⁶⁷². A busca por essa “estrutura espiritual” tenta encontrar, assim, uma “instância extrema”, um “centro absoluto”⁶⁷³; em outras palavras, uma *metafísica*.

Schmitt considera que não é uma tarefa fácil definir um movimento intelectual que “ora se transforma filosofia da natureza, ora mitologia, ora irracionalismo”⁶⁷⁴. Logo de início ele percebe que o romantismo político não tem um conteúdo uniforme, uma temática própria. Seria necessário encontrar outra hipótese explicativa. E é no afã de encontrar uma postura que pudesse explicar os românticos de forma convincente que Schmitt propõe o conceito *occasio*. O romantismo político seria um ocasionalismo subjetivado, o que significa afirmar que “o sujeito romântico considera o mundo como ocasião e pretexto para a sua produtividade romântica”⁶⁷⁵. Ver-se-á, agora, como Schmitt chega a tal definição.

Consoante seu hábito de pensar a partir do extremo, Schmitt vai àquilo que ele acredita ser as origens da modernidade: o *cogito ergo sum* cartesiano. Para ele é a filosofia de Descartes que põe termo ao antigo pensamento ontológico (próprio da Idade Média). Com o *cogito* se funda um egocentrismo filosófico que coloca uma

descrição de uma sociedade que se via na situação inédita de ausência de imposições hierárquicas para suas autodescrições. Essa era uma das linhas de pesquisa de Luhmann, a busca zetética de correlações entre estrutura da sociedade e a semântica que a descreve. Em um primeiro volume, Luhmann se concentrou particularmente nesse período de gestação da modernidade, entre o século XVII-XIX, para identificar referências de sentido que descreviam a estrutura da sociedade. Cf. LUHMANN, Niklas. *Struttura della Società e semantica*. Trad. Maria Sinatra. Roma, Bari: Laterza, 1983.

⁶⁷⁰ HIRST, Paul. *A democracia representativa e seus limites*. Trad. Maria Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1992, p. 151.

⁶⁷¹ SCHMITT, Carl. *Romanticismo politico* (1924, 2ª ed.), pp. 53-81.

⁶⁷² SCHMITT, Carl. *Romanticismo politico* (1924, 2ª ed.), p. 20.

⁶⁷³ SCHMITT, Carl. *Romanticismo politico* (1924, 2ª ed.), p. 20.

⁶⁷⁴ SCHMITT, Carl. *Romanticismo politico* (1924, 2ª ed.), p. 85.

⁶⁷⁵ SCHMITT, Carl. *Romanticismo politico* (1924, 2ª ed.), p. 21.

subjetividade interior em confronto com a realidade externa. Nasceram, assim, os dualismos que tanto caracterizam o pensamento moderno, como “pensamento e ser, conceito e realidade, espírito e natureza, sujeito e objeto”⁶⁷⁶. Essa polarização do pensamento começa a colocar em uma posição acuada o conceito do velho pensamento ontológico que caracterizava o Absoluto: Deus. Como essa transcendência já não convencia, fazia-se necessário que se criassem novas totalidades, novas divindades. Nesse sentido, durante o século XVIII dois novos “demiurgos” modernos se credenciam: a humanidade e a história⁶⁷⁷. São sínteses de potencial secularizante que permitem ao sujeito não se submeter a uma instância como Deus⁶⁷⁸. A humanidade enquanto “demiurgo” se manifesta a partir das formas mais diversas, como povo, comunidade, nação. Os objetivos de sua evocação também não se dão univocamente; podem conclamar uma revolução, como o fez os jacobinos com a categoria totalizante “povo”; podem fundamentar uma contra-revolução, como De Maistre fez com “nação” (vista como uma criação de Deus)⁶⁷⁹.

É na análise da utilização do “demiurgo história” pelos românticos que se chega mais próximo do centro metafísico do romantismo político. Para Schmitt, o romântico não tolera o passar do tempo. O presente com sua contingência é opressor, limita as possibilidades da vida. Daí o interesse pelo passado: se o passado é negação do presente, o passado nega a limitação de possibilidades do Eu romântico⁶⁸⁰. Daí o interesse de muitos românticos pelo Medievo e Antigüidade clássica. Nessa recusa de encarar o presente, de se utilizar do passado, Schmitt enxerga uma atitude especificamente romântica: a fuga da realidade⁶⁸¹. Uma postura que significa, simultaneamente, uma recusa à objetividade, a uma ordem exterior e a qualquer tipo de *decisão*.

Na verdade, ao romântico só interessa a *discussão*⁶⁸². Citando reiteradas vezes um dos *Fragmentos* de Novalis (o de número 66), Schmitt afirma que para um romântico “qualquer coisa é o início de um romance sem fim”⁶⁸³, ou seja, qualquer fato da realidade social é uma *ocasião* para o início de um “romance”, de um “diálogo

⁶⁷⁶ SCHMITT, Carl. *Romanticismo político* (1924, 2ª ed.), p. 86.

⁶⁷⁷ SCHMITT, Carl. *Romanticismo político* (1924, 2ª ed.), p. 94.

⁶⁷⁸ SCHMITT, Carl. *Romanticismo político* (1924, 2ª ed.), p. 108.

⁶⁷⁹ SCHMITT, Carl. *Romanticismo político* (1924, 2ª ed.), pp. 94-98.

⁶⁸⁰ SCHMITT, Carl. *Romanticismo político* (1924, 2ª ed.), p. 110.

⁶⁸¹ SCHMITT, Carl. *Romanticismo político* (1924, 2ª ed.), p. 112.

⁶⁸² SCHMITT, Carl. *Romanticismo político* (1924, 2ª ed.), pp. 18-19.

⁶⁸³ SCHMITT, Carl. *Romanticismo político* (1924, 2ª ed.), p. 127.

sociável”⁶⁸⁴. Nisso se exercitaria a liberdade do Eu que pensa o mundo a partir do *cogito* cartesiano. O mundo exterior do romântico vem considerado tão-somente na medida em que ele possa fornecer um interesse estético para o exercício de sua subjetividade⁶⁸⁵. A realidade é um pretexto para o deleite fantástico do sujeito, é uma *occasio*, um pretexto, para sua produtividade estética⁶⁸⁶.

Com a *occasio* o sujeito romântico opera uma secularização de Deus, pois se coloca em seu lugar. Ele o destrona de seu papel de totalidade que dota o mundo de um centro objetivo, uma vez que o mundo passa a ser compreendido a partir de uma representação de uma vontade subjetiva⁶⁸⁷. Aqui tem-se uma das características centrais do pensamento de Schmitt, a noção de secularização. Para Schmitt, “todos os conceitos mais importantes da moderna teoria do Estado são conceitos teológicos secularizados”⁶⁸⁸. A modernidade para Schmitt é uma mera reocupação de temas medievais. Com a *occasio* romântica não é diferente, porquanto ela propõe o sujeito como o criador de um mundo que se encontra à disposição do sujeito para o seu deleite estético⁶⁸⁹. O lugar que era de Deus, ocupa-o o sujeito.

Fica claro, nesse ponto, que *a crítica de Schmitt à estrutura ocasional do romantismo consiste em um confronto com a modernidade*. Seu problema é a passagem de uma sociedade pré-moderna – diferenciada por estratos e que naturaliza posições sociais a partir de critérios de nascença – para uma sociedade moderna, com fundamentos artificiais, móveis e precários. Schmitt entende a modernidade como o momento histórico em que “se desagregam as hierarquias do espírito”⁶⁹⁰, e é

⁶⁸⁴ Nas palavras de Paul Hirst, “(...) o romântico faz de sua própria experiência o juiz decisivo de todos os fenômenos, estetizando e subjetivando a política no equivalente de um romance”, Cf. HIRST, Paul. *A democracia representativa e seus limites*, p. 152.

⁶⁸⁵ SCHMITT, Carl. *Romanticismo político* (1924, 2ª ed.), p. 128.

⁶⁸⁶ MARTÍNEZ, José Caamaño. *El pensamiento jurídico-político de Carl Schmitt*. La Coruña: Editorial Moret, 1950, p. 60.

⁶⁸⁷ Arthur Schopenhauer, com sua adesão ao idealismo subjetivo de Berkeley, foi uma influência forte no jovem Schmitt, como se vê em tal diagnóstico do “mundo como representação”, consoante a proposta de: CARLONI, Stefano. “La componente irrazionalistica del decisionismo schmittiano: tre esempi”. In: *Rivista Internazionale di Filosofia del diritto*, p. 365. Para uma mostra do conhecimento profundo que Schmitt tinha da obra de Schopenhauer, Cf. SCHMITT, Carl. “La philosophie du droit de Schopenhauer, prise en dehors de son système philosophique”(1914). In: *Archives de Philosophie du Droit*. Tomo 41: le privé et le publique. Paris: Sirey, 1997, pp. 474-479. Cf. também o excelente texto introdutório a esse artigo de Schmitt: DOREMUS, André. “La philosophie du droit de Schopenhauer selon Carl Schmitt”. In: *Archives de Philosophie du Droit*. Tomo 41: le privé et le publique. Paris: Sirey, 1997, pp. 471-473.

⁶⁸⁸ SCHMITT, Carl. “Teologia Política: quattro capitoli sulla dottrina della sovranità” (1934, 2ª ed.). In: *Le categorie del “politico”*, p. 61.

⁶⁸⁹ SCHMITT, Carl. *Romanticismo político* (1924, 2ª ed.), p. 144.

⁶⁹⁰ SCHMITT, Carl. *Romanticismo político* (1924, 2ª ed.), p. 19.

precisamente nesse momento que o sujeito cartesiano se aproveita para se colocar como fundamento da sociedade:

Somente em uma sociedade minada pelo individualismo a produtividade estética do sujeito poderia se colocar como centro espiritual da realidade; somente em um mundo burguês se poderia encarregar o indivíduo – espiritualmente isolado e abandonado a si mesmo – de dar conta de todos aqueles fardos que tempos atrás eram, ao contrário, repartidos entre as diversas funções hierárquicas do ordenamento social. Somente em uma sociedade deste tipo o indivíduo privado é fadado a ser o sacerdote de si mesmo e (...) a ser o arquiteto que erige a catedral para o culto da própria personalidade: nesse sacerdócio privado se encontra a raiz última do romantismo e dos fenômenos românticos⁶⁹¹.

Assim cabe sintetizar o argumento de Schmitt: (i) a modernidade se caracteriza pelo surgimento do primado do indivíduo; (ii) é a *occasio* romântica que fundamenta um indivíduo que não possui outro compromisso que não o seu deleite estético, que se vale do mundo como mero pretexto; logo (iii) a manutenção do primado do sujeito depende da conservação da estrutura metafísica representada pela *occasio*.

A *occasio* é uma celebração das possibilidades infinitas de uma subjetividade autônoma frente o mundo. Assim, acredita Schmitt, “caso se queira dar uma definição total do romantismo, é necessário procurá-la na ausência de qualquer relação com uma *causa*”. Ora, o indivíduo só consegue desenvolver o eterno diálogo romântico com a correspondente recusa de se entender o mundo a partir de qualquer regularidade objetiva, de qualquer causa. Assim, o romântico nega qualquer sorte de ligações normativas que estabeleçam uma relação entre *occasio* e efeito, porque a *occasio* é sempre imprevisível⁶⁹². O romântico simplesmente abomina a causa porque ela forma vínculos com o futuro, porque impele à decisão e à intervenção nas relações do mundo sensível. Limitar a *occasio* seria limitar a liberdade do sujeito. Por essa razão é que Schmitt define o romantismo político como uma *occasio* subjetivada. *O romantismo político é a recusa da decisão*.

É precisamente a recusa a qualquer vínculo normativo por parte do ocasionalismo que torna inexistente uma teoria do direito ou mesmo uma ética romântica, pois a passividade do romantismo se recusa a operar qualquer transformação

⁶⁹¹ SCHMITT, Carl. *Romanticismo político* (1924, 2ª ed.), p. 24.

⁶⁹² FERREIRA, Bernardo. *O risco do político: crítica ao liberalismo e teoria política no pensamento de Carl Schmitt*, p. 87.

ativa do mundo social⁶⁹³. O romantismo político não tolera qualquer relação com normas ou decisões jurídicas: “qualquer norma lhe aparece, sobretudo, como uma tirania anti-romântica, e qualquer decisão do gênero jurídico ou moral lhe pareceria privada de sentido”⁶⁹⁴. A norma reduz o espectro de liberdade do sujeito romântico, porquanto coloca um ponto final na mobilidade infinita do eterno diálogo⁶⁹⁵. A norma, então, constrange à decisão, por isso é evitada. O interminável falatório do romantismo do século XIX impede qualquer tomada de decisão que escape a afirmação solipsista de um Eu romântico⁶⁹⁶. Essa seria a explicação de sua nulidade política. Bernardo Ferreira explica o argumento de Schmitt de forma exemplar:

Para Schmitt, o processo de emancipação do sujeito em face dos pressupostos da ontologia tradicional não só desestabiliza a possibilidade de uma fundamentação substancial dos princípios normativos, como implica a renúncia à própria idéia de uma ordem normativa. Expressão extrema daquele processo, o romantismo não teria como oferecer uma contrapartida política para a dissolução individualista da “hierarquia da esfera do espírito”. Assim, a sua nulidade política não se distingue da sua impotência normativa. Se o sujeito romântico, como repete Schmitt insistentemente, não é capaz de nenhuma decisão é porque ele não admite se sujeitar a um posicionamento normativo diante da realidade. A incapacidade romântica de decisão seria, em última análise, a incapacidade de estabelecer uma ordem fundada em parâmetros de normalidade partilhados e minimamente estáveis⁶⁹⁷.

Assim, vê-se de modo inequívoco o pessimismo cultural típico do modernismo reacionário da República de Weimar. Há um juízo de decadência, de descrença na modernidade. A modernidade é vista simplesmente como o desmoronamento de um sistema metafísico que propiciava uma ordem sólida, a partir de uma hierarquia que tinha Deus como *ultima ratio*. Só que a apoteose do sujeito traria mais problemas do que soluções, no juízo de Schmitt. O sistema metafísico liberal seria completamente inapto para se gerar decisões, uma vez que ele fundamenta uma centralidade subjetiva que faz com que o mundo e a política sejam entendidos como mera representação de uma *occasio* estética.

⁶⁹³ SCHMITT, Carl. *Romanticismo político* (1924, 2ª ed.), p. 238.

⁶⁹⁴ SCHMITT, Carl. *Romanticismo político* (1924, 2ª ed.), p. 178.

⁶⁹⁵ SCHMITT, Carl. *Romanticismo político* (1924, 2ª ed.), p. 237.

⁶⁹⁶ HERF, Jeffrey. *O modernismo reacionário: tecnologia, cultura e política na República de Weimar e no 3º Reich*, p. 137.

⁶⁹⁷ FERREIRA, Bernardo. *O risco do político: crítica ao liberalismo e teoria política no pensamento de Carl Schmitt*, p. 98.

Dessa forma, observa-se que com o seu *Romantismo Político* Schmitt, na verdade, lança as bases de um projeto intelectual (consistente, sofisticado e autoritário) de crítica à modernidade, entendida como “sistema metafísico liberal”. Na esteira de Ernst Jünger e Oswald Spengler, Schmitt vai atacar a incapacidade do individualismo liberal de forjar uma comunidade nacional política e motivada à ação política⁶⁹⁸. No intuito de eliminar o liberalismo, Schmitt coloca a decisão política fundamental no posto de verdadeiro mito constitucional (porquanto impele à ação). Esse é, portanto, o método de Schmitt.

É certo que na crítica ao romantismo político Schmitt ainda não deixa transparecer de modo inequívoco o seu posicionamento face às questões constitucionais de seu tempo. Porém, as intervenções posteriores de Schmitt na “luta pelo método” (*Methodenstreit*) da República de Weimar carregam como pressuposto a crítica anteriormente realizada frente ao romantismo, que em última análise é uma crítica ao liberalismo. Não cabe, neste curto espaço, exaurir os desdobramentos do embate schmittiano contra o liberalismo em suas diversas manifestações. A exposição que aqui foi feita visou apenas: (i) apontar o sistema metafísico do liberalismo como adversário intelectual de Schmitt; (ii) mostrar como Schmitt procede para a identificação da estrutura metafísica de uma época; (iii) definir de modo indiciário as premissas básicas do liberalismo entendido como sistema metafísico coerente.

A abordagem feita até este momento teve perfil predominantemente metodológico, portanto. Mas sem esse primeiro passo, o conceito decisionista de direito, o conceito de Constituição de Schmitt e com maior razão o papel de um guardião da Constituição, teriam a sua compreensão prejudicada. É tempo de iniciar uma transição, de começar a abordagem da crítica tecida por Schmitt contra o constitucionalismo, e contra as traduções institucionais do sistema metafísico do liberalismo. Sem dúvida o libelo schmittiano contra a democracia parlamentarista é um excelente mote para tanto, e será aqui utilizado⁶⁹⁹. Primeiro, por consistir em uma das intervenções mais contundentes de Schmitt contra uma instituição tributária ao “sistema metafísico liberal”. Segundo, porque é um excelente exemplo prático do modo como Schmitt trabalha para encontrar a estrutura metafísica de um conceito; da forma mediante a qual ele isola, pelo exagero, uma instituição de seu contexto, *à la* Georges Sorel. Terceiro,

⁶⁹⁸ HERF, Jeffrey. *O modernismo reacionário: tecnologia, cultura e política na República de Weimar e no 3º Reich*, p. 137.

⁶⁹⁹ SCHMITT, Carl. *The Crisis of Parliamentary Democracy* (1926). Ed. Ellen Kenedy. Cambridge: MIT Press, 1994.

porque ao diagnosticar o problema estrutural do parlamentarismo, Schmitt demonstra inequivocamente a sua crença de que o uso da força e do mito seria uma saída para escapar ao “eterno falatório liberal”; o que acaba por ser uma boa introdução à sua noção de direito, o decisionismo.

Na análise do sistema parlamentar, Schmitt afirma logo de início que deseja abordá-lo para além da “linguagem usual do constitucionalismo”; ele quer identificar o fundamento histórico-espiritual (*geistesgeschichtliche*) do parlamentarismo⁷⁰⁰. Nesse sentido, o jurista alemão afirma que a *ratio* do parlamentarismo reside em um processo dinâmico e dialético de confronto de opiniões divergentes. Sua essência fora fixada de modo preciso por aquele que fora o maior teorizador do sistema parlamentar, François Guizot. Schmitt afirma que quando Guizot aborda o parlamentarismo ele o faz mediante uma diferença entre direito e poder⁷⁰¹. Assim, no âmbito de um sistema político que conhece a separação de poderes, o parlamentarismo contribuiria para a manutenção do direito diante do poder se as seguintes exigências fossem atendidas: (i) “que os poderes sejam sempre obrigados a discutir e, com isso, buscar a verdade juntos”, (ii) “que a publicidade de toda a vida política coloque os poderes sob o controle dos cidadãos”, e, por último (iii) “que a liberdade de imprensa incentive os cidadãos a procurarem a verdade por eles mesmos, e que ela seja transmitida aos poderes”⁷⁰². Têm-se aqui três princípios: discussão (que se traduz pela separação de poderes), publicidade da vida pública e liberdade de imprensa; sendo que o último estaria mais para um meio que instrumentaliza os dois primeiros princípios do que propriamente um elemento autônomo.

Para Schmitt, as considerações de Guizot têm a sua profundidade vislumbrada quando se percebe a sua filiação ao liberalismo. Não se trata de um racionalismo ou de uma apologia à concorrência econômica (ao estilo *laissez-faire*), é mais que isso: as teses de Guizot são filhas legítimas do sistema metafísico e abrangente do liberalismo. Isso pode ser verificado quando se nota o papel central exercido pela “discussão”. É ela que estrutura o funcionamento do princípio da publicidade e do princípio da separação de poderes, pedras angulares do pensamento constitucional e do parlamentarismo, e uma representativa tradução do sistema metafísico liberal⁷⁰³.

⁷⁰⁰ SCHMITT, Carl. *The Crisis of Parliamentary Democracy* (1926), p. 33.

⁷⁰¹ SCHMITT, Carl. *The Crisis of Parliamentary Democracy* (1926), p. 34.

⁷⁰² SCHMITT, Carl. *The Crisis of Parliamentary Democracy* (1926), p. 35.

⁷⁰³ SCHMITT, Carl. *The Crisis of Parliamentary Democracy* (1926), pp. 48-49.

Schmitt filia o princípio da publicidade à crença nas qualidades da opinião pública. Ele afirma que isso tem uma origem polêmica, uma vez que se posicionava contra os *arcana imperii*, a teoria dos segredos de Estado, muito típica do Estado absolutista⁷⁰⁴; se dirigia contra “a política de gabinete, exercida a portas fechadas e por poucas pessoas”, que era descrita como uma técnica maquiavélica de poder. Com o advento dos ideais iluministas, teria início uma “panacéia” que colocava a publicidade da política como algo que é “justo e bom só por causa de sua publicidade”⁷⁰⁵. Para Schmitt é essa crença liberal na opinião pública que fornece um mote interessante para se compreender a “separação ou balanceamento das diversas atividades e instituições do Estado”⁷⁰⁶.

No entender de Schmitt, a separação de poderes denota a crença liberal de que o problema representado pela unidade absoluta do poder seria resolvido de pronto quando se desenvolve um sistema de mediações institucionais que cria uma diversidade de pontos de vista e de opiniões. Isso não somente entre os poderes, mas inclusive dentro do próprio Legislativo, como ocorre com o bicameralismo, com a concorrência entre câmaras de natureza estadual e federal e com a cisão interna de um órgão legislativo entre governo e oposição⁷⁰⁷. A separação dos poderes traria a discussão para dentro do próprio Estado, o que para o pensamento metafísico liberal seria, necessariamente, uma coisa positiva.

Assim, publicidade e separação dos poderes são variações de um mesmo tema: a crença na *discussão*. E é precisamente quando se repara no papel central exercido pela discussão que se vê uma zona de interseção entre o parlamentarismo e o romantismo político, e a razão disso é simples: ambos são expressões do liberalismo. Ao identificar a discussão como elemento de ligação entre parlamentarismo e liberalismo, Schmitt não esconde que está a seguir uma tradição iniciada pelo teólogo espanhol Juan Donoso Cortés. Para Donoso (segundo Schmitt) “pertence à essência do liberalismo burguês não tomar decisões”, e por isso “ele define a burguesia exatamente como ‘uma classe que discute’”, que transfere toda atividade política ao discurso parlamentar ou à via da

⁷⁰⁴ Schmitt discorre sobre eles em: SCHMITT, Carl. *La dictadura: desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria* (1921). Trad. José Díaz Gracia. Madrid: Alianza Editorial, 2003, pp. 45-49.

⁷⁰⁵ SCHMITT, Carl. *The Crisis of Parliamentary Democracy* (1926), p. 38.

⁷⁰⁶ SCHMITT, Carl. *The Crisis of Parliamentary Democracy* (1926), p. 39.

⁷⁰⁷ SCHMITT, Carl. *The Crisis of Parliamentary Democracy* (1926), p. 41. A essas espécies de divisões internas ao Poder Legislativo, se costuma denominar “controle intra-órgão”, consoante as lições de LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución* (1959). 2ª ed. Trad. Alfredo Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1970, pp. 242-250.

imprensa⁷⁰⁸. A discussão liberal seria uma prova manifesta de um modo de pensar tipicamente *conciliatório*, incapaz, por isso, de gerar decisões. Por isso, se ao Parlamento é feita a pergunta “Cristo ou Barrabás?”, ela é respondida “com uma moção de adiamento ou com a instalação de uma comissão de inquérito”⁷⁰⁹.

Em síntese, a discussão liberal é conciliatória, e isso impede a decisão. Para Schmitt, a publicidade e a separação de poderes, enquanto desdobramentos do liberalismo, são princípios que até tiveram sentido em uma certa época, pois serviram como embasamento teórico do parlamentarismo em sua luta travada contra a monarquia durante o século XIX. Mas foi justamente a mudança nas condições sociais que permitiram o seu surgimento que os tornam antiquados. Schmitt, assim, afirma que a realidade constitucional da época (1926) seria tão diferente que a publicidade e a separação de poderes não passariam de uma “formalidade trivial e vazia”⁷¹⁰.

Schmitt chega a essa conclusão após discorrer sobre o novo comportamento do sistema parlamentar, em que as grandes questões políticas e econômicas não são sequer debatidas no Órgão Pleno do Parlamento, mas sim decididas dentro de comissões, a portas fechadas, e sob os critérios mais implausíveis, a depender de qual coalizão partidária estiver no comando. Assim, o sistema parlamentar, que surge no século XVIII para impor a publicidade no processo político contra os *arcana* do rei absoluto, acaba revestindo a forma daquilo que era por ele combatido no início de sua história⁷¹¹. É por isso que o jurista alemão acredita que o sistema parlamentar perdeu a sua base histórico-espiritual original, a sua *ratio*, o que tornaria a sua utilidade questionável.

Aqui se vê de modo claro uma aplicação por Schmitt da abordagem mítico-histórica de Sorel. *Schmitt constrói uma crise irremediável do parlamentarismo, para em seguida se oferecer como a solução*. A crise se deve ao eterno diálogo parlamentar, que nada mais seria do que uma variante do “romance sem fim” do ocasionalismo romântico. Ambos são expressões do sistema metafísico liberal. Pode-se notar, facilmente, que *o diagnóstico é feito na medida para a solução que Schmitt quer*

⁷⁰⁸ SCHMITT, Carl. “Teologia Política: quattro capitoli sulla dottrina della sovranità” (1934, 2ª ed.). In: *Le categorie del “politico”*, pp. 79-80.

⁷⁰⁹ SCHMITT, Carl. “Teologia Política: quattro capitoli sulla dottrina della sovranità” (1934, 2ª ed.). In: *Le categorie del “politico”*, pp. 82.

⁷¹⁰ SCHMITT, Carl. *The Crisis of Parliamentary Democracy* (1926), p. 50.

⁷¹¹ SCHMITT, Carl. *The Crisis of Parliamentary Democracy* (1926), pp. 49-50.

*propor: a saída para essa crise passaria por uma valorização das “teorias irracionais do uso direto da força”*⁷¹². Teorias como a de Sorel, Bakunin e Proudhon⁷¹³.

Guardadas suas diferenças, são teorias que questionam o pensamento racional, o intelectualismo, as pretensões uniformizantes do Estado moderno, a burocracia, a religião, o abstrato. No caso de Sorel, Schmitt enfatiza a utilidade do “mito” para que seja possível a condução da massa, pois a impele para o martírio, dá-lhe coragem para o uso da força⁷¹⁴. Mesmo que tais teorias tenham uma orientação “proletária”, Schmitt acredita que elas são úteis porquanto elegem como inimigo o “racionalismo relativo da totalidade complexa, agrupada ao redor de concepções como o balanceamento, a discussão pública e o parlamentarismo”⁷¹⁵. Afirma Schmitt:

Quando os autores anarquistas descobriram a importância do mito para uma oposição à unidade e à autoridade, ao mesmo tempo eles cooperam, ainda que inconscientemente, para a efetivação da fundação de uma outra autoridade: uma autoridade baseada em um novo sentimento de ordem, disciplina e hierarquia.⁷¹⁶

Em outras palavras, as teorias irracionais do uso direto da força conseguem recuperar aquilo que a modernidade dissolveu: uma ordem social sólida e que contorna as neutralizações políticas do liberalismo. A *occasio* do romantismo e seu romance infundável ganham um adversário de peso, que rejeita a mera estetização contemplativa da política e sua crença desmedida na publicidade da opinião. O que importa na utilização do mito é que ele conduz a uma *decisão*, que interrompe a discussão liberal. Não é por outro motivo que a noção de decisão é central para as considerações de Schmitt. Com seu conceito de direito não é diferente.

2.2 O decisionismo jurídico: a submissão do normativo ao político.

O conceito de direito de Schmitt é usualmente descrito como *decisionismo*; ele enxerga na “decisão” uma espécie de *arché* da normatividade. Mas até para se entender como Schmitt propõe a precedência da decisão em relação à norma, importa investigar,

⁷¹² SCHMITT, Carl. *The Crisis of Parliamentary Democracy* (1926), pp. 65-76, que equivale ao quarto e último capítulo de tal obra.

⁷¹³ SCHMITT, Carl. *The Crisis of Parliamentary Democracy* (1926), p. 67.

⁷¹⁴ SCHMITT, Carl. *The Crisis of Parliamentary Democracy* (1926), p. 68.

⁷¹⁵ SCHMITT, Carl. *The Crisis of Parliamentary Democracy* (1926), p. 68.

⁷¹⁶ SCHMITT, Carl. *The Crisis of Parliamentary Democracy* (1926), p. 76.

ainda que de forma rápida, como ele concebe o seu *inimicus* – que é considerado por ele um desdobramento do coerente sistema metafísico liberal – o normativismo. Afinal, as soluções de Schmitt sempre dependem de como ele se contrapõe polemicamente àquilo que ele critica.

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, *O problema da soberania e a teoria do direito internacional: uma contribuição à teoria pura do direito*⁷¹⁷. Nele, 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 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’”⁷¹⁸. Kelsen identifica (ou reduz, como diria Schmitt) o Estado a um conjunto de regras de conduta (dever-ser). Um Estado é soberano quando o seu ordenamento jurídico é supremo, quando não sofre hetero-integração, em outras palavras. 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, que iguala o Estado a uma ordem jurídica, e assim os reduz a um único *ponto de imputação*. Schmitt sabe que a soberania é um tema espinhoso, disputado; acredita que “a conciliação do poder supremo de fato com o de direito constitui o problema de fundo do conceito de soberania”⁷¹⁹, uma tensão que gera profunda dificuldade. E que não é solvida, acredita, com o argumento simplista de Kelsen de escolher o lado “direito” como solução de um “isso ou aquilo” travado entre

⁷¹⁷ *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer Reinen Rechtslehre*. Utiliza-se, aqui, a excelente tradução italiana: KELSEN, Hans. *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale: contributo per un dottrina pura del diritto* (1920). Ed. Agostino Carrino. Milano: Giuffrè, 1989.

⁷¹⁸ KELSEN, Hans. *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale: contributo per un dottrina pura del diritto* (1920), pp. 17-18.

⁷¹⁹ SCHMITT, Carl. “Teologia Política: quattro capitoli sulla dottrina della sovranità” (1934, 2ª ed.). In: *Le categorie del “politico”*, p. 44.

um conceito sociológico de Estado e outro que seria próprio à ciência do direito⁷²⁰. Schmitt assim descreve a teoria da soberania de Kelsen:

O Estado, assim, não é nem autor nem a fonte do próprio ordenamento jurídico: todas as concepções deste tipo são para Kelsen personificações, hipóstases, multiplicações do ordenamento jurídico unitário e sempre idêntico com referência a sujeitos diversos. O Estado, isto é, o ordenamento jurídico, é um sistema de imputações a um ponto de imputação última, a uma norma fundamental última. (...) Para a abordagem jurídica não existem pessoas reais ou fictícias, mas somente pontos de imputação⁷²¹.

Com essa incessante busca pela unidade, o conceito normativista de soberania se vale de “palavras como ordem, sistema, unidade” que consistem “somente em transcrições do mesmo postulado”⁷²², 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”⁷²³. Esse seria o suposto fracasso de Kelsen, que incorria na “velha negação liberal do Estado nos confrontos com o direito”, porquanto ele “resolve o problema do conceito de soberania simplesmente negando-o”⁷²⁴.

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:

⁷²⁰ SCHMITT, Carl. “Teologia Política: quattro capitoli sulla dottrina della sovranità” (1934, 2ª ed.). In: *Le categorie del “politico”*, p. 44. Schmitt se refere, aqui, a um importante livro datado de 1922 da lavra de Kelsen, que apresenta para o grande público seu conceito totalmente formal de Estado como conjunto de normas jurídicas: KELSEN, Hans. *Il concetto sociologico e il concetto giuridico dello Stato: studio critico sul rapporto tra Stato e diritto* (1922). Ed. Agostino Carrino. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1997.

⁷²¹ SCHMITT, Carl. “Teologia Política: quattro capitoli sulla dottrina della sovranità” (1934, 2ª ed.). In: *Le categorie del “politico”*, p. 45.

⁷²² SCHMITT, Carl. “Teologia Política: quattro capitoli sulla dottrina della sovranità” (1934, 2ª ed.). In: *Le categorie del “politico”*, p. 46.

⁷²³ SCHMITT, Carl. “Teologia Política: quattro capitoli sulla dottrina della sovranità” (1934, 2ª ed.). In: *Le categorie del “politico”*, p. 47.

⁷²⁴ SCHMITT, Carl. “Teologia Política: quattro capitoli sulla dottrina della sovranità” (1934, 2ª ed.). In: *Le categorie del “politico”*, p. 47.

(...) 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.⁷²⁵

O normativismo busca na sublimidade do geral e do abstrato uma pretensa superioridade. Esse é um de seus mais notáveis traços, e uma espécie de *idée fixe*, mas que conhecia variações, como a exigência de um “*government of law, not of men*” por parte dos partidários do Estado de Direito. Para Schmitt, os *founding fathers* da Constituição norte-americana de 1787 “estavam inteiramente na esteira dessa tradição”, quando intentaram regulamentar juridicamente, por meio de uma Constituição, toda a vida pública daquele país, de modo que fosse assegurado que somente o domínio impessoal das leis governasse⁷²⁶. Contudo, é de se ressaltar que Schmitt não enxerga nisso (ou não quer enxergar nisso) uma característica típica do constitucionalismo moderno, portanto historicamente situado. Para ele, o pensamento normativista é “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 pessoas⁷²⁷. Outras antíteses como *ratio* e *voluntas*, *veritas* e *auctoritas*, também são 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*⁷²⁸:

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*.⁷²⁹

⁷²⁵ SCHMITT, Carl. “Sobre os três tipos do pensamento jurídico” (1934). Trad. Peter Naumann. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a fundamentação do direito*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 168.

⁷²⁶ SCHMITT, Carl. “Sobre os três tipos do pensamento jurídico” (1934). Trad. Peter Naumann. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a fundamentação do direito*, p. 169.

⁷²⁷ É como se a modernidade não tivesse acontecido. Voltar-se-á ao tema.

⁷²⁸ SCHMITT, Carl. “Sobre os três tipos do pensamento jurídico” (1934). Trad. Peter Naumann. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a fundamentação do direito*, p. 169.

⁷²⁹ SCHMITT, Carl. “Sobre os três tipos do pensamento jurídico” (1934). Trad. Peter Naumann. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a fundamentação do direito*, pp. 170-171.

Schmitt acreditava que as teses de Kelsen sobre a soberania seriam a forma mais acabada desse modo normativista de entender o direito. Portanto, ele também percebe nos argumentos de Kelsen a presença da falácia normativista de tentar controlar a decisão do *rex* pela *lex*; identifica também uma busca pela limitação da vontade por meio da impessoalidade das regras. No juízo de Schmitt é por esta razão que Kelsen elege como alvo teórico as doutrinas da soberania que a descrevem como um direito pessoal ao comando. Com isso as referidas doutrinas seriam privadas de cientificidade, uma vez que essa objetividade que Kelsen reivindicava para si, segundo Schmitt, “consiste no fato de que ele evita tudo o que é personalístico e reconduz o ordenamento jurídico à eficácia impessoal de uma norma impessoal”⁷³⁰.

A crítica de Schmitt ao conceito de soberania normativista (ou, caso se prefira: kelseniano), 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*, Schmitt parece incomodado com a assim-chamada “despersonificação” levada a efeito pelo normativismo, e que é muito presente na teoria da soberania de Kelsen. A impessoalidade do “governo das leis” seria uma fuga para não se problematizar a soberania, e mais, uma atitude que tenta escapar da principal questão jurídica: *quem decide?*⁷³¹.

Schmitt procura responder essa questão logo no *incipit* de sua *Teologia Política*: “soberano é quem decide sobre o estado de exceção”⁷³². Uma definição que quando analisada de perto deixa transparecer toda ambigüidade que lhe informa. Por um lado ela pode sustentar que o soberano é aquele que por uma mera questão fática decide

⁷³⁰ SCHMITT, Carl. “Teologia Política: quattro capitoli sulla dottrina della sovranità” (1934, 2ª ed.). In: *Le categorie del “politico”*, p. 54.

⁷³¹ Consoante sua proposta de conceber a história como sucessão de “centros de gravidade” (*Zentralgebiet*), 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. Dessarte, da mesma forma que nos primórdios do Estado moderno, Alberto 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, 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: L’Harmattan, 1995, p. 72.

⁷³² SCHMITT, Carl. “Teologia Política: quattro capitoli sulla dottrina della sovranità” (1934, 2ª ed.). In: *Le categorie del “politico”*, p. 33 [“*Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet*”]

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”⁷³³. 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 indefinido⁷³⁴. 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?”⁷³⁵ 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”⁷³⁶. 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*.

Schmitt acredita que a soberania é um conceito-limite, “um conceito da esfera extrema”. Ao conceber a soberania de tal modo, Schmitt nega que a definição deste conceito possa se aplicar a um “caso normal”, o que por conclusão é o mesmo que afirmar: 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 excepcional⁷³⁷. Em sua constituição paradoxal, a soberania representa “o *terminus* de qualquer sistema normativo: no duplo sentido de *limite* e *traço* que o define.”⁷³⁸. No raciocínio de Schmitt, a centralidade da exceção mostra que

⁷³³ DYZENHAUS, David. *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 43.

⁷³⁴ DYZENHAUS, David. *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*, p. 43.

⁷³⁵ DYZENHAUS, David. *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*, p. 43.

⁷³⁶ SCHMITT, Carl. “Teologia Política: quattro capitoli sulla dottrina della sovranità” (1934, 2ª ed.). In: *Le categorie del “politico”*, p. 47.

⁷³⁷ SCHMITT, Carl. “Teologia Política: quattro capitoli sulla dottrina della sovranità” (1934, 2ª ed.). In: *Le categorie del “politico”*, p. 33.

⁷³⁸ MARRAMAIO, Giacomo. *Céu e Terra: genealogia da secularização*. Trad. Guilherme Andrade. São Paulo: Unesp, 1997, pp. 59-60.

é da decisão que nasce a ordem jurídica, afinal ela se coloca simultaneamente dentro e fora do ordenamento jurídico.

Por isso, Schmitt enfoca suas observações no “caso excepcional” que é “aquilo que não se reduz a uma tipificação jurídica”⁷³⁹. 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 inimigo⁷⁴⁰. 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 soberano⁷⁴¹. 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.

Para Schmitt, nesse ponto o normativismo mostra claramente toda a sua fraqueza, por consistir em um tipo de pensamento jurídico que tenta a todo custo exorcizar o 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 milagre⁷⁴². 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 sociais⁷⁴³. 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 aplicação⁷⁴⁴. Assim, a norma sempre se confronta com uma realidade concreta quando

⁷³⁹ SCHMITT, Carl. “Teologia Política: quattro capitoli sulla dottrina della sovranità” (1934, 2ª ed.). In: *Le categorie del “politico”*, pp. 33-34.

⁷⁴⁰ 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, Carl. *La dictadura: desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria* (1921), p. 181. Voltar-se-á ao tema infra.

⁷⁴¹ SCHMITT, Carl. “Teologia Política: quattro capitoli sulla dottrina della sovranità” (1934, 2ª ed.). In: *Le categorie del “politico”*, p. 34.

⁷⁴² SCHMITT, Carl. “Teologia Política: quattro capitoli sulla dottrina della sovranità” (1934, 2ª ed.). In: *Le categorie del “politico”*, pp. 70-71.

⁷⁴³ SCHMITT, Carl. “Teologia Política: quattro capitoli sulla dottrina della sovranità” (1934, 2ª ed.). In: *Le categorie del “politico”*, p. 39-40.

⁷⁴⁴ Isso desde suas primeiras obras, como *Gesetz und Urteil*: Cf. DELACROIX, Sylvie. “Schmitt’s critique of kelsenian normativism”. In: *Ratio Juris*. Vol. 18, nº 1. Oxford: Blackwell, março de 2005, pp. 31-32.

aplicada, e não com uma forma transcendental que é aprioristicamente vazia⁷⁴⁵, de modo que a tarefa de aplicação do direito não pode atender aos moldes do automatismo judicial de corte labandiano, que acredita que uma mera subsunção do caso particular à lei geral seria o suficiente para se decidir⁷⁴⁶. A subsunção é insuficiente porque o conteúdo da decisão judicial não pode ser remetido *plenamente* à norma que se coloca como *ratio decidendi*. Schmitt, assim, tem plena consciência de que a atividade judicial não consiste em uma atividade de encontrar um resultado que “já estava lá”, na norma jurídica⁷⁴⁷. Isso, mais uma vez, fundamenta a autonomia da decisão frente à norma, provaria que ela seria um momento que traz algo de novo e estranho⁷⁴⁸. 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 decidi-las”⁷⁴⁹, contudo “para a realidade da vida jurídica, aquilo que importa é *quem* decide”⁷⁵⁰. 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*⁷⁵¹.

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”⁷⁵². Com isso Schmitt quer apontar a necessidade imperativa de uma abordagem *personalista* não somente da soberania, mas do direito. Ele se coloca contrário à estratégia normativista de despersonalização da questão soberana, que para ele é tão vã quanto a crença de se regular a vida por meio *exclusivo* de normas. Assim, o pensamento jurídico normativista pode até alçar a norma a uma condição sublime de inviolabilidade, contudo uma norma

⁷⁴⁵ SCHMITT, Carl. “Teologia Política: quattro capitoli sulla dottrina della sovranità” (1934, 2ª ed.). In: *Le categorie del “politico”*, p. 59.

⁷⁴⁶ SCHMITT, Carl. “Statute and Judgement” (1912). In: JACOBSON, Arthur. SCHLINK, Bernhard (orgs.). *Weimar: a jurisprudence of crisis*. Berkeley: University of California Press, 2002, pp. 63-64 (tradução parcial).

⁷⁴⁷ SCHMITT, Carl. “Teologia Política: quattro capitoli sulla dottrina della sovranità” (1934, 2ª ed.). In: *Le categorie del “politico”*, p. 55.

⁷⁴⁸ SCHMITT, Carl. “Teologia Política: quattro capitoli sulla dottrina della sovranità” (1934, 2ª ed.). In: *Le categorie del “politico”*, p. 56.

⁷⁴⁹ SCHMITT, Carl. “Teologia Política: quattro capitoli sulla dottrina della sovranità” (1934, 2ª ed.). In: *Le categorie del “politico”*, p. 57.

⁷⁵⁰ SCHMITT, Carl. “Teologia Política: quattro capitoli sulla dottrina della sovranità” (1934, 2ª ed.). In: *Le categorie del “politico”*, p. 58.

⁷⁵¹ Cf. KAHN, Victoria. “Hamlet or Hecuba: Carl Schmitt’s decision”. In: *Representations*. Vol. 83, nº 1. California: University of California Press, verão de 2003, p. 70.

⁷⁵² CASERTA, Marco. *La forma e l’identità: democrazia e costituzione in Hans Kelsen e Carl Schmitt*, p. 141.

somente disciplina um aspecto da vida quando existe uma normalidade no âmbito da situação concreta a qual ela se dirige. A norma somente é válida enquanto a situação de aplicação é normal, e isso não seria “apenas um pressuposto exterior a ser desconsiderado pela ciência jurídica, mas um traço distintivo jurídico, interno da essência da validade da norma e uma determinação normativa da própria norma”⁷⁵³. Assim, aparentemente Schmitt quer colocar a decisão como elemento paralelo à norma, mas o desenvolvimento de sua argumentação é no sentido de 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”⁷⁵⁴.

A riqueza do “caso excepcional” (*Ernstfall*) é demonstrar de modo cabal que na exceção a ordem prevalece sob a norma, uma 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.⁷⁵⁵

Dessarte, Schmitt parece querer imunizar seu decisionismo à incidência de uma crítica como a Kelsen, que se baseia na disjunção “sociologia do direito *versus* ciência do direito”. Daí Schmitt tomar o especial cuidado de destacar “o caráter plenamente

⁷⁵³ SCHMITT, Carl. “Sobre os três tipos do pensamento jurídico” (1934). Trad. Peter Naumann. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a fundamentação do direito*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 178.

⁷⁵⁴ SCHMITT, Carl. “Teologia Política: quattro capitoli sulla dottrina della sovranità” (1934, 2ª ed.). In: *Le categorie del “politico”*, p. 41.

⁷⁵⁵ SCHMITT, Carl. “Teologia Política: quattro capitoli sulla dottrina della sovranità” (1934, 2ª ed.). In: *Le categorie del “politico”*, p. 39.

jurídico da exceção”⁷⁵⁶. 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”⁷⁵⁷. 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. O interessante das considerações de Schmitt é que ele transforma essa oposição topográfica em uma relação topológica que é mais complexa e na qual a tensão entre “dentro” e “fora” não se desenvolve por uma mútua exclusão, mas sim por uma mútua indeterminação⁷⁵⁸. A exceção é uma relação em que o singular é excluído 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*⁷⁵⁹. 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.⁷⁶⁰

Por isso, a questão do caso excepcional não é uma mera questão 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”⁷⁶¹. 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

⁷⁵⁶ KERVÉGAN, Jean-François. *Hegel, Carl Schmitt: o político entre a especulação e a positividade*. Trad. Carolina Huang. Barueri: Manole, 2006, p. 10.

⁷⁵⁷ SCHMITT, Carl. “Teologia Política: quattro capitoli sulla dottrina della sovranità” (1934, 2ª ed.). In: *Le categorie del “politico”*, p. 34.

⁷⁵⁸ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Trad. Iraci Poletti. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004, p. 39.

⁷⁵⁹ AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2004, p. 25.

⁷⁶⁰ AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*, p. 26.

⁷⁶¹ Cf., por exemplo, as considerações de um dos mais ilustres normativistas do século XX, e fiel discípulo de Kelsen: BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10ª ed. Trad. Maria dos Santos. Brasília: Ed. UnB, 1999, pp. 115-122.

essencial entre o estabelecimento da norma e sua aplicação que, em caso extremo, só pudesse ser preenchida pelo estado de exceção, ou seja, criando-se uma área onde essa aplicação é suspensa, mas onde a lei, enquanto tal, permanece em vigor”⁷⁶². A exceção demarca a diferença entre “norma de direito” e “norma de realização de direito” (*Rechtsverwirklichung*), ao mesmo tempo em que se apóia nela.

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, fundamentá-la. A diferença entre norma de direito e norma de realização de direito aprofunda a compreensão da crítica schmittiana ao normativismo, pois a partir dela Schmitt procura demonstrar de forma mais forte ainda a heterogeneidade existente entre norma e decisão. Só que a diferença entre norma de direito e norma de realização de direito permite também que se avance em um tema de grande importância para esta investigação. *Tal diferença permite que se vislumbre aquela que é a manifestação concreta da exceção, a ditadura.*

Assunto que desperta significativa aversão da “literatura política burguesa”, Schmitt aponta que a ditadura seria um tema sistematicamente evitado por causa de seu sentido político polêmico, que indicava uma dominação pessoal de um indivíduo⁷⁶³. Um pensamento jurídico normativista evita a todo custo essa supressão do *government of laws* pelo *government of men*. Que a ditadura é uma exceção, isso está fora de disputa. Os vários conceitos de ditadura se distinguem, de acordo com Schmitt, a partir daquilo que é apontado como normal, daquilo que a exceção suspende⁷⁶⁴. Só que, como visto, uma suspensão não significa que a situação normal excepcionada seja simplesmente negada. Como uma norma não controla as condições de sua aplicação, pode ocorrer que o “meio homogêneo” necessário para a incidência normativa não esteja disponível. Assim, pode ser que seja necessária uma anterior *decisão*, vista como condição *sine qua non* da norma.

É no fito de fomentar esse “meio homogêneo” que a ditadura, que nada mais é do que a exceção em sentido concreto, encontra lugar no marco conceitual

⁷⁶² AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*, p. 49.

⁷⁶³ SCHMITT, Carl. *La dictadura: desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria (1921)*, p. 20.

⁷⁶⁴ SCHMITT, Carl. *La dictadura: desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria (1921)*, p. 23.

schmittiano⁷⁶⁵. Ditadura que Schmitt define como o exercício de um poder provisório que recria as condições de validade da ordem jurídica vigente⁷⁶⁶, como uma certa situação concreta “na qual o soberano concede a um *comissário* o poder de suspender as leis e de tomar ‘medidas concretas’ no sentido de proteger ou repor a situação ‘normal’ sob a qual as leis podem operar”⁷⁶⁷ (ênfatisou-se). Ao definir o papel do comissário, Schmitt remonta àquele que seria o primeiro teórico moderno da soberania, Jean Bodin, cujo maior mérito consistiria não somente na sua definição de soberania, mas sobretudo na percepção que ele tinha do nexo intrínseco existente entre soberania e ditadura⁷⁶⁸.

Como apontou Juliana Neuenschwander, Bodin descreve a soberania “como um atributo essencial do Estado, como um poder perpétuo, indivisível e originário”⁷⁶⁹; e ele procura ser coerente com essa definição em várias passagens de seu *Les Six Livres de la République*. Há um exemplo, contudo, que chama especialmente a atenção de Schmitt: é quando Bodin diferencia um funcionário de um comissário⁷⁷⁰. O funcionário detém o cargo de modo permanente, sendo que sua posse se dá mediante a publicação de uma lei, e sua destituição depende igualmente de outra lei (que pode aparecer como: *édicte, loy expresse, publié, vérifiée, enregistrée*). O funcionário tem “uma espécie de direito ao cargo”, e o conteúdo de sua atividade é previsto na mesma lei que lhe investiu, o que faz com que subsista à sua ação uma certa margem de discricionariedade⁷⁷¹. Já o comissário tem como fundamento jurídico de sua ação uma *ordonnance* que estabelece uma tarefa específica a ser realizada. Seu vínculo com o poder, por isso, é precário, não tem direito permanente ao cargo cuja função exerce, de modo que pode ser destituído sempre quando queira o comitente. O conteúdo da atividade do comissário é dada pelas instruções do comitente, que a limita de forma estrita. Para Bodin, o comissário não deve ter nenhuma discricionariedade, mas deve

⁷⁶⁵ SCHMITT, Carl. *La dictadura: desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria* (1921), p. 26.

⁷⁶⁶ BRAVO, Gian Mario. MALANDRINO, Corrado. *Il pensiero politico del Novecento*. Casale Monferrato: Piemme, 1994, p. 112.

⁷⁶⁷ CALDWELL, Peter C. *Popular sovereignty and the crisis of the German constitutional law: the theory and practice of Weimar constitutionalism*, p. 98.

⁷⁶⁸ SCHMITT, Carl. *La dictadura: desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria* (1921), p. 57.

⁷⁶⁹ NEUENSCHWANDER MAGALHÃES, Juliana. *O conceito de soberania: o paradoxo da soberania popular*. (manuscrito inédito), p. 55. Em tal livro, em vias de publicação, tem-se uma preciosa e inédita análise conceitual do termo “soberania” na primeira edição do *Les six livres de la République*, de 1576.

⁷⁷⁰ “O funcionário é a pessoa pública que tem cargo ordinário em virtude de edito. Comissário é a pessoa pública que tem cargo extraordinário em virtude de simples comissão”, BODIN, Jean. *Los seis libros de la republica* (1576). Ed. Pedro Bravo Gala. Madrid: Aguilar, 1973, p. 105.

⁷⁷¹ SCHMITT, Carl. *La dictadura: desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria* (1921), pp. 64-65.

reger sua conduta *selon l'occasion*. Para Schmitt, justamente por isso o comissário só aparentemente seria menos livre⁷⁷².

O ditador, nesse marco conceitual, seria um comissário⁷⁷³. Ele não pode ter um cargo ordinário, como de um funcionário, e tampouco um *munus perpetuum*, pois o caráter perpétuo (e absoluto) é uma das características que somente o soberano possui⁷⁷⁴. Schmitt assim define o papel do comissário ditador na teoria da soberania de Bodin:

No interesse do fim a ser alcançado por meio de sua ação, o ditador recebe uma autorização, cujo significado essencial consiste na abolição de barreiras jurídicas e na faculdade de transgredir direitos de terceiros, quando a situação das coisas o faça necessário. Não é que as leis nas quais se apóiam esses direitos de terceiros sejam derogadas, e sim que somente no caso concreto se pode atuar sem levar em consideração esses direitos, sempre que seja necessário para a execução da ação. (...) Tampouco promulgar-se-á positivamente uma lei que delimite em termos gerais aquela transgressão como competência do ditador em conformidade com o estado de coisas; ao contrário, admitem-se exceções segundo a situação das coisas, conceito que contradiz logicamente uma regulação geral por uma lei.⁷⁷⁵ (ênfatisou-se)

Para Schmitt, quando Bodin desenvolve a diferença entre funcionário e comissão, e procura, coerentemente a seu conceito de soberania, negar que o ditador comissionado seja considerado como soberano, ele acaba por fornecer ao *jus publicum europeum* o conceito de *ditadura comissionada*⁷⁷⁶. A ditadura consiste na supressão de uma situação jurídica mediante a ação de uma certa pessoa e com um objetivo determinado, sendo que, para atingir o resultado concreto a que se visa, o ditador o faz “mediante a eliminação do respeito essencial ao direito que tem o sujeito de direito a opor sua vontade, se for o caso dessa vontade obstaculizar o resultado”⁷⁷⁷. Com uma

⁷⁷² SCHMITT, Carl. *La dictadura: desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria* (1921), pp. 66-69.

⁷⁷³ SCHMITT, Carl. *La dictadura: desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria* (1921), p. 70.

⁷⁷⁴ SCHMITT, Carl. *La dictadura: desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria* (1921), p. 72.

⁷⁷⁵ SCHMITT, Carl. *La dictadura: desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria* (1921), p. 71.

⁷⁷⁶ SCHMITT, Carl. *La dictadura: desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria* (1921), p. 57. Por *jus publicum europaeum* Schmitt entende as teorias dos direitos dos séculos XVI e XVII que fundamentaram a soberania do Estado moderno. É um termo recorrentemente usado pelo jurista de Plettenberg.

⁷⁷⁷ SCHMITT, Carl. *La dictadura: desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria* (1921), p. 27.

naturalidade espantosa, Schmitt afirma que se por um lado a ditadura “ignora o direito, é tão só para realizá-lo”⁷⁷⁸. E nessa realização ditatorial do direito é que reaparece o tema da exceção, afinal o que o ditador faz é suspender o direito para remover os entraves ao exercício do poder soberano⁷⁷⁹. Aqui fica claro o papel central que joga a diferença entre *norma de direito* e *norma de realização de direito*. A ditadura depende dessa diferença, porquanto consiste em uma ação personalista de realização do direito, ainda que contra o direito estabelecido, um direito que pode ser considerado pelo ditador como mero entrave à soberania.

Schmitt acredita que além da ditadura comissionada, existe uma outra espécie de ditadura, e que surge a partir da Revolução Francesa: é a de *ditadura soberana*. Para o jurista alemão, durante a pré-modernidade Deus era considerado a fonte suprema de todo o poder da Terra, de forma que nada que não viesse dele poderia ser autonomamente criado. Isso orientava uma certa noção de soberania que influía diretamente no conceito de ditadura, que a esse tempo, somente poderia ser considerada como algo que restaura uma ordem, ou seja, a ditadura era sempre ditadura comissionada.

Com a Revolução Francesa, ocorreu uma secularização do conceito de poder constituinte: ele passa de Deus para o povo⁷⁸⁰. É mais uma aplicação do teorema da secularização de Schmitt. A partir das considerações de Sieyès acerca do *pouvoir constituant*, qualquer ordem jurídica existente se coloca em posição de precariedade, de contingência. Todo poder constituído pode, a partir de tal movimento, ser alvo de revisão, o que envolve sua supressão (no mínimo como possibilidade) por parte do ilimitável poder constituinte do povo. A ditadura soberana, portanto, nada mais é do que um exercício do poder constituinte, que mesmo quando decide acerca de uma determinada forma política, só se vincula a ela se assim o quiser⁷⁸¹.

Ainda que não se tenha aqui qualquer pretensão de exaustividade, cabe realçar as diferenças entre a ditadura soberana e a ditadura comissionada, uma vez que esse ponto do conceito decisionista de direito de Schmitt será fundamental quando da análise dos poderes extraordinários do Presidente do *Reich*, segundo o art. 48 (2) WRV. Antes

⁷⁷⁸ SCHMITT, Carl. *La dictadura: desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria* (1921), p. 27.

⁷⁷⁹ SCHMITT, Carl. *La dictadura: desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria* (1921), p. 28.

⁷⁸⁰ CALDWELL, Peter C. *Popular sovereignty and the crisis of the German constitutional law: the theory and practice of Weimar constitutionalism*, pp. 98-100.

⁷⁸¹ SCHMITT, Carl. *La dictadura: desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria* (1921), p. 186.

de apontar as diferenças, contudo, é importante ressaltar que a ditadura comissionada e a ditadura soberana possuem pontos em comum. O primeiro é de que seja qual for a espécie de ditadura, ela é uma reação a uma ação de um adversário que não se atém às normas jurídicas que disciplinam o funcionamento da unidade política contestada⁷⁸². A partir daí uma *comissão* vai levar a cabo a reação estatal ao ataque à sua ordem jurídica⁷⁸³, que consiste na segunda semelhança. Agora, os limites da reação postos à comissão é que vão dizer se a ditadura é comissionada ou se é soberana, e aqui começam as diferenças entre elas.

Na *ditadura comissionada*, a Constituição é suspensa “*in concreto*, para proteger a mesma Constituição de sua existência concreta”⁷⁸⁴. Uma suspensão temporal da Constituição tenta preservar a sua validade. A questão central é remover empecilhos que bloqueiam a realização do direito⁷⁸⁵. A *ditadura soberana*, por sua vez, não suspende uma Constituição para remover os obstáculos à sua validade, mas sim busca criar uma situação em que possa implementar uma outra Constituição, essa sim considerada como “verdadeira”⁷⁸⁶. Essa ditadura também recebe uma comissão, só que não de um soberano personalisticamente localizado, e sim do povo, titular da *potestas constituans*, que outrora, no Medievo, era um atributo exclusivamente divino. A situação que a partir daí se instala é clara para Schmitt: o comissário imediato do povo, o ditador, passa a ditar regras inclusive para o comitente, o povo, mesmo sem deixar de se legitimar por ele⁷⁸⁷.

É de suma importância notar a feição *adversarial* da ditadura. Ela é o estabelecimento do caso excepcional para defesa da ordem constitucional, e como tal a ditadura (uma exceção concreta) visa uma autopreservação do Estado, mesmo que para isso o direito seja sacrificado. A preservação do Estado é a preocupação de Schmitt, o que justifica tudo, inclusive o estabelecimento de uma comissão para que o adversário

⁷⁸² SCHMITT, Carl. *La dictadura: desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria* (1921), p. 181.

⁷⁸³ SCHMITT, Carl. *La dictadura: desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria* (1921), p. 183.

⁷⁸⁴ SCHMITT, Carl. *La dictadura: desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria* (1921), p. 181.

⁷⁸⁵ SCHMITT, Carl. *La dictadura: desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria* (1921), p. 182.

⁷⁸⁶ SCHMITT, Carl. *La dictadura: desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria* (1921), pp. 183-185.

⁷⁸⁷ SCHMITT, Carl. *La dictadura: desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria* (1921), p. 29. É o chamado paradoxo da soberania popular, analisado em sede de pesquisa de pós-doutorado no âmbito do Max Planck-Institut für europaisches Rechtsgeschichte, por: NEUENSCHWANDER MAGALHÃES, Juliana. *O conceito de soberania: o paradoxo da soberania popular*. (manuscrito inédito), pp. 57-65.

da ordem jurídica seja enfrentado. Contra Kelsen, o Estado soberano não é entendido por Schmitt como aquele que possui um ordenamento jurídico livre de hetero-integrações. A soberania não é uma questão normativa. O plano da análise é o momento anterior, ao qual a norma deve sua existência, a *decisão*. E a preservação do Estado por meio da ditadura, compreendida como uma suspensão do direito para que este mesmo direito se realize, envolve *decidir* acerca de quem se coloca a *favor* ou *contra* o Estado. A preservação do Estado, a sua soberania, depende da capacidade do Estado distinguir entre quem é *amigo* e quem é *inimigo*.

A diferenciação amigo/inimigo é a distinção que orienta a tentativa de Schmitt identificar “o político”. Schmitt faz questão de enfatizar que seu problema não é o de encontrar “um novo âmbito próprio”, uma substância, uma matéria que defina exaustivamente o domínio da política. Talvez até por isso, para prevenir os riscos de uma substancialização⁷⁸⁸, Schmitt enseja individualizar o político (não um substantivo, mas um adjetivo substancializado!) mediante o uso de um par conceitual ao qual possa “reportar-se toda ação política”⁷⁸⁹. Para ele, a distinção do âmbito moral é bom e mau, a do plano estético é belo e feio, o da economia é rentável, não rentável⁷⁹⁰. Só que nenhuma dessas distinções leva a uma definição do político.

Ora, à primeira vista Schmitt parece reconhecer que a sociedade moderna possui âmbitos comunicativos que se diferenciam mutuamente ao partirem de diferenças diretrizes reciprocamente diversas. Nessa senda, Schmitt não está interessado em uma definição do político a partir do sistema da moral, da arte ou da economia, respectivamente. Só que, se Schmitt leva em consideração uma diferenciação funcional da sociedade, é tão-somente para condená-la. Schmitt enxerga nessa idéia de divisão do mundo em várias esferas autônomas, como direito, ética e política, um postulado tipicamente liberal⁷⁹¹, e não propriamente moderno.

Aliás, caso se observe de perto, para Schmitt não existe política moderna, mas uma secularização da teologia; e por isso não há nada de especificamente novo, uma vez

⁷⁸⁸ KERVÉGAN, Jean-François. *Hegel, Carl Schmitt: o político entre a especulação e a positividade*, p. 55.

⁷⁸⁹ SCHMITT, Carl. *O conceito do político* (1932), pp. 51-53.

⁷⁹⁰ Segundo as palavras de Schmitt: “O político precisa, pois situar-se em algumas distinções últimas, às quais pode reportar-se toda ação especificamente política. Admitamos que as distinções últimas no âmbito moral sejam bom e mau; no estético, belo e feio; no econômico, útil e prejudicial, ou, por exemplo, rentável e não rentável”. SCHMITT, Carl. *O conceito do político* (1932), p. 51.

⁷⁹¹ STRAUSS, Leo. “Notes on Carl Schmitt, *The Concept of the Political*” (1932). In: MEIER, Heinrich. *Carl Schmitt and Leo Strauss: the Hidden Dialogue*. Trad. Harvey Lomax. Chicago: University of Chicago Press, 1995, pp. 94-95.

que tudo já existia na pré-modernidade. Argumentando ao extremo, mas de forma coerente com tais premissas, é factível concluir que para Schmitt a modernidade jamais aconteceu⁷⁹². É essa a explicação para o fato de Schmitt perceber a diferença existente entre os sistemas sociais autonomamente diferenciados, mas que veja isso não mais que uma manifestação da *occasio* liberal. Porém, é aqui que se tem mais um indício de que aquilo que Schmitt critica no “coerente sistema metafísico do liberalismo” pode ser traduzido como uma avaliação negativa da diferenciação funcional. Assim, a conclusão é a esperada: o problema de Schmitt são as conseqüências trazidas pela modernidade da sociedade moderna.

É por isso que a investigação schmittiana de um conceito autônomo do político não é levada a efeito apenas para colocar o político em “igual patamar” dos outros contextos comunicativos. A busca de Schmitt pelo político fundamenta, mais que a sua especificidade, a sua *superioridade* frente aos demais sistemas sociais. Nesse sentido, Schmitt se coloca contrário à modernidade, mas precisa levá-la em conta. Daí é possível até afirmar que Schmitt seja anti-moderno, mas nunca pré-moderno. Por tudo isso é que se mostra fundamental analisar como Schmitt embasa a política da sociedade como algo superior aos outros sistemas sociais da modernidade. Para isso, faz-se preciso compreender a distinção de Schmitt. Observações, semânticas, aparecem a depender de como se combinam diferenças. E precisamente por isso pode-se afirmar, com o perdão da tautologia, que uma diferença faz diferença. A escolha de Schmitt pela diferença amigo/inimigo não é gratuita: é uma diferença que permite uma radicalização do seu decisionismo, uma submissão da norma à decisão, um movimento que se conclui em uma fundamentação extremada da *unidade estatal*.

Para tanto, Schmitt faz questão de enfatizar que quando se refere à distinção entre amigo (*Freund*) e inimigo (*Feind*) não se trata de fazer uso de uma metáfora; ao contrário, “os conceitos de amigo e inimigo devem ser tomados em seu sentido concreto”⁷⁹³. Para ele qualquer conceito somente é compreendido quando se percebe o seu “outro”, aquilo que é combatido e negado. É o antagonismo concreto que confere sentido a um conceito, a uma representação ou a palavras políticas, porque todos eles “têm um sentido polêmico”, são intelectualmente estruturados pela situação concreta⁷⁹⁴.

⁷⁹² MOUFFE, Chantal. “Pensando a democracia moderna com, e contra, Carl Schmitt”. Trad. Menelick de Carvalho Netto. In: *Cadernos da Escola do Legislativo*. Ano 1, Vol. 2. Belo Horizonte: Assembléia Legislativa, julho-dezembro de 1994, p. 96.

⁷⁹³ SCHMITT, Carl. *O conceito do político* (1932), p. 54.

⁷⁹⁴ SCHMITT, Carl. *O conceito do político* (1932), p. 56.

O político, mediante a sua distinção diretriz, se conduz a partir de um sentido fundamentalmente *existencial*, inserido em uma realidade de luta efetiva contra um inimigo real, e não contra metas racionais, pois não há “nenhuma legitimidade ou legalidade que possam justificar que homens se matem mutuamente”⁷⁹⁵. Isso é o que quer o liberalismo, esse enfraquecimento da inimizade, essa transformação do antagonismo concreto em meras contraposições econômico-liberais (e de fundo romântico), que reduzem o inimigo a um concorrente econômico, ou ao oponente da discussão parlamentar⁷⁹⁶. Segundo Schmitt:

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* [*ekhthrós*]⁷⁹⁷.

Precisamente por causa de o inimigo político não ser o inimigo privado, é que ele não precisa ser moralmente mau, esteticamente feio ou economicamente inútil, necessariamente. O inimigo não é “aquele que a gente odeia”, o *inimicus* particular que a Bíblia cristã manda amar; Schmitt faz questão de enfatizar que “inimigo em seu sentido lingüístico original caracteriza aquele contra o qual se leva adiante uma contenda ou um conflito (*Fehde*)”. Afinal, “conflito e inimizade (*Fehde und*

⁷⁹⁵ SCHMITT, Carl. *O conceito do político* (1932), p. 75.

⁷⁹⁶ SCHMITT, Carl. *O conceito do político* (1932), p. 54.

⁷⁹⁷ Apesar de a tradução brasileira de *O Conceito do Político* ser de excelente qualidade, para este trecho específico não se verificou muita clareza, de sorte que foi utilizada como base a tradução italiana de Pierangelo Schiera: [“*Nemico non è il concorrente o l'avversario privato che si odia in base a sentimenti di antipatia. Nemico è solo un insieme di uomini che combatte almeno virtualmente, cioè in base ad una possibilità reale, e che si contrappone ad un altro raggruppamento umano dello stesso genere. Nemico è solo il nemico pubblico, poiché tutto ciò che si riferisce ad un simile raggruppamento, e in particolare ad un intero popolo, diventa per ciò stesso pubblico. Il nemico è l'hostis, non l'inimicus in senso ampio. Il πόλεμιος, non l'ἐχθρός*”]. SCHMITT, Carl. “Il concetto di ‘politico’: testo del 1932 con una premessa e tre corollari”. In: *Le categorie del “politico”*. Ed. Gianfranco Miglio e Pierangelo Schiera. Bologna: il Mulino, 1972, p. 111. Compare, todavia, com edição brasileira: “O inimigo, portanto, não é o concorrente ou o adversário em geral. O inimigo também não é o adversário particular, que odiamos por sentimentos de antipatia. Inimigo é um conjunto de homens, pelo menos eventualmente, isto é, segundo a possibilidade real, *combatente*, que se contrapõe a um conjunto semelhante. Inimigo é apenas o inimigo *público*, pois tudo que refere a tal conjunto de homens, especialmente a um povo inteiro, torna-se, por isto, público. Inimigo é *hostis*, e não *inimicus*, no sentido lato; *polémios*, não *ekhthrós*”. SCHMITT, Carl. *O conceito do político* (1932), p. 55.

Feindschaft) se correspondem desde o início⁷⁹⁸. É, portanto, no caso extremo, na possibilidade do conflito real que o político aparece⁷⁹⁹.

Schmitt afirma que “somente no combate real apresenta-se a conseqüência extrema do agrupamento político de amigo e inimigo. A partir desta possibilidade extrema é que a vida das pessoas adquire uma tensão especificamente política”⁸⁰⁰. O sentido do político necessita da luta, da guerra: “da possibilidade real de aniquilamento físico”⁸⁰¹. A guerra seria “apenas” uma realização extrema da inimizade, porquanto opera uma “negação ontológica de outro ser”⁸⁰² (que só pode ser visto como um lindo eufemismo para um genocídio). A eventualidade da guerra (*Kriegsfall*) é a eventualidade séria (*Ernstfall*), e que mostra de forma indelével que um conflito concreto não poderia ser decido mediante uma normatização previamente estatuída. Na verdade, o conflito há de ser decidido pelos próprios envolvidos⁸⁰³ – o paralelo com a inevitabilidade da exceção, ante a impotência das normas de regerem sua própria aplicação, é claro.

O caso extremo do conflito e do perigo de “aniquilamento físico” produziria o agrupamento dos homens a partir da diferença amigo/inimigo. É desse modo que as oposições com fundo moral, religioso, econômico, estético ou jurídico serão

⁷⁹⁸ SCHMITT, Carl. “Corolário 2: sobre a relação dos conceitos de guerra e de inimigo” (1938). In: *O conceito do político*. Trad. Álvaro Valls. Petrópolis: Vozes, 1992, p 131

⁷⁹⁹ SCHMITT, Carl. *O conceito do político* (1932), p. 52.

⁸⁰⁰ SCHMITT, Carl. *O conceito do político* (1932), p. 61.

⁸⁰¹ SCHMITT, Carl. *O conceito do político* (1932), p. 59.

⁸⁰² SCHMITT, Carl. *O conceito do político* (1932), p. 59.

⁸⁰³ SCHMITT, Carl. *O conceito do político* (1932), p. 52. Em um outro ponto, Schmitt declara que “o fator determinante é sempre a possibilidade de tal eventualidade decisiva, a verdadeira batalha, e a decisão acerca desta eventualidade ter-se dado ou não”. Cf. SCHMITT, Carl. *O conceito do político* (1932), p.60. Quando se leva em conta declarações deste tipo, parece difícil negar a inclusão de Schmitt no âmbito do “modernismo reacionário”, expressão da lavra de Jeffrey Herf que explica a atitude de alguns teóricos alemães com posição dúbia frente a modernidade (aceitavam a tecnologia, negavam as liberdades e racionalismo do Iluminismo). Bendersky se esforça para afastar o paralelo entre Schmitt e Ernst Jünger (como se não fosse conhecida a imensa correspondência trocada entre estes dois grandes amigos), alegando não existir em Schmitt uma admiração pela “experiência do *front*” (*Fronterlebnis*), como é próprio das teses de Jünger, que foi militar com batismo de fogo. Cf. BENDERSKY, Joseph W. “Carl Schmitt and the Conservative Revolution”. In: *Telos: a Quarterly of Critical Thought*. N° 72. New York: Telos Press, verão de 1987, pp. 27-42. A passagem do livro de Herf a qual Bendersky critica tem como correspondente na tradução brasileira: HERF, Jeffrey. *O modernismo reacionário: tecnologia, cultura e política na República de Weimar e no 3º Reich*, p. 27. Até onde pode-se ver, uma esteticização bélica com matiz autoritário não necessita de uma anterior experiência militar, de forma que o “argumento biográfico” não é suficiente para negar esse perfil da obra de Schmitt e sua aproximação com a de Jünger. A admiração de Schmitt por Hobbes, por exemplo, poderia eventualmente explicar o interesse de Schmitt pela experiência do *front*, uma vez que a ambos era comum o fascínio pelo medo da morte. O assunto requer um estudo que vá além do levantamento de simples conjecturas. Vale a pena conferir, no entanto, a notável aproximação de Schmitt e da antropologia filosófica de Hobbes elaborada por: BARASH, Jeffrey Andrew. “Hobbes, Carl Schmitt et les apories du décisionnisme politique”. In: HERRERA, Carlos Miguel (org.). *Le droit, le politique: autour de Max Weber, Hans Kelsen, Carl Schmitt*. Paris: L’Harmattan, 1995, pp. 265-268, principalmente.

operacionalizados a partir do político. Schmitt afirma que uma oposição religiosa pode até conduzir à guerra, a um caso extremo, mas ao fazê-lo deixou de ser religiosa, porquanto adquiriu força o suficiente para se tornar política, pois agrupou os homens em amigos e inimigos⁸⁰⁴; nessa passagem, o primado polêmico que era religioso passou a ser político, afinal em uma guerra de confissão ninguém é piedoso⁸⁰⁵. Dizer que o político “pode extrair a sua força dos mais variados setores da vida humana”, significa afirmar que o político não se isola em um determinado âmbito, mas que está em todo lugar, porque se refere “apenas ao grau de intensidade de uma associação ou dissociação entre os homens”⁸⁰⁶. A *intensidade* é a chave para compreender como o político pode selecionar qualquer tema como sendo de sua alçada. No caso de um conflito entre religiões, por exemplo, ele só é apenas religioso enquanto não adquire intensidade suficiente para por em risco a existência do Estado⁸⁰⁷. Quando um conflito atinge esse grau de intensidade, urge que seja tomada uma *decisão*. E a decisão é tomada pelo principal interessado, o Estado.

O motivo da concentração da decisão fundamental no Estado se encontra na diferença anteriormente abordada entre *hostis* e *inimicus*, entre o inimigo público e o inimigo privado. Mostra-se importante perceber que Schmitt realiza um grande esforço no sentido de evitar uma abordagem subjetiva, privada, da distinção amizade/inimizade, o que seria próprio a um romantismo político. Ao fazê-lo, Schmitt coloca tal diferença como uma questão exclusivamente “pública”, e, em decorrência desta opção, indicar o amigo ou o inimigo daquilo que é “público” será uma questão primordial para a existência da *unidade política do povo*, que é o conceito de Estado definido por Schmitt⁸⁰⁸.

A unidade política representada no Estado sempre define o grau mais alto de intensidade, e por isso pode impedir que os outros agrupamentos conflitantes convirjam até a hostilidade extrema, a guerra civil, ocasião em que a distinção entre amigo e

⁸⁰⁴ HIRST, Paul. “Carl Schmitt’s decisionism”. In: *Telos: a Quarterly of Critical Thought*. Nº 72. New York: Telos Press, verão de 1987, p. 17.

⁸⁰⁵ SCHMITT, Carl. *O conceito do político* (1932), pp. 61-64.

⁸⁰⁶ SCHMITT, Carl. *O conceito do político* (1932), p. 64.

⁸⁰⁷ NORRIS, Andrew. “Carl Schmitt on Friends, Enemies and the Political”. In: *Telos*. Nº 112: The Fate of Modernity. New York: Telos Press, verão de 1998, p. 75.

⁸⁰⁸ KENNEDY, Ellen. “*Hostis* not *Inimicus*: toward a Theory of the Public in the Work of Carl Schmitt”. In: DYZENHAUS, David (org.). *Law as Politics: Carl Schmitt’s Critique of Liberalism*. Durham: Duke University Press, 1998, p. 101. Schmitt, logo no primeiro parágrafo de seu *O Conceito do Político*, define: “Estado segundo o uso lingüístico atual, é o status político de um povo organizado numa unidade territorial”, SCHMITT, Carl. *O conceito do político* (1932), p. 43. No mesmo sentido: SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución* (1928), p. 205.

inimigo é realizada no interior do Estado⁸⁰⁹. Mediante a ditadura, manifestação concreta do estado de exceção, o Estado se “autopreserva” em relação ao inimigo, aquele que “desafia a existência da ordem política”⁸¹⁰, por não levar as normas estatais em conta. Assim, pode-se perceber que para Schmitt o *Estado é a unidade política que possui o monopólio da decisão que determina, inclusive pela via da exceção, quem é amigo e quem é inimigo*⁸¹¹.

Existem alguns empreendimentos intelectuais que dão a impressão de querer “neutralizar” o autoritarismo do conceito do político de Schmitt, e sua conclusão que fundamenta a onipotência do Estado para determinar quem deve ser combatido, quem é inimigo. Um dos mais divulgados é o estudo de Ernst-Wolfgang Böckenförde acerca da interpretação de *O Conceito do Político*⁸¹². Sua pretensão neutralizante pode ser vislumbrada no próprio título de seu artigo: *Der Begriff des Politischen als Schlüssel zum staatsrechtlichen Werk Carl Schmitts*⁸¹³. Assim, Böckenförde se coloca como quem fornece uma chave (*Schlüssel*) para compreender Carl Schmitt, mas o que se percebe de sua leitura é que ele parece mais interessado em impor uma espécie de gabarito (*Schlüssel*) exegético.

O gabarito-Böckenförde aponta que “o Estado como *unidade política* significa uma unidade pacificada que envolve o político”, de forma que “o conflito doméstico pode assim ser integrado em uma ordem pacífica garantida pelo monopólio do poder coercitivo estatal”. Ele vai até além, e aponta que quando essa peculiaridade do conceito do político de Schmitt é percebida, ter-se-ia que concordar que sua definição do político é aplicada primordialmente à política exterior do Estado. O uso doméstico do conceito

⁸⁰⁹ SCHMITT, Carl. “State Ethics and the Pluralist State” (1930). In: JACOBSON, Arthur. SCHLINK, Bernhard (orgs.). *Weimar: a jurisprudence of crisis*. Berkeley: University of California Press, 2002, p. 307.

⁸¹⁰ BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e estado de exceção permanente: atualidade de Weimar*, p. 70.

⁸¹¹ Compare: SCHMITT, Carl. *O conceito do político* (1932), p. 69.

⁸¹² A leitura de Gilberto Bercovici me atraiu a atenção para esse aspecto do estudo de Böckenförde, que tinha passado por alto quando da leitura do jurista alemão. Cf. BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e estado de exceção permanente: atualidade de Weimar*, p. 71, nota. Assim, tal como percebeu Habermas, a Alemanha não conseguiu “começar totalmente do zero” em 1945, porquanto algumas continuidades persistiram: Cf. HABERMAS, Jürgen. “Carl Schmitt en la historia de la cultura política de la República Federal”. In: *Más allá del Estado Nacional*. Madrid: Trotta, 2001, pp. 126-134.

⁸¹³ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. “The Concept of the Political: a Key to understanding Carl Schmitt’s Constitutional Theory”. In: DYZENHAUS, David (org.). *Law as Politics: Carl Schmitt’s Critique of Liberalism*. Durham: Duke University Press, 1998. Caso se esteja interessado em uma avaliação da obra de Schmitt por Böckenförde, vale a pena conhecer a conferência realizada por ele, em 1997, por ocasião da comemoração pelos 600 anos de fundação da cidade de Plettenberg, onde Schmitt nasceu e para onde retornou após suas explicações ante o Tribunal de Nuremberg: BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. “Carl Schmitt Revisited”. In: *Telos*. Nº 109: Carl Schmitt Now. New York: Telos Press, outono de 1996, pp. 81-86.

do político de Schmitt se aplicaria somente “em senso derivativo”, afinal, se o Estado relativiza os antagonismos domésticos, as tensões e conflitos, ele o faz para “facilitar os debates pacíficos assim como as soluções e, de forma definitiva, decisões que estejam de acordo com parâmetros procedimentais de argumentação e discussão pública”⁸¹⁴.

Böckenförde nada mais faz do que transformar Schmitt naquilo que ele atacava, um Guizot ou mesmo um Weber, a depender do ponto que se queira privilegiar: a valorização da discussão pública ou o conceito de monopólio do poder coercitivo estatal. Pelo exposto até aqui, já se sabe que Schmitt não está sequer minimamente interessado em procedimentos e discussão pública, essas duas manifestações liberais frente as quais ele, repetidas vezes, se coloca contrário. A crítica schmittiana à democracia parlamentar o mostra bem. Os outros aspectos do gabarito-Böckenförde não são menos inadequados. A tese da utilização primordial da diferença amigo/inimigo em assuntos de política externa, de relações entre países, também não encontra eco na exposição de Schmitt, que tinha como foco justamente o “cenário pluralista” da República de Weimar.

O último ponto do gabarito-Böckenförde, que define o Estado como uma ordem pacífica garantida pelo monopólio do poder coercitivo estatal, também não é menos incorreto. O projeto intelectual de Schmitt era profundamente anti-weberiano. Não só nas premissas, no combate à descrição da modernidade como o reino da racionalidade e na discordância com a metodologia “livre de valores” de Weber⁸¹⁵: também no resultado final, no que toca à soberania. A caracterização weberiana do Estado como “comunidade humana que, dentro de um determinado território (...) reclama para si (com êxito) o monopólio da coação física legítima”⁸¹⁶, só de forma aparente é similar a de Schmitt. Quando Weber assim descreve o Estado moderno, ele tem em mente um processo de racionalização formal, que envolve uma burocracia formal e impessoal, com regras gerais estatuídas de modo objetivo por um direito tão desencantado quanto a modernidade na qual ele se insere⁸¹⁷. Schmitt queria ir além, e

⁸¹⁴ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. “The Concept of the Political: a Key to understanding Carl Schmitt’s Constitutional Theory”. In: DYZENHAUS, David (org.). *Law as Politics: Carl Schmitt’s Critique of Liberalism*. Durham: Duke University Press, 1998, pp. 39-40.

⁸¹⁵ KERVÉGAN, Jean-François. *Hegel, Carl Schmitt: o político entre a especulação e a positividade*, pp. 85-86, com grande precisão.

⁸¹⁶ WEBER, Max. *Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Vol. II. Trad. Gabriel Cohn. Brasília: Editora UnB, 1999, p. 525.

⁸¹⁷ WEBER, Max. *Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Vol. II, pp. 529-543. Cf., também, WEBER, Max. *Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Vol. I. Trad. Gabriel Cohn. 4ª ed. Brasília: Editora UnB, 2000, pp. 141-147.

por isso rejeitava a impessoalidade do liberalismo, do normativismo, de um racionalismo que definia o Estado como uma grande empresa⁸¹⁸. Ele queria uma decisão que pusesse fim ao eterno diálogo “occasional” fundamentado em regras gerais e abstratas tidas por incapazes de se impor no momento da exceção, consoante o analisado, *supra*.⁸¹⁹

E é quando se pensa a teoria Schmitt de forma contrária à análise de Böckenförde é que se adquire as condições para que seja compreendido o *incipit* de *O Conceito do Político*, qual seja: “o conceito do Estado pressupõe o conceito do político”⁸²⁰.

O primado do político frente o Estado significa que a dimensão existencial do conflito pode impor a suspensão da normalidade do Estado. Significa que para Schmitt o importante é que o confronto de forças seja superado por um terceiro poderoso, pelo Estado, que mediante a decisão, põe fim ao eterno diálogo que expõe a vida dos homens ao risco de uma morte violenta⁸²¹. Ao valorizar essa “dimensão existencial da política”, Schmitt se coloca contra qualquer tipo de posicionamento político que imponha uma finalidade ao Estado, pois o que importa é que o Estado existe, e não de que maneira ele deva existir⁸²². O que não deixa de ser uma contraposição ao constitucionalismo, que procura impor limites ao poder estatal. Para Schmitt, esses limites podem ser ultrapassados sempre que o Estado tenha que decidir acerca de quem é amigo e quem é inimigo. Como o político consiste em “uma propensão humana em direção ao conflito existencial violento, e legitimada trans-historicamente”⁸²³, a busca de um limite ao *rex* pela *lex* pelo normativismo liberal seria vã porque o político não se deixa suprimir. Da

⁸¹⁸ SCHMITT, Carl. *The Crisis of the Parliamentary Democracy* (1926), p. 24.

⁸¹⁹ A complexa correlação entre Weber e Schmitt não pode ser levada adiante por este trabalho. É tema dos mais espinhosos. Para um estudo profundo sobre o tema, remete-se à leitura de: COLLIOT-THÉLÈNE, Catherine. “Carl Schmitt contre Max Weber: rationalité juridique et rationalité économique”. In: HERRERA, Carlos Miguel (org.). *Le droit, le politique: autour de Max Weber, Hans Kelsen, Carl Schmitt*. Paris: L’Harmattan, 1995, pp. 216, 225-226, principalmente.

⁸²⁰ SCHMITT, Carl. *O conceito do político* (1932), p. 43.

⁸²¹ BARASH, Jeffrey Andrew. “Hobbes, Carl Schmitt et les apories du décisionnisme politique”. In: HERRERA, Carlos Miguel (org.). *Le droit, le politique: autour de Max Weber, Hans Kelsen, Carl Schmitt*. Paris: L’Harmattan, 1995, p. 266.

⁸²² WOLIN, Richard. “Carl Schmitt, Political Existentialism, and the Total State”. In: *Theory and Society*. Vol. 19, N° 4. Amsterdã: Kluwer Publishers, agosto de 1990, p. 407.

⁸²³ McCORMICK, John P. *Carl Schmitt's Critique of Liberalism: against Politics as Technology*. Cambridge: Cambridge University Press, 1997, p. 17. Reproduzo o original: [“transhistorically legitimated human propensity toward violent existential conflict”].

mesma maneira que o normativismo seria um “tipo eterno” de pensamento jurídico, com o decisionismo não é diferente⁸²⁴.

A decisão *existencial* acerca de quem é amigo e quem é inimigo permitiu a Schmitt fundamentar uma precedência *ontológica* do político em relação ao direito. É dessa maneira que o argumento normativista é completamente invertido. Como foi visto, Schmitt não chega ao ponto de sustentar que a *praxis* jurídica seja desprovida de qualquer espécie de racionalidade normativa⁸²⁵. Contudo, o normativismo é insuficiente por não conseguir lidar com a exceção, que diante do ordenamento jurídico, “nasce de um nada normativo”⁸²⁶. Contra Kelsen e contra o pensamento normativista, Schmitt acredita que “é a exceção que revela o fundamento da ordem jurídica, portanto da normatividade. A normatividade está, assim, subordinada às condições efetivas de sua instauração, ou seja, às decisões fundadoras da ordem jurídica”⁸²⁷. Admitir o caráter fundante da exceção é assumir que o político transcende o normativismo, que a decisão é anterior à norma: é notar que “o fundamento da decisão é necessariamente a exceção como fundamento”⁸²⁸.

É precisamente a partir de tal abordagem “existencial” da política, intrínseca ao decisionismo de Schmitt, que se pode vislumbrar que a dependência do Estado frente o político não implica em uma limitação do primeiro frente ao segundo. É apenas um jogo de espelhos. Dizer que “o conceito de Estado pressupõe o conceito do político” é afirmar que a manutenção de uma unidade política homogênea deve ser garantida a todo custo⁸²⁹. Até mesmo pela via ditatorial. São esses os cânones que Schmitt leva em conta na confecção de seu conceito de Constituição como *decisão* (2.3) e que termina por justificar o Presidente do *Reich* como o natural guardião da Constituição (2.4).

2.3. Constituição como decisão: a crítica ao *bürgerliche Rechtsstaat*.

⁸²⁴ SCHMITT, Carl. “Sobre os três tipos do pensamento jurídico” (1934). Trad. Peter Naumann. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a fundamentação do direito*, pp. 169, 178-179.

⁸²⁵ KERVÉGAN, Jean-François. *Hegel, Carl Schmitt: o político entre a especulação e a positividade*. Trad. Carolina Huang. Barueri: Manole, 2006, p. 12.

⁸²⁶ SCHMITT, Carl. “Sobre os três tipos do pensamento jurídico” (1934). Trad. Peter Naumann. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a fundamentação do direito*, p. 182.

⁸²⁷ BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e estado de exceção permanente: atualidade de Weimar*, p. 66.

⁸²⁸ DYMETMAN, Annie. “Benjamin & Schmitt: uma arqueologia da exceção”. In: *Lua Nova: revista de cultura e política*. N° 53. São Paulo: Cedec, 2001, p. 120.

⁸²⁹ BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e estado de exceção permanente: atualidade de Weimar*, p. 69.

Já foi analisado, ainda que sem nenhuma pretensão de exaustividade, o papel central que a Constituição desempenha para autonomia e comunicação entre o sistema do direito e o sistema da política. A teoria do direito, enquanto instância de observação de segunda ordem do sistema do direito, percebeu essa centralidade, de modo que uma descrição do direito moderno que olvide a Constituição somente pode ocorrer sob o signo da incompletude. Schmitt parece ter atentado para a importância da Constituição em uma ordem social funcionalmente diferenciada: talvez por isso tenha combatido-a de forma tão veemente.

O raciocínio utilizado por Schmitt é idêntico à crítica que considerou o liberalismo como um sistema metafísico, e ao ataque schmittiano ao normativismo. O primeiro, com seu eterno diálogo “ocasional”, e o segundo com a sua crença de que a submissão às regras de direito pode resolver todos os problemas estatais, causariam, no juízo de Schmitt, uma dissolução do poder estatal, da soberania de se apontar o inimigo. Como foi visto, a partir de então Schmitt realizou uma série de inversões que culminam em uma onipotência estatal para gerar um nivelamento do conflito social, de toda discussão “parlamentar-romântica”, o que forneceria à sociedade uma homogeneidade, uma ausência de antagonismos que pode muito bem ser compreendida como uma espécie de paz de cemitério⁸³⁰. Pois bem, Schmitt não vai apontar de pronto a inutilidade da Constituição, mas considerará o significado que o constitucionalismo moderno deu à Constituição como um mero “conceito ideal”, propondo simultaneamente um abandono dessa noção. Schmitt, de forma bem engenhosa, vai formular um conceito de Constituição à imagem e semelhança de seu decisionismo, e que se contrapõe polemicamente ao “*Rechtsstaat* liberal” diretamente: e ao constitucionalismo moderno, de modo indireto. Aqui, mesmo procedendo de maneira reacionária, Schmitt acaba por inovar.

Segundo a difundida tese de Maurizio Fioravanti, não é Kelsen, mas sim Schmitt o verdadeiro “*campeone della tradizione*”. Schmitt, portanto, seria um continuador da Teoria Geral do Estado do século XIX⁸³¹. Se de fato é assim, ter-se-ia que responder a uma perplexidade que surge inevitavelmente: por que Schmitt não escreveu uma Teoria Geral do Estado, uma *allgemeine Staatslehre* – tal como costumavam fazer os acadêmicos do *Kaiserrecht* alemão do século XIX – e sim uma

⁸³⁰ Devo reconhecer meu débito, aqui, para com meu mestre Menelick de Carvalho Netto.

⁸³¹ FIORAVANTI, Maurizio. “Kelsen, Schmitt e la tradizione giuridica dell’Ottocento”. In: *La scienza del diritto pubblico: dottrine dello Stato e della costituzione tra Otto e Novecento*. Vol. II. Milano: Giuffrè, 2001, p. 610.

Teoria da Constituição, uma *Verfassungslehre*? Já nisso se tem uma mostra de que Schmitt era atento às marcas de seu tempo, aos problemas institucionais que não eram mais os mesmos do século XIX. Mas então vem uma outra questão: por que Schmitt necessita de uma Teoria da Constituição?

Para Schmitt, a Constituição de Weimar traduz-se por uma decisão a favor do *bürgerliche Rechtsstaat*, um filho legítimo do coerente sistema metafísico do liberalismo⁸³². Em seu julgamento, alçar os princípios liberais do *Rechtsstaat* à condição de parâmetro de correção de uma Constituição leva a um inconveniente desconhecimento dos “fenômenos essenciais da vida constitucional”⁸³³. Para ele a crise institucional de Weimar se deve a essa transposição do eterno diálogo liberal para a cena político-constitucional, o que acaba acontecendo como derivação natural da adesão ao *Rechtsstaat*. Schmitt se posicionava contra isso; enxergava nisso um problema. E por isso, como apontou Jeffrey Seitzer, deve-se ler a *Teoria da Constituição* de Schmitt como uma resposta à crise estatal de Weimar; ele pretendia fornecer uma compensação dos déficits estruturais advindos do liberalismo⁸³⁴. Bem explicado, nisso não se deve ver um esforço no sentido de salvar a República de Weimar; ao contrário, “seu projeto consistia mais na crítica aos fundamentos da Constituição de Weimar”⁸³⁵.

De toda sorte, mediante a visualização do “elemento liberal” como problema e traço dominante da Constituição de Weimar se mostra possível apontar o duplo objetivo da *Teoria da Constituição*, como propôs Marco Caserta: (i) estabelecer um posicionamento polêmico contra o normativismo, o que envolve uma aversão “à recondução da compreensão do conceito de Constituição nos termos típicos da abordagem formalista”; (ii) combater um caso emblemático de déficit de problematização do político na teoria do Estado, o que permitiria a confecção de um

⁸³² SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución* (1928), p. 22. Após criticar a segunda parte da Constituição de Weimar, destacando o seu perfil de “compromisso dilatatório”, Schmitt afirma na p. 57: “Se a Constituição de Weimar não contivesse mais que tais compromissos dilatatórios, seria ilusório seu valor (...). mas a substância da Constituição de Weimar reside – tanto política como juridicamente – na adoção clara e indistinta das decisões políticas fundamentais sobre a forma política e os princípios do Estado de Direito liberal”.

⁸³³ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución* (1928), p. 23.

⁸³⁴ SEITZER, Jeffrey. “Carl Schmitt’s Internal Critique of Liberal Constitutionalism: *Verfassungslehre* as a Response to the Weimar State Crisis”. In: DYZENHAUS, David (org.). *Law as Politics: Carl Schmitt’s Critique of Liberalism*, p. 281.

⁸³⁵ BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e Estado de Exceção Permanente: atualidade de Weimar*, p. 75.

contraponto ao conceito de Constituição *rechtsstaatlich*, a Constituição típica ao Estado de Direito liberal⁸³⁶.

Caso a postura polêmica do político valha para a análise das teses do próprio Schmitt, o elemento *rechtsstaatlich* da República de Weimar e a resposta do constitucionalista alemão a ele, a sua *Teoria da Constituição*, devem ser considerados fundamentais para a “conformação existencial” do conceito de Constituição de Schmitt. É por meio de seu conceito de Constituição que Schmitt consegue realizar uma relação íntima entre decisionismo, unidade do Estado e Constituição: para ele os três termos pressupõem-se e reforçam-se mutuamente⁸³⁷. Portanto, ao que parece essa é uma chave de leitura interessante para sugerir de que modo Schmitt entendia a separação e comunicação entre direito e política por meio da Constituição enquanto acoplamento estrutural.

Schmitt acredita que é possível apontar quatro conceitos de Constituição no cabedal teórico do constitucionalismo; são os conceitos *absoluto*, *relativo*, *positivo* e *ideal* de Constituição. Na visão de Schmitt, eles formam, efetivamente, dois pares conceituais. Assim, absoluto se contrapõe a relativo, da mesma forma que o conceito positivo de Constituição tem no conceito ideal o seu antípoda. Absoluto/relativo, positivo/ideal: a partir dessas duas formas Schmitt constrói uma série de argumentos contundentes a respeito da semântica do constitucionalismo moderno. Agora será considerada a forma absoluto/relativo.

Sempre que uma observação de segunda ordem descreva a Constituição como um *todo*, tem-se, para Schmitt, um conceito *absoluto* de Constituição. O pensamento constitucional absoluto é aquele que opera no sentido da totalidade. Como o todo não possui uma descrição unívoca, o conceito absoluto de Constituição encontraria tradução em diversos discursos. Schmitt trabalha com duas espécies de conceituações absolutas da Constituição: (i) como uma “*maneira de ser* resultante de qualquer unidade política existente”⁸³⁸ e (ii) enquanto “uma *regulação jurídica fundamental*, quer dizer, um *sistema de normas supremas*”⁸³⁹. Nas duas hipóteses uma totalidade é concebida, só que na primeira ela é efetiva enquanto que na segunda é um todo pensado. Para os fins deste

⁸³⁶ CASERTA, Marco. *La forma e l'identità: democrazia e costituzione in Hans Kelsen e Carl Schmitt*. Torino: Giappichelli Editore, 2005, p. 131.

⁸³⁷ CASERTA, Marco. *La forma e l'identità: democrazia e costituzione in Hans Kelsen e Carl Schmitt*, p. 137.

⁸³⁸ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución* (1928), p. 30.

⁸³⁹ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución* (1928), p. 33 (grifos no original).

trabalho, qualifica-se a primeira como noção *qualitativa* e a segunda como noção *quantitativa* de Constituição em sentido absoluto⁸⁴⁰.

Quando discorre acerca do conceito qualitativo de Constituição em sentido absoluto, Schmitt identifica três usos principais. O primeiro entende a Constituição como “a concreta situação de conjunto da unidade política e da ordenação social de um certo Estado”⁸⁴¹; ela não denota um ordenamento jurídico construído gradativamente, mas sim um Estado que possui uma existência concreta, efetiva, um ser-aí político⁸⁴². Tal como no conceito grego de *politéia*, a Constituição aqui é *táxis*, a ordenação e disposição do corpo político: por isso, quando utilizada nesse sentido, não se diz que um Estado *tem* uma Constituição, pois o Estado *é* sua Constituição⁸⁴³.

Há um segundo uso do conceito qualitativo de Constituição em sentido absoluto: aqui, a Constituição traduz-se por uma maneira determinada de organizar a dominação (*Herrschaft*) de uma unidade política. Ou seja, a Constituição aparece como um *status*, uma certa forma de governo, só que “forma” expressa algo efetivamente existente, e por isso não se pode afirmar propriamente que um determinado Estado “tem uma constituição democrática”, mas sim que tal Estado *é* uma democracia⁸⁴⁴.

O terceiro e último uso qualitativo do conceito de Constituição em sentido absoluto é aquele que a compreende como “o princípio do devir dinâmico da unidade política”. Schmitt informa que Rudolf Smend, com a sua teoria da integração, é o grande representante desse conceito. Ao ser entendida a partir desse terceiro significado a Constituição não é vista enquanto algo estático (como no uso medieval de *status*), mas como “o princípio ativo de um processo dinâmico de energias efetivas, um elemento do

⁸⁴⁰ Muito embora Schmitt não faça esta distinção explicitamente, aqui ela é traçada por analogia ao *Legalidade e Legitimidade*, em que Schmitt diferencia um Estado qualitativamente total de um Estado quantitativamente total, o que será apreciado *infra*. Por hora, Cf. a fonte da distinção: SCHMITT, Carl. *Legalidad y legitimidad* (1932). Trad. José Díaz Gracia. Madrid: Aguilar, 1971, p. 56.

⁸⁴¹ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución* (1928), p. 30.

⁸⁴² KERVÉGAN, Jean-François. *Hegel, Carl Schmitt: o político entre a especulação e a positividade*. Trad. Carolina Huang. Barueri: Manole, 2006, p. 50.

⁸⁴³ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución* (1928), p. 30.

⁸⁴⁴ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución* (1928), p. 31. O próprio Schmitt documenta o uso lingüístico de *status* como forma de governo em Tomás de Aquino, Hobbes, Grotius e Jean Bodin. Como salientou Quentin Skinner, esse deslocamento semântico é um estágio intermediário entre a noção pré-moderna de Estado (entendido como a condição na qual se encontrava o príncipe) e a noção moderna de Estado (em que o Estado passa a denotar uma ordem instituída que difere do poder do príncipe, e que este tem o dever de por ele zelar). Cf. SKINNER, Quentin. *As fundações do pensamento político moderno*. Trad. Renato Janine Ribeiro e Laura Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2003, pp. 617-625. Para a mudança conceitual de Estado no âmbito lingüístico francês, e fazendo referência a uma ampla gama de fontes primárias dos séculos XVI a XVIII, Cf. BRANCOURT, Jean-Pierre. “Des ‘estats’ à l’État: évolution d’un mot”. In: *Archives de Philosophie du Droit*. Vol. 21: genèse et déclin de l’État. Paris: Sirey, 1976, pp. 39-54.

dever, mas não, certamente, um procedimento regulado de prescrições e imputações normativas”⁸⁴⁵, que como se sabe é um procedimento próprio ao normativismo kelseniano.

E precisamente quando se leva em conta o pensamento jurídico normativista, torna-se mais fácil entender porque o último significado de Constituição em sentido absoluto pode ser adjetivado de *quantitativo*. Aqui Schmitt identifica descrições da Constituição que a expressam como um dever-ser; nesse marco, a Constituição aparece inicialmente como um sistema unitário de normas jurídicas que possui um grau hierárquico superior. Assim, Schmitt até concede que a partir de uma postura normativista é possível também pensar a Constituição como um *todo*, porquanto ela se mostra como “uma normativização total da vida do Estado”, de modo que “todas as outras leis e normas têm que poder se referir a essa *única* norma”⁸⁴⁶. Acontece que esse movimento de legalização da Constituição encampa a metafísica liberal de subordinar toda ordem estatal a leis gerais e abstratas, aduz Schmitt⁸⁴⁷. Quando a lei se pretende traduzida por uma *volonté générale*, isso quer dizer que a liberdade e propriedade do cidadão somente poderiam se submeter à *vontade* da nação, e não ao *arbitrio* de um só⁸⁴⁸. Surgia, de forma inédita, a identificação da generalidade com a justiça da lei⁸⁴⁹. Simultaneamente, essa postura também inaugurou o movimento de redução do Estado a uma unidade de normas jurídicas (o ordenamento jurídico), própria ao *Rechtsstaat* liberal, o que resultou em uma pretensão de apreender um ser-aí político por meio de preceitos sistemáticos justos e razoáveis⁸⁵⁰.

É claro que Schmitt não concorda com esse significado *quantitativo* de Constituição em sentido absoluto. Ele afirma, logo em seguida, que “na realidade, uma Constituição é válida quando emana de um poder (quer dizer, força ou autoridade)

⁸⁴⁵ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución* (1928), p. 32.

⁸⁴⁶ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución* (1928), p. 33.

⁸⁴⁷ Cf. FORSTHOFF, Ernst. “La trasformazione della legge costituzionale”. In: *Stato di diritto in trasformazione*. Ed. Carlo Amirante. Milano: Giuffrè, 1973, p. 198. É emblemático que esse estudo de Forsthoff, um dos mais destacados discípulos de Schmitt, tenha sido publicado em um *Festschrift* a Carl Schmitt, em 1959.

⁸⁴⁸ FIORAVANTI, Maurizio. “Stato e costituzione”. In: FIORAVANTI, Maurizio (org.). *Lo Stato moderno in Europa: istituzioni e diritto*. 2ª ed. Bari: Laterza, 2003, p. 15.

⁸⁴⁹ Confirmando a análise de Schmitt: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La lengua de los derechos: la formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa*. Madrid: Alianza Editorial, 2001, pp. 110 e 125. Cf. também, nesse sentido: CARRÉ DE MALBERG, Raymond. *La Loi, expression de la volonté générale. Étude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875*. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1931, p. 4.

⁸⁵⁰ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución* (1928), p. 34.

constituente e se estabelece por sua vontade”⁸⁵¹; assim, se deriva da vontade, tem-se que um ser (*Sein*) é origem de todo e qualquer dever-ser (*Sollen*). Com esse movimento, análogo à precedência da decisão frente a norma, Schmitt intenta desacreditar o normativismo como modo de se pensar a Constituição. Se uma norma não se estabelece por si mesma, se ela necessita do poder constituinte, um ordenamento jurídico não é tão unitário assim, pois a existência de uma vontade antecedente acaba por lhe imprimir *ab initio* uma heterogeneidade insuperável: a *decisão*.

Por tal motivo, Schmitt parece considerar esse significado quantitativo de Constituição em senso absoluto, da Constituição *qua* sistema de normas, como um todo meramente *ideal*: e que por isso é enganoso. Tal conceito normativo de Constituição é tão inadequado para a compreensão de seu tempo quanto os pressupostos metafísicos do liberalismo que orientam as descrições e traduções institucionais do *Rechtsstaat* liberal⁸⁵², que se esteia no dualismo Estado/sociedade, bem comum ao século XIX. Desta feita, já no §1 da *Teoria da Constituição* Schmitt mostra que sua obra mais sistemática intenta realizar uma crítica a todo pensamento *rechtsstaatlich*, venha ela sob o manto do liberalismo, venha mediante sua variação normativista.

É justamente o último significado de Constituição em sentido absoluto que explica o *conceito relativo de Constituição*. Com a introdução dos pressupostos metafísicos do liberalismo e sua variante normativista, que tende a reduzir equivocadamente a Constituição a um conjunto de normas, o conceito de Constituição se relativizou, sempre no entender de Schmitt. Aquilo que era compreendido pelo *jus publicum europaeum* como a emanção do *ethos* de uma sociedade política vem agora descrito como uma pluralidade de leis particulares. A relativização do conceito de Constituição consiste nisso: “no lugar de se fixar o conceito unitário de Constituição como um todo, se fixa somente o de lei constitucional concreta”, o que ocorre por meio de “características externas e acessórias, chamadas formais”⁸⁵³. São elas, usualmente: o caráter escrito da Constituição e o *quorum* qualificado para reforma ou emenda constitucional.

Em mais uma de suas muitas “mitificações” da história, Schmitt indica que o início desse movimento se dá com as lutas burguesas de 1848, travadas contra a monarquia, ocasião em que se tentou limitar por escrito o poder do Estado. Após isso,

⁸⁵¹ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución* (1928), p. 34.

⁸⁵² SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución* (1928), p. 36.

⁸⁵³ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución* (1928), p. 37.

múltiplas razões levaram o liberalismo a crer que aquilo que é escrito seria mais fácil de demonstrar. Com isso, a segunda metade do século XIX presenciou a noção de que a Constituição precisaria ser pactuada, por escrito, entre o soberano e o povo, leia-se, a representação popular⁸⁵⁴. Qualquer modificação constitucional teria que obter a concordância do lado afetado – no caso, usualmente a representação –, e portanto necessitaria assumir a forma de lei em sentido formal (lei promulgada pelo parlamento acrescida da sanção monárquica, consoante já analisado).

Com isso, tornou-se comum a identificação da Constituição com a lei escrita, o que significou a dissolução de uma Constituição unitária por um conjunto heterogêneo de leis constitucionais⁸⁵⁵. Schmitt estende esse entendimento para a Constituição de Weimar. Aquilo que deveria ser uma unidade política concreta passa a ser confundido com uma série de compromissos dilatórios fruto dos mais exóticos compromissos político-partidários de uma assembleia constituinte agonizantemente pluralista como a de Weimar. Schmitt aponta a inserção, no texto da Constituição de Weimar, de disposições como o art. 144 (2) (que reza que “A inspeção escolar será exercida por funcionários técnicos superiores especializados”⁸⁵⁶), somente pode se explicar quando se leva em conta a anômala situação histórica de 1919. Não há, em tal norma, uma decisão acerca da forma política; não há uma decisão acerca da Constituição, mas sim uma regra que formalmente pertence à Constituição. Nesse particular Schmitt não vislumbra nenhum *Sonderweg*: “em todos os países com Constituições escritas tem-se hoje, na realidade, somente uma pluralidade de *leis* constitucionais escritas”⁸⁵⁷.

A contraposição do conceito absoluto com o relativo de Constituição fez com que Schmitt pudesse enxergar, e portanto, *criar*, um diferença: *Constituição e lei constitucional*. Desta feita, a noção de lei constitucional é formulada por Schmitt para designar uma anomalia liberal, contra a qual ele se confronta polemicamente, e que irá atacá-la a partir da utilização de outro par conceitual, por meio do qual leva a cabo a análise da Constituição. É com a diferença positivo/ideal que Schmitt consegue fechar a cadeia de argumentos contra a tradução do sistema metafísico do liberalismo em sede constitucional, a noção de *Rechtsstaat* (que em muitos aspectos é o conceito que Schmitt se utiliza para representar o constitucionalismo moderno).

⁸⁵⁴ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución* (1928), p. 39.

⁸⁵⁵ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución* (1928), p. 39.

⁸⁵⁶ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución* (1928), p. 37.

⁸⁵⁷ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución* (1928), p. 40.

Schmitt reconhece que muitos de seus colegas constitucionalistas são da opinião de que a formalidade constitucional seja um avanço – em outros termos, uma aquisição evolutiva. Como pensa em senso oposto, Schmitt lança o *conceito positivo de Constituição* para “protegê-la da dissolução e corrupção formalista”⁸⁵⁸. As observações que articulam um conceito positivo de Constituição descrevem-na como uma decisão que determina a forma e a maneira de uma determinada unidade política⁸⁵⁹; a Constituição seria uma decisão consciente da unidade política por parte de um ato do poder constituinte. O poder dá origem à Constituição, venha ele por meio de *auctoritas* ou de *potestas*⁸⁶⁰. A unidade política adota por si mesma uma Constituição, e por tal razão a existência política é anterior ao ato concreto, consciente e determinado que estabelece a Constituição. A regra geral formulada por Schmitt é a seguinte: toda Constituição supõe e precisa de uma ordem política concreta, mas há unidades políticas que não decidem acerca de sua forma e existência política por meio de uma Constituição⁸⁶¹. O que deve ser percebido é que isso nada mais é do que mais uma aplicação da noção schmittiana de precedência ontológica do político.

Até aqui, o conceito positivo de Constituição somente indica que ela sempre deriva de um ato precedente de poder. Porém, faz-se necessário observar que a decisão política fundamental não se esgota com a instauração de uma ordem jurídica que se baseia sobre uma Constituição. O político não se esgota em normas, pois sempre que a sobrevivência da unidade política requerer uma decisão será tomada, uma exceção às normas será realizada. O político é incontrolável. Para embasar a inafastabilidade do conceito positivo de Constituição, Schmitt explora uma dualidade presente na obra que

⁸⁵⁸ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución* (1928), p. 45.

⁸⁵⁹ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución* (1928), p. 46.

⁸⁶⁰ Para Schmitt, *potestas* se traduziria pelo poder em sentido estrito, como uma força; já *auctoritas* denota um poder derivado da tradição, da continuidade. Mas ambos são poder. Cf. SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución* (1931). Trad. Manuel Sanchez Sarto. 2ª ed. Madrid: Tecnos, 1998, p. 217 e 219, nota 13 (com muitas referências bibliográficas); SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución* (1928), p. 93, nota 1. O constitucionalista alemão acredita que a diferença entre *potestas* e *auctoritas* é uma das “divisões cardeais” do pensamento político europeu, tendo orientado suas principais produções intelectuais, como a teoria do rei como *pouvoir neutral*, de Benjamin Constant, em que o monarca teria *auctoritas*, mas não *potestas*. Com isso Constant poderia diferenciar entre o poder ministerial (executivo, que age politicamente, logo é *potestas*) e a *auctoritas* do poder real, que é mediador, sem responsabilidade política, mas também desarmado de poder efetivo, visto que somente possuiria “belas e sublimes prerrogativas”, como o direito de agraciar, dissolver assembléias, nomear ministros. Cf. CONSTANT, Benjamin. “Princípios de Política” (1815). In: *Escritos de Política*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 29. A doutrina do monarca como poder neutro, mais que uma inconstância de Constant é, na verdade, muito coerente com sua orientação política, qual seja, de partidário da Revolução Francesa e crítico do Terror, mas o *uso* que se fez dela é que é outra história: Cf. TODOROV, Tzvetan. *Benjamin Constant: la passion démocratique*. Paris: Hachette Littératures, 2004, pp. 76-88.

⁸⁶¹ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución* (1928), p. 47.

fundou a teoria do poder constituinte, o *Qu'est-ce que le Tiers État?* (1788), de Emmanuel Sieyès⁸⁶².

Para o abade, a Nação “existe antes de tudo, ela é a origem de tudo”⁸⁶³, inclusive da Constituição. Só que aí emerge o paradoxo: se a Nação é ilimitada, como explicar sua submissão à forma constitucional? Por que o titular da soberania decide ser não-soberano por meio de uma Constituição?⁸⁶⁴ Sieyès sai do paradoxo com uma diferença: a Constituição vincula o governo, enquanto a Nação só presta contas ao direito natural. Ou seja, não presta contas a ninguém. Por isso, “uma Nação é independente de qualquer formalização positiva, basta que sua vontade apareça para que todo direito político cesse”⁸⁶⁵.

A partir de Olivier Beaud, pode-se perceber que o *pouvoir constituant* de Sieyès se orienta com base no seguinte paradoxo: por um lado, ele institui um processo revolucionário que rompe com um estado de coisas que lhe é anterior; por outro lado, ele também funda um novo estado de coisas⁸⁶⁶. Existe, então, em um primeiro momento, um poder “desconstituente” (*déconstituant*) que corresponde ao ato revolucionário, fruto da decisão de um julgamento supremo que considera necessária a ruptura institucional. Em um segundo momento, vem à cena um poder “reconstituente” (*reconstituant*), que é competente para erigir uma ordem jurídica⁸⁶⁷. Pois bem, a história constitucional da França mostra bem o potencial de mobilização política de que a teoria de Sieyès é dotada. Dependendo de qual lado se escolha, pode-se advogar a manutenção ou a desconstrução de uma ordem constitucional; pode-se lhe impingir o título de legítima ou ilegítima, basta “raisonner” acerca de como se encontra o estado de espírito da Nação, afinal, nestes casos decisivos “a Nação é quem deveria ser consultada”⁸⁶⁸.

Schmitt, assim, faz questão de enfatizar que segundo essa doutrina é a Nação que detém a titularidade do poder constituinte, e não o povo, e vê isso com bons olhos,

⁸⁶² SCHMITT, Carl. *La dictadura: desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria* (1921), pp. 185-190. Schmitt já parece percebê-la em tal obra, porém ele vai explorar o paradoxo do poder constituinte somente com a Teoria da Constituição.

⁸⁶³ SIEYÈS, Emmanuel. *A constituinte burguesa: Qu'est-ce que le Tiers État?* (1788). 4ª ed. Ed. Aurélio Wander Bastos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 48.

⁸⁶⁴ No debate constitucional norte-americano, isso é usualmente denominado de “the countermajoritarian dilemma”. Cf. basicamente, TRIBE, Laurence. *American Constitutional Law*. Mineola: Foundation Press, 1978, p. 9; HOLMES, Stephen. “Precommitment and the paradox of democracy”. In: ELSTER, Jon. SLAGSTAD, Rune. *Constitutionalism and Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1993, pp. 195-240.

⁸⁶⁵ SIEYÈS, Emmanuel. *A constituinte burguesa: Qu'est-ce que le Tiers État?* (1788), p. 51.

⁸⁶⁶ BEAUD, Olivier. *La puissance de l'État*. Paris: Presses Universitaires de France, 1994, p. 223.

⁸⁶⁷ BEAUD, Olivier. *La puissance de l'État*, pp. 227-229.

⁸⁶⁸ SIEYÈS, Emmanuel. *A constituinte burguesa: Qu'est-ce que le Tiers État?* (1788), p. 54.

afinal “a palavra ‘Nação’ é mais expressiva e induz a menos erro”, pois “designa o povo como unidade política com capacidade de agir e com consciência de sua singularidade política”; de outro lado, “o povo que não existe como Nação é uma associação de homens unidos por alguma forma de coincidência étnica ou cultural, mas não necessariamente política”⁸⁶⁹.

Consoante a percepção de Gaetano Azzariti, essa passagem do “povo” à “Nação” no argumento de Schmitt é significativa para a fundamentação de seu conceito positivo de Constituição. Com ela a questão do titular do poder constituinte completa o seu processo de abstração, e com isso a manifestação do poder constituinte, da decisão política fundamental, “perde completamente as suas raízes”⁸⁷⁰. Se ele fica desprovido de suas “raízes” significa que a decisão política que institui uma ordem jurídica não tem o seu poder por delegação de um outro, porque deriva do nada, só depende de um ato soberano de *auctoritas* ou de *potestas*⁸⁷¹.

Em termos práticos, quando Schmitt explora aquela ambigüidade da doutrina de Sieyès ele acaba por fundamentar um poder constituinte permanente⁸⁷². Na senda da distinção escolástica entre usufruto e exercício de direito (ou *substantia* e *usus*) Schmitt – tal como Sieyès – vai entender que a Nação tem “o usufruto (*Innehabung*) do direito, mas ela pode delegar o exercício (*Ausübung*) a um terceiro”⁸⁷³. Dessa forma, a soberana Nação pode reivindicar a qualquer momento o que lhe pertence por direito, o que torna o poder constituinte tão inesgotável quanto onipotente, a exemplo de Deus. E assim, mais uma vez, o momento excepcional da decisão é privilegiado, em detrimento do âmbito normativo. Schmitt consegue, a um só tempo, desconstruir qualquer pretensão normativista de limitar o sistema da política e mostrar que a única coisa que sustenta o poder constituinte são suas próprias decisões, ou seja: “uma vontade é sempre livre para

⁸⁶⁹ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución* (1928), p. 96.

⁸⁷⁰ AZZARITI, Gaetano. *Critica della democrazia identitaria: lo Stato costituzionale schmittiano e la crisi del parlamentarismo*. Bari: Laterza, 2005, p. 37.

⁸⁷¹ O argumento é similar àquele da relação entre decisão e norma. Para o ordenamento jurídico, a decisão é incompreensível, vem de um nada normativo.

⁸⁷² Doutrina que ainda hoje encontra adeptos, como é o exemplo de um de seus discípulos: Cf. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. “Il potere costituente del popolo: un concetto limite del diritto costituzionale”. In: ZAGREBELSKY, Gustavo. PORTINARO, Pier Paolo. LUTHER, Jörg (orgs.). *Il futuro della Costituzione*. Torino: Einaudi, 1996, pp. 231-252. Para uma profunda crítica aos desenvolvimentos da Escola de Schmitt acerca do poder constituinte, no atual cenário constitucional alemão, Cf. MÜLLER, Friedrich. *Fragmento (sobre) o Poder Constituinte do Povo*. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, pp. 50-52.

⁸⁷³ BEAUD, Olivier. *La puissance de l'État*, p. 414.

querer outra coisa”⁸⁷⁴. As constituições caem ao bel prazer do soberano, aquele que decide *sobre* o estado de exceção. Mas o projeto de Schmitt vai mais além do que isso.

Com o conceito positivo de Constituição foi possível a Schmitt elaborar uma assimetria diferente daquela entre *Constituição/lei ordinária*, que denota a supremacia constitucional, condição de possibilidade do constitucionalismo moderno enquanto referência semântica. Schmitt pôde definir com mais veemência aquela diferença anteriormente realizada quando se expôs o conceito absoluto e o conceito relativo de Constituição, oportunidade em que Schmitt demarcou uma nova diferença no lado “Constituição” da forma: agora há uma diferença qualitativa entre Constituição e lei constitucional. A novidade da diferença entre o conceito positivo e o conceito ideal de Constituição já se vê tão-somente com a exposição do conceito positivo: com essa diferença, foi possível a Schmitt submeter a *lei constitucional* à *Constituição*. Com isso as leis constitucionais passam a depender de uma Constituição como decisão política concreta⁸⁷⁵. O argumento é o mesmo utilizado por Schmitt em sua crítica ao normativismo, como visto *supra*. Se uma norma não vige por si mesma, pois depende de uma decisão política que torna a sua aplicação possível, da mesma forma, as leis constitucionais têm “como base a Constituição e pressupõem uma Constituição”⁸⁷⁶.

Essa redefinição conceitual não é realizada por Schmitt em vão. Ela confere a Schmitt meios aptos a criticar aquilo que ele via como o defeito de nascença do regime político de seu tempo: o “caráter de compromisso” da Constituição de Weimar. Ela continha duas partes. A primeira dispunha sobre a “organização e tarefas do Reich” (*Aufbau und Aufgaben des Reichs*)⁸⁷⁷. Nela havia, no juízo de Schmitt, decisões

⁸⁷⁴ KERVÉGAN, Jean-François. *Hegel, Carl Schmitt: o político entre a especulação e a positividade*, p. 52. Cf. também, KELLY, Duncan. “Carl Schmitt’s political theory of representation”. In: *Journal of the History of Ideas*. Vol. 65, nº 1. Pennsylvania: University of Pennsylvania Press, janeiro de 2004, pp. 118-127.

⁸⁷⁵ Mortati, ao analisar o conceito de Constituição material em Schmitt, acusa-o de impreciso, uma vez que o jurista alemão não teria definido de modo adequado o que seria a “matéria” da Constituição, afinal, decisão seria um termo muito ambíguo. O constitucionalista da Calábria também não viu operacionalidade na distinção entre Constituição e lei constitucional em Schmitt, que se resume apenas a uma distinção entre espécies de normatividade. Mas ele acredita que “é mérito de Schmitt ter posto em relevo como a constituição normativa requer um princípio ordenatório, do qual as normas recebem valor”. Poder-se-ia apontar, em relação às considerações mortatianas, que a subordinação do normativo à decisão tem sua base precisamente na “distinção entre espécies de normatividade” a qual Mortati não vislumbrou um significado mais profundo: é isso que permite a Schmitt subjugar “formalidades liberais” como separação de poderes e direitos fundamentais. Cf. MORTATI, Costantino. *La Costituzione in senso materiale* (1940). Milano: Giuffrè, 1998, pp. 42-45.

⁸⁷⁶ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución* (1928), p. 46.

⁸⁷⁷ Artigos 1º-108. Edição utilizada: “La Costituzione di Weimar dell’11 agosto 1919 (RGBl., nº 152, S. 1383).” In: LANCHESTER, Fulco. *Le Costituzione tedesche da Francoforte a Bonn*. Milano: Giuffrè, 2002, pp. 189-232.

políticas fundamentais, como mostrava o exemplo do art. 1º, que dizia que “O *Reich* alemão é uma República”. Essas disposições da primeira parte da Constituição de Weimar seriam decisões porque davam forma e existência política concreta ao *Reich* alemão⁸⁷⁸, como por exemplo a decisão a favor da democracia. Não obstante, nem tudo estaria perfeito nessa primeira parte, pois nela estava presente um elemento liberal de limitação do poder; constavam os princípios do *Rechtsstaat* de corte liberal.

Já a segunda parte da Constituição previa os “direitos e deveres fundamentais dos alemães” (*Grundpflichten der Deutschen*)⁸⁷⁹. Para Schmitt ela não passaria de um amontoado de “compromissos apócrifos”, dilatatórios. Fruto do eterno diálogo do sistema metafísico do liberalismo, a segunda parte da Constituição tentou contemplar as mais diversas correntes políticas existentes na Assembléia de Weimar⁸⁸⁰. Assim, a segunda parte não *decidiu*. Schmitt costuma usar como exemplo da incapacidade decisória da segunda parte da Constituição de Weimar a fórmula de compromisso entre Estado e as igrejas acerca do ensino religioso, que foi compreendido como um componente próprio à educação. Igrejas que não perderam o seu *status* de pessoas jurídicas de direito público, dada a fraqueza de uma assembléia sustentada sob a base do compromisso partidário⁸⁸¹. Assim, para Schmitt somente ainda valeria a pena falar de uma Constituição alemã porque sua primeira parte lhe confere substância, pois é uma decisão, para o bem e para o mal⁸⁸².

A análise que Schmitt realiza das “duas constituições de Weimar” (a da primeira e a da segunda parte) se insere na sua estratégia de desqualificar um conjunto de disposições da segunda parte, mas não ela como um todo⁸⁸³. Existem disposições na

⁸⁷⁸ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución* (1928), p. 79.

⁸⁷⁹ Artigos 109-181.

⁸⁸⁰ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución* (1928), pp. 54-57. No entendimento de Schmitt, a primeira parte da Constituição de Weimar seria uma decisão política neutra acerca da organização política do Estado. Já a sua segunda parte, dos direitos fundamentais, era povoada de “valores” dos mais diversos matizes ideológicos, uma vez que a Constituição tinha que atender aos vários partidos que tinham representação na Assembléia Constituinte de Weimar (1919). Com isso, a segunda parte adquiriu um tom de compromisso dilatatório, ante a necessidade de acordos para garantir uma coalizão que fosse suficiente à aprovação da Constituição de Weimar. A presença de direitos fundamentais, então, insere um “legislador extraordinário *ratione materiae*” na República de Weimar. Cf. SCHMITT, Carl. *Legalidad y legitimidad* (1932), pp. 59-93 (especialmente p. 78).

⁸⁸¹ DYZENHAUS, David. *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*, p. 78.

⁸⁸² SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución* (1928), p. 57.

⁸⁸³ Olivier Beaud informa com precisão que a partir de 1930, com o “giro institucional” de Schmitt, ele passa a diferenciar os direitos fundamentais (individuais, ocidentais, *rechtsstaatlich*) das garantias institucionais (objetivas, quase que uma emanação de um *ethos*). Assim, Schmitt fará uma opção pela segunda parte da Constituição de Weimar, mormente durante a crise de 1932, com as várias sucessões de gabinetes que aconteceram. A segunda parte, os direitos fundamentais que se colocam como freio ao Estado, estariam controlados, objetivados, o que poderia fundamentar uma “contra-constituição” capaz de

segunda parte da Constituição de Weimar que são leis constitucionais, mas nunca “Constituição”, porquanto não decidem. A novidade trazida à baila por Schmitt foi a de construir uma forma para retirar o valor hierárquico de uma parte da Constituição. A hierarquia normativa que a supremacia constitucional proporciona somente diria respeito às disposições da Constituição de Weimar que decidem. Aquilo que não passa de lei constitucional pode ser suprimido pelos poderes excepcionais do Presidente do Reich (e depois *Führer*) com esteio do art. 48 (2) da WRV⁸⁸⁴.

Aqui já se pode verificar que Schmitt anda longe de conferir à Constituição um papel de limite ao poder estatal⁸⁸⁵. Ele deixa claro que o seu conceito de Constituição é o positivo, o de Constituição como decisão: “nas exposições que seguem, a palavra Constituição se emprega no sentido do conceito positivo de Constituição”⁸⁸⁶. Uma vez que a Constituição deve a sua vigência a uma decisão que é anterior ao ordenamento jurídico, o político em sua manifestação pura nunca poderá ter a sua reparição postergada por amarras normativas: basta que surja um “caso extremo”⁸⁸⁷ (*Grezenfall, Ernstfall*) e o poder constituinte, incontrolável, desconstrói uma ordem vigente e, de forma decisionista, coloca outra no seu lugar. *Potestas* ou *auctoritas*: essa é a *arché* do direito, pois assim é que a decisão, a exceção, toma forma.

Como visto acima, Schmitt acredita que a primeira parte da Constituição de Weimar é o que ainda lhe confere alguma substância. Nela constariam decisões políticas, inclusive a decisão em prol do *Rechtstaat* liberal. Mas isso não quer dizer que Schmitt se conforme com *esta* decisão⁸⁸⁸. Schmitt acredita que, paradoxalmente, a decisão a favor do *Rechtsstaat* liberal é uma grande não-decisão: é a mais protelatória de todas, pois adota para a Alemanha o *conceito ideal de Constituição do coerente sistema metafísico do liberalismo*.

Um *conceito ideal de Constituição* é aquele delineado por um determinado agrupamento político que se coloca em contraposição existencial polêmica em face de uma certa situação constitucional concreta. O parâmetro da contraposição são seus

sanar a crise institucional que um ano mais tarde executaria a República de Weimar. Cf. BEAUD, Olivier. “*Legalité et légitimité: la lutte de Carl Schmitt contre la république de Weimar et sa défense d’une ‘contre-constitution’ allemande*”. In: KERVÉGAN, Jean-François. *Crise et pensée de la crise en droit: Weimar, sa république et ses juristes*. Paris: ENS Éditions, 2002, pp. 131-137, principalmente.

⁸⁸⁴ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución* (1928), p. 50.

⁸⁸⁵ AZZARITI, Gaetano. *Critica della democrazia identitaria: lo Stato costituzionale schmittiano e la crisi del parlamentarismo*, p. 46.

⁸⁸⁶ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución* (1928), p. 65.

⁸⁸⁷ SCHMITT, Carl. *O conceito do político* (1932), pp. 52, 61, 65.

⁸⁸⁸ DYZENHAUS, David. *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*, p. 79.

ideais políticos. Assim, uma Constituição é tida por “verdadeira” ou “autêntica” quando um grupo consegue vislumbrar seu programa político na Constituição analisada⁸⁸⁹. Entre os conceitos ideais de Constituição, Schmitt aponta aquele da “burguesia” como o mais forte. Em sua luta contra a monarquia absoluta, a burguesia somente considerava “constitucional” uma forma política que atendesse aos seus postulados políticos, que para Schmitt poderiam ser resumidos em grande parte pela proteção à propriedade privada e à liberdade individual. Aquilo que não os atendia não era Constituição, mas despotismo, ditadura ou tirania⁸⁹⁰.

Como discorrido acima, Schmitt conhece a modernidade, mas nega-a sistematicamente. Ele tem ciência de que a maioria das constituições existentes no mundo se filiavam à “Constituição moderna do Estado de Direito burguês”⁸⁹¹. Faz questão de ressaltar também que quando ele se utiliza da palavra “moderna”, ela “não vem ligada a nenhum juízo de valor no sentido de progresso”⁸⁹². Pode-se acrescentar aqui: pelo contrário, está mais para um juízo de decadência, apesar de Schmitt não ver isso como algo irremediável (até por isso escreve a *Teoria da Constituição*)

Schmitt reduz a especificidade do constitucionalismo moderno ao conceito ideal de Constituição do sistema metafísico do liberalismo, traduzido pelo *Rechtsstaat* liberal⁸⁹³, e que teria clara filiação “ao tipo de esquema constitucional inaugurado em

⁸⁸⁹ Como se vê, facilmente, Schmitt aqui faz coro à síntese de fim de século realizada por Otto Mayer, jurista que apoiava abertamente a monarquia constitucional, mediante uma teoria do ato administrativo que colocava a administração pública em posição de aberta superioridade em relação a quem quer que com ela travasse relações jurídicas. Cf. MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán I: parte general*, p. 78: “o que caracteriza o *Rechtsstaat* não está dado pela vigência da Constituição: está ainda por se realizar”. Ainda hoje essa noção tem adeptos, principalmente entre os constitucionalistas axiológicos, que descrevem o *Rechtsstaat* como um momento superior ao *Machtsstaat* do absolutismo, mas que é ainda insuficiente para lidar com a ordem concreta de valores existente em uma Constituição (ou acima dela). Assim, autores como Zagrebelsky propõem um *Verfassungsstaat* no lugar do *Rechtsstaat*. Este possui um conteúdo muito vazio, de modo que foi utilizado quase que como uma “fórmula mágica”. Zagrebelsky, assim, prefere o *Verfassungsstaat*, um Estado que não considera a unidade do ordenamento como um dado natural, mas como uma tarefa a ser desenvolvida pela Constituição, mediante os princípios. Dessa forma, a passagem para o *Verfassungsstaat* denota, na verdade, uma atitude de alçar à posição de vértice da sociedade uma corte constitucional que, tal como escabinos medievais, vão dizer quais são os “valores” corretos a se seguir (e quais os malditos). É de se questionar, portanto, se vale a pena simplesmente transferir a posição do legislador decimonônico europeu para tribunais que se colocam como um super-ego da sociedade, para assim gerar paternalisticamente cidadania aos seus tutelados. Cf. entretanto, Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite: legge, diritti, giustizia*. Torino: Einaudi, 1992, pp. 20-50.

⁸⁹⁰ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución* (1928), p. 59.

⁸⁹¹ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución* (1928), p. 137.

⁸⁹² SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución* (1928), p. 137.

⁸⁹³ Compare: SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución* (1928), pp. 58-59, 62, 137-138, 141, 201-202.

1789”⁸⁹⁴. Necessário, portanto, entender o uso que Schmitt faz de *Rechtsstaat*, para que o juízo de Schmitt acerca da Constituição de Weimar fique mais transparente. De posse do diagnóstico de Schmitt, entender-se-á com mais propriedade o prognóstico, o papel do guardião da Constituição.

Para Schmitt o *Rechtsstaat* não é, na verdade, uma decisão política fundamental. Ele é apenas um “conjunto de limites e controles do Estado, um sistema de garantias da liberdade burguesa e de relativização do poder do Estado”⁸⁹⁵. O *Rechtsstaat* não é uma forma política porque não é decisão. Aliás, é o perfeito antípoda disso, pois o *Rechtsstaat* somente tem sentido quando situado em contraposição àquilo que existe, que é efetivo, portanto: que foi decidido. Nessa senda, o *Rechtsstaat* é um método que concebe o poder estatal de um ponto de vista crítico e negativo, pois de outra maneira a liberdade pessoal e a propriedade burguesa não poderiam ser protegidas. Para tal finalidade, o *Rechtsstaat* se vale de dois princípios que lhe são próprios.

O primeiro é um *princípio de distribuição*, e que é denotado pelos direitos fundamentais, em que “a esfera de liberdade do indivíduo se supõe como um dado anterior ao Estado, o que torna a liberdade do indivíduo ilimitada”⁸⁹⁶. Os direitos individuais nascem, segundo Schmitt, com as declarações de direitos modernas, como a francesa “declaração dos direitos do homem e do cidadão”, de 1789. Eles até teriam um lado positivo de propiciar “o estabelecimento dos princípios sobre os quais se apóia a unidade política de um povo e cuja vigência se reconhece como o pressuposto mais importante do surgimento e formação incessante dessa unidade”⁸⁹⁷. Contudo, para Schmitt – como é de se esperar – esse não é o caso de Weimar⁸⁹⁸. Como a assembléia de 1919 não decidiu se o *Reich* alemão seria individualista-burguês ou socialista-bolchevique, os constituintes limitaram-se a colocar lado a lado princípios oriundos de universos intelectuais diversos. Assim, esse compromisso entre facções fez com que os direitos fundamentais constantes na segunda parte se colocassem, em grande parte, como uma perfeita fotografia da indecisão liberal⁸⁹⁹. No seio do falatório do sistema

⁸⁹⁴ SCHMITT, Carl. “The Liberal Rule of Law” [*Der bürgerliche Rechtsstaat*] (1928). In: JACOBSON, Arthur. SCHLINK, Bernhard (orgs.). *Weimar: a jurisprudence of crisis*. Berkeley: University of California Press, 2002, p. 295.

⁸⁹⁵ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución* (1928), p. 201.

⁸⁹⁶ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución* (1928), p. 138.

⁸⁹⁷ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución* (1928), p. 167.

⁸⁹⁸ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución* (1928), p. 168.

⁸⁹⁹ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución* (1928), p. 168.

metafísico liberal, os direitos fundamentais não expressam uma forma política, não dotam o Estado de substância política, não *constituem* nada⁹⁰⁰.

Aos direitos fundamentais, entendidos como o primeiro princípio do *Rechtsstaat*, soma-se um segundo *princípio de organização*, que pretende *dividir* o poder estatal e circunscrevê-lo em um sistema de competências⁹⁰¹: a separação dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Esse princípio procura colocar em prática, também, o controle do poder estatal. Até aí Montesquieu estaria de acordo, afinal, sua proposta de limitação do poder pelo próprio poder se dá precisamente para assegurar a liberdade do cidadão⁹⁰². Ter-se-ia, então, a rejeição de uma concentração do poder do Estado em um único ponto, por uma única pessoa: e aí quem discorda de tal ponto é Schmitt. Referido princípio de organização se insere, para Schmitt, no sistema metafísico do liberalismo porque é adepto da crença de que com a instituição em separado dos poderes, presenciar-se-ia ainda mais discussão para dentro do próprio Estado, o que para o pensamento metafísico liberal é algo necessariamente positivo⁹⁰³, e para Schmitt, negativo. Com a amarração do Estado mediante freios recíprocos, a decisão tem suas possibilidades limitadas. A separação de poderes reduz a atuação do Estado de tal forma que chega a transformá-lo em “um sistema de atos apócrifos de soberania”⁹⁰⁴.

Não há a menor dúvida de que Schmitt enxerga com notória desaprovação a incidência desses princípios liberais, de tal conceito ideal de Constituição, com sua inerente pretensão de limitar o poder estatal. Ele afirma que o *Rechtsstaat*:

(...) é caracterizado de maneira ampla pelo seu embasamento nos direitos fundamentais dos indivíduos e no princípio da separação de poderes. Nesse contexto, a liberdade do indivíduo é essencialmente ilimitada, enquanto o Estado e seus poderes são limitados. Aquilo que é permitido ao Estado fazer é apontado de modo exato. Para tanto, é providenciada a supervisão por órgãos específicos, assegurados por lei. Em contrapartida, a liberdade pessoal do indivíduo é ilimitada. Não é fixada pela lei, e as exceções inevitáveis têm que ser determinadas por normas previamente definidas. Os pontos básicos são: a esfera de oportunidades ilimitadas para o indivíduo e os abrangentes limites sobre o Estado. Esse princípio liberal de

⁹⁰⁰ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución* (1928), p. 170.

⁹⁰¹ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución* (1928), p. 138.

⁹⁰² FLEINER-GERSTER, Thomas. *Teoria Geral do Estado*. Trad. Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 479.

⁹⁰³ SCHMITT, Carl. *The Crisis of Parliamentary Democracy* (1926), p. 41.

⁹⁰⁴ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución* (1928), p. 158.

distribuição (*liberales Verteilungsprinzip*) permeia toda a organização do Estado.⁹⁰⁵

Eis o ponto. Ao adentrar por todo aparelho estatal, “os meios e métodos de controle sobre o Estado se organizam mais que o próprio Estado”⁹⁰⁶, e assim, o Estado aparece “como o servidor, rigorosamente controlado, da sociedade; fica submetido a um sistema fechado de normas jurídicas”⁹⁰⁷. Desta forma se percebe a inserção do *Rechtsstaat* no universo do liberalismo, do normativismo. Essa técnica social de controle do político, segundo Schmitt, acaba por transformar a República de Weimar em um “Estado Legislativo”, que consistiria em um “tipo de comunidade política” que enxerga na publicação de normas pelo Parlamento a suprema expressão da vontade comum. Como legítimo fruto do normativismo, nele há a noção de que são as leis que imperam, e não os homens; isso faz com que se evite considerar a soberania ou mesmo o poder, pois nos dois casos quem os exerce o faz “em nome da lei”⁹⁰⁸.

Nesses termos, é com nítido reducionismo histórico que Schmitt enxerga apenas um aspecto mais individualista do liberalismo, porquanto aduz que a proteção da *liberté du citoyen* destrói necessariamente a *gloire de l'état*⁹⁰⁹. Todavia, seu alvo mais uma vez é a modernidade. Schmitt quer uma sociedade em que o sistema da política apareça como seu centro e vértice. Ele não se conforma com um direito auto-referencial que tem como uma de suas implicações uma limitação do poder pelo direito, como denota o Estado de Direito.

Assim, os dois princípios do *Rechtsstaat*, os direitos fundamentais e a separação dos poderes, são para Schmitt apenas uma técnica social de controle do político. Não é propriamente uma decisão, não constitui nada. O liberalismo é totalmente incapaz, sempre segundo Schmitt, para oferecer qualquer “teoria positiva do

⁹⁰⁵ SCHMITT, Carl. “The Liberal Rule of Law” [*Der bürgerliche Rechtsstaat*] (1928). In: JACOBSON, Arthur. SCHLINK, Bernhard (orgs.). *Weimar: a jurisprudence of crisis*, p. 296.

⁹⁰⁶ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución* (1928), p. 62.

⁹⁰⁷ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución* (1928), p. 137.

⁹⁰⁸ SCHMITT, Carl. *Legalidad y legitimidad* (1932), pp. 4-5.

⁹⁰⁹ AZZARITI, Gaetano. *Critica della democrazia identitaria: lo Stato costituzionale schmittiano e la crisi del parlamentarismo*, pp. 14-16. Para um exemplo de uma aplicação de tal distinção por Schmitt, que é muito central nos seus escritos, Cf. SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución* (1928), p. 59. A fonte original é: MONTESQUIEU, Barão de La Brède e de [Charles-Louis de Secondat]. *Do Espírito das Leis*. Vol. I (1748), XI.5 (p. 201), onde afirma: “Apesar de todos os Estados possuírem, em geral, um mesmo objetivo, que é manter-se, cada Estado possui, entretanto, um que lhe é particular. A expansão era o objetivo de Roma; a guerra o da Lacedemônia (...); sua glória e a do Estado, o das monarquias; a independência de cada indivíduo é o objetivo das leis da Polônia, e o que disso resulta é a opressão de todos”. A contraposição entre *liberté du citoyen* e *gloire de l'état* também é utilizada em XI.7 só que, a exemplo de XI.5, ela não aparece de modo assaz claro na edição brasileira consultada.

Estado”. O liberalismo nunca foi radical em sentido político, ele só neutraliza, anula, nega⁹¹⁰. Ele só pretende limitar o poder do Estado por meio de uma série de obstáculos que findam por esvaziar toda a substância política do Estado; e ao colocar o indivíduo como *terminus a quo* e *terminus ad quem*, acaba por diluir a unidade estatal em um grande compromisso⁹¹¹.

Se é assim, se um conceito ideal de Constituição não forja uma unidade política, logo os meios de controle do *Rechtsstaat* somente teriam sentido caso encontrem, de antemão, uma unidade política face a qual possam exercer sua pretensão de controle⁹¹². Com isso, Schmitt acredita que as constituições dos Estados liberais da época (que para ele era o Ocidente inteiro, “se se prescindir da Rússia bolchevique e da Itália fascista”) precisam conter dois elementos distintos: (i) o elemento *rechtsstaatlich*, os freios e contrapesos ao poder do Estado, e (ii) o elemento político do qual se deduz a sua *forma política*⁹¹³. Ou seja, o conceito ideal de Constituição do liberalismo precisa de um conceito absoluto de Constituição (um ser-aí, uma forma de governo) que tem uma determinada configuração graças a uma decisão política fundamental.

A tensão entre o elemento político e o elemento *rechtsstaatlich* encontra-se nas constituições liberais, mas ela é particularmente forte no seio da Constituição de Weimar, porquanto o elemento próprio ao *Rechtsstaat* ser-lhe-ia muito presente. E por isso Schmitt afirma que a Constituição de Weimar é “póstuma”, porquanto seria uma tentativa anacrônica de implementar os ideais da revolução de 1848⁹¹⁴. Por causa desse pecado original, o *Reich* alemão estaria “em grande medida desprovido de sua substância política, porque seus tópicos políticos cruciais foram impostos a partir do exterior”⁹¹⁵, e assim o *Reich* alemão seria “basicamente uma unidade de pagamento de reparações”⁹¹⁶ (clara referência ao Tratado de Versalhes).

A pergunta que vem à tona é inevitável: qual é o elemento político da Constituição da República de Weimar, então? O *princípio democrático*. É ele o que ainda confere sentido à Constituição de Weimar. Daí não se infere que Schmitt seja

⁹¹⁰ SCHMITT, Carl. *O conceito do político* (1932), p. 88.

⁹¹¹ SCHMITT, Carl. *O conceito do político* (1932), pp. 97-98.

⁹¹² SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución* (1928), p. 62.

⁹¹³ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución* (1928), p. 62.

⁹¹⁴ SCHMITT, Carl. “The Liberal Rule of Law” [*Der bürgerliche Rechtsstaat*] (1928). In: JACOBSON, Arthur. SCHLINK, Bernhard (orgs.). *Weimar: a jurisprudence of crisis*, p. 295.

⁹¹⁵ SCHMITT, Carl. “The Liberal Rule of Law” [*Der bürgerliche Rechtsstaat*] (1928). In: JACOBSON, Arthur. SCHLINK, Bernhard (orgs.). *Weimar: a jurisprudence of crisis*, p. 295.

⁹¹⁶ SCHMITT, Carl. “The Liberal Rule of Law” [*Der bürgerliche Rechtsstaat*] (1928). In: JACOBSON, Arthur. SCHLINK, Bernhard (orgs.). *Weimar: a jurisprudence of crisis*, p. 300.

propriamente um democrata. Seu conceito de democracia é bem peculiar, inclusive pelo imenso potencial de instrumentalização autoritária. Ele será abordado no próximo item, pois tem íntima ligação com a “guarda da Constituição”. Afinal, *se o princípio democrático é aquilo que ainda faz valer a pena falar acerca da Constituição de Weimar, a guarda da Constituição passará pela manutenção não do elemento paralisante do Rechtsstaat liberal, mas sim do elemento político, ou seja, a democracia.*

A exposição realizada até aqui acerca do conceito de Constituição de Schmitt não pretendeu esgotar as várias facetas desse que é um tema central no pensamento de Schmitt. Seu objetivo foi o de compreender como Schmitt descreve o mecanismo que realiza o acoplamento estrutural entre direito e política. Como resposta, viu-se que Schmitt se mantém coerente ao seu decisionismo jurídico, à sua negação da autodeterminação do direito por seus próprios eventos comunicativos.

De igual maneira, a abordagem até aqui realizada mostra o quanto são inseparáveis, em Schmitt, sua teoria constitucional de seus “escritos “políticos”. Como apontou Ingeborg Maus, caso uma análise acerca do decisionismo de Schmitt se limite aos seus escritos “políticos”, o resultado a ser alcançado consistiria em uma paradoxal despolitização de Schmitt⁹¹⁷. Pode-se aduzir, por conta própria, que uma atitude em sentido inverso seria igualmente problemática. Devido às considerações feitas *supra* acerca do decisionismo schmittiano é que se tornou possível verificar que na crítica aos princípios do *Rechtsstaat* no âmbito da Constituição de Weimar o que se tem presente é apenas uma variação do *leitmotiv* liberal. A crítica ao *Rechtsstaat* realizada por Schmitt é melhor apreendida quando se relembra o seu posicionamento contrário ao sistema metafísico do liberalismo, seja pela crítica à estetização política do romantismo, ou pelo ataque à crença normativista de domínio do político. O *Rechtsstaat*, nos cânones apresentados por Schmitt, é apenas uma tradução institucional do liberalismo.

A Constituição em Schmitt se mantém ligada fortemente com a decisão e com a formação da unidade política. Constituição que para Schmitt é tomada em sua acepção positiva; que não é descrita como um limite ao poder, mas como uma decisão que exprime a consciência formal da identidade de uma unidade política⁹¹⁸. E precisamente por isso Schmitt percebia com profundo pessimismo o elemento *rechtsstaatlich* fortemente presente na Constituição de Weimar. Assim, já se pode perceber, de

⁹¹⁷ MAUS, Ingeborg. “The 1933 ‘break’ in Carl Schmitt’s theory”. In: DYZENHAUS, David (org.). *Law as Politics: Carl Schmitt’s Critique of Liberalism*. Durham: Duke University Press, 1998, pp. 196-197.

⁹¹⁸ CASERTA, Marco. *La forma e l’identità: democrazia e costituzione in Hans Kelsen e Carl Schmitt*, p. 137.

antemão, que o guardião da Constituição terá como tarefa primordial realçar o momento “decisão” em detrimento do momento “normatividade”, em detrimento dos limites impostos pelo *Rechtsstaat*, que dissolve a unidade do Estado. Em suma: o guardião da Constituição deve potencializar o elemento político da Constituição de Weimar, a democracia, e mitigar o elemento *Rechtsstaat*, os freios e contrapesos ao poder estatal.

E agora já se vê porque Schmitt se recusa a escrever uma Teoria Geral do Estado, preferindo, a ela, uma *Teoria da Constituição*:

Daqui deriva seu interesse por uma Teoria da Constituição ao invés de uma Teoria do Estado: Schmitt não acredita em uma estatalidade substancial feita de valores e densa de mediações entre os protagonistas da vida associativa – indivíduo, grupos intermediários, sociedade civil. Não somente não existe qualquer mediação digna a superar a conflituosidade, mas caso se queira ainda falar de Estado é absolutamente necessário liberar aquela energia polêmica reclusa no conceito de povo que dá forma à unidade política, ao neutralizar o conflito por meio da expulsão do inimigo⁹¹⁹.

Realizando a representação, mas não a mediação do povo, será o Presidente do *Reich* que vai liberar essa “energia polêmica” que é capaz de expulsar o inimigo, para além da paralisia liberal do *Rechtsstaat*. É o que será abordado na seqüência.

2.4. *Veritas una, error multiplex*: a democracia identitária e o Presidente do *Reich* como guardião da Constituição.

Da exposição do conceito de Constituição de Schmitt se depreende claramente o quanto a sua preferência por um “conceito positivo de Constituição” se contrapõe polemicamente à semântica *Rechtsstaat*, concebida por Schmitt como uma mera técnica negativa, limitante, do poder. Mas Weimar possui um elemento político em sua Constituição, uma decisão acerca de sua forma política. Assim, uma guarda da Constituição terá que, a um só tempo, (i) mitigar a força do elemento *rechtsstaatlich*, que limita consideravelmente a decisão política fundamental, e (ii) reforçar o elemento político que já existe na República de Weimar, a democracia. A parte da Constituição a ser combatida, o *Rechtsstaat*, já foi suficientemente analisado, de forma que cabe

⁹¹⁹ BISOGNI, Giovanni. *Weimar e l'unità politica e giuridica dello Stato: saggio su Rudolf Smend, Hermann Heller, Carl Schmitt*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2005, p. 162.

abordar, agora, inicialmente, aquilo que segundo Schmitt merece ser preservado na República de Weimar: a *forma política democrática*.

Segundo Schmitt, o “Estado é um determinado *status* de um povo, e certamente o *status* da unidade política. Forma política é a maneira especial de conformação dessa unidade”⁹²⁰. São várias as formas políticas que o Estado pode assumir, mas todas elas seriam resultado da combinação de dois princípios político-formais: identidade e representação. Os dois princípios não se excluem mutuamente, uma vez que não são mais “que pontos de orientação contrapostos para a conformação concreta da unidade política”⁹²¹. Consistiriam em pontos equíprimordiais. Passa-se a um rápido exame de ambos.

“Representação significa tornar presente algo que, todavia, não está literalmente presente”⁹²². De alguma forma a unidade política do Estado tem que se tornar visível. Mas isso somente é um problema porque a unidade não é um dado: a representação não é espelho de uma identidade pressuposta, porque a unidade política do povo nunca chega a ser uma identidade real⁹²³. É a partir do inescapável hiato existente entre os cidadãos que governam e os que são governados que a representação encontra a sua importância. Invólucro do Estado, é através da representação que algo ausente pode revestir uma exterioridade palpável, perceptível.

A partir das considerações de Schmitt, pode-se verificar que seu conceito de representação possui três características centrais. *Primeiro*, a representação somente tem lugar no âmbito *público*⁹²⁴. A representação política não pode, assim, ser confundida com uma representação de interesses particulares, própria do âmbito do direito privado, como uma atividade de gestão de negócios. Schmitt afasta semelhante uso privatístico, que é denotado no âmbito lingüístico alemão por *Vertretung*: em seu lugar, ele prefere *Repräsentation*, reservando para este termo um uso exclusivamente político-formal⁹²⁵.

⁹²⁰ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución* (1928), p. 205.

⁹²¹ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución* (1928), p. 206.

⁹²² PITKIN, Hanna Fenichel. *The concept of representation*. Berkeley: University of California Press, 1967, p. 144.

⁹²³ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución* (1928), p. 205.

⁹²⁴ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución* (1928), p. 208.

⁹²⁵ AZZARITI, Gaetano. *Critica della democrazia identitaria: lo Stato costituzionale schmittiano e la crisi del parlamentarismo*, p. 31. No mesmo sentido: BISOGNI, Giovanni. *Weimar e l'unità politica e giuridica dello Stato: saggio su Rudolf Smend, Hermann Heller, Carl Schmitt*, p. 147, nota 16.

Em *segundo* lugar, a representação não é um fenômeno normativo, mas *existencial*⁹²⁶. Na representação, opera-se uma atualização de “um ser imperceptível mediante um ser de presença pública”⁹²⁷. Claro que somente algo que tenha uma certa dignidade, superioridade enfim, é que pode ser representado. Uma coisa inferior ou morta não pode ser representada por algo que lhe é superior, afinal seria desprovida de *existência*⁹²⁸. Essa passagem da *Teoria da Constituição* mostra-se de difícil compreensão quando não se nota que a dimensão existencial da representação já foi desenvolvida por Schmitt em um estudo precedente, em que ele aborda a Igreja Católica como uma forma política apta a ser paradigma das formas políticas⁹²⁹.

Em *Catolicismo Romano e Forma Política*, Schmitt mais uma vez questiona a modernidade. É mais uma aplicação do seu teorema da secularização, mais uma oportunidade em que Schmitt contrapõe técnica e política. Confrontando-se com a noção tipicamente weberiana de modernidade como o primado da racionalidade técnico-econômica⁹³⁰, Schmitt vê na Igreja Católica, na sua permanência perante os séculos, um exemplo claro de que a força da forma política não é dependente da racionalidade econômica do sistema metafísico liberal. O pensamento econômico não é passível de representação, pois só conhece a técnica. Seu racionalismo exige a imanência, a matéria, a objetividade, a privatização da experiência religiosa⁹³¹. O pensamento econômico “tem a sua razão própria e a sua própria veracidade naquilo que é absolutamente material, que diz respeito apenas às coisas”⁹³².

Precisamente por isso é que o conceito de representação da Igreja será de tanta valia para a cruzada anti-liberal de Schmitt. Como perfeito antípoda ao pensamento economicista, racionalista, enfim, liberal, a Igreja forneceria “um modo especial de pensamento cujo método de comprovação é uma específica lógica jurídica”⁹³³. A Igreja não é matéria, e nem se preocupa com a exploração da matéria, pois ela é forma, é uma

⁹²⁶ Aqui nenhuma novidade, afinal: “todas as representações essenciais da esfera espiritual do homem são existenciais, e não normativas”, SCHMITT, Carl. “A era das neutralizações e despolitizações” (1929). In: *O conceito do político*, p. 111.

⁹²⁷ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución* (1928), p. 209.

⁹²⁸ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución* (1928), p. 209.

⁹²⁹ Chamou-me a atenção para isso: KERVÉGAN, Jean-François. “Carl Schmitt et la crise de la représentation”. In: KERVÉGAN, Jean-François (org.). *Crise et pensée de la crise en droit: Weimar, sa république et ses juristes*. Paris: ENS Éditions, 2002, pp. 160-161.

⁹³⁰ KELLY, Duncan. “Carl Schmitt’s political theory of representation”. In: *Journal of the History of Ideas*, pp. 118.

⁹³¹ SCHMITT, Carl. *Roman Catholicism and Political Form* (1923). Ed. G. L. Ulmen. Westport: Greenwood Press, 1996, pp. 13, 15, 20.

⁹³² SCHMITT, Carl. *Roman Catholicism and Political Form* (1923), p. 16.

⁹³³ SCHMITT, Carl. *Roman Catholicism and Political Form* (1923), p. 12.

*idéia*⁹³⁴. Disso vem seu poder atemporal, capaz de se adaptar às mais diversas situações e aos mais diversos regimes políticos. A Igreja consiste em um *complexio oppositorum*:

Do ponto de vista da *idéia* política do catolicismo, a essência do *complexio oppositorum* católico-romano, reside em uma tal superioridade formal específica na questão da vida humana que nenhum outro império jamais conheceu. Ela obteve sucesso em construir uma configuração sustentável da realidade social e histórica que, apesar de seu caráter formal mantém sua existência concreta a um só tempo vital e ainda racional em seu mais alto grau. Esse caráter formal do catolicismo romano funda-se em uma realização estrita do princípio da representação.⁹³⁵

A dimensão existencial, por tudo isso, é demonstrada pela forma política encarnada pela Igreja, porquanto há uma representação oriunda “de cima”⁹³⁶. A Igreja desempenhava a função, segundo Schmitt, de realizar uma “mediação” entre Deus e o mundo terreno. Disso derivaria a *visibilidade da Igreja*: daquilo que não é visível. “O mediador descende, porque a mediação somente pode derivar de cima, e não de baixo”⁹³⁷. O representante adquire uma *autoridade pessoal* que deriva daquilo que não é visível, mas que ele representa; afinal “o representante de um valor nobre não pode ser sem valor”⁹³⁸

O conceito de representação da Igreja possui um aspecto que corresponde à *terceira* característica do conceito de representação de Schmitt: a *personificação* da representação. Schmitt descreve a Igreja como “uma representação pessoal concreta de uma personalidade concreta”. Herdeira da *jurisprudencia* romana, a Igreja consegue assumir as mais diversas formas jurídicas: mas só pode fazê-lo porque “representa a pessoa do próprio Cristo”⁹³⁹. Personalisticamente, essa tarefa será desenvolvida pelo Papa, o Vigário de Cristo. O Papa não é um funcionário de uma burocracia, porque a sua posição não é impessoal, uma vez que “seu cargo é parte de uma cadeia ininterrupta

⁹³⁴ CASERTA, Marco. *La forma e l'identità: democrazia e costituzione in Hans Kelsen e Carl Schmitt*, p. 74.

⁹³⁵ SCHMITT, Carl. *Roman Catholicism and Political Form* (1923), p. 8. Para a transcrição deste trecho fez-se uso de tradução inédita levada a efeito por Menelick de Carvalho Netto.

⁹³⁶ SCHMITT, Carl. *Roman Catholicism and Political Form* (1923), p. 26.

⁹³⁷ SCHMITT, Carl. “The visibility of the Church: a Scholastic Consideration” (1917). In: *Roman Catholicism and Political Form*. Ed. G. L. Ulmen. Westport: Greenwood Press, 1996, pp. 51-52. Como notou G. L. Ulmen, pode-se notar uma secularização no argumento de Schmitt. Se no escrito de 1917 a essência da Igreja seria a mediação, no estudo de 1923 este conceito será substituído pelo de “representação”. ULMEN, G. L. “Introduction”. In: SCHMITT, Carl. *Roman Catholicism and Political Form* (1923). Ed. G. L. Ulmen. Westport: Greenwood Press, 1996, pp. XII-XIII.

⁹³⁸ SCHMITT, Carl. *Roman Catholicism and Political Form* (1923), p. 21.

⁹³⁹ SCHMITT, Carl. *Roman Catholicism and Political Form* (1923), pp. 18-19.

ligada ao mandato pessoal e à pessoa concreta de Cristo. Este é, na verdade, o mais espantoso *complexio oppositorum*⁹⁴⁰.

A partir da análise etimológica empreendida por Hanna Pitkin, pode-se ver que o conceito católico de representação adotado por Schmitt pode ser historicamente situado nos séculos XIII e XIV, quando o Papa e seus cardeais começaram a ser descritos como Cristo e seus apóstolos, respectivamente⁹⁴¹. No *Decretum* de Graciano, é verdade, os bispos e sacerdotes também apareciam como *vicarii Christi*, mas a partir da doutrina da *plenitudo potestatis*, do papa Inocêncio III, somente o papa poderia ser considerado o *vicarius Christi*⁹⁴²; a Querela das Investiduras que se seguiu à luta entre *aeternitas* e *seculum* desencadeada pela reforma gregoriana⁹⁴³, provocou uma variação evolutiva, que acabou por ser selecionada, o que propiciou uma acomodação semântica que é adotada por Schmitt como um dado. Nesse uso lingüístico, não havia a idéia de uma transferência de poder ao representado, mas sim de uma corporificação *per successionem*⁹⁴⁴. A Igreja era o *corpus mysticum Christi*; sendo um corpo, a cabeça era o papa, porque tornava o Cristo presente, porque se ligava espiritualmente a ele em sua corporificação *per successionem*⁹⁴⁵.

As tintas pré-modernas da noção católica de representação não inibiram Schmitt de utilizá-la. Ao contrário, ela fornecia a Schmitt uma alternativa às abstrações e às ficções que ele enxergava na estetização política realizada pelo sistema metafísico do liberalismo, em que a representação não vinha “de cima”, mas “de baixo”⁹⁴⁶. A representação na abordagem católica advertiria ao liberalismo que “não há política sem autoridade e nem autoridade sem um *ethos* de crença”⁹⁴⁷. O que tem o efeito de conceber a representação a partir de uma dimensão hierárquica, pois instaura uma relação de obediência entre o representante e o destinatário do ato de representação⁹⁴⁸, facilitando, assim, o estabelecimento da decisão.

⁹⁴⁰ SCHMITT, Carl. *Roman Catholicism and Political Form* (1923), p. 14.

⁹⁴¹ PITKIN, Hanna Fenichel. *The concept of representation*, p. 241.

⁹⁴² KANTOROWICZ, Ernst. *Os dois corpos do rei: um estudo de teologia política medieval*, pp. 73-74,

⁹⁴³ BERMAN, Harold J. *La formación de la tradición jurídica de lo Occidente*. [Law and Revolution: the Formation of the Western Legal Tradition] Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 1996, pp. 95-124, sobretudo.

⁹⁴⁴ PITKIN, Hanna Fenichel. *The concept of representation*, pp. 241-242.

⁹⁴⁵ KANTOROWICZ, Ernst. *Os dois corpos do rei: um estudo de teologia política medieval*, p. 126, que informa o quanto a doutrina “corporativa” da Igreja foi sintetizada pela bula *Unam Sanctam*, de Bonifácio VIII, em 1320.

⁹⁴⁶ KAHN, Victoria. “Hamlet or Hecuba: Carl Schmitt’s decision”. In: *Representations*, p. 73.

⁹⁴⁷ SCHMITT, Carl. *Roman Catholicism and Political Form* (1923), p. 17.

⁹⁴⁸ KERVÉGAN, Jean-François. *Hegel, Carl Schmitt: o político entre a especulação e a positividade*, p. 161.

Ao conceber o princípio político-formal da representação como *um ato de fé*⁹⁴⁹, Schmitt pôde concluir que somente aquilo que é *governo* pode representar a unidade política de um povo como um todo – o que não se confunde com o povo em sua realidade natural⁹⁵⁰. “Mas em todo caso, governa somente porque tem a confiança do povo”⁹⁵¹. A produção dessa confiança é aspecto central do conceito de democracia de Schmitt, e é operacionalizada de forma plebiscitária; mas a sua compreensão depende da abordagem preliminar do segundo princípio político-formal.

O *princípio da identidade* parte do pressuposto de que não existe nenhum Estado sem povo. Esse princípio é tanto mais presente em uma forma política quanto mais o povo, entendido como “sujeito de toda determinação conceitual do Estado” seja capaz de atuação política em virtude de uma “homogeneidade forte e consciente”⁹⁵². Nesse passo, a democracia é definida como uma forma política que utiliza em primazia o princípio da identidade. “A igualdade democrática é, essencialmente, homogeneidade, e, certamente, homogeneidade do povo”. Assim, atendendo ao requisito da homogeneidade, a democracia, em Schmitt, terá que aparecer como a “identidade entre dominadores e dominados, dos governantes e dos governados, dos que mandam e dos que obedecem”⁹⁵³. A identidade, contudo, requer diferença. Por um lado, uma democracia tem que conceber todos os homens como sendo iguais, a partir de um determinado núcleo de identificação, como “idéias de raça e de fé comuns, de destino e tradições comuns”⁹⁵⁴. Mas por outro lado, a igualdade interna tem como contraposição uma desigualdade que no mais das vezes lhe é externa. É mediante a identificação interna que um povo pode olhar outro que não seja a ele semelhante como estrangeiro, diferente, não-homogêneo.

Para Schmitt, um povo somente existe quando ele pode determinar autonomamente, existencialmente, quem é amigo e quem é inimigo⁹⁵⁵. Quando um povo renuncia a essa responsabilidade em prol de um ideal apolítico como “humanidade”, o político não desaparece do mundo: “desaparece apenas um povo

⁹⁴⁹ SCHMITT, Carl. *Roman Catholicism and Political Form* (1923), p. 32. Cf. AZZARITI, Gaetano. *Critica della democrazia identitaria: lo Stato costituzionale schmittiano e la crisi del parlamentarismo*, pp. 32-33.

⁹⁵⁰ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución* (1928), p. 211.

⁹⁵¹ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución* (1928), p. 232.

⁹⁵² SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución* (1928), p. 205.

⁹⁵³ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución* (1928), p. 230.

⁹⁵⁴ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución* (1928), p. 224.

⁹⁵⁵ SCHMITT, Carl. *O conceito do político* (1932), p. 76.

fraco”⁹⁵⁶. Só que, ao contrário do gabarito-Böckenförde, analisado *supra*, o contraste com o heterogêneo, na formação do princípio da identidade, não se restringe ao exterior. Schmitt deixa muito claro que o Estado somente existe enquanto unidade política se ele consegue determinar, igualmente, o “inimigo interno”⁹⁵⁷. A igualdade democrática seria um fim que justificaria meios de “declaração de hostilidade”: mais que justificar, ela precisa disso. Desterro, banimento, prisão: a homogeneidade democrática requer a depuração de todo elemento heterogêneo⁹⁵⁸.

Definir a democracia como identidade entre dominante (*Herrscher*) e dominados (*Beherrschten*) significa negar uma diferença “qualitativa” entre eles, segundo Schmitt⁹⁵⁹. Ele se refere, *a contrario sensu*, a outras formas políticas que pressupõem uma diferença de nascença, como nobre/plebeu, como é o caso da monarquia, em que se tem uma superioridade qualitativa, de sangue, entre quem governa e quem é governado⁹⁶⁰.

Não se pode olvidar que apesar de a democracia se pautar na homogeneidade, ela não é o único caminho possível para que se tenha *unidade política*. Faz-se necessário lembrar que o princípio da identidade não detém exclusividade na formação da unidade política. Os dois princípios político-formais, identidade e representação, ainda que mutuamente díspares, são igualmente competentes para levar a efeito a confecção da unidade política do povo, o Estado⁹⁶¹. Vale a pena recuperar a síntese operada por Schmitt quando ele compara estes dois princípios; aqui, a extensão da citação se justifica pela clareza por ela propiciada:

Em resumo, pode-se dizer: o Estado se fundamenta como unidade política a partir da vinculação de dois princípios de formação contrapostos, o princípio da identidade (do povo presente consigo mesmo como unidade política, quando, em virtude da própria consciência política e vontade nacional, tem aptidão para distinguir entre amigo e inimigo) e o princípio da representação, em virtude do qual a unidade política é representada pelo governo. A aplicação do princípio da identidade significa uma tendência a um mínimo de governo e de direção pessoal. Quanto mais se aplique este princípio, tanto mais se pratica a resolução dos assuntos políticos “por si”, graças a um máximo de homogeneidade, naturalmente dada ou historicamente alcançada. (...) mas essa situação deve ser considerada

⁹⁵⁶ SCHMITT, Carl. *O conceito do político* (1932), p. 79.

⁹⁵⁷ SCHMITT, Carl. *O conceito do político* (1932), p. 72.

⁹⁵⁸ SCHMITT, Carl. *O conceito do político* (1932), p. 72.

⁹⁵⁹ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución* (1928), p. 230.

⁹⁶⁰ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución* (1928), p. 231.

⁹⁶¹ MANIN, Bernard. *Principes du gouvernement représentatif*. Paris: Flammarion, 1995, p. 193.

como uma simples construção ideal do pensamento, e não uma realidade histórica e política. O máximo de identidade não acontece, mas sim, de forma real, um mínimo de governo. (...). E ao contrário: um máximo de representação significaria um máximo de governo. O perigo dessa situação é que o sujeito da unidade política, o povo, é ignorado, perdendo seu conteúdo o Estado, que não é mais que um povo em situação de unidade política. Seria então um Estado sem povo, uma *res populi sem populus*.⁹⁶²

A partir dessa menção aos dois princípios político-formais da teoria constitucional de Schmitt, representação e identidade, pode-se ver a tensão existente entre Estado e povo – que não pode ser nivelada em favor de um dos lados⁹⁶³. Um Estado não vive sem povo, mas também não há povo sem Estado. Uma aplicação exclusiva do princípio da identidade produz uma democracia direta, que basicamente consistiria na eliminação de toda e qualquer magistratura pública, de toda mediação institucional. No entanto, ao colocar-se como única magistratura do Estado, o povo na verdade destrói o Estado, acredita Schmitt⁹⁶⁴. Uma democracia imediata, sem representação, é impossível, nesse passo: “a imediatividade da democracia não se deixa organizar sem deixar de ser imediata”⁹⁶⁵.

E mais uma vez aparece o nexos interno entre identidade e representação enquanto princípios político-formais. Mesmo em uma democracia, em que o primado é do princípio político da identidade, a representação faz-se igualmente necessária, modo contrário, essa “magnitude” que é definida em contraposição ao Estado, o povo, não consegue ser percebida. Afinal “não existe um povo que seja prontamente dotado de uma ordem própria, eventualmente já jurídica, que preceda o Estado”⁹⁶⁶.

⁹⁶² SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución* (1928), p. 214. A similitude do argumento de Schmitt com aquele de Rousseau é significativa e já foi apontada por diversos estudiosos, sendo assumida pelo próprio Schmitt. Em Rousseau também há uma variação da forma política entre o máximo e o mínimo de representação. Cf. FORTES, Luiz Roberto Salinas. “Rousseau: o mundo político como vontade e representação”. In: *Filosofia Política*. Nº 2. Porto Alegre: L&PM, 1985, pp. 94-95.

⁹⁶³ A questão acerca da utilização, ou não, da metodologia típico-ideal de Weber por Schmitt já foi abordada *supra*. Na ocasião, foi proposto que Schmitt parece ser bem mais tributário ao método de Sorel. Aparentemente, a utilização dos dois princípios formais do político parecem constituir uma exceção a isso, pois insinuam ser dois tipos-ideais. A metodologia weberiana, ao provocar uma acentuação aguda na realidade a fim de formar um tipo-ideal, persegue com isso um resultado de neutralidade axiológica. Este não é o caso de Schmitt, definitivamente, que é mais interessado em impelir à ação.

⁹⁶⁴ SCHMITT, Carl. “Referendum e proposta di legge d’iniziativa popolare: un contributo all’interpretazione della costituzione weimariana ed alla dottrina della democrazia diretta” (1927). In: *Democrazia e liberalismo*. Ed. de Manuela Alessio. Milano: Giuffrè, 2001, p. 80.

⁹⁶⁵ SCHMITT, Carl. “Referendum e proposta di legge d’iniziativa popolare: un contributo all’interpretazione della costituzione weimariana ed alla dottrina della democrazia diretta” (1927). In: *Democrazia e liberalismo*, p. 80.

⁹⁶⁶ BISOGNI, Giovanni. *Weimar e l’unità politica e giuridica dello Stato: saggio su Rudolf Smend, Hermann Heller, Carl Schmitt*, p. 147.

Daí a necessidade da existência de uma representação do povo, mesmo em uma democracia, porquanto o “povo é um conceito que somente adquire existência na esfera do que é *público*”, e “na realidade, o povo produz o público mediante sua presença”⁹⁶⁷. Somente o que está ausente é que pode ser representado, mas é pela representação que algo se torna visível, *presente*. Dessa forma, o povo para Schmitt inevitavelmente precisa ser representado, já que a homogeneidade do povo é uma ficção. Em sentido inverso, o povo só existe porque é ausente⁹⁶⁸.

É a partir do estabelecimento destas premissas que Schmitt se posicionará diante da constante crise institucional enfrentada pela República de Weimar. Schmitt parte do suposto de que a Constituição de Weimar (i) dava guarida ao dualismo de um elemento *rechtsstaatlich* situado ao lado de um elemento político, a democracia; e (ii) a democracia consiste em uma amarração paradoxal entre identidade e representação. A questão é como conseguir uma unidade estatal a partir desse *complexio oppositorum*. A democracia pura é indesejável, pois destrói a unidade estatal. A representação tende a destruir o elemento povo, a substância do Estado, quando utilizada em demasia. É preciso evitar os dois extremos. Jean-François Kervégan notou como Schmitt saiu desse impasse: “é ao se fundamentar nessa tese do caráter limitado de uma democracia pura que Schmitt poderá militar em favor de uma correção plebiscitária do regime de Weimar”⁹⁶⁹.

No âmbito de uma democracia de massas como a de Weimar, Schmitt aduz que “a legitimidade plebiscitária é a única espécie de justificação estatal que atualmente pode ser reconhecida em geral como válida”⁹⁷⁰. Os métodos plebiscitários seriam para Schmitt, portanto, um meio possível de transformar o povo, aquela “entidade essencialmente não organizada e tampouco estruturada”⁹⁷¹, em algo palpável, ao tornar presente um eterno ausente. Para Schmitt, nessa senda, o traço específico de uma democracia real, viva, não é o voto individual e secreto, em que o indivíduo fica atomizado em uma cabine de votação⁹⁷², que pode no máximo denotar a vontade de todos, mas não a vontade geral. Ao contrário, o que constitui uma democracia, o seu “fenômeno originário”, é a *aclamação*, “o grito de aprovação ou de recusa da massa

⁹⁶⁷ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución* (1928), p. 238.

⁹⁶⁸ BISOGNI, Giovanni. *Weimar e l'unità politica e giuridica dello Stato: saggio su Rudolf Smend, Hermann Heller, Carl Schmitt*, p. 151.

⁹⁶⁹ KERVÉGAN, Jean-François. “Carl Schmitt et la crise de la représentation”. In: KERVÉGAN, Jean-François (org.). *Crise et pensée de la crise en droit: Weimar, sa république et ses juristes*, p. 159.

⁹⁷⁰ SCHMITT, Carl. *Legalidad y legitimidad* (1932), p. 146.

⁹⁷¹ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución* (1928), p. 237.

⁹⁷² SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución* (1928), p. 234.

reunida”⁹⁷³, caracterizada por Schmitt como um fenômeno eterno de toda comunidade política. Nenhum Estado sem povo, nenhum povo sem aclamação”⁹⁷⁴. Assim, Schmitt acredita que o povo só é povo enquanto politicamente reunido para decidir sobre os rumos da unidade política, cuja confecção depende da aclamação: “onde quer que exista povo e onde quer que ele esteja (...) concretamente reunido e manifeste sinais de vida política, ele exprime a sua vontade mediante a aclamação”⁹⁷⁵.

Nesse cenário, Schmitt vai trabalhar com o que ele considera ser o material disponível constitucionalmente. A Constituição de Weimar previa, como métodos plebiscitários, a iniciativa popular de lei⁹⁷⁶ e o *referendum*, que tinha possibilidade de aplicação em cinco hipóteses⁹⁷⁷. Tais instrumentos plebiscitários confeririam ao governo a possibilidade de estabelecer uma pergunta a partir de “cima” de forma que seja possível surgir uma resposta a partir de “baixo”. Um instrumento assaz poderoso no âmbito de uma democracia de massas, pois daria ao governo “a autoridade para colocar corretamente as perguntas plebiscitárias em seu devido momento”⁹⁷⁸. Assim, para Schmitt a legitimação plebiscitária renova e fortalece a autoridade estatal, ao mesmo tempo que faz presente o povo.

A partir dessa opção pelos métodos plebiscitários, será possível a Schmitt adaptar seu decisionismo jurídico a dois problemas constitucionais da República de Weimar, por ele identificados. Primeiro, mediante o “monopólio da pergunta” exercido pelo governo, Schmitt vai negar a utilização radical do princípio da identidade, o que levaria a uma democracia direta, e que em último caso acaba por destruir a unidade estatal – que é tudo que Schmitt quer evitar. Segundo, vai tornar possível a Schmitt

⁹⁷³ SCHMITT, Carl. “Referendum e proposta di legge d’iniziativa popolare: un contributo all’interpretazione della costituzione weimariana ed alla dottrina della democrazia diretta” (1927). In: *Democrazia e liberalismo*, p. 62. No mesmo sentido, diferenciando a vontade do povo, enquanto comunidade viva, da soma da vontade dos indivíduos atomizados: SMEND, Rudolf. “Criterios del derecho electoral en la teoría alemana del Estado del siglo XIX (1912)”. In: *Constitución y derecho constitucional*. Trad. Francisco Rubio Llorente. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 9. No entanto, Smend se mostra consciente da necessidade do voto secreto no sentido de propiciar ao eleitor liberdade de consciência (p. 20).

⁹⁷⁴ SCHMITT, Carl. “Referendum e proposta di legge d’iniziativa popolare: un contributo all’interpretazione della costituzione weimariana ed alla dottrina della democrazia diretta” (1927). In: *Democrazia e liberalismo*, p. 63.

⁹⁷⁵ SCHMITT, Carl. “Referendum e proposta di legge d’iniziativa popolare: un contributo all’interpretazione della costituzione weimariana ed alla dottrina della democrazia diretta” (1927). In: *Democrazia e liberalismo*, p. 62.

⁹⁷⁶ Art. 73 (2) WRV. A requisição de um terço do *Reichstag* uma lei poderia ser suspensa por até dois meses (Art. 72 WRV). Mediante este impasse, um vinte avos dos eleitores poderiam ingressar com o pedido de votação popular. A outra possibilidade estava contida no art. 73(3) WRV, em que um décimo dos eleitores apresentariam um projeto de lei concreto e detalhado a ser colocado à consulta popular.

⁹⁷⁷ Art. 73(1), 73(2), 73(3), 74(3), 76(2) WRV.

⁹⁷⁸ SCHMITT, Carl. *Legalidad y legitimidad* (1932), p. 147.

descrever a crise constitucional de Weimar não como uma crise democrática, mas como uma *crise na representação*⁹⁷⁹. Crise que, no juízo de Schmitt, era causada pelo fato de se confundir a representação, que deve ser personalística, com a impessoalidade do parlamentarismo.

Conceber que o povo é representado por parlamentares é, para Schmitt, um tanto impreciso, impróprio. Essa representação seria na verdade “uma designação de funcionários de partidos e de interesses”⁹⁸⁰, o que era sobretudo agravado com o sistema eleitoral proporcional de listas⁹⁸¹. A identidade entre governante e governado fica prejudicada com a representação parlamentar; a representação, como visto, envolve confiança, é um *ato de fé* naquele que vai governar, tem caráter personalístico. O Reichstag, por isso, consistiria, na verdade, em um entrave à utilização dos métodos plebiscitários, que seriam de fundamental valia para o fortalecimento do elemento democrático da Constituição de Weimar, frente ao elemento *rechtsstaatlich*.

É assim que Schmitt enuncia a sua difundida máxima de que o parlamentarismo e democracia seriam realidades inconciliáveis. De certa forma, essa diferença já foi indiretamente abordada *supra*, quando se falou sobre a crítica de Schmitt ao parlamentarismo. Não é o caso de repeti-la, mas é hora de unir alguns fios. Se a união for proveitosa, o resultado há de mostrar porque Schmitt nega veementemente ao Legislativo a possibilidade de ser guardião da Constituição, uma noção que era muito cara aos liberais do século XIX, consoante analisado *supra*⁹⁸².

Quando Schmitt publicou, em 1923, *A Crise da Democracia Parlamentar*, ele se limitou a afirmar que a metafísica que orientou o surgimento do parlamento houvera se esgotado, daí identificava a intransponível anacronicidade dessa instituição. Ou seja, Schmitt até então não precisou recorrer de forma enfática à contraposição entre

⁹⁷⁹ KERVÉGAN, Jean-François. “Carl Schmitt et la crise de la représentation”. In: KERVÉGAN, Jean-François (org.). *Crise et pensée de la crise en droit: Weimar, sa république et ses juristes*, p. 159.

⁹⁸⁰ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución* (1928), p. 235.

⁹⁸¹ Smend também era um ferrenho crítico do sistema proporcional. Cf. SMEND, Rudolf. “La transformación del orden constitucional liberal por el sistema proporcional” (1919). In: *Constitución y derecho constitucional*. Trad. José Pérez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985, pp. 27-36. O que mostra uma virada completa de sua opinião exposta pouco tempo antes, em que mostrava profunda fé no sistema proporcional: Cf. SMEND, Rudolf. “Criterios del derecho electoral em tal teoría alemana del siglo XIX” (1912). In: *Constitución y derecho constitucional*, pp. 1-26.

⁹⁸² Cf. *supra*, 1.5.2. Na análise de Schmitt, a estratégia da burguesia foi a de constituir uma ordem dualista entre representação parlamentar *versus* governo, uma variação da distinção povo *versus* príncipe, Cf. SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución* (1931), pp. 128-130.

democracia e parlamentarismo⁹⁸³. Isso parece mudar após Richard Thoma publicar, em 1925, uma resenha sobre a referida obra de Schmitt.

Thoma apontou a incompletude da exposição histórica de Schmitt acerca dos fundamentos histórico-intelectuais do parlamentarismo. Ele enxergou bem a seleção forçada operada por Schmitt, e afirmou que “caso se queira examinar as fundações de uma instituição na história intelectual, não se pode se auto-restringir ao estudo de uma só ideologia”, afinal existem outras razões para o funcionamento do parlamento além das “ilusões de Guizot”⁹⁸⁴. De modo que “a vitalidade de uma instituição política de nenhum modo depende da qualidade de poder de persuasão das ideologias postas para sua justificação”; é sempre possível que uma instituição passe por mudanças, adaptações em seu propósito e estrutura⁹⁸⁵. Ao negar valor à reconstrução histórica de Schmitt, Thoma fica em condições de rebater também a sua “prognose constitucional”. Para ele, não estaria de forma alguma comprovado que os problemas constitucionais da atualidade [1925] poderiam ser simplificados no dilema “parlamentarismo ou ditadura”, uma vez que “a democracia tem muitas outras possibilidades organizacionais além do parlamentarismo”⁹⁸⁶.

Schmitt parte dessa última constatação de Thoma, e concorda inteiramente com ela, em sua tréplica⁹⁸⁷: para Schmitt a democracia tem, de fato, outras possibilidades para além do parlamentarismo. Democracia e parlamentarismo não se confundem, e Schmitt a partir de então (1926) irá radicalizar esta diferença. A democracia, ao contrário do parlamentarismo, não possui nenhum parentesco com o sistema metafísico liberal. A democracia não implica em discussão. Sua principal preocupação, na verdade, é outra: “em primeiro lugar a democracia requer homogeneidade e, em segundo, a eliminação ou erradicação da heterogeneidade, caso necessário”⁹⁸⁸. Dessa forma, “uma democracia demonstra a sua força política quando se mantém distante ou afasta tudo

⁹⁸³ Cf. uma das poucas passagens que constituem exceção, ainda assim argumentando que liberalismo e democracia não são a mesma coisa, mas sem ainda dizer o porquê: SCHMITT, Carl. *The Crisis of Parliamentary Democracy* (1926), p. 36.

⁹⁸⁴ THOMA, Richard. “On the Ideology of Parliamentarism” (1925). In: SCHMITT, Carl. *The Crisis of Parliamentary Democracy*. Ed. Ellen Kenedy. Cambridge: MIT Press, 1994, p. 79.

⁹⁸⁵ THOMA, Richard. “On the Ideology of Parliamentarism” (1925). In: SCHMITT, Carl. *The Crisis of Parliamentary Democracy*, p. 80.

⁹⁸⁶ THOMA, Richard. “On the Ideology of Parliamentarism” (1925). In: SCHMITT, Carl. *The Crisis of Parliamentary Democracy*, p. 81.

⁹⁸⁷ SCHMITT, Carl. “Preface to the Second Edition (1926): On the contradiction between Parliamentarism and Democracy” In: SCHMITT, Carl. *The Crisis of Parliamentary Democracy*. Ed. Ellen Kenedy. Cambridge: MIT Press, 1994, pp. 1-17.

⁹⁸⁸ SCHMITT, Carl. “Preface to the Second Edition (1926): On the contradiction between Parliamentarism and Democracy” In: SCHMITT, Carl. *The Crisis of Parliamentary Democracy*, p. 9.

aquilo que lhe é estranho, diferente e que por isso ameaça a sua homogeneidade”⁹⁸⁹.

Schmitt sintetiza desta forma o caráter anti-democrático do parlamentarismo:

Enquanto democracia, a moderna democracia de massas intenta concretizar uma identidade entre governante e governado e por isso ela encara o Parlamento como uma inconcebível instituição obsoleta. Se a identidade democrática é levada a sério, em caso de emergência nenhuma outra instituição constitucional consegue se impor face ao exclusivo critério da vontade do povo, seja qual for a forma que ele venha expresso. Principalmente uma instituição baseada na discussão por representantes independentes não tem nenhuma justificação autônoma para a sua existência em face à vontade do povo, menos ainda porque a crença na discussão não é originariamente democrática, mas liberal⁹⁹⁰.

A contraposição polêmica oferecida por Schmitt coloca de um lado a democracia como unidade homogênea e de outro o parlamentarismo como um liberalismo heterogêneo. Já foi assentado que para Schmitt somente o elemento político da Constituição de Weimar merece ser preservado. A decisão política em favor da democracia (de preferência com a adoção do devido aperfeiçoamento plebiscitário) é o que Schmitt considera que merece ser protegido, e a decorrência disso é colocar o Parlamento como órgão desprovido de utilidade. O guardião da Constituição, dessa forma, não pode ser o *Reichstag*, porque ele seria na verdade a principal força a se colocar contra a democracia, contra o que ainda restava de político na Constituição de Weimar, contra o que ainda fazia frente ao elemento *rechtsstaatlich*. O parlamento, para Schmitt, somente dissolve a unidade política estatal. A proteção da Constituição, portanto, envolve a tomada de decisões. Um poder que somente discute não pode exercer propriamente esta função⁹⁹¹.

Mas Schmitt aponta um segundo motivo para negar ao *Reichstag* o papel de protetor da Constituição. Se o parlamentarismo já é inadequado por causa da suposta anacronicidade de seus fundamentos, a este problema soma-se um outro: a surgimento do Estado total, característico do século XX⁹⁹².

⁹⁸⁹ SCHMITT, Carl. “Preface to the Second Edition (1926): On the contradiction between Parliamentarism and Democracy” In: SCHMITT, Carl. *The Crisis of Parliamentary Democracy*, p. 9.

⁹⁹⁰ SCHMITT, Carl. “Preface to the Second Edition (1926): On the contradiction between Parliamentarism and Democracy” In: SCHMITT, Carl. *The Crisis of Parliamentary Democracy*, p. 15.

⁹⁹¹ CASERTA, Marco. *La forma e l'identità: democrazia e costituzione in Hans Kelsen e Carl Schmitt*, pp. 64-66.

⁹⁹² Schmitt descreve o Estado total como a politização de todas as esferas da vida, em notável consonância com o “*Frontsoldaten*” Ernst Jünger. Frente a isso, Schmitt não quer um Estado limitado, um Estado que se abstenha de intervir em algumas áreas. Com efeito, sua estratégia é de neutralizar esta

Para Schmitt, o período que assiste à aparição histórica do parlamentarismo, no século XIX, se caracterizava por uma forte separação entre Estado e sociedade, governo e representação popular⁹⁹³. Isso seria parte de uma (suposta) estratégia do liberalismo de querer reduzir o poder do Estado a um mínimo de tarefas. Principalmente no que diz respeito à economia, quanto menor o espectro de ação do Estado, mais assegurada estaria a liberdade, e assim sociedade⁹⁹⁴. Era essa a leitura de Schmitt do contexto histórico da monarquia constitucional, nomeadamente do período de Bismarck.

De toda sorte, no marco do pensamento de Schmitt, o século XX assiste ao surgimento das democracias de massa plebiscitariamente legitimadas, organizadas como “estados legislativos”⁹⁹⁵. A crescente demanda da população por prestações estatais e a correspondente dissolução do dualismo entre Estado e sociedade típico do século XIX permitem a Schmitt vislumbrar uma guinada rumo ao *Estado total*. O Estado se transforma em “auto-organização da sociedade”, quer englobar toda a sociedade. Não há mais qualquer domínio que seja vedado à interferência do Estado. Os dualismos política e religião, direito e política, Estado e religião, Estado e economia, se esgotam, segundo a análise de Schmitt⁹⁹⁶. No âmbito da sociedade, “não existe um único fator sequer frente ao qual o Estado possa observar uma neutralidade incondicional no sentido de não-intervenção”⁹⁹⁷. Mas se o Estado passa a englobar a sociedade foi por porque ela mesma assim o quis; isso teve um preço: para que possa cumprir as variadas prestações que a ele se dirigem, o Estado não pode permanecer neutro frente à economia, terreno antes considerado como da “sociedade” por excelência⁹⁹⁸.

Este estado de coisas (que *a priori* Schmitt não restringe ao solo alemão) é agravado pela Constituição de Weimar, acredita Schmitt; ele seria uma perfeita expressão do “Estado legislativo”, ou seja um Estado que coloca a lei geral e abstrata

“evolução” e tentar lidar com ela, já que é um fato consumado. Para tratar a extrema politização, só um Estado forte, e não um estado pluralista de partidos. Isso será desenvolvido no corpo do texto. Por ora, Cf. WOLIN, Richard. “Carl Schmitt, Political Existencialism, and the Total State”. In: *Theory and Society*, p. 408. Apontando os paralelos entre a noção de Estado total de Schmitt e a de Heinz Ziegler, e fornecendo preciosas informações históricas acerca da crise institucional de 1932, quando os gabinetes foram designados por von Hindenburg sem observar à maioria do Parlamento, Cf. BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e Estado de Exceção Permanente: atualidade de Weimar*, pp. 89-93.

⁹⁹³ SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución* (1931), pp. 128-130.

⁹⁹⁴ SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución* (1931), pp. 134-135.

⁹⁹⁵ Para maiores desenvolvimentos do tipo “Estado legislativo” (que Schmitt concebe ao lado do Estado judicial e Estado administrativo), Cf. o primeiro capítulo de: SCHMITT, Carl. *Legalidad y legitimidad* (1932). Trad. José Díaz Gracia. Madrid: Aguilar, 1971.

⁹⁹⁶ BISOGNI, Giovanni. *Weimar e l'unità politica e giuridica dello Stato: saggio su Rudolf Smend, Hermann Heller, Carl Schmitt*, pp. 184-185.

⁹⁹⁷ SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución* (1931), p. 136.

⁹⁹⁸ SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución* (1931), p. 137.

como sua manifestação política por excelência⁹⁹⁹. Um Estado que se organiza com base naquilo que Schmitt designa por “identidades simples”: o direito é reduzido à lei, que por sua vez é identificada ao Estado. A pedra de toque de um sistema como esse, pautado no monopólio da produção normativa, é obviamente o parlamento. Dada a congruência entre direito e lei, a produção legislativa pelo parlamento é concebida como sinônimo de justiça¹⁰⁰⁰. Por causa desse pensamento baseado em “identidades simples”, a Constituição de Weimar não é compreendida pelos partidos políticos como uma decisão política fundamental. Instaura-se uma pluralidade de conceitos de legalidade, meramente instrumentais. E, assim, quando partidos ocupam o poder eles “consideram sinceramente como legalidade a utilização exaustiva de todas as possibilidades legais”¹⁰⁰¹.

No diagnóstico de Schmitt, a fraqueza da República de Weimar se deve ao domínio exercido pelo elemento *Rechtsstaat* no âmbito da Constituição de Weimar, cujo caráter de “fórmula de compromisso”, de meio termo entre o Ocidente e a Rússia, serviu de solo fértil para o despedaçamento da unidade estatal¹⁰⁰². Se o elemento político de Weimar não predominava era porque faltou mais *decisão*, inclusive no que toca ao papel dos partidos, os quais não são tematizados pela Constituição de Weimar, à exceção do art. 130 WRV, que se refere aos partidos políticos, mas apenas “de um modo negativo e denegatório”¹⁰⁰³. A Constituição de Weimar, assim, seria um mero compromisso dilatatório político-partidário¹⁰⁰⁴.

Nesse contexto, o eterno diálogo do sistema metafísico do liberalismo, expresso na lógica do *government by discussion* do parlamentarismo, se associa à lógica partidária: o resultado é o *pluralismo* que assola a República de Weimar¹⁰⁰⁵. O pluralismo, segundo Schmitt, coloca o Estado em dependência de outros agrupamentos sociais¹⁰⁰⁶. E dessa forma, a decisão estatal acerca de quem é amigo e quem é inimigo

⁹⁹⁹ Para uma análise do “conceito de lei” de Schmitt, que envolve uma superação do conceito de lei da monarquia consitucional por um conceito “político” de lei, que permite a reunião de poderes na pessoa do ditador, Cf. STARCK, Christian. *El concepto de ley en la Constitución alemana*. Trad. Luis Legaz y Lacambra. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1979, pp. 194-203.

¹⁰⁰⁰ SCHMITT, Carl. *Legalidad y legitimidad* (1932), pp. 27-29.

¹⁰⁰¹ SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución* (1931), p. 153.

¹⁰⁰² SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución* (1928), pp. 52-57.

¹⁰⁰³ SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución* (1931), p. 142.

¹⁰⁰⁴ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución* (1928), p. 54.

¹⁰⁰⁵ Para a noção de pluralismo em Schmitt, Cf. MOUFFE, Chantal. “Pensando a democracia moderna com, e contra, Carl Schmitt”. In: *Cadernos da Escola do Legislativo*, pp. 104-106.

¹⁰⁰⁶ SCHMITT, Carl. “State etics and pluralist State (1930)”. In: JACOBSON, Arthur. SCHLINK, Bernhard (orgs.). *Weimar: a jurisprudence of crisis*. Berkeley: University of California Press, 2002, p. 307.

não mais pode levar em consideração a manutenção da unidade política, porquanto depende, inteiramente, do capricho de maiorias parlamentares móveis¹⁰⁰⁷.

Schmitt acredita que os partidos tinham todo esse poder porque eram instituições mais organizadas do que o próprio Estado. Sempre há uma decisão acerca do agrupamento político último, a distinção entre amigo e inimigo; se o Estado não consegue fazê-lo, por estar paralisado pelos limites impostos pelo elemento *rechtsstaatlich*, os partidos o farão: à exata medida em que se transformam em pequenas totalidades (por realizarem para si a totalidade da vida estatal). Schmitt assim define o imenso poder dos partidos:

(...) em sua maioria, são atualmente estruturas em parte dotadas de uma firme organização e em parte plasmadas em um complexo social minuciosamente organizado, com burocracias influentes, com um exército permanente de funcionários remunerados, com todo um sistema de organizações auxiliares e de socorro, as quais está ligada uma clientela, espiritual, social e economicamente coerente.¹⁰⁰⁸

Com sua abordagem do pluralismo político partidário Schmitt afirma com outras palavras que, ao contrário da República de Weimar, os partidos – com sua rigidez institucional e com seu uso oportunista da legalidade – sabem onde querem chegar. Os partidos concorrem com o Estado na proteção do cidadão, no oferecimento de prestações sociais. Dessa forma os entes pluralistas fazem com que o cidadão não seja leal ao Estado, mas à organização social a qual ele faz parte, e que media a relação Estado-cidadão. Para Schmitt, mediar significa nada mais que enfraquecer, diluir a substância política do Estado, que fica impossibilitado de afirmar aquela máxima que corresponde ao seu *cogito ergo sum: protego ergo oblige*¹⁰⁰⁹. Acontece que a mencionada soberania dos grupos sociais não significa “liberdade e autonomia a cada indivíduo”, mas sim o contrário, pois “a experiência mostra que não há outro espaço, além daquele garantido por um Estado forte, para o indivíduo desfrutar sua liberdade”¹⁰¹⁰.

O resultado é que o pluralismo acaba por se revelar – sempre segundo Schmitt – como totalitário: “primeiro porque anula todas as delimitações do político, depois

¹⁰⁰⁷ SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución* (1931), p. 150.

¹⁰⁰⁸ SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución* (1931), p. 142.

¹⁰⁰⁹ SCHMITT, Carl. *O conceito do político* (1932), p. 78.

¹⁰¹⁰ SCHMITT, Carl. “State etics and pluralist State (1930)”. In: JACOBSON, Arthur. SCHLINK, Bernhard (orgs.). *Weimar: a jurisprudence of crisis*, p. 305.

porque transfere o monopólio da política do Estado aos partidos”¹⁰¹¹. Mas essa passagem ao *total* é efetuada de modo seletivo, somente para alguns cidadãos que conseguem se inserir nessas complexas organizações sociais que eram os partidos¹⁰¹². A isso Schmitt conceitua *Estado total quantitativo*, ou seja, um Estado que é total, mas por debilidade¹⁰¹³. Assim, pluralismo para Schmitt é anti-democrático, pois impede a identificação entre governante e governado, uma vez que se coloca como um obstáculo, um *intermezzo* entre os dois pólos de uma forma democrática, o Estado e o povo.

Por tudo isso o Poder Legislativo não pode proteger a Constituição. Ele se transformou no “teatro do pluralismo”. Ao mesmo tempo, essa análise mostrou aquilo que para Schmitt seria o *problema* a ser enfrentado pelo guardião da Constituição. Poderia o Poder Judiciário fazer frente a ele? Era possível ao Judiciário prover alguma solução para o esfacelamento pluralista, que levava a um indesejado Estado total “quantitativo”?

No raciocínio de Schmitt, a resposta é negativa. Para impedir que o Poder Judiciário exerça o papel de guardião da Constituição, Schmitt teve que se posicionar frente a três inimigos concretos: (i) a práxis jurisprudencial do *Reichsgericht* iniciada com a sentença de 4 de novembro de 1925, que permitia ao Judiciário não aplicar uma lei que confrontasse a Constituição; (ii) a simpatia de alguns juristas alemães em relação à “solução austríaca”¹⁰¹⁴ de autoria de Hans Kelsen, que preconizara um monopólio do exame da constitucionalidade em um órgão especialmente competente para tanto; (iii) o afloramento de propostas que objetivavam a ampliação da competência do *Staatsgerichtshof*, para que este tribunal pudesse se pronunciar acerca da constitucionalidade das normas jurídicas.

Ad (i)

Para Schmitt, a orientação jurisprudencial do *Reichsgericht* inaugurada pela sentença de 4 de novembro de 1925 não seria suficiente para credenciar o Judiciário ao posto de guardião da Constituição. Para tanto, Schmitt trata de desqualificar a comparação entre o *Reichsgericht* e a Suprema Corte dos Estados Unidos da América (um sentido bem reativado entre 1925 e 1928, conforme já foi visto¹⁰¹⁵). Afinal, “o direito de controle judicial exercitado pelo *Reichsgericht* (...) tem uma importância

¹⁰¹¹ KERVÉGAN, Jean-François. *Hegel, Carl Schmitt: o político entre a especulação e a positividade*, p. 71.

¹⁰¹² SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución* (1931), p. 143.

¹⁰¹³ SCHMITT, Carl. *Legalidad y legitimidad* (1932), p. 150.

¹⁰¹⁴ SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución* (1931), p. 33.

¹⁰¹⁵ Cf., *supra*, 1.5.3.

muito moderada caso ele seja comparado com o direito de controle do tribunal americano e (...) se move em um âmbito mais reduzido”¹⁰¹⁶. O principal motivo é que, para Schmitt, a prática alemã de controle difuso se fundamenta na figura lógica da subsunção¹⁰¹⁷.

Schmitt aponta que, por ocasião do acórdão de 4 de novembro de 1925, em nenhum momento foi afirmado que um juiz alemão pode declarar uma lei como nula, consoante é feito na *judicial review*: o juiz apenas não a aplica ao caso concreto, o que é uma coisa totalmente diferente¹⁰¹⁸. A orientação jurisprudencial inaugurada em 1925 seria na verdade uma forma de tratar uma “colisão de subsunções de fatos”¹⁰¹⁹. O acórdão de 1925 tentaria disciplinar, segundo Schmitt, as hipóteses em que duas normas se apresentam como aptas a incidirem no caso concreto, ou seja, duas normas “cujo conteúdo permite uma subsunção precisa e concreta”, sendo que, em tal hipótese, uma norma é superior a outra, pois uma é preceito constitucional enquanto a outra é lei ordinária. Em tais casos, o referido acórdão do *Reichsgericht* apenas apontaria que o juiz deve “deixar de aplicar a lei”¹⁰²⁰, indica Schmitt. Portanto: “isso não é uma adjudicação da validade, mas uma não aplicação da lei ordinária ao caso concreto ocorrida devido à aplicação da norma constitucional”¹⁰²¹.

Mas é preciso que se note o pré-requisito: o caso concreto tem que ser subsumido no preceito constitucional. É uma interpretação legalista, estrita. Com isso Schmitt demarca mais uma dessemelhança entre o controle incidental alemão e a *judicial review* norte-americana, afinal, em nenhum momento o *Reichsgericht* sustentou, em sua decisão, que seria possível ao judiciário realizar um exame de concordância entre as leis de Weimar e os *princípios* da Constituição¹⁰²². O parâmetro é a letra da lei, e não “princípios gerais abusivamente designados como ‘normas’”¹⁰²³

Assim, por dois motivos o Poder Judiciário (inclua-se os juízes singulares) não poderia ser o guardião da Constituição. Primeiro, de forma expressa, Schmitt acredita

¹⁰¹⁶ SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución* (1931), p. 89.

¹⁰¹⁷ Caso se deseje uma análise mais detalhada do papel do conceito de subsunção na polêmica travada entre Kelsen e Schmitt, Cf. PAULSON, Stanley L. “Arguments ‘conceptuels’ de Schmitt à l’encontre du contrôle de constitutionnalité et réponses de Kelsen”. In: HERRERA, Carlos Miguel (org.). *Le droit, le politique: autour de Max Weber, Hans Kelsen, Carl Schmitt*. Paris: L’Harmattan, 1995, pp. 243-259.

¹⁰¹⁸ SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución* (1931), p. 55.

¹⁰¹⁹ SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución* (1931), p. 51.

¹⁰²⁰ SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución* (1931), p. 48.

¹⁰²¹ SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución* (1931), p. 48. Vali-me, para esta transcrição, da tradução brasileira, que nesta passagem é superior à espanhola: SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Trad. Geraldo de Carvalho: Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 24.

¹⁰²² SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución* (1931), p. 51.

¹⁰²³ SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución* (1931), p. 45.

que o Judiciário não tinha o poder de declarar uma norma jurídica nula, tal como o faz sua contraparte norte-americana. Logo, não *existe* uma proteção judiciária da Constituição na Alemanha, pois não foi isso que a decisão de 4 de novembro de 1925 confeccionou (e a prática judicial alemã entre 1925-1928 parece confirmar isso). Em segundo lugar, um procedimento de averiguação de constitucionalidade aos moldes da *judicial review* norte-americana jamais seria considerado por Schmitt como um meio apto a enfrentar o esfacelamento pluralista embasado em um conceito ideal de Constituição que pretende submeter a decisão amigo/inimigo às amarras de um *Rechtsstaat*. Isso não gera identidade entre governante e governado¹⁰²⁴. Não decide.

Ad (ii)

Que Schmitt é um destacado e intenso crítico da separação de poderes, isso já foi abordado na exposição de sua crítica ao *Rechtsstaat* liberal. Mas o que é curioso é observar Schmitt se valer da diferença entre jurisdição e legislação – uma decorrência do princípio da separação de poderes – para criticar uma “tradução institucional” da teoria da construção gradativa do ordenamento jurídico (*Stufenbaulehre*) da Escola de Viena: a jurisdição constitucional concentrada¹⁰²⁵.

Devido à sua postura característica de não aceitar personificações, o normativismo, para ser coerente consigo mesmo, precisa acreditar que uma lei pode ser protegida por outra lei, o que seria institucionalmente expresso em uma jurisdição constitucional concebida como “uma justiça de normas sobre normas”¹⁰²⁶. Schmitt acredita que esse início metodológico é fatal para a equivocidade dos resultados aos quais a jurisdição kelseniana chega. Sim, pois a “solução austríaca” seria equivocada no exato instante em que coloca uma norma como objeto do processo, e não como fundamento da decisão judicial. Postura que denota o desconhecimento da separação entre legislação e jurisdição, ou seja, de que “a aplicação de uma norma a outra norma é algo qualitativamente diverso da aplicação de uma norma a um conteúdo real, e a subsunção de uma lei a uma outra lei (se é que isso é imaginável) é algo essencialmente distinto da subsunção do conteúdo concreto regulado à sua regulamentação”¹⁰²⁷.

¹⁰²⁴ Na esteira do belo *insight* de Chantal Mouffe, de pensar os conceitos centrais da democracia moderna com, e contra, Carl Schmitt, este seria um bom início (*a contrario sensu*, repita-se) para uma observação da posição dos tribunais constitucionais no sistema do direito.

¹⁰²⁵ HERRERA, Carlos Miguel. “La polemica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución”. In: *Revista de Estudios Políticos*. Nº 86 – nueva epoca. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, outubro-dezembro de 1994, p. 209.

¹⁰²⁶ SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución* (1931), p. 84.

¹⁰²⁷ SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución* (1931), p. 84.

Nesse passo, Schmitt acredita que quando a “solução austríaca” – essa “rara mescla de abstrações sem fundo e metáforas cheias de fantasia”¹⁰²⁸ – se depara com um litígio, ela não consegue verificar com precisão se a decisão tomada em sede judicial inferior atendeu às disposições constitucionais: o conteúdo da norma constitucional é tão impreciso, que a questão não é normalmente de violação da Constituição, mas de qual é a leitura adequada. Se assim o faz, a decisão do tribunal constitucional nada mais é que uma interpretação autêntica¹⁰²⁹. Para Schmitt, o tribunal em tais casos não chega à sua sentença mediante uma subsunção, mas sim por meio de uma escolha, de uma *decisão*. O que para Schmitt não é nada de mais, afinal, “em toda decisão, inclusive a de um tribunal que de forma processual realiza subsunções de tipo concreto, existe um elemento de pura decisão que não pode ser derivado do conteúdo da norma”¹⁰³⁰. Mas seria precisamente por isso que quando a “solução austríaca” se pronuncia sobre uma lei, ela não se porta como um tribunal, mas sim como um legislador concorrente, não obstante o lacre externo querer insinuar o contrário¹⁰³¹.

Dessa forma, mediante uma ontologização da diferença entre jurisdição e legislação, Schmitt fica em condições de combater o que ele qualifica como “as aberrações de um formalismo abstrato”¹⁰³². Schmitt assim conclui que a importação da “solução austríaca” para a República de Weimar, traria como consequência a de estabelecer uma instância que realizaria a interpretação autêntica da lei. O perigo seria enorme, qual seja o de que “o protetor se converta em dominador da Constituição”¹⁰³³. Mas o que é certo é que o resultado final “não seria um judicialização da política, mas sim uma politização da justiça”¹⁰³⁴.

Ad (iii)

Consoante abordado em 1.5.3, *supra*, a Presidência do *Reich* reagiu aos novos entendimentos jurisprudenciais do *Reichsgericht* e do *Staatsgerichtshof* – a respeito da possibilidade de se controlar judicialmente a constitucionalidade das leis – mediante o envio de projeto de lei em 16 de dezembro de 1926, que buscava centralizar os litígios

¹⁰²⁸ SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución* (1931), p. 81.

¹⁰²⁹ SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución* (1931), p. 89.

¹⁰³⁰ SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución* (1931), p. 90.

¹⁰³¹ Cf. BERCOVICI, Gilberto. “Carl Schmitt, o Estado total e o guardião da Constituição”. In: *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. Nº 1. São Paulo: Editora Método; Escola Superior de Direito Constitucional, janeiro-junho de 2003, pp. 195-196. SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución* (1931), p. 89.

¹⁰³² SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución* (1931), p. 79.

¹⁰³³ SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución* (1931), p. 101.

¹⁰³⁴ SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución* (1931), p. 57.

constitucionais, pronunciadamente federalistas, no *Staatsgerichtshof*. Apontou-se também que o tema foi debatido pelos juristas alemães e que, em geral, eles eram da opinião de que o projeto deveria ser aprovado.

Obviamente, Schmitt não concordava com nada disso: nem com a jurisprudência do *Staatsgerichtshof*, que conhecia dos recursos de partidos políticos a respeito de questões político-federativas e nem com as propostas de ampliação da competência do *Staatsgerichtshof*, no sentido de efetuar controle de constitucionalidade. Na óptica do jurista alemão, isso apenas seria o último passo a ser dado no sentido de transformar a Constituição, posta por um ato unilateral do poder constituinte do povo, em um *contrato*¹⁰³⁵. Até porque, acredita Schmitt, não estava disponível um conceito preciso de “litígio constitucional”, e muito menos de quem poderia ser parte do litígio ou o que nele seria questionado¹⁰³⁶. De sorte que o estabelecimento de um meio jurisdicional para uso dos entes do pluralismo que esfacelava a República de Weimar somente poderia aprofundar o Estado total quantitativo, pois:

Em todos os casos de organização pluralista da unidade política e constitucional, as partes mantenedoras do pluralismo reclamam seu direito à própria Constituição, quer dizer, ao poder estatal e ao seu exercício. A Constituição há de ser a sua Constituição, porque foram eles que a contraíram. Fazem valer seus direitos frente ao poder público porque podem intitular-se como fatores do compromisso, quer dizer, sujeitos do contrato, pois graças a eles se efetiva tanto a Constituição como todas as demais criações da vontade política¹⁰³⁷.

Estender a competência do Judiciário para questões políticas (que para Schmitt significa a decisão de caso concreto para além da subsunção) “permitiria que partidos individuais agissem de acordo com seus próprios direitos subjetivos postos acima do ‘real’ interesse do Estado”¹⁰³⁸. Para o jurista alemão, nas questões federativas isso fica particularmente claro, pois nos litígios judiciais entre o *Reich* e um *Land* “é uma coalizão política partidária que promove, na realidade, um litígio contra um outro partido que lhe é rival”¹⁰³⁹. Assim, incumbir o *Reichsgericht* de ser o guardião da Constituição é inócuo, pois um órgão do Judiciário não tem como barrar a dominação

¹⁰³⁵ SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución* (1931), p. 113.

¹⁰³⁶ SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución* (1931), pp. 100-101.

¹⁰³⁷ SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución* (1931), pp. 115-116 (cotejou-se com edição brasileira: SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*, p. 93).

¹⁰³⁸ CALDWELL, Peter C. *Popular sovereignty and the crisis of the German constitutional law: the theory and practice of Weimar constitutionalism*, p. 112.

¹⁰³⁹ SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución* (1931), p. 116.

pluralista do Estado, ao contrário: fundamenta-a, fortalece-a. Com uma jurisdição constitucional o mais longe que se poderia chegar seria a uma “aristocracia da toga”:

Mediante a concentração de todos os litígios constitucionais em um só tribunal constituído por funcionários de carreira inamovíveis e independentes para tal causa, se criaria uma segunda Câmara cujos membros seriam funcionários de carreira. Nenhum formalismo judicial poderia encobrir o fato de que semelhante tribunal de justiça política ou constitucional viria a ser uma instância política suprema com atribuições para formular preceitos constitucionais. Isso significaria algo apenas inimaginável a partir do ponto de vista democrático: transferir tais funções a uma aristocracia da toga.¹⁰⁴⁰

Se o problema da República de Weimar seria a ação parasitária de uma lógica partidária ferrenha, totalizante, que despedaçava a soberania da unidade política em fragmentos apoderados por entes pluralistas, então o Judiciário não poderia, de forma alguma, combater esse Estado total quantitativo. Mas é de se notar que “muito da resistência de Carl Schmitt ao controle judicial de constitucionalidade está ligado à sua concepção de Constituição”¹⁰⁴¹, de modo que a questão não pode ser reduzida às atividades políticas de Schmitt. Deve-se recordar que, para Schmitt, a Constituição como decisão política é diferente de lei constitucional. A Constituição dá forma à unidade política do Estado, a lei constitucional, por seu turno, deve a sua existência à Constituição. É a diferença entre os conceitos positivo e relativo de Constituição. Quando se leva essa diferença na devida conta, vê-se que “a essência da Constituição não está contida em uma norma jurídica: fundamentando toda normatização existe uma decisão política do poder constituinte”¹⁰⁴².

Também foi visto *supra* que o Judiciário somente se ocupa de subsunções de fatos às normas, modo contrário não julga, mas sim realiza uma interpretação autêntica como se legislador fosse. Logo, o Judiciário somente pode se ocupar da aplicação de leis constitucionais a casos concretos, se for o caso negando aplicação (mas não vigência ou validade) à lei ordinária que se posicione contra à lei constitucional. Mas isso é diferente de proteger a Constituição¹⁰⁴³. Na lição de Carlos Miguel Herrera:

¹⁰⁴⁰ SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución* (1931), p. 245 (com modificações a partir do cotejamento com a tradução brasileira: SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*, p. 228).

¹⁰⁴¹ BERCOVICI, Gilberto. “Carl Schmitt, o Estado total e o guardião da Constituição”. In: *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, p. 196.

¹⁰⁴² BERCOVICI, Gilberto. “Carl Schmitt, o Estado total e o guardião da Constituição”. In: *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, p. 196.

¹⁰⁴³ Cf. SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución* (1931), p. 221, onde o autor faz referência expressa a essa diferença.

Para Schmitt, os tribunais de justiça podem controlar as leis ordinárias em relação à lei constitucional, mas não podem defender nem proteger a Constituição. Desse modo, Schmitt distingue entre *controle judicial* e *proteção política*, distinção esta que se deriva diretamente da separação schmittiana fundamental, já expressa na Teoria da Constituição: entre *Constituição*, entendida como a unidade política, e *lei constitucional*, como a realização normativa, que pressupõe aquela como seu fundamento¹⁰⁴⁴.

Por tudo isso o Judiciário não pode ser o guardião da Constituição¹⁰⁴⁵. Para Schmitt, somente poderia ascender a tal posto quem estiver em condições de fortalecer o *elemento político* da Constituição de Weimar, o que significa, para Schmitt, garantir que a formação da vontade política do Estado não seja dependente de um tecido amorfo, plural e fragmentado¹⁰⁴⁶. Schmitt quer uma solução, portanto, que leve em consideração que a Constituição de Weimar decidiu por uma forma política assentada na democracia identitária¹⁰⁴⁷.

Nesse sentido, o fortalecimento da homogeneidade democrática implica potencializar os meios do Estado chegar à decisão existencial acerca de quem é amigo e quem é inimigo. A inoperância do Judiciário para cumprir tal tarefa seria, então, patente: em um cenário em que o liberalismo impera a única coisa que uma fiscalização de constitucionalidade levada a efeito pelo Judiciário consegue fazer é reforçar o elemento heterogêneo, o inimigo, o pluralismo, aquilo que dissolve a unidade política da República de Weimar. O Judiciário, assim, não consegue ser uma saída para aquilo que Schmitt acreditava ser o problema fundamental de seu tempo: o enfraquecimento que o *Rechtsstaat* provocava no elemento político da Constituição de Weimar, a democracia.

A salvação da República de Weimar, acredita Schmitt, dependeria do fortalecimento do pouco de democracia que o liberalismo *rechtsstaatlich* ainda não lhe roubara¹⁰⁴⁸. E para isso Schmitt julga ser desnecessário procurar por saídas

¹⁰⁴⁴ HERRERA, Carlos Miguel. “La polemica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución”. In: *Revista de Estudios Políticos*, p. 208.

¹⁰⁴⁵ Cf. SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución* (1931), p. 244, argumentando, em relação à possível instauração de uma jurisdição constitucional na Alemanha: “a institucionalização de semelhante protetor da Constituição seria diametralmente oposta à consequência política do princípio da democracia”.

¹⁰⁴⁶ Compare: SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución* (1931), p. 124.

¹⁰⁴⁷ CASERTA, Marco. *La forma e l'identità: democrazia e costituzione in Hans Kelsen e Carl Schmitt*, pp. 49-50, 85-89.

¹⁰⁴⁸ BISOGNI, Giovanni. *Weimar e l'unità politica e giuridica dello Stato: saggio su Rudolf Smend, Hermann Heller, Carl Schmitt*, p. 210.

mirabolantes, como importar a “solução austríaca”, afinal a Constituição de Weimar, apesar de tudo, possui um elemento político, um *conteúdo positivo*, decisório:

Antes que se institua um tribunal para questões e conflitos de alta política como protetor da Constituição, antes de agravar e pôr em perigo o Judiciário com essas contaminações políticas, melhor seria recordar, em primeiro lugar, o conteúdo positivo da Constituição de Weimar e de seu sistema de preceitos constitucionais. Segundo o conteúdo presente da Constituição de Weimar, já existe um protetor da Constituição, a saber: o Presidente do *Reich*.¹⁰⁴⁹

É no Presidente do *Reich* que Schmitt vai enxergar o defensor da Constituição de Weimar, mas nisso não se tem uma mera opção positivista-legalista; Schmitt não escolhe o Presidente como guardião da Constituição pelo simples fato de já existir o art. 42 WRV, que dispõe que na sua cerimônia de posse diante do *Reichstag* o Presidente deve jurar observar a Constituição¹⁰⁵⁰. Também não é uma mera questão de contraposição entre técnicas de governo, entre presidencialismo e parlamentarismo.

Com efeito, Schmitt aqui é perfeitamente coerente com a sua luta anti-liberalismo, com seu decisionismo que repugna qualquer normativismo, com seu conceito autoritário de Constituição, com sua noção personalista de representação e, não por último, com sua busca por uma democracia identitária e plebiscitária como alternativa aos impasses constitucionais do tempo Weimar. Ao escolher o Presidente, Schmitt acredita que dessa forma pode-se ter, finalmente, em Weimar, um Estado efetivamente autoritário. Uma autoridade cuja força não é derivada da debilidade causada pela fragmentação pluralista, mas que é possibilitada pela homogeneidade da unidade política estatal¹⁰⁵¹. A alocação do Presidente do *Reich* como guardião da Constituição nada mais é que o coroamento de um autoritarismo constitucional fortemente coerente, então. Só que isso não é visto de modo tão nítido quando da leitura de *O guardião da Constituição* (1931). Ao contrário, é bem implícito.

Em tal escrito, surgido na fase final e agonizante da República de Weimar, a justificativa do Presidente como defensor da Constituição se dá mediante três

¹⁰⁴⁹ SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución* (1931), p. 249, (com adaptações mediante cotejamento com a tradução brasileira, p. 233).

¹⁰⁵⁰ O art. 42 WRV fala o seguinte: “O Presidente presta diante do *Reichstag*, no ato de posse de suas funções, o seguinte juramento: ‘juro que dedicarei as minhas forças ao bem do povo alemão, aumentar a sua prosperidade e preservá-lo de danos, que observarei a Constituição e as leis do *Reich*, e que cumprirei o meu dever com consciência e justiça frente a todos’”.

¹⁰⁵¹ AZZARITI, Gaetano. *Critica della democrazia identitaria: lo Stato costituzionale schmittiano e la crisi del parlamentarismo*, pp. 90-91.

“argumentos explícitos”: (i) a Constituição de Weimar o colocava como um *pouvoir neutre*, no sentido da doutrina da monarquia constitucional elaborada por Benjamin Constant; (ii) seu cargo era revestido de algumas características que lhe garantiam *independência*; (iii) o cargo de Presidente era assentado em um fundamento democrático (plebiscitário). Quando se observa essas três justificativas à luz do que já foi desenvolvido ao longo deste capítulo, algumas implicações contidas na escolha de Schmitt em favor do *Reichspräsident* se tornam manifestas.

Aceitando o fato de que a Constituição de Weimar é uma forma política norteada pela separação de poderes, Schmitt advoga que justamente por causa disso a proteção da Constituição não pode ser colocada na esfera de competência de nenhum dos três poderes. Modo contrário constituir-se-ia não um defensor da Constituição, mas sim um soberano do Estado, que poderia subordinar todos os outros poderes às suas decisões, que seriam sempre a última palavra em assuntos políticos¹⁰⁵². A tarefa de proteção da Constituição envolve coordenar os poderes, e não gerar uma subordinação entre eles. É precisamente por isso que Schmitt acredita que a teoria do monarca como *pouvoir neutre et intermédiaire*, de Benjamin Constant, seria de grande utilidade para uma compreensão adequada do papel do Presidente do *Reich*¹⁰⁵³.

Na visão de Schmitt, Constant, em sua teoria do poder neutro, moderador, conseguiu realizar uma das melhores aplicações da diferença entre *auctoritas* e *potestas*. Que se manifesta na diferença entre *régner* e *gouverner*, já que monarca, enquanto poder intermediário, reina mas não governa, *régne et ne gouverne pas*¹⁰⁵⁴. Ora, para Schmitt tal é o caso do Presidente do *Reich*. Ele representa a continuidade do Estado, a permanência de uma ordem política homogênea. Não por outro motivo, insinua Schmitt, o direito positivo da Constituição de Weimar dota o Presidente com atribuições que lhe permitem uma *independência* em relação ao pluralismo partidário e liberal. Tal seria o exemplo, aponta Schmitt, da prerrogativa presidencial de exercitar o direito de graça e de anistiar (art. 49), de nomear funcionários do corpo burocrático (art. 46), de sancionar as leis oriundas do *Reichstag* (art. 70), de submeter a *referendum* uma lei votada pelo

¹⁰⁵² SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución* (1931), pp. 213-214.

¹⁰⁵³ Curioso notar que, em um escrito publicado um ano antes de *O Guardião da Constituição*, Schmitt apontou que o surgimento do Estado como “auto-organização da sociedade” tornava anacrônica a pretensão liberal das “*classes moyennes*” de se constituir um *pouvoir neutre*, uma vez que toda a sociedade estava, naquele momento, integrada ao Estado por meio de mecanismos intermediários. Cf. SCHMITT, Carl. “Hugo Preuß. Il suo concetto di Stato e la sua posizione nella dottrina tedesca dello Stato” (1930). In: *Democrazia e liberalismo*. Ed. Manuela Alessio. Milano: Giuffrè, 2001, pp. 117-122.

¹⁰⁵⁴ SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución* (1931), p. 217.

Reichstag (art. 73), de provocar uma decisão popular acerca do orçamento do *Reich* (art. 73)¹⁰⁵⁵. A partir disso Schmitt enxerga a posição do Presidente como um poder neutro.

Por causa de tais disposições que se encontram positivadas na Constituição de Weimar, o Presidente usufrui de um sistema de garantias que lhe propiciam *independência* em relação ao Parlamento. Precisamente por isso o Presidente pode ser um contrapeso ao Parlamento, e, mais que isso: “ao hamletismo político” instaurado pelo parlamentarismo e sua metafísica liberal¹⁰⁵⁶, que produz como mais grave resultado um pluralismo político que privatiza o Estado. Schmitt ressalva, por oportuno, que se o Presidente tem independência em relação à política partidária, essa independência não seria de modo algum “apolítica”. O que lhe confere substância política, então?

“O Presidente do *Reich* é eleito por todo o povo alemão”, diz o art. 41 WRV. Schmitt verifica nesse dispositivo mais que uma regra de direito: *há uma manifestação do político*. Não é uma mera lei constitucional; é uma decisão, pois *constitui* algo em senso *positivo*, com o perdão da tautologia. *Uma decisão política fundamental*. Eis o ponto central para a noção schmittiana de independência, que é indissolúvel dos artigos de Weimar que fundamentam o Presidente como um poder neutro. Esses dispositivos legais são decisões políticas (e não compromissos dilatatórios), que constituem uma especial disposição da forma estatal. Graças a tais decisões “o Presidente do *Reich* encontra-se no centro de todo um sistema – construído sobre fundamentos plebiscitários – de neutralidade e independência em relação aos partidos políticos”¹⁰⁵⁷.

Schmitt fica em condições de sustentar que a independência do Presidente seria totalmente alheia à lógica *rechtsstaatlich*. A independência do Presidente é algo de *positivo*, é *decisão*, e não um limite, que por definição é algo negativo¹⁰⁵⁸. O Presidente do *Reich* adquire independência e neutralidade (que são indiscerníveis no argumento schmittiano) pelo fundamento *democrático* de seu cargo. Primeiro porque ele é eleito por todo o povo alemão. Assim, representa a identidade entre governante e governado. Segundo porque dispõe de mecanismos plebiscitários para fazer valer a *aclamatio* do povo, e dessa maneira fortalecer uma identificação entre quem governa e quem é governado: construir a homogeneidade mediante o estabelecimento da “pergunta correta”.

¹⁰⁵⁵ SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución* (1931), p. 221.

¹⁰⁵⁶ DYMETMAN, Annie. “Benjamin & Schmitt: uma arqueologia da exceção”. In: *Lua Nova: revista de cultura e política*, p. 119.

¹⁰⁵⁷ SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución* (1931), p. 249.

¹⁰⁵⁸ SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución* (1931), p. 248.

Já que o problema da República de Weimar é o esfacelamento político provocado pelo sistema metafísico do liberalismo, em suas múltiplas expressões, o Presidente do *Reich* pode ser guardião da Constituição porque protege e fortalece o elemento político da Constituição, a decisão política em favor da democracia. O último parágrafo de *O Guardião da Constituição* deixa isso muito claro:

Mas o certo é que a Constituição de Weimar empreende seu intento de forma muito consciente e com elementos especificamente democráticos. Ela pressupõe a nação alemã inteira como *unidade apta para a ação de um modo direto e não por intermédio das organizações ou grupos sociais*; uma unidade que pode expressar sua *vontade*, se orientar e se impor nos momentos decisivos, ainda que contra as dissensões pluralistas. A Constituição procura especialmente conferir possibilidades para que a *autoridade* do Presidente do *Reich* se enlace de modo direto com a vontade política do povo alemão e para proceder, conseqüentemente, como protetor e *guardião da unidade constitucional e da integridade da nação*. *Sobre o êxito deste intento há de se fundamentar a existência e a permanência prolongada do atual Estado alemão.*¹⁰⁵⁹ (ênfase adicionada)

Mostra-se difícil encontrar um ponto da obra de Schmitt que sintetize de modo tão completo o seu autoritarismo constitucional quanto esse desfecho de *O Guardião da Constituição*. Essa passagem parece, também, querer lembrar que Schmitt é um artefato comunicativo, uma *persona* que funciona com estrutura da autopoiese da sociedade; e que, portanto, as observações atribuíveis (entre casualidade e causalidade) a essa *persona* se organizam a partir da paradoxal distinção entre estrutura da sociedade e semântica.

Já foi possível discorrer, *supra*, acerca do desafio concreto que o tempo Weimar colocava às teorias de Kelsen e de Schmitt¹⁰⁶⁰. A concentração de poderes na Presidência do *Reich* – operacionalizada pelo sistema de gabinetes presidenciais, a partir de abril de 1930 – foi apenas uma das várias “soluções” que a *Methodenstreit* ofereceu para os impasses evolutivos do tempo Weimar: havia várias outras que viam na ditadura a solução para os problemas da governabilidade democrática. Para alguns tal ditadura deveria ser aquela do proletariado, para outros, era necessário transformar a Alemanha em um Estado cooperativo, à semelhança e imagem do fascismo italiano¹⁰⁶¹. Ambos os

¹⁰⁵⁹ SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución* (1931), pp. 250-251.

¹⁰⁶⁰ Cf., *supra*, 1.5.3.

¹⁰⁶¹ Cf. BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e estado de exceção permanente: atualidade de Weimar*, pp. 89-93.

extremos se tocam ante o resultado: a vitória definitiva da *Kultur* germânica frente a *Zivilization* estrangeira.

Enquanto estrutura da autopoiese, Schmitt (na condição de *persona*, insista-se) pretende direcionar a comunicação da sociedade na direção dessa semântica, até por causa de sua contribuição direta para a seleção do gabinete presidencial como uma resposta ao caos constitucional. Por um lado, suas teses, em grande medida, são conformadas por esse autoritarismo semântico socialmente disseminado na Alemanha do entre-guerras. Por outro lado, a proposta de Schmitt de colocar o Presidente do *Reich* como guardião da Constituição não pode ser reduzida a uma “politização” excessiva que propicia um reducionismo biográfico¹⁰⁶². O autoritarismo das teses de Schmitt transcende aquela situação histórica específica, de forma que é um sentido sedimentado pronto para ser reativado a qualquer momento, *por qualquer autoritarismo*¹⁰⁶³, ou seja: por qualquer posição política que entenda que democracia somente é possível caso se aniquile a complexidade do sistema da política¹⁰⁶⁴, propiciando ao Estado, assim, uma paz de cemitério¹⁰⁶⁵.

Negar uma redução das teses de Schmitt a uma contextualização biográfica não significa, todavia, incidir em um enfoque textualista *à la* Leo Strauss¹⁰⁶⁶. O que se pretende com isso é, ao contrário, *apontar a continuidade da proposta de guarda da Constituição de Schmitt com seu projeto antiliberal, com seu conceito decisionista de direito, com seu conceito positivo de Constituição (ato de decisão), com sua oposição ao Rechtsstaat*.

Acredita-se que quando os pressupostos teóricos de Schmitt são recordados, tal como se procurou fazer nos itens precedentes deste capítulo, as conseqüências autoritárias dessa proposta de guardião da Constituição podem ser percebidas com

¹⁰⁶² Tal como apontou Maus, de forma muito própria, uma redução “politizante” de Schmitt tem como paradoxal efeito aquele de despolitizar seus escritos. O que é indesejável. Cf. MAUS, Ingeborg. “The 1933 ‘break’ in Carl Schmitt’s theory”. In: DYZENHAUS, David (org.). *Law as Politics: Carl Schmitt’s Critique of Liberalism*, pp. 196-197.

¹⁰⁶³ Nesse ponto, portanto, não parece adequado reduzir Schmitt a um nazista como o fez: PREDIERI, Alberto. *Carl Schmitt: un nazista senza coraggio I*. 2ª ed. Firenze: La Nuova Italia Editrice, 1999, por exemplo à p. 339: “Schmitt era un nazista; non un teorico generico dell’autoritarismo o della rivoluzione conservatrice”.

¹⁰⁶⁴ Vale muito conferir as considerações de De Giorgi que trabalha um conceito de democracia a partir da teoria da sociedade de Niklas Luhmann: DE GIORGI, Raffaele. “Problemas da governabilidade democrática”. Trad. Juliana Neuenschwander e Menelick de Carvalho Netto. In: *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Trad. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998, pp. 49-64.

¹⁰⁶⁵ CARVALHO NETTO, Menelick de. “A revisão ilegítima” (entrevista a Paulo Sávio Peixoto Maia e Denise Gama). In: *Constituição & Democracia: encarte da Tribuna do Brasil*. Brasília: Tribuna do Brasil, 5 de março de 2006, pp. 12-13.

¹⁰⁶⁶ STRAUSS, Leo. “La filosofía política y la historia”. In: *Que es filosofía política?* Madrid: Guadarrama, 1970, pp. 74-103.

maior lucidez. A coerência de Schmitt em relação ao seu autoritarismo, quando notada, permite, mais que isso, que algumas conseqüências mais implícitas de sua “prognose constitucional” mostrem sua face autoritária de modo mais claro. Assim, é importante ver como a colocação do Presidente do *Reich* como guardião da Constituição é extremamente útil ao projeto anti-liberal de Schmitt, ao mesmo tempo que o fortalece. *Isso pode ser feito em oito pontos.*

1. O Presidente, por ser eleito pelo sufrágio direto e universal, consegue dar *visibilidade* ao povo. A exemplo da representação do *Vicarius Christi*, ela é personalista, envolve uma dignidade superior, uma *idéia*. Ao dar forma à idéia o representante passa a revestir uma *autoridade pessoal*, derivada da grandeza que ele personifica. Se na Igreja essa idéia é o Cristo, no Estado é o *povo*¹⁰⁶⁷. O povo confere uma autoridade ao Presidente porque confia, acredita nele. Concebendo a representação política como um ato de fé, Schmitt afirma que “não há política sem autoridade e nem autoridade sem um *ethos* de crença”¹⁰⁶⁸. Paradoxalmente, o representante fica em condições de colocar os representados em uma condição hierárquica de obediência. O povo só se torna público (só existe) caso seja visível; a visibilidade depende do Presidente. Assim, o povo não existe sem a representação do Presidente. Como a representação é personalista, o Presidente é o povo, é “a nação alemã inteira como unidade apta para a ação de um modo direto e não por intermédio das organizações ou grupos sociais”, como coloca Schmitt no último parágrafo de *O Guardiã da Constituição*. E assim, *o povo enquanto público é subsumido no Estado*. É dessa forma que Schmitt pretende corrigir a falta de capacidade representativa que ele imputara ao romantismo político, mas que pode ser facilmente estendida à modernidade¹⁰⁶⁹, que para ele, sequer existe. E até por isso (ou por causa disso) todos os conceitos expressivos do direito público são conceitos jurídicos secularizados, para Schmitt. Nessa senda, a Igreja é apta a ser modelo para o Estado moderno. Com todas as conseqüências que disso deriva.

2. E aqui Schmitt se coloca em total coerência com o seu conceito positivo de Constituição. Ora, se Constituição para ele é a decisão do poder constituinte do povo que dá forma a uma totalidade política¹⁰⁷⁰, nada mais justo que o Presidente, que é eleito

¹⁰⁶⁷ O próprio Schmitt acena com essa possibilidade: SCHMITT, Carl. *Roman Catholicism and Political Form* (1923), p. 21.

¹⁰⁶⁸ SCHMITT, Carl. *Roman Catholicism and Political Form* (1923), p. 17.

¹⁰⁶⁹ SCHMITT, Carl. *Romanticismo político* (1924), p. 18.

¹⁰⁷⁰ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución* (1928), pp. 45-46.

pelo povo, proteja a Constituição. Em decorrência, instituir o Presidente do *Reich* como guardião da Constituição é dar-lhe, na verdade, um senhor¹⁰⁷¹, porque o Presidente será simultaneamente, por obra do conceito de Schmitt de representação, a própria Constituição.

3. A tensão entre identidade e representação que, em 1928, Schmitt entendera como irredutível e complementar, parece ser nivelada com a proposta de colocar o Presidente do *Reich* como guardião da Constituição. Em uma primeira análise é de se pensar que a identidade é absorvida totalmente pela representação: sim e não. Por um lado, a identidade parece esgotada quando a representação passa a adquirir a força da dimensão personificadora propiciada pela *idéia* de povo. Ao transformar o povo, após toda uma série eloqüente de inversões, em uma totalidade apta a ser personificada pelo Presidente, o que Schmitt fundamenta é um apoderamento do “povo” pelo Presidente. Nada mais identitário, portanto. E isso também porque, para Schmitt, democracia não é mera soma de sufrágios. Isso não forma um “povo”. É pela aclamação das massas que o soberano pode “enlaçar-se de modo direto com a vontade política do povo alemão”¹⁰⁷². Não há Estado sem povo, nem povo sem aclamação. Os métodos plebiscitários, seriam para Schmitt, portanto, instrumento essencial para transformar aquela grandeza desestruturada e desorganizada, o povo, em algo palpável: a via plebiscitária tornaria presente um eterno ausente. O Presidente do *Reich* tem que ser o guardião da Constituição, portanto, porque possui “o monopólio da pergunta”. Ele pode colocar a pergunta a partir de cima para a massa que se coloca abaixo de sua dignidade pessoal. Assim, a identidade não se esgota pelo pólo oposto da representação, porquanto a guarda da Constituição pelo Presidente, na verdade, é um passo decisivo para a fundamentação schmittiana de uma democracia identitária¹⁰⁷³.

4. Uma forma política que decide pela democracia opera sob as bases da identidade entre governante e governado. A Constituição é o ato que *positiva* a forma política. Quando o Presidente do *Reich* é entendido como guardião da Constituição, se tem o argumento propício para justificar a remoção de tudo que se ponha como obstáculo à formação da identidade entre Presidente e representados. É o exemplo do parlamentarismo, fiel tradução do sistema metafísico do liberalismo, e de seu eterno

¹⁰⁷¹ BERCOVICI, Gilberto. “Carl Schmitt, o Estado total e o guardião da Constituição”. In: *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, p. 198.

¹⁰⁷² SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución* (1931), p. 251.

¹⁰⁷³ Cf. AZZARITI, Gaetano. *Critica della democrazia identitaria: lo Stato costituzionale schmittiano e la crisi del parlamentarismo*, pp. 33-35.

“hamletismo social”. Para Schmitt, o Parlamento não é democrático, daí ele ser um “acessório” que pode ser suprimido sem prejuízo para a “essência” da democracia. Quando o Presidente dissolve o Parlamento, aponta Schmitt, isso nada mais é que uma “apelação ao povo”¹⁰⁷⁴: posta de cima para baixo, por aquele que por meio do monopólio plebiscitário dá vazão à aclamação constitutiva da homogeneidade democrática.

5. E assim se entende melhor porque o Presidente tem independência em relação à política partidária, mas não chega a ser uma independência *apolítica*. O que Schmitt afirma é que o Presidente do *Reich* não depende do parlamentarismo para decidir, até porque se dependesse, faria tudo menos decidir. Ápice de uma democracia identitária construída de forma personalista e plebiscitária, o Presidente do *Reich*, quando fundamentado no posto de guardião da Constituição, pode realizar a decisão da qual depende toda unidade política homogênea: a distinção entre amigo e inimigo, que dá autonomia ao político, segundo Schmitt.

6. A partir da noção de democracia identitária, não pode causar espanto algum a conclusão de que os decretos de necessidade amparados no Art. 48(2) WRV somente podem ser considerados, por Schmitt, como uma ferramenta plenamente democrática. Se a democracia precisa de homogeneidade, isso somente é alcançado ao se eliminar o que é heterogêneo, o *hostis*, o inimigo. Coisa que só pode ser feita por um soberano com possibilidade de decidir independentemente da pretensão do *Rechtsstaat* liberal de querer frear o poder: independente da norma, ele decide *sobre* a exceção se assim for necessário para a manutenção do político, ou seja, o Estado. Em 1921 Schmitt concebeu o art. 48(2) WRV como um exemplo claro de ditadura comissária. A ditadura nada mais é que a exceção tomada em concreto¹⁰⁷⁵. A Constituição de Weimar dotou o Presidente com poderes ditatoriais. Logo, se o Presidente decide sobre o Estado de exceção, ele é o soberano efetivo; por isso, não poderia ser outra pessoa o guardião da Constituição. Os poderes ditatoriais do Presidente conseguem operacionalizar a exceção, porquanto logram resolver um problema institucional concreto mesmo que para isso seja necessário suspender os entraves colocados pelo direito. A norma deve sua existência à ordem concreta mantida pela decisão. Quem se coloca contra a ordem política é inimigo. A identificação do inimigo pode exigir expedientes extralegais, pode pedir uma

¹⁰⁷⁴ SCHMITT, Carl. *Legalidad y legitimidad* (1932), p. 144.

¹⁰⁷⁵ SCHMITT, Carl. *La dictadura: desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria* (1921), p. 28.

decisão política: o Presidente, segundo o direito positivo de Weimar, é quem pode fazê-lo.

7. As considerações de Schmitt acerca do art. 48(2) WRV não eram exclusividade sua. Era uma noção compartilhada por alguns constitucionalistas da época (como Anschütz) e, o que era mais grave, era jurisprudência dominante nos tribunais alemães¹⁰⁷⁶. De toda forma, a decisão acerca do inimigo necessita desse instrumento que suspende a norma para conservar a forma política estatal, que é a responsável pela manutenção do normativo. É uma clara aplicação do decisionismo jurídico. Assim, a manutenção do Estado pode exigir o expurgo do heterogêneo se ele ameaçar a unidade. Eis a importância do art. 48 (2)WRV, porque por meio dele o Presidente promulga “preceitos penais, se instauram tribunais de exceção sem levar em consideração se as conseqüências das detenções, sentenças e execuções possam ser reparadas”¹⁰⁷⁷ (ou seja: mesmo levando-se em conta que o extermínio de pessoas é algo irreparável). Igualmente, se for o caso de “restaurar a ordem pública e a segurança”, o Presidente pode “praticar expropriações sem indenizações, com a finalidade de angariar os recursos necessários, (...) decretar confiscações e impor impostos”¹⁰⁷⁸. Dessa forma, a utilização dos métodos excepcionais previstos no art. 48(2) WRV por parte do Presidente do Reich permite a ele que se elimine, inclusive fisicamente, o inimigo do Estado. Isso faz com que o Presidente do Reich seja concebido como a fiel encarnação do elemento democrático: não só por ser plebiscitariamente eleito pelo povo alemão, mas porque doa homogeneidade ao *Reich* alemão, quando elimina seus inimigos.

8. Enfim, a fundamentação de um Presidente como guardião da Constituição expressa, em síntese, o fim do *Rechtsstaat*. A pretensão da metafísica liberal de impor limites ao político é liquidada com a institucionalização de um Presidente que reúne em sua pessoa as faculdade de legislar, executar e julgar via decretos de necessidade. A metafísica do diálogo entre os poderes do Estado, tal como Schmitt percebe a separação dos poderes, é extinta. Os direitos fundamentais, com sua ação desagregante de querer fundamentar esferas livres da atuação do Estado, é também suprimida. Todos os limites ao sistema da política cedem face ao Presidente. A partir dessas observações de Schmitt, o *Rechtsstaat* é superado por uma noção autoritária de governabilidade. Nada mais pode

¹⁰⁷⁶ Cf. SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución* (1931), p. 192, em que há a menção a alguns acórdãos da época. O mais emblemático: em *Reichsgesetzblatt* N° 56, p. 115: reconhece ao Presidente do Reich “capacidade para promulgar decretos jurídicos e em particular prescrições penais.”

¹⁰⁷⁷ SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución* (1931), p. 204.

¹⁰⁷⁸ SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución* (1931), p. 205.

servir de freio à unidade monolítica do poder, o Estado. Essa é a tarefa do guardião da Constituição, afinal de contas:

*A unidade política, em certos casos, precisa exigir o sacrifício da vida.*¹⁰⁷⁹

¹⁰⁷⁹ SCHMITT, Carl. *O conceito do político* (1932), p. 98.

Capítulo III

Pureza da unidade, primazia do Estado, neutralização do *Rechtsstaat*: a jurisdição constitucional como guardião da Constituição, segundo Kelsen.

“Quem muito se evita, se convive”.

As considerações desenvolvidas no capítulo precedente mostraram o quanto a solução de Schmitt para a guarda da Constituição é intrinsecamente ligada ao seu projeto acadêmico, que tem como fio condutor um incessante combate à modernidade da sociedade moderna. Na busca por superar o “eterno diálogo liberal” que enfraquecia o Estado, Schmitt forja um decisionismo jurídico que concebe a Constituição como um ato de vontade autoritário e que tem como clímax a fundamentação de uma ditadura presidencial livre de quaisquer limites jurídicos. Uma teoria com notória dimensão autocrática e que só é potencializada pelo refinado verniz de erudição que a envolve: como se contrapor ao sério risco que o decisionismo representa? Riscos são enfrentados tematizando-os, mas não os exorcizando.

Se é assim, o sério risco representado pelo decisionismo jurídico não pode ser seriamente confrontado mediante uma atitude escapista que se reduz a igualar Schmitt a um mero nazista – como alguns contemporâneos o fazem. Mas o que interessa aqui é o tempo Weimar; o tempo de Kelsen, o tempo de Schmitt. O que Kelsen teve a dizer ante o “risco Schmitt”? Trabalhou o autoritarismo constitucional de Schmitt ou simplesmente o *evitou*? O que Kelsen pôde afirmar em relação a uma teoria da Constituição que alça o extermínio do oponente político (miticamente denominado “inimigo”) à condição de possibilidade da governabilidade de uma democracia de massas? Quando se responde a essa inquietação, inevitavelmente se realiza uma comparação entre Kelsen e Schmitt. E vários inícios possíveis se prontificam para que

esse confronto seja narrado, até porque a contraposição polêmica entre os dois se iniciou bem antes de 1931¹⁰⁸⁰, consoante o capítulo anterior já tratou de insinuar.

Este capítulo aborda um tema que o direito constitucional tende a classificar como esgotado, ante a profunda difusão que ele conheceu. Afinal, aparenta difícil encontrar um escrito sobre tribunais constitucionais que não faça uma menção, ainda que de passagem, à colaboração teórica que Kelsen prestou para a fundamentação da jurisdição constitucional. Diante da angustiante sensação de que não há nada para narrar sobre aquele que é o guardião da Constituição, para Kelsen, mostra-se imperioso a utilização de novas distinções, de novos inícios.

Seria até mais cômodo seguir a mesma seqüência adotada no capítulo anterior, e assim descrever, nessa ordem, o projeto acadêmico de Kelsen, seu conceito de direito, sua noção de Constituição e, por fim, o modo como Kelsen descrevia o papel do guardião da Constituição. Só que, ao se proceder dessa forma, provavelmente não se chegaria a outro resultado que não a constatação de várias diferenças entre Kelsen e Schmitt, que realmente existem, tal qual usualmente é apontado. Seria um roteiro mais seguro: certamente mais improdutivo. Isso porque a comparação das diagnoses de Kelsen e de Schmitt não tem um fim em si mesmo. Ao contrário, ela quer identificar sedimentações semânticas, referências recorrentes, “aspectos peculiares” da memória de Weimar. Ela parte do pressuposto que o tempo Weimar tinha sob seus ombros o pesado fardo do constitucionalismo monárquico cujo “aspecto peculiar” da *unidade do Estado* era fortemente atualizado pela publicística de Weimar. Precisamente por isso é necessário seguir um itinerário menos ortodoxo.

Nessa senda, o ponto de partida aqui adotado será a resposta de Kelsen a *O Guardiã da Constituição* de Schmitt, que foi publicada também em 1931. Levando em consideração os resultados obtidos no capítulo anterior, buscar-se-á identificar *indícios*, na resposta de Kelsen, que se mostrem aptos a incitar o aprofundamento de *alguns aspectos* do amplo projeto intelectual de Kelsen (3.1). Mediante o cotejamento dos indícios obtidos a partir da resposta de Kelsen com *aspectos* basilares de sua própria teoria, surgem curiosas assonâncias entre o normativismo de Kelsen e o decisionismo de Schmitt (3.2): ambigüidades que acometem a pureza quando ocorre o *crossing* entre os lados das formas ciência/política, teoria/prática – e que findam por aclarar a noção kelseniana de *Rechtsstaat*. Caso se obtenha sucesso, a exploração de *aspectos-chave* do

¹⁰⁸⁰ HERRERA, Carlos Miguel. “La polemica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución”. In: *Revista de Estudios Políticos*, pp. 195-202.

normativismo de Kelsen a partir dos *indícios* colhidos na *réplica*, fornecerá *novas diferenças* que serão aptas a redescrever o guardião da Constituição segundo Kelsen, a “jurisdição constitucional” (*Verfassungsgerichtsbarkeit*) (3.3). Em todos esses passos, a presença de Schmitt será uma constante; na condição de um contraponto que, ao demarcar uma diferença, acaba por fomentar identificações: entre Kelsen e Schmitt, entre eles e a memória de Weimar.

3.1. Quem deve ser o guardião da Constituição? A réplica de Kelsen como fonte de indícios para uma redescritção da jurisdição constitucional.

Não era um tempo muito agradável para Kelsen aquele que testemunhou a sua polêmica com Schmitt. Em 1931, Kelsen era Decano da Universidade de Colônia. De lá publicou sua resposta a Schmitt, mediante a provocativa indagação: “quem deve ser o guardião da Constituição?” Provocativa talvez para o próprio Kelsen, que até 1929 figurava como um dos “guardiões” da Constituição da Áustria. Até que a emenda constitucional de 7 de dezembro de 1929 privou os membros permanentes da Corte Constitucional austríaca (*Verfassungsgerichtshof*) da vitaliciedade¹⁰⁸¹. Kelsen inclusive.

A política austríaca, a exemplo da alemã, sofreu notório embrutecimento com o desenvolvimento da crise econômica que sucedeu a quebra da bolsa de valores de Wall Street. E então a precariedade de uma arquitetura constitucional erguida sobre os resíduos do retalho étnico-cultural do Império Austro-húngaro – cujos membros tinham pouca disposição ao entendimento – tem a sua fragilidade revelada com a ameaça cada vez mais séria de que o estado latente de guerra civil se torne manifesto¹⁰⁸². Nesse pano de fundo, surgem clamores por uma “verdadeira democracia”, que se direcionavam contra o Parlamento, tido como incapaz de “fortalecer a função integrativa do Estado”. E em um processo bem semelhante à agonia de Weimar, as milícias, como a *Heimwehren* (que mantinha estrito vínculo com a Itália fascista) e a *Schutzbund* (de orientação social-democrata), já se ofereciam como contrapontos à democracia

¹⁰⁸¹ SOSA, Edgar Corzo. *La cuestión de inconstitucionalidad*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, p. 50.

¹⁰⁸² PEYROU-PISTOULEY, Sylvie. *La Cour Constitutionnelle et le controle de la constitutionnalite des lois en Autriche*. Paris: Economica, 1993, p. 68. No mesmo sentido: VON BEYME, Klaus. “The genesis of constitutional review in Parliamentary systems”. In: LANDFRIED, Christine (org.). *Constitutional Review and Legislation: an international comparison*, p. 30.

parlamentar¹⁰⁸³. De modo que a Áustria (com a referida emenda de 7 de dezembro de 1929), dá, então, um inequívoco passo rumo ao modelo de Estado-cooperativo, nos moldes da Itália de Mussolini, o que todavia foi efetivamente acontecer somente em 1934¹⁰⁸⁴.

Entre os resultados mais palpáveis da reforma constitucional de 1929 figura uma substancial ampliação dos poderes do Presidente¹⁰⁸⁵, que a partir de então não era mais eleito indiretamente pelo Parlamento (*Nationalrat*), e sim por eleição direta de sufrágio universal¹⁰⁸⁶. Entre seus novos poderes, como adiantado, foi lhe dado o poder de destituir os membros da Corte que dispunham de vitaliciedade, como Kelsen, para assim colocar outros em seu lugar. O argumento era de que se mostrava necessário expurgar a influência dos partidos na Corte¹⁰⁸⁷ – bem explicado: do Partido Social-Democrata. Havia uma razão para o *Verfassungsgerichtshof* figurar como alvo da ira do Partido Cristão-Social, que moveu a reforma a partir de sua maioria no Parlamento (*Nationalrat*). O estopim da reforma foi a decisão da Corte Constitucional que julgou constitucional a competência do prefeito de Viena competente para proceder à anulação de casamentos¹⁰⁸⁸. O Partido Cristão-Social foi particularmente duro com Kelsen: que além de membro da Corte tinha ascendência judaica e, ainda por cima, era historicamente ligado ao Partido Social-Democrata¹⁰⁸⁹. Passada a reforma, via emenda constitucional, Kelsen é destituído da Corte Constitucional em 15 de fevereiro de 1930,

¹⁰⁸³ PEYROU-PISTOULEY, Sylvie. *La Cour Constitutionnelle et le controle de la constitutionnalite des lois en Autriche*, p. 68.

¹⁰⁸⁴ STOLLEIS, Michael. *A History of Public Law in Germany 1914-1945*, pp. 136-137. Antes do *coup* de 1929 ser efetivado Kelsen já havia denunciado a “modificação no equilíbrio de forças políticas” como algo perigoso para a Constituição de 1920: Cf. KELSEN, Hans. “A pressão pela reforma constitucional” (6.10.1929). In: *Jurisdição Constitucional*. Trad. Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp. 211-219.

¹⁰⁸⁵ Cf. Para uma descrição, por parte do próprio Kelsen, da ampliação de poderes do Presidente do Reich austríaco, Cf. KELSEN, Hans. “As linhas fundamentais da reforma constitucional II” (30.10.1929). In: *Jurisdição Constitucional*. Trad. Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp. 231-233; entre tais poderes, o mais notório é o publicar decretos de necessidade à revelia do Parlamento: KELSEN, Hans. “As linhas fundamentais da reforma constitucional I” (20.10.1929). In: *Jurisdição Constitucional*. Trad. Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp. 228-229.

¹⁰⁸⁶ PEYROU-PISTOULEY, Sylvie. *La Cour Constitutionnelle et le controle de la constitutionnalite des lois en Autriche*, pp. 68-69.

¹⁰⁸⁷ GIOVANNELLI, Adriano. “Alcune considerazioni sul modelo della *Verfassungsgerichtsbarkeit* kelseniana, nel contesto del dibattito sulla funzione ‘politica’ della Corte Costituzionale”. In: *Scritti su la giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*. Vol. I. Padova: Cedam, 1985, p. 404.

¹⁰⁸⁸ CALDWELL, Peter C. *Popular sovereignty and the crisis of the German constitutional law: the theory and practice of Weimar constitutionalism*, p. 217, nota 4.

¹⁰⁸⁹ A melhor descrição disponível das ligações de Kelsen com o Partido Social-Democrata é: HERRERA, Carlos Miguel. “Kelsen y el socialismo reformista”. In: *Revista de Estudios Políticos*. Nº 96. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, abril-junho de 1997, pp. 77-136.

oportunidade em que aceita o convite de lecionar na Universidade de Colônia, na Alemanha¹⁰⁹⁰.

Kelsen, para o resto da sua vida, nunca mais se sentiu confortável para falar de sua experiência como ministro da Corte Constitucional, da qual “conservava uma triste recordação”¹⁰⁹¹. Todavia, Kelsen viu, em 1931, ano de imensa turbulência constitucional na Alemanha, Schmitt atacar fortemente a “solução austríaca”, o método de controle de constitucionalidade dos atos normativos ao qual Kelsen tinha dado contribuição pessoal para a conformação que ele acabou por assumir na Constituição austríaca de 1º de outubro de 1920. Aqui, é tempo de se fazer uma necessária ponderação.

É de fato muito usual atribuir a Kelsen a “paternidade” do “modelo europeu de controle de constitucionalidade”¹⁰⁹². Aliás, o próprio Kelsen contribuiu para esse estado de coisas, uma vez que costumava descrever a jurisdição concentrada de constitucionalidade como sua “filha favorita”¹⁰⁹³, sua “obra pessoal mais importante”¹⁰⁹⁴ no âmbito do processo constituinte de 1920, ocasião em que Kelsen figurou como assessor jurídico de Karl Renner, o *premier* austríaco à época. Mas as coisas não são assim tão simples, como é de se suspeitar; por dois motivos.

Primeiro, existiram antecipações doutrinárias e institucionais à obra de Kelsen. Durante as revoluções de 1848, tanto o projeto de *Paulskirsche*, na Alemanha, como o projeto Kremsier, na Áustria, exigiam a criação de um tribunal constitucional¹⁰⁹⁵. Em 1860, sob forte influência de *O Federalista*, Robert von Mohl já defendia a institucionalização de uma *judicial review* na Alemanha¹⁰⁹⁶. Jellinek, por sua vez,

¹⁰⁹⁰ GASÍÓ, Guillermo. “Presentación”. In: KELSEN, Hans. *Quien debe ser el defensor de la Constitución?*. Ed. Eugenio Bulygin. Madrid: Tecnos, 1995, p. XVI.

¹⁰⁹¹ GIOVANNELLI, Adriano. “Alcune considerazioni sul modello della *Verfassungsgerichtsbarkeit* kelseniana, nel contesto del dibattito sulla funzione ‘politica’ della Corte Costituzionale”. In: *Scritti su la giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*, p. 404.

¹⁰⁹² CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2ª ed. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 68.

¹⁰⁹³ VON BEYME, Klaus. “The genesis of constitutional review in Parliamentary systems”. In: LANDFRIED, Christine (org.). *Constitutional Review and Legislation: an international comparison*, p. 29.

¹⁰⁹⁴ SCHMITZ, Georg. “The Constitutional Court of the Republic of Austria 1918-1920”. In: *Ratio Juris*. Vol. 16, nº 2. Oxford: Blackwell, junho de 2003, p. 240.

¹⁰⁹⁵ Para as repercussões constitucionais do projeto de Kremsier, Cf. MAZOHL-WALLNIG, Brigitte. “Lo sviluppo della problematica costituzionale dopo la rivoluzione del ’48”. In: SCHIERA, Pierangelo (org.). *La dinamica statale austriaca nel XVIII e XIX secolo*, pp. 305-322.

¹⁰⁹⁶ KOMMERS, Donald P. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. 2ª ed. revisada e expandida. Durham: Duke University Press, 1997, p. 6. A defesa de von Mohl da *judicial review* se encontra em *Staatsrecht, Völkerrecht und Politik*. Tübingen: Buchhandlung Laupp, 1860 (Vol. I, pp. 66-95).

chegou a publicar em 1885 uma obra denominada *Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich*, em que advogou o estabelecimento de um tribunal com competência para examinar os conflitos legislativos entre o Reich e os *Länder*. Mais que isso: esse mesmo tribunal seria apto a conhecer uma objeção de inconstitucionalidade realizada pela minoria do Parlamento, ocasião em que tal Corte “agiria como um árbitro entre a maioria e a minoria no Parlamento”¹⁰⁹⁷.

Karl Renner, também, em 1918, publicou livro em que defende a adoção da estrutura federativa para a nova Áustria. Nesse quadro, ocuparia lugar de destaque uma corte constitucional que resolveria os conflitos entre os vários grupos étnicos do antigo Império Habsburgo¹⁰⁹⁸. A propósito, por lei publicada em 14 de março de 1919, de iniciativa do próprio Renner, foi estabelecida, no contexto da Constituição provisória de março de 1919, uma Corte Constitucional que de modo exclusivo examinava preventivamente a compatibilidade das leis dos *Länder* em relação às leis da União¹⁰⁹⁹. De igual modo, pouco antes que a Áustria, a (antiga) Tchecoslováquia, em sua Constituição de 29 de fevereiro de 1920 (por influência do amigo pessoal de Kelsen, Franz Weyr) estabeleceu um tribunal que, a despeito de nunca ter declarado uma lei inconstitucional ao longo de sua curta existência, fornecia um exemplo de jurisdição concentrada¹¹⁰⁰.

Em *segundo lugar*, o enorme grau de complexidade assumido pelo processo constituinte da Áustria (1918-1920) já torna problemática, por si só, a busca pelo “criador” de qualquer uma de suas seções. Um processo que era dificultado mediante a ação de duas frentes. De um lado, o embate político entre o Partido Social-Democrata e o Partido Cristão-Social. De outro lado, havia uma batalha ferrenha no sentido de definir *qual* federação estava sendo criada. Karl Renner, líder dos Sociais-Democratas, era inicialmente partidário de uma centralização na unidade federal (*Bund*). Mas com o decorrer da constituinte essa postura centralista conheceu forte oposição daqueles que queriam mais competências para os *Länder*¹¹⁰¹. Essa relação entre os *Länder* e a União

¹⁰⁹⁷ ÖHLINGER, Theo. “The Genesis of the Austrian Model of Constitutional Review of Legislation”. In: *Ratio Juris*. Vol. 16, nº 2. Oxford: Blackwell, junho de 2003, p. 211.

¹⁰⁹⁸ ÖHLINGER, Theo. “The Genesis of the Austrian Model of Constitutional Review of Legislation”. In: *Ratio Juris*, p. 211.

¹⁰⁹⁹ PEYROU-PISTOULEY, Sylvie. *La Cour Constitutionnelle et le controle de la constitutionnalite des lois en Autriche*, p. 65.

¹¹⁰⁰ VILLALÓN, Pedro Cruz. *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, pp. 277-299.

¹¹⁰¹ Cf. PAULSON, Stanley L. “Constitutional Review in the United States and Austria: notes on the Beginnings”. In: *Ratio Juris*. Vol. 16, nº 2. Oxford: Blackwell, junho de 2003, pp. 231-232.

era a fonte dos principais impasses para a aprovação final do texto¹¹⁰². À medida que as negociações progrediam (na busca da consecução da maioria apta a aprovar a nova Constituição), o texto do projeto de Constituição mudava. De modo que foi apenas o *sétimo projeto* confeccionado por Kelsen – mas que agrupava reivindicações das várias partes envolvidas – que conseguiu estabelecer um compromisso entre os partidos, tendo sido aprovado em 1º de outubro de 1920. A maior contribuição de Kelsen foi no que toca à organização judiciária: sua proposta logrou aceitação quase sem nenhuma alteração¹¹⁰³.

E assim surge uma organização formal assentada na diferença autológica entre jurisdição constitucional/jurisdição ordinária, que de forma exclusiva procede ao exame de atos normativos¹¹⁰⁴: a jurisdição constitucional kelseniana. O art. 89(1) deixava claro que “não compete aos tribunais examinar a validade (*Gültigkeit*) das leis publicadas regularmente”. E instituiu uma variação de *référé nécessaire*, ao estabelecer, no art. 89(2) que “se um tribunal tiver dúvidas a respeito da aplicação de um decreto (*Verordnung*) por ele considerado ilegal, suspenderá o procedimento e solicitará ao Tribunal Constitucional a anulação do mesmo”¹¹⁰⁵. O exame de *leis* por tal mecanismo “incidental” não era, todavia, permitido segundo o art. 140(4). Só decretos.

Além de semelhante tarefa, a competência do Tribunal Constitucional foi demarcada pelos artigos 137-148 da Constituição Austríaca de 1920. Ele conhecia, com exclusividade:

- (i) conflitos de competências entre os entes federados e entre os tribunais austríacos (art. 138), assim como reclamações contra União, *Länder* ou municípios quando de natureza política, ou seja “quando não possam ser decididas pela via judicial ordinária”, art. 137;
- (ii) da constitucionalidade de uma lei estadual a pedido do Governo Federal ou de uma lei federal mediante provocação de um *Land*, podendo inclusive proceder *ex officio* caso o exame de tal lei seja pressuposto para um julgamento do Tribunal Constitucional, art. 140(1);

¹¹⁰² SCHMITZ, Georg. “The Constitutional Court of the Republic of Austria 1918-1920”. In: *Ratio Juris*, p. 262.

¹¹⁰³ Documentação em: SCHMITZ, Georg. “The Constitutional Court of the Republic of Austria 1918-1920”. In: *Ratio Juris*, pp.249-255.

¹¹⁰⁴ HEUSCHLING, Luc. “Justice constitutionnelle et justice ordinaire. Épistémologie d’une distinction théorique”. In: GREWE, Constance. JOUANJAN, Olivier. MAULIN, Éric. WACHSMANN, Patrick (orgs.). *La notion de “justice constitutionnelle”*. Paris: Dalloz, 2005, pp. 92-102, principalmente.

¹¹⁰⁵ Edição utilizada: *Historia Constitucional*. Número 5. Oviedo, Madrid: Universidad de Oviedo; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, junho de 2004.

- (iii) o mesmo pode acontecer com respeito a decretos emitidos seja pela autoridade federal ou por uma autoridade estadual, art. 139(1);
- (iv) pedidos de impugnação de eleições ao *Nationalrat*, ao *Bundesrat* (câmara alta), e aos *Landtage*, art.141;
- (v) pedidos de *impeachment*, art. 142;
- (vi) os recursos ao argumento de violação de direitos constitucionalmente garantidos, após esgotada a via administrativa, art. 144(1).

Quando esse rol de competências é confrontado com a história constitucional da Áustria, é passível que se constate que “a Constituição republicana não traz grandes mudanças no domínio do direito material, mas principalmente no domínio institucional e procedimental, com a instauração de uma Corte Constitucional”¹¹⁰⁶. Isso porque as disposições que constam nos artigos 137, 138 e 144 conheciam equivalentes na *Dezemberverfassung*¹¹⁰⁷ – que era composta por várias leis fundamentais (*Staatsgrundgesetze*), sendo todas elas aprovadas em 21 de dezembro de 1867. Entre elas a “Lei fundamental sobre o *Reichsgericht*” (*Staatsgrundgesetz über das Reichsgericht*), Tribunal que conhecia questões acerca de violação de direitos fundamentais desde que esgotada a via jurisdicional administrativa, recurso que passou a ser conhecido como *Beschwerde*¹¹⁰⁸.

Desconsiderando os artigos 141 e 142, que previam o processamento de questões importantes para um Estado de Direito, mas que são inegavelmente de acontecimento excepcional, a novidade que o Tribunal Constitucional carrega consigo, em termos especificamente jurisdicionais, são os procedimentos apontados nos artigos 139 e 140. E foi o próprio Kelsen quem se pronunciou a esse respeito, em 1922, quando aduziu que eles permitem à Corte Constitucional assumir o papel de “garante da Constituição” (*Garant der Verfassung*)¹¹⁰⁹. De modo que se muito do que consta da competência do Tribunal Constitucional não é “materialmente” inédito, vê-se que o

¹¹⁰⁶ ÖHLINGER, Theo. “Objet et portée de la protection des droits fondamentaux: Cour Constitutionnelle Autrichienne”. In: FAVOREU, Louis. *Cours Constitutionnelles Européennes et Droits Fondamentaux*. Paris; Aix-en-Provence: Economica; Presses Universitaires d’Aix-Marseille, 1987, p. 348.

¹¹⁰⁷ PAULSON, Stanley L. “Constitutional Review in the United States and Austria: notes on the Beginnings”. In: *Ratio Juris*, p. 232.

¹¹⁰⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *La jurisdicción constitucional de la libertad: con referencia a los ordenamientos alemán, suizo y austriaco*. Trad. Hector Fix-Zamudio. México: Imprenta Universitaria, 1961, pp. 31-32.

¹¹⁰⁹ PAULSON, Stanley L. “Constitutional Review in the United States and Austria: notes on the Beginnings”. In: *Ratio Juris*, p. 233.

mérito de Kelsen reside “não tanto em ter a intuição originária, mas sim em tê-la desenvolvido de modo tecnicamente brilhante”¹¹¹⁰.

Kelsen, assim, oferece uma *técnica* para a proteção da Constituição. Mas referida técnica, a jurisdição constitucional, não fala por si só. No que toca à sua polémica com Schmitt, o que interessa não é uma explanação dos artigos que disciplinavam o funcionamento da Corte Constitucional, e tampouco uma análise do funcionamento de tal organização formal (que independe de Kelsen).

Contudo a contextualização da “invenção” de Kelsen em seu tempo, aqui realizada, não foi vã. Ela somou esforços no sentido de evitar um culto a um dos “ídolos da tribo dos historiadores”: a tentação pela “imediatez do presente”¹¹¹¹. De um lado, a compreensão da jurisdição constitucional kelseniana depende, também, que se leve em conta o tempo rápido da política, no qual Kelsen estava inserido. De outro, depende de antecipações conceituais, que respiravam forte nas observações de Kelsen, e que desautorizam um enfoque “romântico”, que vê na criação da jurisdição constitucional o produto de um gênio em seu gabinete universitário.

Dito isso, deve ficar claro que, a partir de agora, o que interessa são as observações de segunda ordem levadas a efeito por Kelsen a respeito da jurisdição constitucional enquanto “técnica” apta a ser a guardiã da Constituição. Para tanto, não há melhor defesa da jurisdição constitucional do que a réplica de Kelsen a *O guardião da Constituição* de Schmitt.

Uma réplica que, como notou Peter C. Caldwell, em muitos momentos parece não enxergar os pontos centrais do argumento de Schmitt¹¹¹². É verdade que de ambos os lados há notórias manifestações de incompreensão, de má vontade e de recusa à condição de possibilidade do conhecimento, qual seja a abertura à novidade, à variação trazida por tematizações comunicativas improváveis¹¹¹³. Nessa senda, Carlos Miguel Herrera perguntou se a polémica Kelsen-Schmitt não seria, na verdade, uma espécie de diálogo impossível ou mesmo um diálogo entre ausentes¹¹¹⁴. Essa sensação é confirmada quando se vê Kelsen e Schmitt se prendendo a aspectos que não parecem ser

¹¹¹⁰ GIOVANNELLI, Adriano. “Alcune considerazioni sul modelo della *Verfassungsgerichtsbarkeit* kelseniana, nel contesto del dibattito sulla funzione ‘politica’ della Corte Costituzionale”. In: *Scritti su la giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*, p. 397.

¹¹¹¹ BLOCH, Marc. *Apologia da história, ou o ofício de historiador*, p. 60.

¹¹¹² CALDWELL, Peter C. *Popular sovereignty and the crisis of the German constitutional law: the theory and practice of Weimar constitutionalism*, pp. 110-111

¹¹¹³ LUHMANN, Niklas. *La ciencia de la sociedad*, pp. 157-162.

¹¹¹⁴ HERRERA, Carlos Miguel. “La polemica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución”. In: *Revista de Estudios Políticos*, p. 220.

tão fundamentais. Tal é o exemplo fornecido por Kelsen quando ele se prende à descrição que Schmitt faz da função judicial a partir da subsunção legal¹¹¹⁵. Kelsen assim valoriza um argumento que pertence à dimensão mais “acalorada” do debate, o qual nem o próprio Schmitt parece acreditar¹¹¹⁶.

Argumentos como esses não serão considerados. Intenta-se aqui, ao contrário, apontar alguns elementos da polêmica que correspondam à estruturação da comunicação social, ao plexo semântico da sociedade. Para tanto, procuram-se trechos na resposta de Kelsen – profundo dominador de uma *ars polemica* cuja verve se manifesta por meio de uma lógica impecável¹¹¹⁷ – que forneçam *indícios* aptos a redescrever aquela organização formal que para Kelsen seria o guardião da Constituição: a jurisdição constitucional (*Verfassungsgerichtsbarkeit*). O que é feito, aqui, de modo deliberadamente seletivo. Mas a seleção tem um objetivo, como já se falou. Os excertos selecionados da resposta de Kelsen devem, sobretudo, ser promissores para que se leve a efeito um reexame de alguns aspectos peculiares do normativismo de Kelsen.

Nesse sentido, cinco pontos da réplica de Kelsen foram selecionados.

1. “Uma separação a mais rigorosa possível entre conhecimento científico e juízo de valor político”¹¹¹⁸.

Poucas vezes foi possível observar uma autodefinição mais precisa do empreendimento acadêmico de Kelsen, a *Teoria Pura do Direito*, do que esta, acima transcrita. Uma teoria “que procura eliminar de seu conhecimento tudo que não pertença

¹¹¹⁵ KELSEN, Hans. “Quem deve ser o guardião da Constituição?” (1931). In: *Jurisdição Constitucional*, pp. 253-258.

¹¹¹⁶ Cf. SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución* (1931), pp. 80-85, 89. Em tal oportunidade, Schmitt descreve a função judicial como uma atividade de simples subsunção do caso à norma geral, e com isso nega a possibilidade de um órgão judiciário, como a jurisdição constitucional, proteger uma lei geral e abstrata, pois aí estaria agindo como legislador, porquanto intérprete autêntico que subsume uma norma à outra norma. Talvez tampouco Schmitt levasse a sério tais argumentos que apontam para um automatismo judicial, afinal eles parecem contradizerem as suas considerações publicadas em *Gesetz und Urteil* (1912), em que ele se posiciona contundentemente contrário à teoria do automatismo judicial de corte labandiano. Schmitt, então, aduz que a lei não fornece um modo correto de sua aplicação: daí a decisão é inevitável. Todavia é de se notar que quando Schmitt nega ao Judiciário o posto de guardião da Constituição isso é muitíssimo coerente com seu decisionismo jurídico, com seu conceito positivo de Constituição, com sua incessante contestação da modernidade. Todavia, alguns observadores, ainda hoje, valorizam muito a questão da subsunção quando mencionam a polêmica Kelsen-Schmitt. Cf. PAULSON, Stanley L. “Arguments ‘conceptuels’ de Schmitt à l’encontre du controle de constitutionnalité et réponses de Kelsen. Un aspect de l’affrontement entre Schmitt e Kelsen su ‘le gardien de la constitution’”. In: HERRERA, Carlos Miguel (org.). *Le Droit, le politique: autour de Max Weber, Hans Kelsen, Carl Schmitt*. Paris: L’Harmattan, 1995, pp. 243-259. Cf., também, HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I, pp. 300-302.

¹¹¹⁷ SCALONE, Antonino. “Il diritto tra forma e osservanza: la polemica fra Hold-Ferneck e Kelsen”. In: KELSEN, Hans. HOLD-FERNECK, Alexander. *Lo Stato come Superuomo: un dibattito a Vienna*. Ed. Antonino Scalone. Torino: Giappichelli, 2002, p. V.

¹¹¹⁸ KELSEN, Hans. “Quem deve ser o guardião da Constituição?” (1931). In: *Jurisdição Constitucional*, p. 298.

a seu objeto de conhecimento, precisamente especificado como direito. Isto é, a Teoria Pura deseja libertar a ciência do direito de todos elementos externos”¹¹¹⁹. Com esse princípio metodológico básico, Kelsen procura se diferenciar não somente de outros enfoques jurídicos; pretende algo mais: fundar uma autonomia para a ciência do direito. Com esse intuito, por vezes Kelsen contrapõe polemicamente a ciência do direito às ciências naturais¹¹²⁰, outras vezes ao direito natural¹¹²¹, outras tantas à sociologia¹¹²². O resultado final é sempre uma desqualificação constante do que variavelmente se compara. Não foi diferente com uma dessas diferenças, aquela entre ciência do direito e política do direito.

Com efeito, em sua resposta a Schmitt, é de forma freqüente que Kelsen se vale da separação entre ciência e política para negar valor às teses de Schmitt acerca do guardião da Constituição. O faz de forma muito mais implícita do que explícita. Kelsen, assim, não abre um item para tratar do assunto, mas ele aparece ao longo de seu escrito continuamente. Em alguns momentos, essa diferença permite a Kelsen colocar a sua teoria como superior a de Schmitt, cujas considerações não teriam os requisitos necessários para desfrutar da epígrafe *ciência do direito*. Isso porque o escrito de Schmitt acerca do guardião da Constituição se situaria, no juízo de Kelsen, no plano da *política do direito*. Faz-se preciso mensurar a extensão dessa diferença, e, sobretudo, observar os resultados que Kelsen obteve a partir de seu uso no âmbito da “réplica”.

A crítica de Kelsen a Schmitt acerca do conceito de *jurisdição* fornece um motivo incidental para Kelsen se utilizar da diferença entre ciência e política. É bem visível a indignação demonstrada por Kelsen ante a afirmação de Schmitt de que a “solução austríaca”, isto é, a concentração do controle de constitucionalidade em um tribunal, não seria propriamente uma atividade de *jurisdição*¹¹²³. Consoante visto no capítulo anterior, para Schmitt a solução austríaca seria, na verdade, um mecanismo de “legislação constitucional”, e não de jurisdição, pois “toda instância que coloca fora de

¹¹¹⁹ KELSEN, Hans. *Introduction to the problems of legal theory: a translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law* (1934), p. 7, § 1.

¹¹²⁰ KELSEN, Hans. “La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución” (1939). Trad. Francisco Ayala. In: *La idea del derecho natural y otros ensayos*. Buenos Aires: Editorial Losada, 1946, pp. 96-97, principalmente.

¹¹²¹ KELSEN, Hans. “La idea del derecho natural” (1927) In: *La idea del derecho natural y otros ensayos*. Buenos Aires: Editorial Losada, 1946, pp. 13 e ss.

¹¹²² KELSEN, Hans. “Acerca de las fronteras entre el método jurídico y el sociológico” (1911). In: CORREAS, Óscar (org.). *El otro Kelsen*. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989, pp. 283-317.

¹¹²³ KELSEN, Hans. “Quem deve ser o guardião da Constituição?” (1931). In: *Jurisdição Constitucional*, pp. 247-248.

dúvida, e de modo autêntico, o conteúdo de uma lei, realiza, de maneira efetiva, uma missão de legislador”¹¹²⁴.

Kelsen é bem enfático em sua resposta: tal afirmação de Schmitt “seria um caso típico daquela *jurisprudência conceitual*, que já pode ser considerada como superada hoje em dia”¹¹²⁵. Isso porque Schmitt, em um “escrito situado no plano da política do direito e na sua luta contra a jurisdição constitucional”, parte “de um conceito qualquer de jurisdição” para acabar por concluir que o tribunal constitucional não seria “verdadeira jurisdição”¹¹²⁶.

A “jurisprudência conceitual”, a que Kelsen se refere, foi uma escola jurídica, uma metodologia, fortemente influente no século XIX, e que tem por principais representantes Georg Puchta e Bernhard Windscheid. Seu método consistia em erigir uma pirâmide conceitual, uma hierarquia de conceitos. No topo, encontravam-se os axiomas, e a partir daí, o jurista deveria, como prescrevia Puchta, proceder a uma “genealogia dos conceitos”, uma dedução de conteúdo de cima até a base de tal pirâmide. Na hora da aplicação ao caso concreto, a norma a incidir deveria ser considerada válida caso fosse verificada sua correção sistemática, sua racionalidade lógica¹¹²⁷.

Por mais incrível que possa parecer, Kelsen situa Schmitt em tal marco. Afinal, Kelsen aduz, negar aos tribunais o direito de controle, “demonstrar que a decisão sobre a constitucionalidade das leis e a anulação de leis inconstitucionais por um colégio de homens independentes, em processo litigioso (...) não seria *jurisdicional*”, somente pode ser encarado como “uma afirmação meramente terminológica”¹¹²⁸. A tese de que o tribunal constitucional não seria propriamente jurisdição seria “o pressuposto de uma exigência de política do direito”¹¹²⁹; consistiria na ferramenta que permitiria a Schmitt desconsiderar a “solução austríaca”.

Dessa forma, desmascarado o uso político de tal jurisprudência conceitual por Schmitt, Kelsen ficou em condições de afirmar que “é impossível afirmar que a função

¹¹²⁴ LUHMANN, Niklas. *La ciencia de la sociedad*, p. 89.

¹¹²⁵ KELSEN, Hans. “Quem deve ser o guardião da Constituição?” (1931). In: *Jurisdição Constitucional*, p. 248.

¹¹²⁶ KELSEN, Hans. “Quem deve ser o guardião da Constituição?” (1931). In: *Jurisdição Constitucional*, p. 248.

¹¹²⁷ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Trad. António Manuel Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, p. 457.

¹¹²⁸ KELSEN, Hans. “Quem deve ser o guardião da Constituição?” (1931). In: *Jurisdição Constitucional*, pp. 249-250

¹¹²⁹ KELSEN, Hans. “Quem deve ser o guardião da Constituição?” (1931). In: *Jurisdição Constitucional*, p. 259.

de um tribunal constitucional não é jurisdicional quando a norma que deve aplicar tem conteúdo duvidoso, de modo que sua decisão consista na definição desse conteúdo”¹¹³⁰. Seria a sua fixação por uma jurisprudência dos conceitos que tornaria as teses de Schmitt desprovidas de valor científico: “é sempre a mesma técnica de deduzir de um conceito jurídico pressuposto uma configuração jurídica desejada, a típica mistura de teoria jurídica com política do direito”¹¹³¹. Se o escrito de Schmitt acerca da guarda da Constituição fosse “uma pesquisa jurídica científica (...) não deveria, por fim, ignorar o fato de que já existe um Estado – precisamente a Áustria – em que há mais de um decênio funciona uma jurisdição constitucional central perfeitamente organizada”¹¹³².

Assim, ao entender que as teses schmittianas, que procuraram negar o caráter de “jurisdição” à jurisdição constitucional, são insustentáveis, Kelsen chega à conclusão de que um tribunal constitucional é, sim, exercício de jurisdição¹¹³³. Agora, o que é mais curioso é ver Kelsen desprender tanta energia, para se observar, no mesmo escrito, uma afirmação como esta: “um ponto é de fato insignificante: o de se tal órgão seria um tribunal e sua função verdadeiramente *jurisdicional*”¹¹³⁴. Importante explorar essa ambigüidade, que fica mais clara quando se analisa a conclusão de *Quem deve ser o Guardião da Constituição?*, o seu último parágrafo, mais especificamente.

Kelsen afirma que “a mistura entre ciência e política como princípio, tão em voga hoje em dia, é o método típico da moderna construção ideológica”¹¹³⁵. Isso, no entender de Kelsen, pode prejudicar a ciência, cujas qualidades (isto é, objetividade, universalidade) se diluem quando ela é associada a valores éticos e políticos. Por tudo isso, Kelsen afirma que seu objetivo foi mostrar “*o quanto se justifica a busca de uma separação a mais rigorosa possível entre conhecimento científico e juízo de valor político*”¹¹³⁶.

¹¹³⁰ KELSEN, Hans. “Quem deve ser o guardião da Constituição?” (1931). In: *Jurisdição Constitucional*, p. 255.

¹¹³¹ KELSEN, Hans. “Quem deve ser o guardião da Constituição?” (1931). In: *Jurisdição Constitucional*, p. 260.

¹¹³² KELSEN, Hans. “Quem deve ser o guardião da Constituição?” (1931). In: *Jurisdição Constitucional*, pp. 260-261.

¹¹³³ KELSEN, Hans. “Quem deve ser o guardião da Constituição?” (1931). In: *Jurisdição Constitucional*, pp. 255-257, por exemplo.

¹¹³⁴ KELSEN, Hans. “Quem deve ser o guardião da Constituição?” (1931). In: *Jurisdição Constitucional*, p. 248.

¹¹³⁵ KELSEN, Hans. “Quem deve ser o guardião da Constituição?” (1931). In: *Jurisdição Constitucional*, p. 298.

¹¹³⁶ KELSEN, Hans. “Quem deve ser o guardião da Constituição?” (1931). In: *Jurisdição Constitucional*, p. 298.

Dessa forma, Kelsen não considerou como seu ponto central combater a defesa que Schmitt elaborou da concentração de poderes pelo Presidente do *Reich*. Suas palavras são inequívocas:

Essa análise crítica, naturalmente, *não deseja nem pode colocar em questão o valor político que em determinadas circunstâncias possuem a busca da máxima expansão possível do poder do presidente do Reich, (...) e a conseqüente rejeição de uma jurisdição constitucional*. O escrito de Schmitt é objeto dessa crítica não porque sirva a esse escopo, o qual não deve em absoluto ser rebaixado aqui como político-partidário, mas sim *apenas porque se serve*, para tal escopo político, *de certos métodos que se apresentam como conhecimento sociológico*.¹¹³⁷ (ênfatisou-se)

De forma impressionante, Kelsen parece anular tudo o que falou para dizer que não tem como questionar a concentração de poderes efetuada pelos gabinetes presidenciais, e sustentada por juristas como Schmitt, por exemplo, a quem a crítica é dirigida. Diz mais: sua grande discordância com Schmitt não consiste em colocar o Presidente ou um Tribunal Constitucional para proteger a Constituição, mas sim por Schmitt ter utilizado “métodos sociológicos” para tratar de tal questão. Daí, ele ter afirmado que tanto faz se a guarda da Constituição é jurisdicional ou não¹¹³⁸.

Tudo isso parece ser uma grande *contradictio in adjecto*. De toda sorte, é fácil verificar que a diferença entre ciência do direito e política do direito parece trazer, então, algumas dificuldades para Kelsen. Consiste em um indício que merece, por isso, ser explorado.

2. “Direito subjetivo não é outra coisa que um expediente técnico para a garantia da ordem estatal”¹¹³⁹.

De acordo com o que foi abordado *supra*¹¹⁴⁰, uma das críticas lançadas por Schmitt contra a extensão do uso da fiscalização judicial de constitucionalidade é que o pluralismo da República de Weimar “permitiria que partidos individuais agissem de acordo com seus próprios direitos subjetivos postos acima do ‘real’ interesse do

¹¹³⁷ KELSEN, Hans. “Quem deve ser o guardião da Constituição?” (1931). In: *Jurisdição Constitucional*, p. 297.

¹¹³⁸ KELSEN, Hans. “Quem deve ser o guardião da Constituição?” (1931). In: *Jurisdição Constitucional*, p. 248.

¹¹³⁹ KELSEN, Hans. “Quem deve ser o guardião da Constituição?” (1931). In: *Jurisdição Constitucional*, p. 273.

¹¹⁴⁰ Cf. *supra*, 2.4.

Estado”¹¹⁴¹. Assim, tal como partes de um contrato, os grupos integrantes do pluralismo “reclamam seu direito à própria Constituição, quer dizer, ao próprio poder estatal e a seu exercício”¹¹⁴².

Pois bem, Kelsen faz questão de enfatizar que a jurisdição constitucional, a seu entender, não permite que mediante o processo judicial se façam valer direitos subjetivos em face da Constituição ou mesmo do Estado¹¹⁴³. Kelsen aponta que quando a Constituição autoriza um ente federativo a mover processo contra a União, e vice-versa, “não se criam com isso ‘direitos subjetivos’, como direitos com tendência hostil ao Estado, porque hostil ao direito objetivo”. O que se tem é, ao contrário, uma *legitimação processual*, uma “possibilidade de introduzir junto a uma autoridade central um processo cujo escopo é a eliminação de um ato inconstitucional”. Dessa forma: “tal direito subjetivo não é outra coisa que um expediente técnico para a garantia da ordem estatal”¹¹⁴⁴. Assim, esse expediente técnico não se confunde com o “sentido jusnaturalista de direitos inatos independentes do ordenamento objetivo do Estado e do direito, a ser respeitados por esse ordenamento; direitos que não seriam concedidos e nem subtraídos pelo poder Estatal”¹¹⁴⁵. Pelo que Kelsen apresenta, pode-se concluir que, por ser uma técnica, os direitos subjetivos não são inamovíveis, e por isso podem ser subtraídos: não necessitam ser respeitados pelo ordenamento, pois não são independentes nem inatos em relação ao Estado. Tal qual Schmitt, para Kelsen o direito subjetivo não tem o condão de se impor frente ao real interesse do Estado.

Essa passagem merece, também, ser desenvolvida. Uma marca da Teoria Pura de Kelsen é a rejeição a todo direito natural, um ataque a todo modo de entender o direito que não parta do direito positivo estabelecido pelo Estado. O jusnaturalismo racionalista, de fato, deu significativa contribuição para a sedimentação semântica “direito subjetivo”, e essa origem pode explicar o desconforto de Kelsen. Contudo, quando se mostra que a semântica de direito subjetivo possui uma íntima conexão com

¹¹⁴¹ CALDWELL, Peter C. *Popular sovereignty and the crisis of the German constitutional law: the theory and practice of Weimar constitutionalism*, p. 112.

¹¹⁴² SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución* (1931), pp. 115-116.

¹¹⁴³ KELSEN, Hans. “Quem deve ser o guardião da Constituição?” (1931). In: *Jurisdição Constitucional*, p. 273.

¹¹⁴⁴ KELSEN, Hans. “Quem deve ser o guardião da Constituição?” (1931). In: *Jurisdição Constitucional*, p. 273.

¹¹⁴⁵ KELSEN, Hans. “Quem deve ser o guardião da Constituição?” (1931). In: *Jurisdição Constitucional*, p. 273 (foi cotejado com a edição espanhola: KELSEN, Hans. *Quien debe ser el defensor de la Constitución?* (1931). Madrid: Tecnos, 1995, p. 51).

a diferenciação funcional que caracteriza a modernidade¹¹⁴⁶, a atitude de Kelsen em negar direitos que sejam independentes do Estado passa a ser vista não como o expurgo de um jusnaturalismo que contaminava a ciência do direito. Ao contrário, tem-se por hipótese que a desvalorização do direito subjetivo por Kelsen, ao que tudo indica, tem como preço uma valorização daquilo que é *objetivo*, do Estado. Tal como se pode perceber, isso parece aproximar a noção de direito subjetivo de Kelsen do conceito absoluto de Constituição de Schmitt, que não era outro: “a todo Estado corresponde unidade política e ordenação social”, dessa forma, o Estado transcende a soma de suas partes, afinal “a canção ou peça musical de um coro permanece igual quando mudam os homens que a cantam ou executam-na”¹¹⁴⁷. Indício interessante, este.

3. “Entre o caráter político da legislação e o da jurisdição há apenas uma diferença quantitativa, não qualitativa”.

Um dos argumentos lançados por Schmitt para desqualificar o controle de constitucionalidade proposto pela “solução austríaca” foi o de que tal método acaba por nivelar a diferença entre legislação e jurisdição. Como visto, Schmitt acreditava que ao se conferir a uma única instância a competência para se pronunciar sobre questões constitucionais tão amplas como aquelas que a Constituição de Weimar dava azo, acabar-se-ia por constituir um órgão que na verdade realizaria uma interpretação autêntica¹¹⁴⁸. Até porque, em uma questão constitucional, não se teria em tela uma questão de adequação de um fato a uma norma, uma subsunção, que caracteriza a atividade jurisdicional. Ao contrário, o que estaria em jogo, ainda segundo Schmitt, seria a fixação de um certo conteúdo para uma determinada lei; uma *decisão* que, como tal, escapa à norma, necessariamente.

No ensejo de rebater tais considerações, Kelsen tenta mostrar que Schmitt, na verdade, seria um representante tardio do automatismo judicial, uma doutrina “que descende do estoque da ideologia da monarquia constitucional”¹¹⁴⁹. Em tal marco, o juiz jamais criaria direito, pois a decisão correta *já constaria* na lei, bastando ao aplicador achá-la. Kelsen, então, usa Schmitt contra o próprio Schmitt. Como visto acima, o principal traço do decisionismo é colocar a decisão em uma posição de precedência em

¹¹⁴⁶ Cf. VERSCHRAEGEN, Gert. “Human Rights and modern Society: a sociological analysis from the perspective of systems theory”. In: *Journal of Law and Society*. Vol. 29, nº 2. Oxford: Blackwell, Junho de 2002, pp. 258-291; DE GIORGI, Raffaele. “Semântica da idéia de direito subjetivo”. In: *Direito, democracia e risco – vínculos com o futuro*, pp. 99-112.

¹¹⁴⁷ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución* (1928), p. 30.

¹¹⁴⁸ SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución* (1931), pp. 57, 89, 101.

¹¹⁴⁹ KELSEN, Hans. “Quem deve ser o guardião da Constituição?” (1931). In: *Jurisdição Constitucional*, p. 258.

relação à norma. Nessa senda, Kelsen vai concordar com Schmitt no que toca à onipresença da *decisão*, para assim negar a diferença feita por Schmitt entre legislação e jurisdição a partir do conceito de subsunção. As palavras de Kelsen são mais claras:

Pois bem, é justamente dessa compreensão que resulta o fato de que entre lei e sentença não existe diferença qualitativa, que esta é, tanto quanto aquela, produção do direito, que a decisão de um tribunal constitucional, por ser um ato de legislação, isto é, de produção do direito, não deixa de ser um ato de jurisdição, ou seja, de aplicação do direito, e particularmente que, em função de o elemento da *decisão* não se limitar de modo algum à função legislativa, mas sim também – e necessariamente – estar contido na função judicial, ambas devem possuir caráter *político*.¹¹⁵⁰

Kelsen, então, realiza o interessante movimento de aceitar a premissa de Schmitt para, ato imediato, rejeitar suas conclusões. Já que a *decisão* é intrínseca à função judicial, ela é por esse mesmo motivo tão política quanto a função legislativa. Com isso, Kelsen aduz: “torna-se vazia toda a argumentação pela qual o controle de constitucionalidade não seria jurisdição por causa de seu caráter político”¹¹⁵¹. Kelsen, assim, enfatiza que a tarefa judicial é mais que simplesmente aplicar o ordenamento jurídico emanado do Legislativo. E se o “político” de Schmitt está na “decisão”, acredita Kelsen, na sentença judicial tem-se também um exercício de poder¹¹⁵², afinal, a sentença *cria* direito, e uma decisão da jurisdição constitucional é um ato de legislação, só que em *sentido negativo*¹¹⁵³. Dessa forma, a criação do direito não é monopólio do legislador, o juiz também o faz. E por isso “entre o caráter político da legislação e o da jurisdição há apenas uma diferença quantitativa, não qualitativa”¹¹⁵⁴.

Ao localizar a decisão, o político, não somente na legislação, mas também na jurisdição, e assim não enxergar uma diferença *qualitativa* entre essas duas funções estatais, Kelsen não estava prestando uma homenagem *avant la lettre* à microfísica do poder de Michel Foucault. Antes disso, o argumento lançado por Kelsen é uma clara aplicação da *Stufenbaulehre*, teoria da construção escalonada do ordenamento jurídico,

¹¹⁵⁰ KELSEN, Hans. “Quem deve ser o guardião da Constituição?” (1931). In: *Jurisdição Constitucional*, pp. 258-259

¹¹⁵¹ KELSEN, Hans. “Quem deve ser o guardião da Constituição?” (1931). In: *Jurisdição Constitucional*, p. 259

¹¹⁵² KELSEN, Hans. “Quem deve ser o guardião da Constituição?” (1931). In: *Jurisdição Constitucional*, pp. 250-251.

¹¹⁵³ KELSEN, Hans. “Quem deve ser o guardião da Constituição?” (1931). In: *Jurisdição Constitucional*, p. 263.

¹¹⁵⁴ KELSEN, Hans. “Quem deve ser o guardião da Constituição?” (1931). In: *Jurisdição Constitucional*, p. 251.

desenvolvida a partir de 1917 por seu mais brilhante aluno e depois colega de Universidade de Viena, Adolf Julius Merkl¹¹⁵⁵.

Segunda a autorizada leitura de Giorgio Bongiovanni, “a *Stufenbaulehre* representa, sob esse ponto de vista, o instrumento de aperfeiçoamento do conceito de Estado de direito elaborado nos *Hauptprobleme*”¹¹⁵⁶ (título da tese de livre-docência de Kelsen). Mas é de se perguntar: por que um instrumento que aperfeiçoa uma noção pura do direito, a *Stufenbau*, pode ser tão útil a Kelsen para afirmar que a função jurisdicional é tão política quanto a função legislativa?

É muito curioso: na tentativa de rebater a crítica de Schmitt acerca do perigo de “politização do judiciário”, Kelsen acaba por afirmar que isso é inevitável, que a aplicação do direito é sempre também criação e que, portanto, o judiciário *já é* politizado. Assim, a decisão e o político estão em toda parte, tal como acredita Schmitt. Esse indício sugere ser proveitosa uma incursão na teoria da construção escalonada do ordenamento jurídico; ao fornecer uma interessante base para uma comparação entre Kelsen e Schmitt, ela pode tornar manifestas algumas características do conceito de direito de Kelsen, e assim, de seu conceito de “guardião da Constituição”.

4. *A garantia da Constituição “corresponde ao princípio específico da máxima legalidade da função estatal, própria ao Estado de Direito”*¹¹⁵⁷.

Para Kelsen, “a função política da Constituição é a de estabelecer limites jurídicos ao exercício do poder”¹¹⁵⁸. Saber qual o melhor método, a partir do qual tais limites devem se estruturar, é questão que varia “segundo diferentes pontos de vista políticos”¹¹⁵⁹. De forma que pode ser dado um maior enfoque em garantias repressivas ou preventivas, pessoais ou objetivas¹¹⁶⁰, enfim. Seja como for, garantir a tarefa que é própria à Constituição, ou seja, garantir os limites jurídicos ao poder, “significa gerar segurança de que esses limites jurídicos não serão transgredidos”¹¹⁶¹. O “guardião da Constituição” por isso nada mais é que uma garantia da Constituição, “um órgão cuja

¹¹⁵⁵ LOSANO, Mario G. *Teoría pura del derecho: evolución y puntos cruciales*. Trad. Jorge Guerrero. Bogotá: Temis, 1992, p. 15.

¹¹⁵⁶ BONGIOVANNI, Giorgio. *Reine Rechtslehre e dottrina giuridica dello Stato: Hans Kelsen e la Costituzione Austriaca del 1920*. Milano: Giuffrè, 1998, p. 107.

¹¹⁵⁷ KELSEN, Hans. “Quem deve ser o guardião da Constituição?” (1931). In: *Jurisdição Constitucional*, p. 239 (edição espanhola: KELSEN, Hans. *Quien debe ser el defensor de la Constitución?* (1931). Ed. Eugenio Bulygin. Madrid: Tecnos, 1995, p. 4)

¹¹⁵⁸ KELSEN, Hans. *Quien debe ser el defensor de la Constitución?* (1931), p. 5 (nesse ponto, a edição espanhola se mostra superior à edição brasileira).

¹¹⁵⁹ KELSEN, Hans. *Quien debe ser el defensor de la Constitución?* (1931), p. 4.

¹¹⁶⁰ KELSEN, Hans. “La garantía jurisdiccional de la Constitución: la Justicia Constitucional”. In: *Escritos sobre la Democracia y el Socialismo*. Madrid: Editorial Debate, 1988, p. 121.

¹¹⁶¹ KELSEN, Hans. *Quien debe ser el defensor de la Constitución?* (1931), p. 5.

função é defender a Constituição contra violações”¹¹⁶². Já que a Constituição é um conjunto de normas determinadas “a garantia da Constituição significa verificar se um fato contradiz a Constituição”¹¹⁶³.

E é aqui que a questão da legalidade, no sentido de conformidade com o direito, *Rechtsmäßigkeit*, aparece¹¹⁶⁴. A legalidade para Kelsen é conformidade com um degrau normativo superior. A Constituição é violada quando uma norma que lhe é inferior não é promulgada com legalidade regular. A *regularidade*, então, é “uma relação de correspondência de um grau inferior com um grau superior do ordenamento jurídico”¹¹⁶⁵. A *garantia da regularidade* é um controle que verifica se a correspondência foi mantida. Nessa senda, 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”¹¹⁶⁶. O guardião da Constituição, assim, verifica se as normas foram publicadas consoante o que é estabelecido pela Constituição. Isso geraria a segurança de que os limites que a Constituição colocou ao poder não sejam ultrapassados.

A partir disso é possível ler com outro enfoque a afirmação de que “a exigência própria à política do direito (*rechtspolitische*) de garantias da Constituição (...) corresponde ao princípio específico da máxima legalidade (*Rechtsmäßigkeit*) da função estatal, própria ao Estado de Direito”¹¹⁶⁷. O que se tem aqui é não é uma definição de garantia da Constituição, mas sim de Estado de Direito, que seria “a máxima legalidade da função estatal”.

É um argumento que parece ser, também, fonte de dificuldades. Conforme já foi constatado, *supra*, definir o “Estado de Direito” como o Estado que usa o direito

¹¹⁶² KELSEN, Hans. *Quien debe ser el defensor de la Constitución?* (1931), p. 3. A edição espanhola é citada nesta passagem, em detrimento da brasileira, por um simples fato: na tradução brasileira não foi traduzido o primeiro parágrafo do texto original, que consta na edição espanhola. Isso porque a tradução brasileira tomou como base o artigo omônimo aparecido no periódico *Die Justiz*, nº. 6, em 1931 (pp. 576-628), que era ligado à SPD alemã. O mesmo artigo foi reeditado em forma de livro por Kelsen, no mesmo ano de 1931, com a diferença desse parágrafo inicial, pela Editora Rotschild, de Berlim: que é a edição tomada como base da tradução espanhola. Cf. PAULSON, Stanley L. “Constitutional Review in the United States and Austria: notes on the Beginnings”. In: *Ratio Juris*, p. 233, nota 18.

¹¹⁶³ KELSEN, Hans. *Quien debe ser el defensor de la Constitución?* (1931), p. 3.

¹¹⁶⁴ Kelsen usa *Rechtsmäßigkeit* e não *Legalität* (como Schmitt). Devo afirmar que não teria notado essa diferença sem a leitura do interessante estudo de: LIMA, Martônio Mont’Alverne Barreto. “A guarda da Constituição em Hans Kelsen”. In: *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. Nº 1: Justiça Constitucional. São Paulo: Ed. Método; ESDC, janeiro-junho de 2003, pp. 204-205, principalmente.

¹¹⁶⁵ KELSEN, Hans. “La garantía jurisdiccional de la Constitución: la Justicia Constitucional”. In: *Escritos sobre la Democracia y el Socialismo*. Madrid: Editorial Debate, 1988, p. 111.

¹¹⁶⁶ KELSEN, Hans. “La garantía jurisdiccional de la Constitución: la Justicia Constitucional”. In: *Escritos sobre la Democracia y el Socialismo*, p. 109.

¹¹⁶⁷ KELSEN, Hans. *Quien debe ser el defensor de la Constitución?* (1931), p. 4.

como um *medium* de instrumentalização de seus programas políticos não significa vincular o Estado ao direito, ou seja, não garante, automaticamente, uma restrição da arbitrariedade, do abuso do poder. Aliás, pode até acontecer o perfeito contrário: “uma imensa extensão da aplicabilidade do poder”¹¹⁶⁸. O embate do constitucionalismo monárquico alemão do Oitocentos com o *Rechtsstaat* mostra isso de forma muito nítida¹¹⁶⁹. Se é assim, afirmar que o guardião da Constituição garante a máxima legalidade da função estatal, que por sua vez é um princípio do Estado de Direito, sugere não garantir que a Constituição seja efetivamente protegida. Esse indício justifica que o conceito de Estado de Direito de Kelsen seja investigado, já que a jurisdição constitucional é sua máxima realização.

3.2. Localização e problematização das razões de Kelsen em seu arcabouço teórico: da “política do direito” à “ciência do direito”.

Os indícios que apareceram ao longo da resposta de Kelsen são referenciais palpáveis – e promissores – para um estudo mais aprofundado da polêmica entre Kelsen e Schmitt. Isso porque “quando as causas não estão disponíveis, só resta inferi-las a partir dos efeitos”¹¹⁷⁰. A análise dos efeitos, a partir da exploração dos indícios, permitem vislumbrar alguns pontos da teoria de Kelsen que normalmente não são notados. Em suma: certas respostas que Kelsen deu a Schmitt possibilitam que a teoria do próprio Kelsen seja lida à outra luz. É o que será realizado neste item, em que cada indício apontado no item precedente será cotejado com a pureza da teoria pura, na exata ordem em que foram aventados.

Assim, passa-se ao exame de algumas purezas: da ciência do direito, da unidade, da ordem e do Estado, respectivamente. Tem-se total consciência, aqui, de que o tempo Weimar não se resumia a Schmitt; que Kelsen tinha outros adversários também em tela. Caso seja necessário, a dimensão polêmica dos escritos de Kelsen será, então, valorizada. É uma forma de situar sua teoria na história. Contudo, o contraponto permanente desta observação é o decisionismo de Schmitt.

¹¹⁶⁸ LUHMANN, Niklas. “Two sides of the State founded on law.” [*Zwei Seiten der Rechtsstaat*] In: *Political Theory in the Welfare State*, p. 194.

¹¹⁶⁹ Cf. *supra*, 1.5.2.

¹¹⁷⁰ GUINZBURG, Carlo. “Sinais: raízes de um paradigma indiciário”. In: *Mitos, emblemas, sinais: morfologia e história*. 2ª ed. Trad. Frederico Carotti. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p. 169.

3.2.1. A pureza da ciência do direito.

Tal como já se fez menção, *supra*, a diferença entre ciência e política é de grande valia para Kelsen criticar a proposta schmittiana de guardião da Constituição. Isso permitiu a Kelsen, em algumas passagens, conceber Schmitt como mero ideólogo. Ao realizar tal movimento, Kelsen, na verdade, confecciona uma distinção. Se é uma distinção, existe um outro lado, um *unmarked space*: se Schmitt faz política do direito, Kelsen é cientista. Mas daí é imperativa a conclusão: se Kelsen é somente cientista ele não pode ter nada a mencionar a respeito da questão de quem deve ser o guardião da Constituição (que é uma questão de política do direito).

Para não ser superado pela própria crítica, Kelsen, em algumas passagens, teve que conceder que sua fala se tratava de política do direito¹¹⁷¹. E até por isso, a conclusão de Kelsen foi inevitável: sua resposta a Schmitt se pautaria pela relatividade, de forma que ele não teve como dizer que é inconstitucional colocar o Presidente do *Reich* como guardião da Constituição. Sua única discordância foi Schmitt ter se valido do “método sociológico”. Daí a importância de se examinar a diferença entre ciência e política, já que ela trouxe problemas a Kelsen quando ele teve que se posicionar frente a um problema bem decisivo para a sorte da República de Weimar. Isso é conseguido quando se percebe a mudança na forma pela qual Kelsen demarcou a diferença entre ciência do direito e política do direito no interregno situado entre 1911 a 1934.

Desde a publicação de sua tese de livre-docência, em 1911, os *Problemas Fundamentais da Teoria do Direito Público*, a questão central das investigações de Kelsen era aquela de saber como se poderia conferir autonomia ao direito, ou melhor, à *ciência do direito*¹¹⁷². Como a ciência do direito poderia se diferenciar da física, da sociologia, da ética, dos outros domínios do conhecimento, enfim. Uma preocupação que atinge seu ápice com a publicação da primeira edição da *Teoria Pura do Direito*

¹¹⁷¹ KELSEN, Hans. “Quem deve ser o guardião da Constituição?” (1931). In: *Jurisdição Constitucional*, pp. 255, 260, 264, por exemplo.

¹¹⁷² KELSEN, Hans. *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico, esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica* (1911). Ed. Agostino Carrino. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1997. O título original é *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*. A tradução italiana tem como base a segunda edição, de 1923, que na verdade se trata, como afirma o próprio Kelsen, de um reimpressão da primeira edição, de 1911. A segunda edição foi acrescida de um novo prefácio, de sumo interesse para o mapeamento das modificações sofridas pela teoria pura do direito nesse interregno, porquanto Kelsen esmiúça a gênese de mudanças significativas em seu pensamento, como o surgimento da noção de norma fundamental, *Grundnorm*, e a incorporação da *Stufenbaulehre* de Adolf Julius Merkl.

(*reine Rechtslehre*), em 1934¹¹⁷³. Explicável, portanto, que a necessidade de separar direito e ideologia se manifeste também em sua resposta a Schmitt, que se deu em 1931. Mostra-se interessante, então, saber como Kelsen descrevia a ciência do direito.

Já nos *Problemas Fundamentais*, Kelsen deixa claro que, em seu entender, as principais características da ciência são *unidade e pureza*. Se Kelsen foi realmente um “executor testamentário de Laband”, como acreditava Gerhard Leibholz¹¹⁷⁴, isso é questão disputada. Todavia, o paralelo é de reminiscência inevitável quando se vê Kelsen expando o seu método no prefácio, tal como costumava fazer Paul Laband¹¹⁷⁵. É dessa forma que se observa, não só no prefácio à primeira edição de 1911, mas principalmente no prefácio à segunda edição de 1923, uma verdadeira aula de teoria pura. Neles, pode-se constatar que Kelsen acredita que essas duas qualidades, unidade e pureza, é precisamente o que não se tem quando se observa os tradicionais enfoques jurídicos. E, por isso, Kelsen acredita que o principal problema da teoria do direito, à época, era de ordem metodológica. O que justificaria que seus *Problemas Fundamentais* não tivessem nenhum escopo prático, mas somente teórico: “o meu trabalho serve somente a necessidades teóricas, e não práticas, e somente por meio da especulação formal esse objetivo pode ser alcançado”¹¹⁷⁶.

Na busca por erigir um método com fim em si mesmo, Kelsen declara que o direito, objeto da ciência do direito, não raro é descrito a partir de métodos próprios às *ciências da natureza*, cuja tarefa “é a de explicar o comportamento efetivo das coisas materiais”¹¹⁷⁷. Esse ponto de vista *explicativo* se dá pela atribuição de um resultado – que acontece no mundo físico, sensível, que *deve necessariamente (muß)* ocorrer, e que se expressa mediante uma lei em sentido naturalístico (*gemußt*)¹¹⁷⁸. Essa é uma lei natural, em que o seu dever (*Müssen*), sua causa e efeito, não admitem exceções, sob

¹¹⁷³ KELSEN, Hans. *Introduction to the problems of legal theory: a translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law* (1934). Trad. Bonnie Litschewski Paulson e Stanley L. Paulson. Oxford: Clarendon Press, 1996.

¹¹⁷⁴ LEIBHOLZ, Gerhard. “Les tendances actuelles de la doctrine du droit public en Allemagne”. In: *Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*. N° 1. Paris: Recueil Sirey, 1931, p. 208. Demarcando o mesmo paralelo: TRIEPEL, Heinrich. *Derecho público y política*, p. 49.

¹¹⁷⁵ Cf. LABAND, Paul. *Le Droit Public de l'Empire allemand I: formation de l'Empire allemand, l'Empire et les États particuliers, l'Empereur, le Bundesrath, le Reichstag*, pp. 1-11.

¹¹⁷⁶ KELSEN, Hans. *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico, esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica* (1911), p. 11.

¹¹⁷⁷ KELSEN, Hans. *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico, esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica* (1911), p. 43.

¹¹⁷⁸ KELSEN, Hans. *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico, esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica* (1911), p. 44.

pena de se tornar inválida¹¹⁷⁹. Esse é o método específico, aduz Kelsen, não somente das ciências exatas, mas também da sociologia e da psicologia¹¹⁸⁰. E Kelsen não esconde que esse enfoque “científico-causal”, representado principalmente pela sociologia, é um de seus dois adversários imediatos: o outro é o jusnaturalismo, que desconsidera o objeto que propicia a construção de uma teoria pura, qual seja o direito positivo¹¹⁸¹.

Para conseguir erigir um método imune à lei natural da causalidade, Kelsen necessita de uma “unidade de análise”, um conceito que permita demarcar uma diferença em relação às leis da natureza. Esse conceito é a *norma*, a lei posta pelo Estado¹¹⁸². A partir daí é possível ter um enfoque não *explicativo*, mas *normativo*: “esse contraste (...) repousa sobre uma diferença do ponto de vista a partir do qual se considera o objeto”¹¹⁸³. A norma, ao contrário da lei natural, não expressa que algo deve acontecer factualmente, no plano do “ser” (*Sein*), como resultado de uma relação necessária de causa e efeito, ou seja, em sentido naturalístico (*gemußt*). Na verdade a norma diz que, ocorrida uma certa circunstância, algo é devido em sentido normativo (*gesollt*)¹¹⁸⁴. Kelsen, nesse passo, acredita que para conseguir a pureza perseguida, mostra-se necessário radicalizar tal diferença, e “um contraste total entre lei natural e norma somente é possível sob a base de uma total disparidade entre ser e dever-ser”¹¹⁸⁵.

Assim, já se pode verificar que a norma é o início de Kelsen para sua construção de uma ciência pura, livre de causalidades e sociologicismos. Mas se o direito é um conjunto de normas jurídicas, ele não deve ser confundido com a *ciência do direito*. Para tanto Kelsen necessita construir outra diferença: uma coisa é norma de direito, outra é *proposição jurídica*¹¹⁸⁶. Assim, o direito, enquanto objeto da ciência do direito, consistiria em um conjunto de enunciados de *Sollen*. Já a ciência do direito

¹¹⁷⁹ KELSEN, Hans. *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico, esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica* (1911), p. 18.

¹¹⁸⁰ KELSEN, Hans. *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico, esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica* (1911), p. 7.

¹¹⁸¹ KELSEN, Hans. *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico, esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica* (1911), p. 17.

¹¹⁸² KELSEN, Hans. *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico, esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica* (1911), p. 42.

¹¹⁸³ KELSEN, Hans. *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico, esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica* (1911), p. 43.

¹¹⁸⁴ KELSEN, Hans. *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico, esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica* (1911), p. 44.

¹¹⁸⁵ KELSEN, Hans. *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico, esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica* (1911), p. 45.

¹¹⁸⁶ Em sentido oposto, igualando as proposições jurídicas e as normas positivas: EISENMANN, Charles. “Science du droit et sociologie dans la pensée de Kelsen”. In: *Écrits de Théorie du Droit, de Droit Constitutionnel et d’Idées Politiques*. Ed. Charles Leben. Paris: Éditions Panthéon-Assas, 2003, p. 400.

observaria tais enunciados a partir de proposições jurídicas¹¹⁸⁷. A proposição jurídica consiste em um nexos causal *normativo* entre um determinado suporte fático (*Tatbestand*) que descreve um ilícito e a reação do Estado a tal suporte fático, ou seja, a consequência do ilícito, sanção (em sentido amplo, e não apenas penal)¹¹⁸⁸. Bem explicado, ocorre uma *imputação*, conceito central para a teoria pura de Kelsen¹¹⁸⁹. Uma vez que uma proposição consiste em “um conjunto de palavras que possuem um significado em sua unidade”¹¹⁹⁰, por meio da proposição jurídica a ciência jurídica desenvolve a importante função de dizer quando uma conduta concretizou um suporte fático previsto por uma lei do Estado, que “contém a vontade do Estado”, afinal a lei “determina os suportes fáticos que devem valer como ação do Estado”¹¹⁹¹. Assim, a imputação, descrita pela proposição jurídica, liga logicamente o ilícito à reação do Estado, a sanção, a consequência do ilícito.

A proposição jurídica permite que a ciência do direito se coloque em pé de igualdade com as ciências naturais, uma preocupação metodológica que era muito comum à época¹¹⁹². O cientista do direito, dessa forma, busca construir conceitos fundamentais que sejam logicamente defensáveis; busca exorcizar as contradições lógicas de um sistema. Para tanto não pode passar para o mundo do ser: deve permanecer no mundo do dever-ser¹¹⁹³, o que é conseguido com uma separação rígida entre direito e ciência do direito, entre norma de direito e proposição jurídica:

O direito é qualquer coisa de diverso da ciência do direito; somente esta última forma os conceitos jurídicos, enquanto o primeiro, o ordenamento jurídico, regula as relações da vida, e nessa atividade (na *criação de normas*) ele é essencialmente diverso da formação dos conceitos sobre a base do ordenamento jurídico.¹¹⁹⁴

¹¹⁸⁷ KELSEN, Hans. *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico, esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica* (1911), p. 19.

¹¹⁸⁸ KELSEN, Hans. *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico, esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica* (1911), p. 90.

¹¹⁸⁹ Não se pode, aqui, analisar o conceito de imputação com a profundidade que sua importância requer, no entanto, Cf. PAULSON, Stanley L. “Hans Kelsen’s doctrine of imputation”. In: *Ratio Juris*. Vol. 14, nº 1. Oxford: Blackwell, março de 2001, pp. 47-63.

¹¹⁹⁰ BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Trad. Fernando Pavan Baptista, Ariani Sudatti. Bauru: Edipro, 2001, p. 73.

¹¹⁹¹ KELSEN, Hans. *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico, esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica* (1911), p. 223.

¹¹⁹² CARRINO, Agostino. *L’ordine delle norme: Stato e diritto in Hans Kelsen*. 3ª ed. ampliada. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1992, p. 344.

¹¹⁹³ KELSEN, Hans. *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico, esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica* (1911), p. 9.

¹¹⁹⁴ KELSEN, Hans. *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico, esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica* (1911), p. 131.

Essa formação de conceitos *a partir do material legislativo*, função de uma ciência do direito, é feita mediante a concatenação lógica dos enunciados de *Sollen*, realizada pelas proposições jurídicas, e, assim, “a legalidade específica do direito se manifesta”, tal como acontece com as ciências naturais, quando por meio da lei de causalidade se vê um juízo de causa e efeito que é necessário em termos naturalísticos¹¹⁹⁵. Com isso, percebe-se que duas coisas parecem bem importantes a Kelsen para que a autonomia da ciência do direito seja fundamentada. Uma é separar direito de ciência do direito, a outra é diferenciar dois planos lógicos incomunicáveis, o *ser* e o *dever-ser*, uma forma que parece ser um pressuposto de suas considerações. Mas Kelsen não a inventa. Ele, aqui, realiza suas observações a partir de uma semântica muito difundida à sua época. O entendimento da pureza da teoria pura depende dessa contextualização.

Não é Kelsen, mas David Hume que é usualmente apontado como o ponto de partida da diferença entre ser e dever-ser (*Is* e *Ought*). Ao negar a possibilidade de se inferir uma regra de conduta a partir de uma descrição de algo que *é*, Hume afirmava ser inviável a construção de um sistema moral a partir da ontologia, como acreditava alguns de seus contemporâneos. Dessa maneira, se inaugurou o discurso filosófico que acredita ser logicamente impossível passar do *ser* para o *dever-ser*, inferir um valor a partir de um fato¹¹⁹⁶. Essa separação intransponível, a “guilhotina de Hume”, fez fortuna na história das idéias¹¹⁹⁷. Immanuel Kant tratou de divulgá-la, ao entender que “a razão teórica se exprime no indicativo acerca dos julgamentos sobre a realidade (*Sein*), enquanto que a razão prática se exprime por imperativos (*Sollen*)”¹¹⁹⁸. Kant parece, com isso, afirmar que uma metafísica dos costumes é possível¹¹⁹⁹ e independente do empírico, uma vez que seria um saber *a priori* derivado da razão pura¹²⁰⁰. Seja como for, o mais importante para os fins desta pesquisa é entender a leitura que o movimento

¹¹⁹⁵ KELSEN, Hans. *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico, esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica* (1911), p. 18.

¹¹⁹⁶ CHAZAL, Jean-Pascal. “Philosophie du droit et théorie du droit, ou l’illusion scientifique”. In: *Archives de Philosophie du droit*. N° 45: L’américanisation du droit. Paris: Dalloz, CNRS, 2001, p. 315.

¹¹⁹⁷ VON WRIGHT, Georg Henrik. “Ser e Deber-ser”. In: AARNIO, Aulis *et alli* (orgs.). *La normatividad del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1997, p. 89.

¹¹⁹⁸ CHAZAL, Jean-Pascal. “Philosophie du droit et théorie du droit, ou l’illusion scientifique”. In: *Archives de Philosophie du droit*, p. 315.

¹¹⁹⁹ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes* (1785). Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Ed. 70, 1995, p. 30: “Dever é a necessidade de uma ação por respeito à lei”.

¹²⁰⁰ É o que se infere a partir de: BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. 4ª ed. Brasília: Ed. UnB, 1997, pp. 51-53.

neokantiano fez dessa separação entre ser e dever-ser: a partir de Kant, mas muitas vezes contra Kant. É nessa fonte que Kelsen bebe.

a) Assonâncias neokantianas no conceito de ciência de Kelsen. Implicações.

O neokantismo se erige sob as ruínas do Idealismo alemão. Principalmente entre as décadas de 1870 e 1920, a revalorização da doutrina empírico-científica de Kant (e não de seu enfoque mais idealista) opera um redimensionamento da filosofia, que passa a ser entendida, basicamente, como teoria do conhecimento. Um movimento que não buscou efetuar uma análise exegética do *corpus* kantiano, que conscientemente pretendeu ir além de Kant, às vezes contestando-o¹²⁰¹. Até por isso, precisamente o que não se viu em tal movimento foi um caráter monolítico. As abordagens e resultados foram os mais diversos, mas em grandes linhas é possível ver que a questão metodológica, a ânsia por garantir autonomia a uma área do conhecimento, consiste no traço em comum que possibilita tratar enfoques tão diversos sob o mesmo conceito. Costumeiramente, se apontam duas escolas neokantianas, a Escola de Marburgo e a Escola de Baden.

O neokantismo de Baden teve expoentes como Wilhelm Windelband, Heinrich Rickert, Emil Lask, Gustav Radbruch, Max Weber e Georg Simmel. Que possuíam projetos de pesquisa com poucas características em comum, é de se conceder. Mas havia algo que conferia unidade a essa multiplicidade de enfoques, a ponto de permitir que se fale em uma “escola”: o ponto em comum era o afã de desenvolver uma teoria dos valores que garantisse às ciências do espírito uma consciência metodológica¹²⁰². Um autor como Windelband, vai compreender o direito como um sistema de normas inserido em um sistema geral de valores, cujo significado caberia à filosofia do direito desvendar. O que não deixa de ser um problema, afinal, valor e realidade, valor e direito positivo não se comunicam, porquanto consistem em estruturas lógicas distintas. Emil Lask, tentando trabalhar sob esse paradoxo, afirmou que o direito não ostentaria uma estrutura de valores externos, pois enquanto sistema de normas seria imerso só

¹²⁰¹ HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, pp. 331-332.

¹²⁰² Cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego. 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, pp. 125-138.

formalmente, metodologicamente, em um sistema de valores¹²⁰³. Um Max Weber, partindo de Rickert, sabe que a relação com os valores é inevitável para os que vivem em sociedade, porém, precisamente o *método* é que pode proporcionar uma interpretação *causal* ou *explicativa*. Daí, uma ciência com rigor conceitual pode lidar com os valores que permeia a sociedade, a cultura¹²⁰⁴ (por isso a centralidade da noção de tipo ideal).

Essa preocupação metodológica própria ao neokantismo, que erigia o modo de se conhecer algo à condição de possibilidade da teoria, foi sedutora para Kelsen, que em carta escrita para Julius Moór afirma que seu contato com o neokantismo começou mediante a obra de Windelband¹²⁰⁵. Contudo, é preciso não se seduzir por uma confissão biográfica tão forte. A despeito da declaração de Kelsen, quando se examina sua obra vê-se que Georg Simmel se apresenta como o integrante da Escola de Baden que deixa em Kelsen uma impressão mais profunda: é dele a principal influência que Kelsen sofreu na conformação de seu conceito de *Sollen*, dever-ser. Como percebeu Mario Losano, o *Sollen*, tanto em Simmel quanto em Kelsen, é uma categoria formal pura, que pode receber qualquer conteúdo precisamente pelo fato de estar separada de todo conteúdo. É sintomático notar que, quando tentou defini-lo, Simmel não o conseguiu, ao argumento de que o *Sollen* não se deixaria decompor logicamente¹²⁰⁶.

Logo nos *Problemas Fundamentais*, em 1911, Kelsen já se mostrara adepto da noção simmeliana de dever-ser: “Tal como o ser, o dever-ser é uma ‘categoria originária’, e assim como é impossível descrever que coisa é o ser, ou que coisa é o pensamento, assim é impossível dar uma definição do dever-ser”¹²⁰⁷. Assim, tem-se, entre ser e dever-ser, um contraste lógico-formal, “não existindo nenhuma via que leve de um ao outro: os dois mundos ficam separados um de frente ao outro por um abismo

¹²⁰³ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Conceito de sistema no direito: uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask*. São Paulo: Ed. USP; Revista dos Tribunais, 1976, pp. 47-52.

¹²⁰⁴ FREUND, Julien. *Sociologia de Max Weber*, pp. 42, 47. A noção mais difundida do conceito de ciência de Weber é aquele que consta no “Wissenschaft als Beruf”: a ciência põe “à nossa disposição certo número de conhecimentos que nos permitem dominar tecnicamente a vida por meio da previsão”, também propicia “métodos de pensamento, isto é, os instrumentos de uma disciplina”; soma-se a isso “uma terceira vantagem: a ciência contribui para a clareza”. Cf. WEBER, Max. “A ciência como vocação”. In: *Ciência e política: duas vocações*. Trad. Leônidas Hegenberg e Octany da Mota. Brasília; São Paulo: Universidade de Brasília, Cultrix, 1983, p. 45.

¹²⁰⁵ KELSEN, Hans. “Carta de Hans Kelsen a Julius Moór (Viena, 20.2.1927)”. Trad. Michel Troper. In: *Droit & Societé*. N° 7. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1987, p. 337. De se notar, que, efetivamente, Kelsen se utiliza de obras de Windelband no primeiro capítulo dos *Problemas fundamentais*: KELSEN, Hans. *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico, esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica* (1911), por exemplo, p. 42.

¹²⁰⁶ LOSANO, Mario G. *Teoría pura del derecho: evolución y puntos cruciales*, pp. 94-95.

¹²⁰⁷ KELSEN, Hans. *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico, esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica* (1911), p. 46.

(*baratro*) insuperável”¹²⁰⁸. E é dessa forma, como se vê, que reaparece a guilhotina de Hume.

Mas a influência do neokantismo de Baden em Kelsen parece parar por aí, uma vez que ela pode ser quase que resumida à noção de *Sollen* de Simmel. Tal como é normalmente apontado, bem mais decisivo para o conceito de ciência de Kelsen foi o neokantismo de Marburgo¹²⁰⁹: nomeadamente por meio das considerações sobre teoria do conhecimento de seu maior representante, Hermann Cohen, como, aliás, indica o próprio Kelsen em correspondência endereçada a Renato Treves¹²¹⁰.

Em apertada síntese, pode-se afirmar que o neokantismo de Marburgo procurou redefinir o conceito de conhecimento de Kant. Este descrevia o conhecimento como uma síntese entre intelecto e sensibilidade. Para Cohen a condição de possibilidade do conhecimento se encontra em um princípio, uma origem (*Ursprung*) em sentido lógico-matemático¹²¹¹. Ao colocar o problema dessa forma, a um só tempo o neokantismo de Marburgo se colocava contra a categoria kantiana da “coisa em si”. Para Cohen, e seu discípulo Natorp “nada é em si, a existência só tem sentido em função de um sujeito cognoscente: o objeto só se objetiva porque algum sujeito o põe como tal”¹²¹². Como apontou João Maurício Adeodato, a Escola de Marburgo considerava o maior erro de Kant o de ter colocado a intuição sensível como se fosse algo anterior à lógica. Eles buscaram, assim, corrigir tal relação: “a lógica do

¹²⁰⁸ KELSEN, Hans. *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico, esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica* (1911), p. 46. Nota: *baratro* também pode ser traduzido por “inferno”.

¹²⁰⁹ Há uma importante exceção: Stanley L. Paulson acredita, em sentido contrário, que o neokantismo que mais influenciou Kelsen foi aquele de Baden, e não o de Marburgo. Afinal, seria graças ao neokantismo de Baden que Kelsen passou a separar de forma rígida fato e valor, ser e dever-ser. Cf. PAULSON, Stanley L. “La distinción entre hecho y valor: la doctrina de los dos mundos y el sentido inmanente. Hans Kelsen como neokantiano”. In: *Doxa*. Alicante: Departamento de Filosofía del derecho de la Universidad de Alicante, 1989, p. 22, mais precisamente.

¹²¹⁰ Em carta a Renato Treves, Kelsen afirma: “É absolutamente verdadeiro que o fundamento filosófico da Teoria Pura do Direito se esteia na filosofia kantiana, ou mais precisamente, na interpretação coheniana de sua filosofia”. KELSEN, Hans. “Carta de Hans Kelsen a Renato Treves (Colônia, 3.8.1933)”. Trad. Giorgio Bomio. In: *Droit & Societé*. Nº 7. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1987, p. 327. Há interessantíssimo escrito de Ulises Schmill em que se imagina um diálogo entre Kelsen e Cohen em Marburgo. Além do valor teórico, chega a ter significado literário, dada a riqueza do texto: SCHMILL, Ulises. “Diálogo em Marburgo entre Hermann Cohen y Hans Kelsen”. In: *Doxa*. Nº 26. Alicante: Departamento de Filosofía del derecho de la Universidad de Alicante, 2003, pp. 583-608.

¹²¹¹ CARRINO, Agostino. *L'ordine delle norme: Stato e diritto in Hans Kelsen*, pp. 170-171.

¹²¹² ADEODATO, João Maurício. *A filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência através de um exame da ontologia de Nicolai Hartmann*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 37.

pensamento pré-existe em todos os sentidos, ela é a própria essência do pensar, e supor qualquer dado anterior ou paralelo é minar sua pureza intrínseca”¹²¹³.

A busca de Cohen é pela pureza (*Reinheit*). O que pode ser propiciado não por uma lógica do ente, mas por uma lógica da validade¹²¹⁴. É “a metodologia transcendental da ciência matemática da natureza” que confere a Cohen um modelo de ciência apta a ir à origem (*Ursprung*), à unidade da diferença entre lógica e ciência¹²¹⁵. É a lógica da validade, pura, matemática, formal, que permite que se descubra o “valor peculiar do pensamento”, e assim que se descubra o objeto. É de se notar a audácia da construção de Cohen. Sob tais argumentos, o “ser” é subordinado à lógica, tal como a existência o seria a uma ordem ideal de caráter lógico. A metafísica consiste, sem dúvida alguma, na principal atingida com tal movimento. O *ser* não existe enquanto tal; o *ser* é concebido a partir do processo de conhecimento realizado por um sujeito que conhece e, ao fazê-lo, *cria* o próprio objeto. Assim, o “objeto do conhecimento se acha em estreito vínculo com a concepção que o sujeito cognoscente tem da realidade com que se defronta”¹²¹⁶. A lógica da consciência pura permite conhecer o objeto porque permite ao sujeito cognoscente que ele se livre de seus preconceitos ontológicos – ao mesmo tempo em que permite à teoria do conhecimento que se proceda à eliminação de toda metafísica. Eis a condição da pureza.

Ao lado da pureza, Cohen também prestigiava a unidade sistemática metodológica, o que vinha designado a partir do conceito de *Allheit*, totalidade. Um conceito de combate, afirma-se. Por meio dele Cohen confeccionava uma ética que se colocava em franco contraponto ao conceito de *Gemeinschaft*, comunidade, de Ferdinand Tönnies¹²¹⁷. Aplicando os pressupostos de sua lógica pura, Cohen se nega a ver qualquer referência naturalizante de conteúdo em seu conceito de totalidade ética: uma comunidade exprime uma relatividade¹²¹⁸. Cohen observa o direito a partir dos conceitos éticos. Dessa forma, a ética se relaciona com a ciência do direito assim como a lógica está para as ciências da natureza¹²¹⁹. E é no intuito de garantir a unidade metodológica de suas considerações que Cohen procura justificar uma continuidade

¹²¹³ ADEODATO, João Maurício. *A filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência através de um exame da ontologia de Nicolai Hartmann*, p. 37.

¹²¹⁴ CARRINO, Agostino. *L'ordine delle norme: Stato e diritto in Hans Kelsen*, p. 171.

¹²¹⁵ CARRINO, Agostino. *L'ordine delle norme: Stato e diritto in Hans Kelsen*, p. 172.

¹²¹⁶ ADEODATO, João Maurício. *A filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência através de um exame da ontologia de Nicolai Hartmann*, p. 41.

¹²¹⁷ CARRINO, Agostino. *L'ordine delle norme: Stato e diritto in Hans Kelsen*, p. 174.

¹²¹⁸ CARRINO, Agostino. *L'ordine delle norme: Stato e diritto in Hans Kelsen*, p. 174.

¹²¹⁹ CARRINO, Agostino. *L'ordine delle norme: Stato e diritto in Hans Kelsen*, p. 177.

sistemática entre o mundo lógico e o mundo da moral, da ética¹²²⁰. Não é por outro motivo que o direito receberá a atenção de Cohen: ele permite que valores éticos encontrem um fundamento objetivo. Nas palavras de Agostino Carrino:

A ética de Cohen representa uma tentativa tendencialmente forte de destruir metodologicamente a ciência do direito teleologicamente orientada por meio da delimitação de um método jurídico puro, inteiramente livre de qualquer mistura psicologizante ou sociologizante. A separação de princípio entre ser e dever-ser, causalidade natural e normatividade ideal, deveria tornar possível uma consideração puramente normativa do direito, uma consciência científica das normas independentemente do processo compreensivo da realização, aplicação e conexão sistemática efetiva.¹²²¹

Dessa forma, assim como a lógica era pressuposto das ciências naturais, o que levava a produzir a *consciência pura*, assim também a ética passa a ser o pressuposto da ciência jurídica, pois daria luz à *vontade pura*, que encontraria tradução na idéia de Estado, porquanto este consistiria na “apoteose da unidade da totalidade”¹²²². E quando o Estado *age*, por meio da legislação, ele desenvolve a sua autoconsciência, e, nesse movimento, a vontade pura da ética se torna *objetiva*.

Cohen desenvolveu tais considerações principalmente a partir de uma obra de 1904, a *Ética da Vontade Pura (Ethik des reinen Willens)*. Vê-se claramente que elas servem ao propósito de Kelsen de erigir uma ciência do direito dotada de pureza e de unidade. Contudo, quando da fundação de seu projeto epistemológico, em 1911, mediante a publicação dos *Problemas Fundamentais*, Kelsen ainda não tinha tomado ciência das teses de Cohen. Mas isso não demorou muito. Em 1912, os *Problemas Fundamentais* de Kelsen foram alvo de uma resenha de O. Ewald, nos *Kantstudien*. Ao entender a teoria de Kelsen como uma aplicação do método transcendental kantiano na ciência do direito, Ewald acenou para a profunda semelhança existente entre o conceito de vontade do Estado de Kelsen e a ética de Cohen¹²²³. Kelsen reconheceu a partir de então que, se a consciência determina o objeto conhecido, então o objeto que é conhecido tem que ser produzido logicamente a partir de uma *origem*¹²²⁴. E após estudar mais profundamente a filosofia kantiana da Escola de Marburgo, que visava a uma

¹²²⁰ CARRINO, Agostino. *L'ordine delle norme: Stato e diritto in Hans Kelsen*, p. 179.

¹²²¹ CARRINO, Agostino. *L'ordine delle norme: Stato e diritto in Hans Kelsen*, p. 175.

¹²²² CARRINO, Agostino. *L'ordine delle norme: Stato e diritto in Hans Kelsen*, pp.176-177.

¹²²³ TREVES, Renato. “Un inédit de Kelsen concernant ses sources kantienne”. In: *Droit & Societé*. N° 7. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1987, pp. 321-322.

¹²²⁴ KELSEN, Hans. *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico, esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica* (1911), p. 30.

maior pureza do método, Kelsen afirmou que pôde perceber as numerosas confusões em que incorriam os juristas que não se afastavam de tendências políticas: ou seja, que não tinham um método apto a propiciar pureza¹²²⁵.

A dimensão neokantiana das considerações de Kelsen é inquestionável¹²²⁶; ela é muito presente não só nas suas soluções, mas até no modo pelo qual Kelsen problematiza: na forma mediante a qual o próprio Kelsen indaga quais são as condições de possibilidade de uma ciência do direito¹²²⁷. Como apontou elegantemente Raffaele De Giorgi, essa problematização pode ser resumida à colocação de duas questões: (i) como é possível o direito positivo ser objeto de conhecimento da ciência do direito? e (ii) como é possível a ciência do direito?¹²²⁸

Perguntas que começaram a ser enfrentadas logo no início deste subitem, quando se buscou entender como Kelsen inicia seu projeto de construção de uma ciência do direito autônoma, mediante a separação entre ser e dever-ser. Agora que já se sabe um pouco mais acerca da história dessa distinção, nomeadamente de como o neokantismo de Marburgo a leu e, por conseguinte, como Kelsen a redescreveu, é possível ler o *dever-ser* sob novo enfoque. O paralelismo encontrado por Ewald, por ocasião da resenha aos *Problemas Fundamentais*, entre a metodologia de Kelsen e aquela de Cohen (mesmo admitindo que Kelsen ainda não era consciente de tal diálogo em 1911) é plenamente defensável. Paralelo que pode ser visto em algumas passagens. Quando identificadas, tem-se, simultaneamente, um significativo ganho de compreensão

¹²²⁵ KELSEN, Hans. “Carta de Hans Kelsen a Julius Moór (Viena, 20.2.1927)”. Trad. Michel Troper. In: *Droit & Societé*, p. 337.

¹²²⁶ Obviamente, problematizar quais são as fontes intelectuais de um autor como Kelsen é procedimento de produtividade bem questionável. E até por isso é que se sabe que uma completude, nesse particular, é de consecução impossível. Assim, ao se apontar o neokantismo de Marburgo como uma influência na teoria do direito de Kelsen o que se faz, na verdade, não é *recordar* uma influência, como se ela já existisse e estivesse à espera de um redescobrimento. Quando se aponta uma influência, ao contrário, se está a *construir* uma influência. Constrói-se porque se está a *selecionar* sentido. Daí a necessidade de assumir a contingência de tal escolha. De se ressaltar também que, por outro lado, não é porque Kelsen, a próprio punho, declara ser adepto da teoria do conhecimento neokantista que outros enfoques que divirjam disso possam ser tido por inválidos. Um texto, após publicado, não mais pertence ao autor que o concebeu, ou, em outros termos, uma comunicação que circula no sistema do direito adquire independência em relação às sinapses nervosas que o produziu. Precisamente por isso, nada impede que observadores realizem descrições diversas de uma “interpretação autêntica”, e ainda por cima mais interessantes que ela. Nesse sentido, são proficuas as considerações de Henrique Simon que situam Kelsen não no ambiente intelectual de Marburgo, mas do Círculo de Viena. Cf. SIMON, Henrique Smidt. *Direito, hermenêutica e filosofia da linguagem: o problema do decisionismo em Hans Kelsen e Herbert Hart*. Belo Horizonte: Argumentum, 2006.

¹²²⁷ CALSAMIGLIA, Albert. “For Kelsen”. In: *Ratio Juris*. Vol 13, nº 2. Oxford: Blackwell, junho de 2000, p. 206.

¹²²⁸ DE GIORGI, Raffaele. *Scienza del diritto e legittimazione: critica dell’epistemologia giuridica tedesca da Kelsen a Luhmann*. Bari: De Donato, 1979, pp. 70, 79.

acerca da “pureza da teoria pura”. Para tanto, faz-se preciso voltar a falar acerca da separação entre direito e ciência do direito.

Kelsen, no prefácio à primeira edição dos *Problemas Fundamentais*, acredita que, para se delimitar um âmbito autônomo à ciência do direito, faz-se necessário efetivar duas distinções. A primeira é aquela entre ser e dever-ser, da qual já se falou. A segunda é a diferença forma/conteúdo¹²²⁹. Kelsen declara que a marca de seu trabalho “consiste no fato que ele não procura ir além de uma consideração puramente formal das normas jurídicas”¹²³⁰. Uma ciência do direito, se quer ser ciência, deve se limitar a considerações de cunho formal-normativo. O direito até tem conteúdos, valores, enfim, mas uma ciência do direito deve compreendê-los do ponto de vista formal, pois “do conteúdo devem se ocupar as disciplinas histórico-políticas e a sociologia”¹²³¹. Comparando a ciência do direito com a geometria, Kelsen afirma que ambas devem produzir formas sem conteúdo, portanto, a ciência do direito seria “uma geometria do fenômeno jurídico total”¹²³².

Quando se lembra as considerações de Simmel e de Cohen em relação ao caráter lógico do *Sollen*, vê-se que Kelsen nem precisaria fazer duas distinções, porquanto a formalidade é constitutiva de uma categoria lógica como o *Sollen*, que não possui tradução existencial no tempo ou no espaço¹²³³ – até por ser lógica. O *Sollen*, para o neokantismo, somente pode ser desprovido de qualquer conteúdo. De toda forma, no curso de suas considerações nos *Problemas Fundamentais*, as duas distinções, ser e dever-ser, forma e conteúdo, paradoxalmente não são distintas. Kelsen (ao que parece inconscientemente, mas isso não importa) já trabalha com uma redução da segunda diferença à primeira. Bem explicado: Kelsen já percebe que o mundo do dever-ser é o mundo da forma e que o mundo do ser é aquele do conteúdo¹²³⁴. A formalização ao extremo do *Sollen* tem influência significativa para que a noção de ciência do direito seja, enfim, definida.

¹²²⁹ KELSEN, Hans. *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico, esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica* (1911), pp. 7,10.

¹²³⁰ KELSEN, Hans. *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico, esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica* (1911), p. 11.

¹²³¹ KELSEN, Hans. *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico, esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica* (1911), p.129.

¹²³² KELSEN, Hans. *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico, esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica* (1911), p. 130.

¹²³³ VOEGELIN, Erich. “Kelsen’s Pure Theory of Law”. In: *Political Science Quarterly*. Vol. XLII, nº2. New York: Academy of Political Science, Columbia University, junho de 1927, p. 270.

¹²³⁴ Por exemplo: KELSEN, Hans. *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico, esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica* (1911), p. 48.

O *Sollen* aparece, no início do projeto teórico de Kelsen, como, sobretudo, uma condição de possibilidade do conhecimento jurídico, em notória aplicação do método transcendental, uma vez que tal conceito exerce a função de garantir a validade da construção de um conhecimento especificamente jurídico. E precisamente por ser uma categoria cognitiva, o dever-ser não pode ser unido a nada que seja real, que habite a ordem do *ser*. Não há síntese alguma entre conceito e realidade, dever-ser e ser¹²³⁵.

Mas, como notou De Giorgi, “a separação é também indiferença”¹²³⁶. Em relação a quê Kelsen fica indiferente? Levando em consideração a resposta de Kelsen a Schmitt já se pode intuir. Kelsen é indiferente a tudo aquilo que não esteja no terreno sem-tempo da razão, como a política, ou, como diz Kelsen, a *vontade*. A vontade é um fato psíquico, real, ela tem conteúdo valorativo, portanto não pode ser um dever-ser¹²³⁷. A ciência do direito somente pode ser ciência enquanto *conhece*, não enquanto *cria normas*. Assim, como se sabe que a norma é a emanção de um poder soberano, a ciência do direito é “normativa” em sentido fraco, por derivação¹²³⁸. A especificidade “normativa” de tal ciência deriva-se da especificidade de seu objeto, todavia, estudar normas é diferente de produzi-las¹²³⁹. Movendo-se por meio da proposição jurídica, a ciência do direito só conhece racional e logicamente os conceitos jurídicos. A criação de normas é direito, mas não ciência do direito¹²⁴⁰. As normas, o direito estatuído, é o *material* a partir do qual a ciência do direito determina seu *objeto*, o direito enquanto conjunto harmônico de proposições lógicas¹²⁴¹.

Movendo-se na diferença entre a *vontade* e o *conhecer*, Kelsen – especificamente nos *Problemas Fundamentais* – funda um normativismo esteirado inteiramente na *dedução* de normas, mas não na *produção* delas. O cientista do direito *deduz* a norma, por meio da proposição jurídica que descreve (conhece) uma prescrição

¹²³⁵ LOSANO, Mario G. *Teoría pura del derecho: evolución y puntos cruciales*, p. 9

¹²³⁶ DE GIORGI, Raffaele. *Scienza del diritto e legittimazione: critica dell'epistemologia giuridica tedesca da Kelsen a Luhmann*, p. 75.

¹²³⁷ KELSEN, Hans. *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico, esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica* (1911), p. 48.

¹²³⁸ KELSEN, Hans. *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico, esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica* (1911), p. 8.

¹²³⁹ TROPER, Michel. “Contribution à une critique de la conception kelsenienne de la science du droit”. In: *Pour une théorie juridique de l'État*. Paris: Presses Universitaires de France, 1994, p. 46.

¹²⁴⁰ KELSEN, Hans. *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico, esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica* (1911), p. 131.

¹²⁴¹ Isso ainda não fica totalmente claro nos *Problemas Fundamentais*, porém, a diferença material/objeto é condição *sine qua non* para a compreensão da *Teoria Pura do Direito*. Sobre a diferença entre material e objeto para a estruturação da teoria do direito de um autor neokantiano como Lask, confira o excelente livro de FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Conceito de sistema no direito: uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask*, pp. 141-150.

jurídica (norma)¹²⁴². Ao fazê-lo a ciência do direito se torna possível, pois o arbítrio, a vontade daquele que conhece parte de um dado positivo, é formal: um juízo de dever-ser a partir do direito posto¹²⁴³. Nesse diapasão, a tarefa do cientista é erigir um sistema, um conjunto dotado de completude e coerência lógica¹²⁴⁴ e livre, principalmente, de antinomias¹²⁴⁵. Na construção do sistema, é a lógica que fornece auxílio para que as proposições venham à luz, e, assim, o cientista poderia “explicitar ou elucidar termos, os conceitos ou as estruturas do direito, analisando os seus elementos e mostrando como o todo é compreensível como ordenamento coerente das partes”¹²⁴⁶.

O sistema não é produzido, assim, a partir do arbítrio do legislador ou de fatos empíricos, mas do ato de conhecer levado a cabo por um sujeito cognoscente que, por ter um método, consegue fazer ciência, se diferenciar de seu objeto¹²⁴⁷. Dessa maneira, a ciência do direito é ciência do direito positivo que é produzido *metodologicamente*, pela via lógica da proposição jurídica¹²⁴⁸, que possui, repita-se, um enfoque meramente descritivo, porque se presta exclusivamente a conhecer¹²⁴⁹. Ao proceder dessa forma Kelsen salva a incomunicabilidade entre ser e dever-ser, entre forma e conteúdo, sendo profundamente neokantiano. Por dois motivos. Primeiro porque parte do pressuposto que “o objeto está determinado pela direção do conhecimento”¹²⁵⁰, até porque a lógica

¹²⁴² WALTER, Robert. “La dottrina del diritto di Hans Kelsen”. In: *La teoria di Kelsen: contributi alla dottrina pura del diritto*. Ed. Antonino Scalone. Torino: Giappichelli, 2005, pp. 21, 24.

¹²⁴³ CARRINO, Agostino. *L'ordine delle norme: Stato e diritto in Hans Kelsen*, p. 343.

¹²⁴⁴ Bem explicado, mais que uma exclusividade das considerações de Kelsen, essa busca pela sistematicidade era um traço muito próprio ao neokantismo. Stammler, por exemplo, tinha também a mesma preocupação com a pureza dos conceitos e com a questão sistemática, contudo, o resultado a que ele chegou (mesmo sendo um neokantiano de Marburgo) foi bem diverso do de Kelsen, porquanto Stammler acabou por confeccionar uma doutrina jusnaturalista. Cf. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Conceito de sistema no direito: uma investigação histórica a partir da obra de jusfilosófica de Emil Lask*, pp. 39-47. Aliás, diga-se de passagem, as próprias considerações de Cohen em *Ethik des reinen Willens* também o levavam a um conceito de direito jusnaturalista. O próprio Kelsen notou que não poderia se apoiar totalmente em Cohen: KELSEN, Hans. “Carta de Hans Kelsen a Renato Treves (Colônia, 3.8.1933)”. Trad. Giorgio Bomio. In: *Droit & Societé*, p. 328.

¹²⁴⁵ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste dos Santos. 10ª ed. Brasília: Ed. UnB, 1999, pp. 81 e ss. (colocando a ausência de antinomias como consequência de um direito organizado em uma hierarquia sistemática).

¹²⁴⁶ ROCHA, Leonel Severo. “Direito, complexidade e risco”. In: *Revista Sequência*. Ano 15, N.º 28. Florianópolis: CGPD-UFSC, junho de 1994, p. 2.

¹²⁴⁷ Tem-se, assim, um movimento muito semelhante à construção de uma meta-linguagem do real ao estilo de Bertrand Russell, o que fica mais claro quando Kelsen concebe a norma como “esquema de interpretação”, consoante o entendimento de: ROCHA, Leonel Severo. “Da teoria do direito à teoria da sociedade”. In: ROCHA, Leonel Severo (org.). *Teoria do direito e do Estado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 69. No mesmo sentido: WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 50.

¹²⁴⁸ CARRINO, Agostino. *L'ordine delle norme: Stato e diritto in Hans Kelsen*, p. 344.

¹²⁴⁹ TROPER, Michel. “Le positivisme juridique”. In: *Pour une théorie juridique de l'État*. Paris: Presses Universitaires de France, 1994, p. 41.

¹²⁵⁰ LOSANO, Mario G. *Teoría pura del derecho: evolución y puntos cruciales*, p. 20.

precede a experiência e torna inviável uma “coisa em si”. Segundo, pela tentativa de “elaborar um modelo de ciência jurídica que constitua a si própria e que seja dotada de igual força explicativa e dignidade lógica em relação às ciências naturais, mais especificamente à matemática, ciência formal e paradigma do conhecimento”¹²⁵¹.

b) Validade formal como condição de pureza.

Em nenhum lugar essas premissas serão aplicadas com tanta ênfase quanto o foram na primeira edição da *Teoria Pura do Direito*, em 1934¹²⁵². Na ânsia de radicalizar a *pureza* e a *unidade* de seu projeto científico, a *Teoria Pura* acaba por ser a obra de Kelsen em que ele contrapõe, de forma mais forte, a diferença entre *ciência do direito* e *política do direito*. Mediante uma verdadeira *idée fixe* de conferir cientificidade ao conhecimento voltado ao objeto “direito”, Kelsen leva ao limite a associação entre *forma* e *normatividade*. Nessa senda, uma abordagem será tanto mais científica quanto mais se situar sob tal âmbito, e não naquele do “conteúdo”.

Kelsen acredita que sua teoria é pura “porque ela procura uma cognição dirigida apenas ao direito, e porque ela procura eliminar de sua cognição tudo que não pertença ao seu objeto de cognição”, que, no caso, é o direito positivo: “a Teoria Pura do Direito é uma teoria do direito positivo”¹²⁵³. Na escolha do objeto, já se tem uma diferença, e portanto uma exclusão. Se a teoria pura do direito se ocupa somente de direito positivo, normas de outros sistemas normativos, como a moral ou o direito natural, excluem-se de seu horizonte cognitivo¹²⁵⁴. A escolha do objeto permite a Kelsen de se eximir de considerações sobre como o direito deveria ser. O direito que ele

¹²⁵¹ CARRINO, Agostino. *L'ordine delle norme: Stato e diritto in Hans Kelsen*, pp. 41-42. Hermann Heller é particularmente ácido acerca de tais pressupostos “lógico-matemáticos” de Kelsen, que acabariam por fundamentar “uma teoria do Estado sem Estado”, Cf. HELLER, Hermann. “La crise della dottrina dello Stato” (1926). In: *La sovranità ed altri scritti sulla dottrina del diritto e dello Stato*. Ed. Pasquale Pasquino. Milano: Giuffrè, 1987, pp. 43-53, principalmente. Heller, também, é crítico contumaz das implicações que tais pressupostos científicos da teoria pura do direito tinham para o conceito de soberania do jurista de Viena, HELLER, Hermann. “La sovranità. Contributo alla teoria del diritto dello Stato e del diritto internazionale” (1927). In: *La sovranità ed altri scritti sulla dottrina del diritto e dello Stato*. Ed. Pasquale Pasquino. Milano: Giuffrè, 1987, pp. 116-121, especialmente. Os argumentos são em grande parte semelhantes àqueles da lavra de Carl Schmitt, já analisado no capítulo anterior.

¹²⁵² KELSEN, Hans. *Introduction to the problems of legal theory: a translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law* (1934). Trad. Bonnie Litschewski Paulson e Stanley L. Paulson. Oxford: Clarendon Press, 1996.

¹²⁵³ KELSEN, Hans. *Introduction to the problems of legal theory: a translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law* (1934), p. 6, §1.

¹²⁵⁴ WALTER, Robert. “La dottrina del diritto di Hans Kelsen”. In: *La teoria di Kelsen: contributi alla dottrina pura del diritto*, p. 12.

analisa é aquele que é válido. Daí “a teoria pura do direito é ciência do direito, mas não política do direito”¹²⁵⁵, porque ela “intenta responder a questões tais como ‘o que é o direito’ e ‘como o direito é feito’, mas não a questões como ‘o que o direito deveria ser’ ou ‘como o direito deveria ser feito’”¹²⁵⁶. Tem-se aqui, nesta última transcrição, uma importante modificação do projeto de Kelsen, quando comparado aos *Problemas Fundamentais*.

Com efeito, em 1911 Kelsen não estava interessado em como o direito surgia ou como ele se aplicava: somente em como ele poderia ser descrito por meio de proposições lógicas, como conceitos poderiam ser cientificamente formados. A questão da criação da norma é um âmbito em relação ao qual a teoria nada poderia dizer¹²⁵⁷. Mas não demorou muito para que isso mudasse. Em 1913, Kelsen “afirma que se deve captar juridicamente não só o *Sein*, o ser da norma jurídica, mas também o seu *Werden*, seu vir-a-ser”¹²⁵⁸. É o primeiro aceno de um processo que só iria tomar corpo em 1914, quando Kelsen faz pela primeira vez a distinção entre *aplicação* do direito e *teoria* do direito: é então que essa nova preocupação, a de *como o direito é feito*, vem à tona¹²⁵⁹.

Em tal estudo, Kelsen afirma que “o ato de conhecimento especificamente jurídico pode ser distinto, de modo claro, em dois grupos”¹²⁶⁰. O primeiro modo de conhecimento jurídico é aquele em que “os suportes fáticos do mundo externo (enquanto elementos espirituais, representações na consciência do sujeito cognoscente) se contrapõem às normas jurídicas”¹²⁶¹; trocando em miúdos, “se trata da *aplicação do direito*, ou seja, da aplicação de proposições jurídicas à suportes fáticos concretos”¹²⁶². Mas há um segundo caso de ato cognoscitivo jurídico. Nele, não se realiza um cotejamento entre fatos reais e normas jurídicas, pois, nesse segundo caso, somente se cuida de normas de direito. Nas palavras de Kelsen,

¹²⁵⁵ KELSEN, Hans. *Introduction to the problems of legal theory: a translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law* (1934), p. 6, §1.

¹²⁵⁶ KELSEN, Hans. *Introduction to the problems of legal theory: a translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law* (1934), p. 6, §1.

¹²⁵⁷ KELSEN, Hans. *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico, esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica* (1911), p. 131: “O direito é qualquer coisa de diverso da ciência do direito; somente esta última forma os conceitos jurídicos, enquanto o primeiro, o ordenamento jurídico, regula as relações da vida, e nessa atividade (na *criação de normas*) ele é essencialmente diverso da formação dos conceitos sobre a base do ordenamento jurídico”.

¹²⁵⁸ LOSANO, Mario G. *Teoría pura del derecho: evolución y puntos cruciales*, p. 18.

¹²⁵⁹ KELSEN, Hans. *Legge del Reich e legge del Land nella costituzione austriaca* (1914). Ed. Nicoletta Bersier Ladavac. Torino: Giappichelli Editore, 2006, pp. 15-16.

¹²⁶⁰ KELSEN, Hans. *Legge del Reich e legge del Land nella costituzione austriaca* (1914), p. 15.

¹²⁶¹ KELSEN, Hans. *Legge del Reich e legge del Land nella costituzione austriaca* (1914), p. 15.

¹²⁶² KELSEN, Hans. *Legge del Reich e legge del Land nella costituzione austriaca* (1914), p.16.

*Isso ocorre quando se buscam as normas que se referem a um determinado objeto para colocá-lo em um sistema, quando se estabelece, sem levar em conta um suporte fático concreto e seu juízo, que coisa é o direito a partir de uma certa direção, ou seja, quais são as normas válidas; quando, por exemplo, se descreve o sistema do direito privado francês ou o direito administrativo austríaco ou se procura entender quais são os conceitos de base com os quais se pode entender um sistema jurídico particular ou os ordenamentos jurídicos em geral. Aqui não se trata, como no primeiro caso, de prática jurídica, mas de teoria do direito.*¹²⁶³ (ênfase acrescida)

Quando se depara com tais afirmações, emergem dois aspectos de fertilidade significativa para a continuação desta pesquisa. Primeiro, como se mencionou, Kelsen, ainda que timidamente, redefine seu conceito de conhecimento jurídico, uma vez que confere o *status* de conhecimento para a atividade de aplicação do direito¹²⁶⁴. Em segundo lugar, vê-se que o contato com o neokantismo de Cohen, iniciado em 1912, já rende os primeiros resultados. Especificamente, refere-se a esse conceito de ciência de Kelsen que acabou de ser transcrito. A teoria do direito aborda seu objeto mediante a confecção de um *sistema*. O critério de pertinência a esse sistema é a *validade*, e, assim, o sistema enquanto construto científico é composto de “normas determinadas enquanto proposições jurídicas válidas”¹²⁶⁵. Daí se infere: pertinência sistêmica e validade, em Kelsen, se igualam. Logo, existência é validade¹²⁶⁶.

¹²⁶³ KELSEN, Hans. *Legge del Reich e legge del Land nella costituzione austriaca* (1914), p.16.

¹²⁶⁴ Esse será um importante passo rumo à adoção da *Stufenbaulehre* de Adolf Julius Mehl, que dará azo à famosa separação entre sistema estático e dinâmico, a qual será abordada *infra* (3.2.3). Após aceitar a *Stufenbau*, Kelsen se preocupará, explicitamente, em saber *como* o direito surge.

¹²⁶⁵ KELSEN, Hans. *Legge del Reich e legge del Land nella costituzione austriaca* (1914), p. 16. Estudiosos da teoria de Kelsen gostam de lembrar que esse domínio de validade que aqui se refere seria o “domínio de validade objetivo”, que é trata de normas. Ao lado dele, as normas jurídicas têm um domínio de validade espacial, um temporal e um pessoal. Contudo, para os fins desta pesquisa elas podem ser reduzidas ao domínio de validade objetivo, do qual todas são meras decorrências. Cf., todavia, EISENMANN, Charles. “Sur la théorie kelsénienne du domaine de validité des normes juridiques”. In: *Écrits de Théorie du Droit, de Droit Constitutionnel et d’Idées Politiques*. Ed. Charles Leben. Paris: Éditions Panthéon-Assas, 2003, pp. 405-412.

¹²⁶⁶ CELANO, Bruno. *La teoria del diritto di Hans Kelsen: una introduzione critica*. Bologna: Il Mulino, 1999, pp. 328-329. De se conceder que Luis Fernando Barzotto, com suporte em Carlos Santiago Nino, encontra quatro sentidos para o conceito de validade em Kelsen: (i) validade *qua* existência, (ii) validade *qua* pertinência ao ordenamento jurídico, (iii) validade *qua* nomogênese conforme ao que é previsto pelo sistema e (iv) validade *qua* obrigatoriedade. BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003, pp. 37-40. Mesmo sabendo que tal autor não se limita ao mesmo período histórico ao qual esta investigação é dedicada, acredito que, mesmo a partir da primeira edição da Teoria Pura, os três sentidos de validade podem ser reduzidos à pertinência ao sistema do direito, ou seja: validade *qua* existência. O quarto significado, a meu sentir, parece ser uma decorrência da característica central das normas jurídicas em Kelsen: coatividade garantida pelo uso da força física em caso de resistência, ou seja, sanção estatal. Coisa que é exposta de forma mais exaustiva na segunda edição da teoria pura: KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito* (1960). 6ª ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 37. Sobre a tensa relação entre direito e força física na obra de Kelsen, Cf. MOTTA, Mario. *Kelsen e il Leviatano*. Palermo: Sellerio Editore, 2006, pp. 29-39, principalmente.

A partir desse enfoque, se entende melhor o que venha a ser uma teoria pura do direito enquanto “teoria do direito positivo”. A *Teoria Pura* é a construção de um sistema de validade em sentido neokantiano, como os de Emil Lask, Stammler ou Cohen¹²⁶⁷. *O que vai diferenciá-la das outras construções neokantianas, dessa forma, é o modo mediante o qual Kelsen concebe um sistema e seu critério de validade.* Contudo, há algo em comum em relação a Cohen: a condição de um conhecimento que tem por modelo uma lógica matemática é uma “origem”, uma *Ursprung*. Uma “origem” coloca uma lógica da validade em relação de precedência ao mundo fenomênico, que é concebido a partir do processo de conhecimento: o objeto é criado a partir da direção do conhecimento¹²⁶⁸. Uma “origem” confere pureza, para Cohen, porque livra o sujeito cognoscente de seus preconceitos ontológicos, tal como foi desenvolvido *supra*.

Pois bem, para ter uma teoria pura, Kelsen precisa de uma “origem”. Ela atenderá pelo nome de norma fundamental, *Grundnorm*, “uma norma válida cuja validade não é derivada de qualquer outra norma válida”¹²⁶⁹. Uma condição de possibilidade para a construção de um sistema de normas válidas, que é a representação que a *Teoria Pura* faz da ciência do direito. Quando a posição da norma fundamental é abordada, simultaneamente se percebe: (i) como Kelsen entende um sistema legal enquanto unidade; (ii) o critério de validade do sistema; (iii) como é possível um direito puro, autônomo, ou seja, como pode ser efetivada a separação entre ciência do direito e política do direito.

Ad (i)

Como o próprio Kelsen reconhece, a noção de norma fundamental foi uma criação de um de seus alunos, Alfred von Verdross¹²⁷⁰. De fato, em 1914 Verdross tinha afirmado que toda construção jurídica deve partir de um ponto de vista indemonstrável.

¹²⁶⁷ Para Lask, como aponta de forma ímpar Tércio Sampaio Ferraz Júnior, a ciência do direito apresenta o direito em sua “conexão sistemática”. O que acaba por dar azo a uma diferença muito semelhante àquela efetuada por Kelsen entre norma e proposição normativa. Afinal, para Lask, “a ‘ciência do direito’ ou ‘jurisprudência’ é um ‘conhecer’. Como tal, tem um ‘material’, que deve ser ‘conhecido’ mediatemente, ou seja, por intermédio de uma ‘forma teórica’ ou ‘categoria’. Distinga-se, pois, o ‘material’ do ‘objeto’. O ‘material’ a ser ‘conhecido’ é a ‘realidade jurídica’ tomada não na sua totalidade, mas num dos seus fatores constitutivos. (...) Trata-se, pois, de uma relação entre ‘norma’, enquanto ‘material’, e uma ‘categoria’, denominada por Lask ‘significação jurídica’”. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Conceito de sistema no direito: uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask*, pp. 141-142.

¹²⁶⁸ CARRINO, Agostino. *L'ordine delle norme: Stato e diritto in Hans Kelsen*, pp. 171-172.

¹²⁶⁹ CELANO, Bruno. *La teoria del diritto di Hans Kelsen: una introduzione critica*, p. 325.

¹²⁷⁰ KELSEN, Hans. *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico, esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica* (1911), p. 28 (trata-se do prefácio à segunda edição, de 1923).

No mesmo ano, apesar de não se valer do conceito “norma fundamental”, Kelsen afirma:

(...) é necessário sempre partir de uma certa norma pressuposta [havía] como ultimamente válida e suprema. O problema da validade desta última, tida hipoteticamente como pressuposto de todas as normas e de todo conhecimento jurídico, se situa fora de tal conhecimento jurídico. De fato, essa norma pressuposta como última e suprema é, para assim dizer, o ponto de Arquimedes a partir do qual vem colocado em movimento o mundo do conhecimento jurídico¹²⁷¹.

É muito significativo que Kelsen tenha dado essa declaração no parágrafo imediatamente seguinte àquele, analisado *supra*, em que pela primeira vez considera possível dois modos de conhecimento jurídico, aquele de aplicação do direito e aquele próprio da teoria do direito. Kelsen já coloca claramente que a norma fundamental permite, por um lado, que o direito seja *conhecido*; por outro lado, possibilita fundamentar a *validade* do direito positivo, isto é, das normas. É verdade que o conceito de norma fundamental sofreu algumas resignificações durante o longo percurso acadêmico de Kelsen. Todavia, caso somente o período até 1934 seja considerado, ela pode muito bem ser descrita a partir dessa dupla função: conhecimento e validade¹²⁷². Principalmente porque em tal interregno o conceito de norma fundamental tinha por principal influência a teoria do conhecimento do neokantismo¹²⁷³.

O próprio Kelsen fornece a mostra mais eloqüente disso quando afirma, no §26 da *Teoria Pura do Direito*, que sua teoria entende o direito como um sistema. Mas se é um sistema, como é ele possível? Essa é a indagação, profundamente neokantiana, feita por Kelsen no §27. Ele responde: é a norma fundamental que permite ao direito ser entendido *como* sistema de normas jurídicas. Conforme o próprio Kelsen aponta, uma pluralidade de normas não é, ainda, um sistema. “Uma pluralidade de normas forma

¹²⁷¹ KELSEN, Hans. *Legge del Reich e legge del Land nella costituzione austriaca* (1914), p. 17.

¹²⁷² Nesse sentido: CARRINO, Agostino. *L'ordine delle norme: Stato e diritto in Hans Kelsen*, pp. 93-96. David Dyzenhaus também identifica essa peculiaridade dúplici da *Grundnorm* que, para ele, informa a um só tempo que uma norma é tanto a fundação quanto o ápice de uma estrutura. Nisso também se pode ver uma espécie de “tensão” entre conhecimento e validade. Cf. DYZENHAUS, David. *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*, p. 103.

¹²⁷³ BINDREITER, Uta U. “Presupposing the Basic Norm”. In: *Ratio Juris*. Vol. 14, nº 2. Oxford: Blackwell, 2001, pp.145-147. Mesmo partindo de tal constatação, da predominância neokantiana nas investigações de Kelsen, tal autora chegará a um resultado diferente: para ela, a esse período da produção científica de Kelsen, a norma fundamental tem como única função a de ser um pressuposto do conhecimento.

uma unidade, um sistema, uma ordem, se a validade das normas pode ser remontada a uma única norma como último fundamento de validade”¹²⁷⁴.

A norma fundamental, assim, constitui “uma unidade na pluralidade de todas as normas”: isso é um sistema¹²⁷⁵. Aqui se pode ver que, ao formar um sistema, com unidade, com totalidade sistemática, a norma fundamental *possibilita* um ordenamento jurídico dotado de sentido¹²⁷⁶. A unidade acontece porque a norma fundamental pressuposta como base do ordenamento permite relacionar todas as normas a ela. Existe um *sistema* se existe uma *ordem*, e “para que se possa falar de uma ordem, é necessário que os entes que a constituem não estejam somente em relacionamento com o todo, mas também num relacionamento de coerência entre si”¹²⁷⁷.

A norma fundamental possibilita unidade porque é, em si, uma *reductio ad unum*, um ápice que não é derivado de nenhuma outra norma. Henrique Simon compreendeu esse posicionamento da norma fundamental a partir da necessidade lógica, expressa por Ludwig Wittgenstein no *Tractatus*, de se evitar o regresso *ad infinitum*, ou seja, da necessidade de não se postergar *ad infinitum* o parâmetro de validação de uma proposição lógica (que para existir no *mundo*, que é o *caso*, necessita ter um parâmetro)¹²⁷⁸. A analogia é produtiva porque acena para a tentativa de Kelsen de preservar a separação lógica entre ser e dever-ser, de manter o conhecimento jurídico sempre na esfera do dever-ser, mesmo quando se procura pelo fundamento do direito¹²⁷⁹. Esse é o papel cognitivo da norma fundamental, que traduz em linguagem totalmente formal e des-substancializada o fundamento do direito, sua *Ursprung* no sentido de Cohen, porque impede que a natureza, a moral, se ponha como a origem do direito¹²⁸⁰. A *Ursprung* de Kelsen permite que ele possa afirmar de forma decisiva que um “dever-ser somente pode ser derivado de outro dever-ser”¹²⁸¹. E é por isso que a norma fundamental é condição de possibilidade de um conhecimento puro do direito, de uma teoria pura do direito.

¹²⁷⁴ KELSEN, Hans. *Introduction to the problems of legal theory: a translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law* (1934), p. 55 §27.

¹²⁷⁵ KELSEN, Hans. *Introduction to the problems of legal theory: a translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law* (1934), p. 55 §27.

¹²⁷⁶ CARRINO, Agostino. *L'ordine delle norme: Stato e diritto in Hans Kelsen*, p. 95.

¹²⁷⁷ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*, p. 71.

¹²⁷⁸ SIMON, Henrique Smidt. *Direito, hermenêutica e filosofia da linguagem: o problema do decisionismo em Hans Kelsen e Herbert Hart*, pp. 24, 25, 91, 92.

¹²⁷⁹ WALTER, Robert. “Origine e sviluppo dell’idea di norma fondamentale”. In: *La teoria di Kelsen: contributi alla dottrina pura del diritto*. Ed. Antonino Scalone. Torino: Giappichelli, 2005, p. 42.

¹²⁸⁰ CARRINO, Agostino. *L'ordine delle norme: Stato e diritto in Hans Kelsen*, p. 95.

¹²⁸¹ WALTER, Robert. “Origine e sviluppo dell’idea di norma fondamentale”. In: *La teoria di Kelsen: contributi alla dottrina pura del diritto*. Ed. Antonino Scalone. Torino: Giappichelli, 2005, p. 42.

Porém, é de se notar que quando a noção de *unidade* foi mencionada, não foi possível defini-la sem o apoio do conceito de *validade*: “uma pluralidade de normas forma uma unidade, um sistema, uma ordem, se a *validade* das normas pode ser remontada a uma única norma como último fundamento de *validade*”¹²⁸². Daí se vê que a *Grundnorm* tem uma anfôtera característica de consistir não somente na condição de conhecimento da ciência do direito, mas de estar também relacionada ao objeto desse conhecimento, ao direito positivo, porquanto é-lhe parâmetro último de validade. Essa segunda função da norma fundamental é percebida de forma mais interessante quando se observa o que Kelsen acreditava ser a *positividade do direito*.

Ad (ii)

Foi Karl Larenz, em estudo de 1935, quando da sua fase nacional-socialista, que viu com precisão que a norma fundamental permitia que Kelsen diferenciase a *positividade do direito* de sua *normatividade*¹²⁸³. Procedendo a uma pequena adaptação, poder-se-ia aduzir que o que a norma fundamental ofereceu a Kelsen, na verdade, foi um meio de negar à positividade qualquer origem que não seja do mundo do *Sollen*.

Em 1920, em obra que versou sobre o conceito de soberania, Kelsen, contra uma imensa literatura, e para a ira de Schmitt, identificou a soberania à positividade do direito. Um Estado é soberano se o seu direito é positivo¹²⁸⁴. Daí, era necessário definir no que consistiria a positividade do direito. Kelsen era especialmente crítico em relação às teses de alguns autores que definiam o direito positivo como aquele “que vale por ser *posto* pela vontade ou pelo arbítrio humano e de ser *efetivamente observado*”¹²⁸⁵. Para ele, no limite, tal argumento nada mais faria que submeter a normatividade à um fato da ordem do *Sein*.

Manter a separação entre os dois planos lógicos do ser e do dever-ser é não admitir que a positividade do direito seja condicionada a qualquer sorte de condicionamento fático. O dever-ser somente pode provir de outro dever-ser. Precisamente por isso, um critério de validade para descrever essa derivação é mais que necessária. Mas Kelsen mostra-se bem consciente que a escolha de tal critério, de um ponto de partida para verificar a correspondência deôntica, é arbitrária. Contudo, essa

¹²⁸² KELSEN, Hans. *Introduction to the problems of legal theory: a translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law* (1934), p. 55 §27.

¹²⁸³ LARENZ, Karl. *La filosofía contemporánea del derecho y del Estado* (1935). Trad. E. Gutiérrez e Truyol Serra. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1942, p. 66.

¹²⁸⁴ KELSEN, Hans. *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale: contributo per una dottrina pura del diritto* (1920). Ed. Agostino Carrino. Milano: Giuffrè, 1989, pp. 126-127.

¹²⁸⁵ KELSEN, Hans. *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale: contributo per una dottrina pura del diritto* (1920), p. 131.

escolha pode ter sua arbitrariedade mitigada “caso a sua determinação teórica possa ser demonstrada”¹²⁸⁶. É a crença de que o método contém o arbítrio, em síntese. Método que Kelsen acredita possuir. E é nos moldes do método sistemático neokantiano que o jurista de Viena afirma:

Uma norma é interpretada como direito “positivo” – pressupondo-se que o Estado é soberano – caso se possa demonstrar que aquela norma é um elemento do ordenamento jurídico de tal Estado. Isso ocorre reconduzindo-a gradativamente à “fonte” última, à norma originária que funda a unidade e a particularidade do ordenamento jurídico e da qual deriva o sistema jurídico. (...) Assim, positiva – literalmente, “posta” – é a norma jurídica enquanto posta no sistema de um determinado ordenamento jurídico fundado sobre a hipótese jurídica da norma originária, enquanto encontra lugar no âmbito desse sistema assim constituído. É por isso certamente errado confundir a positividade do direito (o que muitas vezes ocorre) com o seu *ser-posto* (...)¹²⁸⁷.

O binômio unidade-validade mais uma vez aparece. Uma norma é positiva caso possa ser considerada pertinente ao sistema jurídico, que é uno. A pertinência é validade. Validade que pode ser aferida pelo reenvio, por graus, à norma originária, a *Ursprungsnorm* – bem consoante a teoria do conhecimento de Cohen. É em tal norma que “reside o momento decisivo para a positividade do direito”, pois é então que o direito adquire “a qualidade de um autônomo sistema de normas, diverso de todos os outros sistemas normativos, independente e fechado”¹²⁸⁸. Dessa maneira: compreender como é possível uma norma fundamental *qua* condição de validade do direito positivo possibilita saber como Kelsen entendia a autonomia da ciência do direito frente a outros saberes.

Ad (iii)

Foi na *Teoria Pura do Direito* (1934) que Kelsen enfrentou pela primeira vez esse problema com uma perspectiva mais compreensiva, conforme já foi até incidentalmente mencionado. Kelsen não teria construído seu sistema puro sem a norma fundamental enquanto condição de validade. Seus passos, nesse sentido, foram basicamente dois. Primeiro, Kelsen delimitou o objeto de conhecimento; segundo,

¹²⁸⁶ KELSEN, Hans. *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale: contributo per una dottrina pura del diritto* (1920), pp. 141-142.

¹²⁸⁷ KELSEN, Hans. *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale: contributo per una dottrina pura del diritto* (1920), p. 136.

¹²⁸⁸ KELSEN, Hans. *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale: contributo per una dottrina pura del diritto* (1920), p. 137.

propôs a direção mediante a qual ele deveria ser conhecido, e será então nessa oportunidade que a norma fundamental enquanto condição de validade vai desempenhar seu papel na constituição de um sistema puro.

O direito positivo é o objeto de conhecimento da teoria pura do direito. Daí a preocupação de Kelsen em afirmar que “a Teoria Pura do Direito procura delimitar claramente o seu objeto de conhecimento”¹²⁸⁹. Delimitação que é realizada mediante duas diferenças: a primeira é ato/sentido e a segunda sentido subjetivo/objetivo¹²⁹⁰. A primeira diferença tem como base aquela entre sociedade e natureza. Kelsen afirma que alguns atos possuem um sentido que transcende sua imediaticidade física, exteriormente palpável. É dessa forma que a sociedade pode atribuir sentido a um ato, um evento externo que acontece no tempo e no espaço, no âmbito da natureza. Assim, como exemplifica o próprio Kelsen, um ato como um disparo de um projétil que causa a morte de alguém tem um sentido para além da ocorrência física de tal acontecimento: o direito atribui *sentido* a isso; é um homicídio. Aqui, Kelsen trabalha com a diferença entre ciências naturais e normativas, de forma análoga a suas considerações nos *Problemas Fundamentais*, de modo que a repetição é desnecessária.

Mediante a segunda diferença, Kelsen afirma que é imperativo perceber que alguma coisa tem que servir como um parâmetro objetivo para se avaliar o sentido de um ato para além do sentido subjetivo de quem o executa. Algo tem que tornar possível afirmar que, a despeito do sujeito ativo de um crime pensar que ao matar outra pessoa possa até estar a fazer “justiça”, na verdade ele está, ao contrário, a cometer um homicídio.

A norma é esse parâmetro, acredita Kelsen. E não por outro motivo: a norma é um esquema de interpretação¹²⁹¹. Um ato externo é jurídico não pela sua facticidade, mas porque se atribui tal ato a uma norma, e dessa maneira tal “ato pode ser interpretado, assim, de acordo com essa norma”¹²⁹². A interpretação, por isso, “é possível somente se o conteúdo do fato material é conhecido em uma maneira muito

¹²⁸⁹ KELSEN, Hans. *Introduction to the problems of legal theory: a translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law* (1934), pp. 8, §2.

¹²⁹⁰ KELSEN, Hans. *Introduction to the problems of legal theory: a translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law* (1934), pp. 8-10, §§2-3.

¹²⁹¹ KELSEN, Hans. *Introduction to the problems of legal theory: a translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law* (1934), p. 10 §4.

¹²⁹² KELSEN, Hans. *Introduction to the problems of legal theory: a translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law* (1934), p. 10 §4.

específica, nomeadamente, como conteúdo de uma norma”¹²⁹³. Por tudo isso a *Teoria Pura do Direito* lida com normas, mas enquanto *sentido*, e não como evento físico, natural¹²⁹⁴.

Assim, Kelsen faz um corte epistemológico, que delimita seu âmbito de observação àquilo que pode ser dotado de sentido objetivo por meio de uma norma jurídica. Um procedimento que não é nenhuma novidade: é de todo análogo àquele, realizado nos *Problemas Fundamentais*, entre norma e proposição jurídica, repita-se. Só que até então não se tinha ainda uma perspectiva sistemática, enfaticamente necessária para se ter um conhecimento jurídico científico nos cânones neokantianos. Já se sabe que a *Grundnorm* provê essa unidade necessária, uma vez que fornece um último fundamento que, como tal, é comum a todas as normas. Contudo, também se viu que para pertencer a essa totalidade sistemática, uma norma tem que ter a sua validade remontada à norma fundamental. É onde Kelsen faz mais uma diferença.

Precisamente porque existem duas modalidades de *norma fundamental*, há dois sistemas de normas totalmente diferentes: moral e direito. A diferença entre as duas espécies de norma fundamental é traçada a partir de dois critérios distintos de *validade*: substância ou forma. Um sistema de normas que tem uma norma fundamental contedística é um sistema de normas morais. Uma ordem moral entende que uma certa norma é obrigatória porque seu conteúdo tem uma qualidade que deriva do conteúdo de outra norma. Kelsen exemplifica: “você não deve mentir” deriva da norma fundamental da “sinceridade”; já da norma fundamental “ame seu semelhante” se deriva uma norma como “você deve ajudar aqueles que precisam”¹²⁹⁵. Assim, no âmbito de um sistema moral de normas, se chega a uma norma moral por meio da dedução do geral para o particular, e por isso “a norma fundamental da moralidade tem um caráter *estático*, substantivo”¹²⁹⁶, porque tem um conteúdo, uma *substância*.

Um sistema normativo jurídico é o perfeito antípoda a isso, Kelsen acredita. Uma norma de direito tem sua validade considerada de modo completamente diferente de considerações de substância. “Qualquer conteúdo pode ser direito, não existe qualquer comportamento humano que possa ser simplesmente excluído de vir a ser o

¹²⁹³ KELSEN, Hans. *Introduction to the problems of legal theory: a translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law* (1934), p. 11 §5.

¹²⁹⁴ KELSEN, Hans. *Introduction to the problems of legal theory: a translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law* (1934), p. 14 §7.

¹²⁹⁵ KELSEN, Hans. *Introduction to the problems of legal theory: a translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law* (1934), p. 55, §27.

¹²⁹⁶ KELSEN, Hans. *Introduction to the problems of legal theory: a translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law* (1934), pp. 55-56, §27.

conteúdo de uma norma jurídica simplesmente em virtude de sua substância”¹²⁹⁷. Um sistema normativo jurídico pode ser assim porque a sua norma fundamental é *formal*, e portanto, *dinâmica*, pois pode assumir qualquer conteúdo em sua forma. E até por isso, por não ter conteúdo, as “normas de um sistema jurídico não podem ser logicamente deduzidas a partir dessa norma fundamental. Ao contrário, elas são criadas por meio de um ato especial que as estabelecem, um ato não do intelecto, mas da vontade”¹²⁹⁸.

A validade do sistema normativo jurídico se dá, então, de forma *regressiva*, e “remontar as várias normas do sistema jurídico à norma fundamental é uma questão de mostrar que uma norma particular foi criada de acordo com a norma fundamental”¹²⁹⁹. É uma questão de verificar autorizações normativas em uma perspectiva hierárquica¹³⁰⁰. Tudo bem que o objeto da ciência do direito seja identificado a partir da conceituação da norma como esquema de interpretação, como algo apto a doar objetividade ao sentido socialmente produzido. Isso nada mais é que uma proposição jurídica, um juízo hipotético que diz que algo *deve-ser*, tal como se vê nos *Problemas Fundamentais. Todavia, Kelsen redimensiona seu projeto quando condiciona a validade e o conhecimento desses juízos em um sistema cientificamente construído*.

Ao construir a validade do sistema normativo jurídico de modo regressivo, enfatizando sua conformidade hierárquica, Kelsen constrói uma “cadeia de validade”¹³⁰¹. A validade seria um exame de verificação. Nesse passo, se somente a norma confere sentido objetivo, o parâmetro de validade de uma norma sempre será outra norma¹³⁰². Para exemplificar, um ato exterior, do mundo físico, pode ser interpretado como propício a desencadear uma sanção. Se assim o for, a base de tal interpretação deve ser uma norma. É possível que uma sentença de um magistrado considere que o conteúdo de tal ação corresponde àquele da norma geral. Surge uma

¹²⁹⁷ KELSEN, Hans. *Introduction to the problems of legal theory: a translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law* (1934), p. 56, § 28.

¹²⁹⁸ KELSEN, Hans. *Introduction to the problems of legal theory: a translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law* (1934), p. 56, § 28.

¹²⁹⁹ KELSEN, Hans. *Introduction to the problems of legal theory: a translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law* (1934), p. 57, § 28.

¹³⁰⁰ Como se pode inferir, esse perfil da validação normativa em moldes hierárquicos é notória influência da *Stufenbaulehre* de Merkl.

¹³⁰¹ Joseph Raz consagrou essa expressão. Todavia, é de se notar que Kelsen utiliza uma que lhe é muito próxima, qual seja, “cadeia de criações sucessivas”, em: KELSEN, Hans. *Teoría General del Estado* (1925). Trad. Luís Legaz y Lacambra. Madrid: Editorial Labor, 1934, p. 327.

¹³⁰² CELANO, Bruno. *La teoria del diritto di Hans Kelsen: una introduzione critica*, p. 285. Tal autor acredita que essa noção kelseniana de validade seria uma aplicação da noção aristotélica de “verdade como semelhança”, desenvolvida passagem 1011b da *Metafísica*. A verdade seria aquilo que poderia ser verificado. O paralelo é interessante, mas parece não ser tão necessário ir tão longe para identificar os pressupostos de Kelsen, as semânticas que orientavam suas observações. Cf., no entanto, pp. 259-266, 279-281.

norma individual. A validade de tal norma pode ser questionada. A sentença é válida, se produzida de acordo com a lei ordinária, que por sua vez deve se colocar de acordo com a Constituição. E a Constituição: qual seu fundamento de validade? A norma fundamental é a resposta. Caso se vá além e se pergunte “qual é o fundamento de validade da norma fundamental?”, a resposta é: não há.

A norma fundamental tem existência pressuposta, hipotética, e não positiva, pois “fornece as condições para a experiência da realidade, sem estar nela contida”¹³⁰³. Ela é “simplesmente a expressão da necessária pressuposição de todo entendimento positivista do material jurídico”¹³⁰⁴. Caso o fundamento de validade da Constituição seja problematizado, Kelsen não admite que uma instância metafísica como “o povo” seja dada como resposta. Isso reduziria a positividade do direito a uma instância da ordem do *Sein*, o que ensejaria um sincretismo metodológico inadmissível, e a dissolução da positividade do direito. Ao pô-la como fundamento de validade da Constituição, Kelsen afirma que a norma fundamental acaba por exercer uma função de “Constituição em sentido lógico jurídico”¹³⁰⁵, pois corresponderia a uma autorização, a uma “regra de produção suprema” que instituiria o primeiro órgão criador de direito¹³⁰⁶. Em suas palavras:

O conteúdo genérico da norma originária [*Ursprungsnorm*] que fundamenta o sistema da ordem jurídica é o estabelecimento de uma autoridade, de uma fonte de direito cujas manifestações têm força jurídica de obrigar: “comportem-se tal como os ordene a autoridade jurídica – o monarca, a assembléia popular, o parlamento, etc.”. Assim reza a norma fundamental [*Grundnorm*] (simplificando-a em homenagem à clareza)¹³⁰⁷.

A norma fundamental, assim, é um artefato que permite a Kelsen não somente separar *ser* e *dever-ser*. Ela lhe permite ser indiferente ao *Sein*, ao terreno da efetividade, da política do direito, por impedir logicamente que uma norma seja

¹³⁰³ SOLON, Ari Marcelo. *Teoria da soberania como problema da norma jurídica e da decisão*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1997, p. 60.

¹³⁰⁴ KELSEN, Hans. *Introduction to the problems of legal theory: a translation of the First Edition of the *Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law** (1934), p. 58 §29.

¹³⁰⁵ KELSEN, Hans. *Teoria General del Estado* (1925), p. 326.

¹³⁰⁶ KELSEN, Hans. *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale: contributo per una dottrina pura del diritto* (1920), p. 141, nota 8.

¹³⁰⁷ KELSEN, Hans. *Teoria General del Estado* (1925), p. 128.

homologada a um fato natural¹³⁰⁸. Um cientista do direito somente se ocupa de normas reconstruídas via proposições lógicas. Dessa forma, como anotou Juliana Neuenschwander Magalhães, mais que uma tensão – ou mesmo uma contradição – a separação entre ser e dever-ser foi um limite que a Teoria Pura do Direito se auto-impôs para conhecer o direito¹³⁰⁹. Com isso, é possível observar que a norma fundamental reforça o projeto cognoscitivo de Kelsen delineado nos *Problemas Fundamentais*, de separação entre ser e dever-ser como possibilidade de conhecimento, porquanto acresce um elemento sistemático que radicaliza aquela separação entre ser e dever-ser, que constitui a espinha dorsal do projeto de Kelsen já em 1911.

Ao postular regressivamente a validade das normas integrantes do sistema – e alçar tal procedimento à condição de pertinência, e portanto existência – Kelsen, ao mesmo instante em que se nega a ver qualquer conteúdo como próprio a um sistema normativo, transforma o direito em uma *técnica*, com notória orientação relativística. Como a direção do conhecimento determina o objeto cognoscitivo, a norma fundamental permite que o direito positivo seja entendido como “um aparato coercitivo que não possui em si nenhum valor ético ou político”¹³¹⁰. O direito positivo passa a ser assim entendido porque a *Teoria Pura do Direito* teria o caráter anti-ideológico por marca: “ela recusa a avaliar o direito positivo”, pois “intenta abordar o direito tal como ele é, sem legitimá-lo como justo ou desqualificá-lo como injusto”¹³¹¹. Dessa forma, Kelsen acredita que fazer ciência tem um preço: a recusa a realizar quaisquer considerações heterogêneas ao objeto de conhecimento, o direito positivo. Ao fazê-lo, Kelsen acreditava estar sepultando a sociologia do direito e, principalmente, o direito natural. De acordo com suas palavras:

Assim como à idéia de direito natural corresponde a validade absoluta de suas normas, à idéia do direito positivo corresponde a simples validade hipotético-relativa, quer dizer, que suas normas somente valem sob um suposto, sob a aceitação de uma norma fundamental estabelecida por uma autoridade jurídica suprema, cuja

¹³⁰⁸ BELLINAZZI, Paolo. *Novecento restauratore: filosofia e politica in Kelsen*. Pisa: ETS, 1998, p. 32. No mesmo sentido: CALDWELL, Peter C. *Popular sovereignty and the crisis of the German constitutional law: the theory and practice of Weimar constitutionalism*, p. 93.

¹³⁰⁹ NEUENSCHWANDER MAGALHÃES, Juliana. “Interpretando o direito como um paradoxo: observações sobre o giro hermenêutico da ciência jurídica”. In: *Hermenêutica Plural: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 134.

¹³¹⁰ KELSEN, Hans. *Introduction to the problems of legal theory: a translation of the First Edition of the *Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law* (1934)*, p. 31 §14 (c).

¹³¹¹ KELSEN, Hans. *Introduction to the problems of legal theory: a translation of the First Edition of the *Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law* (1934)*, p. 18, §9.

validade não está fundada e sequer pode se fundar dentro da esfera do direito positivo. *Precisamente na renúncia* – difícil por muitas razões – a uma justificação absoluta e material, nessa limitação de perspectiva plena de resignação a uma fundamentação simplesmente hipotética e formal, *mediante a norma fundamental, reside a característica essencial do positivismo frente à teoria do direito natural. Positivismo e relativismo (da teoria do conhecimento) caminham tão unidos como teoria do direito natural e absolutismo (metafísico)*¹³¹². (ênfatisou-se).

Assim, com tal postura formalista, e por isso relativista, Kelsen confecciona uma teoria do direito capaz de servir como uma espécie de “teoria geral da dogmática do direito positivo”¹³¹³. Uma teoria com objetividade e universalidade que a habilita a conhecer o direito como um todo¹³¹⁴, independentemente de tempo e espaço¹³¹⁵: da história. O relativismo, que marca uma teoria que se diz pura, impede que um cientista proceda a valorações quando descreve o direito; mas é ao mesmo tempo impotente para avaliar uma teoria constitucional tão autoritária como a de Schmitt, mormente, no que toca às suas teses acerca do Presidente do *Reich* como guardião da Constituição.

Agora já se pode ver porque, no desfecho de *Quem deve ser o guardião da Constituição?*, Kelsen diz que seu escrito “não deseja nem pode colocar em questão o valor político que em determinadas circunstâncias possuem a busca da máxima expansão possível do poder do presidente do *Reich*, (...) e a conseqüente rejeição de uma jurisdição constitucional”¹³¹⁶. Quando Kelsen publica sua resposta a Schmitt, em 1931, ele estava envolvido em um projeto que buscava sistematizar suas reflexões aparecidas ao longo de duas décadas. O resultado desse trabalho, aparecido em 1934, pode ser entendido, assim como “uma separação a mais rigorosa possível entre conhecimento científico e juízo de valor político”¹³¹⁷. O preço da sua separação é uma indiferença em relação àquilo que é excluído. Dessa forma, a pureza da teoria pura, para

¹³¹² KELSEN, Hans. “La idea del derecho natural” (1927) In: *La idea del derecho natural y otros ensayos*, pp. 27-28.

¹³¹³ WALTER, Robert. “La dottrina del diritto di Hans Kelsen”. In: *La teoria di Kelsen: contributi alla dottrina pura del diritto*, p. 7.

¹³¹⁴ KELSEN, Hans. *Introduction to the problems of legal theory: a translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law* (1934), p. 53 §26.

¹³¹⁵ WALTER, Robert. “La dottrina del diritto di Hans Kelsen”. In: *La teoria di Kelsen: contributi alla dottrina pura del diritto*, pp. 12-13. Nada mais natural que uma teoria que se diz pura se compreenda dessa maneira pois, se ela é ciência normativa, isso se deve ao *Sollen*. O *Sollen* se situa no plano da razão, em que, ao contrário do mundo físico, é independente do tempo, logo uma teoria do direito que é construída sem nenhum elemento da ordem do *Sein* será universalista o suficiente para se colocar acima do fluxo do tempo, da história.

¹³¹⁶ KELSEN, Hans. “Quem deve ser o guardião da Constituição?” (1931). In: *Jurisdição Constitucional*, p. 297.

¹³¹⁷ KELSEN, Hans. “Quem deve ser o guardião da Constituição?” (1931). In: *Jurisdição Constitucional*, p. 298.

se manter, tem que ser relativista, e assim: as teses de Schmitt têm que ser consideradas como igualmente válidas.

Já que a “Teoria Pura do Direito é uma teoria do direito positivo”, e que por isso, “ela intenta responder a questões de ‘qual é o direito’ e ‘como o direito é feito’, mas não a questões tais ‘o que o direito deve ser’ ou ‘como ele deve ser feito’”¹³¹⁸. É de se esperar que, quando se pergunta *Quem deve ser o guardião da Constituição?*, não se está a tratar do direito tal qual ele é, mas de como ele *deveria ser*. Schmitt não teria sido científico porque respondeu à questão proibida, porque afirmou *como* a guarda da Constituição *deveria ser*. Se ele, Kelsen, também respondesse à questão, não estaria adotando a postura relativista que é esperada de um autor que possui um conceito totalmente *formal* de direito. Nesses termos, buscando ser coerente ao seu conceito de ciência, Kelsen prefere dizer, em outras palavras, que a questão pode ser respondida de várias formas.

Para Kelsen, o problema da tese schmittiana, de que o Presidente do *Reich* deveria ser o guardião da Constituição, não era tanto que ela servia à fins político-partidários¹³¹⁹ – aliás, muito notórios ante a ligação de Schmitt com o General von Schleicher. O problema é que, para fazer isso, Schmitt se valeu de métodos próprios à sociologia, e não à ciência do direito. Para Kelsen, assim, uma teoria constitucional da ditadura é totalmente válida, desde que descrita juridicamente, e não sociologicamente. Assim, o método é fim em si mesmo, como o próprio Kelsen apontou no prefácio dos *Problemas Fundamentais*.

Isso tudo inspira um último comentário a esse respeito. Usualmente se aponta que existe o “Kelsen político do direito” e o “Kelsen cientista do direito”. O primeiro Kelsen seria o relativista, que entendia a política como convivência de concorrentes *Weltanschauungen*, visões-de-mundo¹³²⁰. Daí, então, o Kelsen do debate com Schmitt era o Kelsen da política, o que explicaria a sua postura “tolerante”. Por um lado, isso parece ser comprovado quando o próprio Kelsen afirma, *en passant*, que sua resposta a

¹³¹⁸ KELSEN, Hans. *Introduction to the problems of legal theory: a translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law* (1934), p. 7 (§1). As aspas foram acrescentadas com intuito de enfatizar as duas questões.

¹³¹⁹ KELSEN, Hans. “Quem deve ser o guardião da Constituição?” (1931). In: *Jurisdição Constitucional*, p. 298.

¹³²⁰ RIZZI, Lino. *Legittimità e Democrazia: studio sulla teoria politica di Hans Kelsen*. Milano: Giuffrè, 1990, pp. 99-103. Cf. também, KELSEN, Hans. “Forme di governo e concezioni del mondo (1933)” [*Staatsform und Weltanschauung*]. In: *Il primato del parlamento*. Ed. Carmelo Geraci. Milano: Giuffrè, 1982, p. 46: “democrazia – com’è stato giustamente detto – significa discussione”.

Schmitt se localiza na seara da política do direito¹³²¹. Todavia, se é assim, porque reativar tantas vezes a diferença ciência/ideologia para imputar a Schmitt a alcunha de ideólogo constitucional¹³²²? É óbvio que Kelsen somente pode desqualificar Schmitt de qualquer traço de cientificidade quando coloca o seu conceito de ciência como parâmetro.

Em suma, o desenvolvimento do conceito de ciência de Kelsen, realizado aqui, permite afirmar que não existe o Kelsen político do direito e o Kelsen cientista do direito. Existe um só: o Kelsen que a pretexto de fazer ciência se encerra em um sistema rigorosamente construído, mas sob o enorme custo operacional da indiferença em relação aos problemas constitucionais mais sérios de seu tempo. A ciência do direito, se ocupa de juízos de *Sollen*, não de *Sein*. *Sollen* é forma, pureza, não é conteúdo, logo, uma ciência do direito, caso deseje se diferenciar de um sistema normativo moral, deve manter distância de considerações que procurem responder como o direito *deva ser*¹³²³. O resultado de seu formalismo é “um relativismo político ingênuo que sob o altar da pureza de um modelo teórico sacrifica a realidade do próprio objeto”¹³²⁴.

O conceito de ciência do direito de Kelsen traz, por tudo isso, dificuldades para a compreensão do objeto de estudo que é por ele tão arduamente construído. Quando transfere para o debate político seus pressupostos científicos, quando faz a assim-chamada “política do direito”, Kelsen chega a resultados que não têm como combater a instrumentalização do direito por um sistema de gabinetes presidenciais – que pode ser visto, hoje, à distância histórica, como uma etapa que fora decisiva para a falência da ordem constitucional de Weimar. E foi dessa maneira que, em 1932, quando a Alemanha agonizava frente a partidos políticos militarizados e que viam na legalidade um mero expediente para a tomada do poder, Kelsen, incrivelmente, declarou que a democracia “deve suportar também um movimento voltado à destruição da democracia, deve garantir a esse movimento, como a qualquer outra convicção política, as mesmas

¹³²¹ Cf. KELSEN, Hans. “Quem deve ser o guardião da Constituição?” (1931). In: *Jurisdição Constitucional*, pp. 255, 260, 264.

¹³²² Por nove vezes Schmitt é considerado por Kelsen um “ideólogo constitucional”: KELSEN, Hans. “Quem deve ser o guardião da Constituição?” (1931). In: *Jurisdição Constitucional*, pp. 242, 245 (duas vezes), 246, 247, 281 (duas vezes), 282, e 241 (quando a qualifica de “ficção”).

¹³²³ GIANFORMAGGIO, Letizia. “Sobre la deducción de la validez en Hans Kelsen”. In: *Estudios sobre Kelsen*. Cidade do México: Distribuciones Fontamara, 1994, p. 48.

¹³²⁴ CASERTA, Marco. *La forma e l'identità: democrazia e costituzione in Hans Kelsen e Carl Schmitt*, p. 42. Cf. também, para uma crítica ao relativismo de Kelsen: MOTTA, Mario. *Kelsen e il Leviatano*, pp. 226-233.

possibilidades de desenvolvimento”¹³²⁵. Nesses termos, o Partido Nacional-Socialista, que abertamente incluía em seu programa a queda da democracia alemã, não poderia ser criticado por Kelsen, que preferiu manter-se supostamente coerente ao seu programa epistemológico: como se coerência fosse repetição¹³²⁶.

Agora se pode ver por qual razão o relativismo formalista de Kelsen tem que aceitar a proposta de Schmitt sobre o guardião da Constituição, assim como a ascensão nazista ao poder. Por um só motivo: porque Kelsen entende o direito a partir de uma posição semântica que reduz a validade científica a um procedimento descritivo de uma forma deôntica situada no sem-tempo da razão, o *Sollen*. Uma postura teórica que, com o azo de buscar uma tolerância em seu maior grau acaba por coincidir com uma postura, autoritária, que faz com que o direito coincida com a lei do mais forte¹³²⁷: o que não é nada distante da postura de Schmitt. O Kelsen da política do direito, assim, é o mesmo da ciência do direito: o mesmo Kelsen que acredita que o direito é somente uma forma técnica de apropriação inteiramente disponível ao sistema da política¹³²⁸. O direito, em Kelsen, é um sistema heterodeterminado pela política: por mais contra-intuitivo que isso possa parecer.

3.2.2. *A pureza da unidade.*

A pureza de uma ciência do direito meramente formal, que cuida de juízos hipotéticos de dever-ser, requer a unidade do seu objeto de conhecimento. Daí uma das principais tarefas metodológicas dessa ciência do direito será, consoante seus cânones neokantianos, aquela de não adotar os dualismos próprios à gnosiologia de Kant, como entendimento e sensibilidade, forma e conteúdo¹³²⁹. Todos os dualismos no objeto de conhecimento devem ser reduzidos à unidade. Assim, a supressão das heterogeneidades

¹³²⁵ KELSEN, Hans. “Difesa della democrazia” (1932). In: *Sociologia della democrazia*. Ed. Agostino Carrino. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1991, p. 50.

¹³²⁶ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp. 263-269.

¹³²⁷ GUINZBURG, Carlo. *Relações de força: história, retórica, prova*. Trad. Jônatas Batista Neto. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p. 15. Devo ressaltar que cito Guinzburg aqui, tirando-lhe de seu contexto. É que quando Guinzburg articula relativismo e lei do mais forte ele menciona uma postura existente na historiografia que tenta demonstrar uma total incompatibilidade entre prova e retórica. A analogia, porém, com o relativismo de Kelsen, é estimulante, acredito.

¹³²⁸ Deixo claro que jamais teria chegado a esta conclusão sem os vários debates que pude travar com meu mestre Menelick de Carvalho Neto.

¹³²⁹ PAULSON, Stanley L. “On the Puzzle Surrounding Hans Kelsen’s Basic Norm”. In: *Ratio Juris*. Vol. 13, n° 3. Oxford: Blackwell, setembro de 2000, p. 291.

existentes entre os vários “ramos da ciência do direito” será condição imprescindível para que a ciência do direito construa “um sistema logicamente fechado de conceitos fundamentais unitários de validade universal” e que sejam “comuns a todos os campos jurídicos”¹³³⁰.

Esse *indirizzo* metodológico, essa busca pela confecção da unidade na multiplicidade, tem na dicotomia direito subjetivo-direito objetivo um exemplo dos mais fortes¹³³¹. O exame dessa dicotomia, ou, como Kelsen prefere, desse “dualismo”, é um meio interessante para se compreender o porquê de Kelsen ter afirmado, por ocasião de sua defesa da “solução austríaca”, que “o direito subjetivo não é outra coisa que um expediente técnico para a garantia da ordem estatal”¹³³²: por meio de um exame da definição kelseniana de direito subjetivo, é possível que alguns traços mais implícitos da sua *Verfassungsgerichtsbarkeit* se evidenciem. Eis o objetivo.

Se fazer ciência pura é eliminar os dualismos para que assim o objeto de conhecimento logre a unidade desejada, então a eliminação do dualismo requer que o uso ideológico ao qual ele se serve seja identificado. Não é de outra maneira que Kelsen procede quando do exame do dualismo entre direito subjetivo e direito objetivo, ao alegar que tal dualismo teria por fundamento o direito natural.

O jusnaturalismo teria como marca a duplicação ontológica da realidade, porquanto coloca, ao lado do que existe, do direito posto, uma dimensão metafísica que somente se presta para usos político-ideológicos. Ao se valer de conceitos metafísicos o jusnaturalismo permite que valores absolutos se coloquem como uma instância superior, anterior, ao direito positivo. O resultado, acredita Kelsen, é que uma ciência do direito teria sua existência prejudicada, nesse marco, pois ficaria desprovida de sua principal característica, a formalidade. E formalidade é condição de objetividade¹³³³. Uma teoria do direito natural desconsidera, assim, a formalidade da ciência do direito, pois pretende

¹³³⁰ KELSEN, Hans. *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico, esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica* (1911), p. 12.

¹³³¹ Deve ser ressaltado que ao lado do dualismo subjetivo/objetivo, também é alvo da crítica de Kelsen a dualidade direito público *versus* direito privado. Para os fins deste subitem, todavia, eles não necessitam ser tratados de forma separada, uma vez o próprio Kelsen costuma tratar essas duas diferenças de modo concomitante.

¹³³² KELSEN, Hans. “Quem deve ser o guardião da Constituição?” (1931). In: *Jurisdição Constitucional*, p. 273.

¹³³³ KELSEN, Hans. “Legal Formalism and the Pure Theory of Law” (1929). In: JACOBSON, Arthur. SCHLINK, Bernhard. *Weimar: a jurisprudence of crisis*. Berkeley: University of California Press, 2002, p. 77.

preenchê-la com um conteúdo, um valor absoluto¹³³⁴. O que geraria uma manipulação ideológica do direito. Dessa maneira, a função do direito subjetivo, segundo Kelsen, é fornecer um instrumento para que se proceda a uma limitação do conteúdo do direito objetivo por meio de ideologias e considerações psicológicas¹³³⁵.

A partir de tal identificação “ideológica”, que entende o direito subjetivo como um mero dualismo no objeto de conhecimento, Kelsen efetuará uma *reductio ad unum* bem própria ao neokantismo, porquanto afirmará que a separação entre direito subjetivo e objetivo na verdade não existe, pois todo direito é direito objetivo¹³³⁶. Sustentar o contrário é ser partidário de um jusnaturalismo ideológico que nivela a normatividade do direito. Sem terceira opção.

O conceito de direito subjetivo que Kelsen sustenta depende, sem dúvida nenhuma, do modo como ele desenhou seu problema. Daí afigura-se importante perquirir: o que pode ter levado Kelsen a igualar direito subjetivo com uma categoria própria ao direito natural?

O conceito de direito subjetivo foi um tema muito selecionado pelos jusnaturalistas dos séculos XVII e XVIII. Essas autodescrições do sistema do direito se situavam em uma sociedade que ainda se diferenciava por *ordines*, em que a inclusão social se dava, predominantemente, mediante critérios de hierarquia social, de ascendência. Tudo isso já foi abordado no primeiro capítulo, e dispensa repetição. Porém, talvez seja interessante lembrar que a manifestação da vigência do direito tem relação com a estrutura da sociedade na qual o sistema do direito encontra-se imerso. E que, por isso, o direito em uma sociedade pré-moderna, vige de forma igualmente escalonada. No topo da construção se vê uma parte superior imutável, um *núcleo imanente*, e que se coloca como um parâmetro que limita o âmbito de vigência da lei promulgada “pelos homens”; sua forma mais comum é aquela representada pela diferença lei natural/lei positiva.

Um núcleo imanente significa heteroprodução do direito, uma submissão do direito a uma *idéia normativa de natureza*: a “um amálgama normativo indiferenciado de religião, direito, moral, tradição e costumes transcendentemente justificados e que

¹³³⁴ KELSEN, Hans. *Introduction to the problems of legal theory: a translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law* (1934), p. 16, § 8.

¹³³⁵ KELSEN, Hans. *Introduction to the problems of legal theory: a translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law* (1934), pp. 37-38, § 18.

¹³³⁶ LOSANO, Mario G. *Teoría pura del derecho: evolución y puntos cruciales*, pp. 24-25.

essencialmente não se discerniam”¹³³⁷. Isso é notado com mais precisão quando se considera algumas auto-observações do sistema do direito de tal época. Quando os autores daquele período descreviam o conceito de direito subjetivo – que é o que interessa – o faziam inserindo o direito subjetivo em uma *ordo naturalis*. O que pode ser visto, por exemplo, em Hugo Grotius, Samuel Pufendorf e Christian Thomasius: não obstante a diversidade de seus enfoques. Um exame, ainda que esquemático de tais descrições, é de fundamental importância, porquanto ajuda a demarcar uma *diferença* que será de grande valia.

Em *Do Direito da Paz e da Guerra (De jure belli ac pacis)*, de 1645, Hugo Grotius (1583-1645) afirma que o “direito não significa aqui outra coisa senão aquilo que é justo: negando, mais pelo significado do que pela palavra, que seja direito aquilo que é injusto”¹³³⁸. Como concede Grotius, existe uma outra dimensão desse conceito de direito, uma noção de direito subjetivo: “é diferente desta significação de direito a outra – porém derivada desta – *que se refere à pessoa*: direito é a *qualidade moral* correspondente à pessoa, para possuir ou fazer algo de forma justa”¹³³⁹. Vê-se o dualismo entre direito objetivo e direito subjetivo; mas em ambos existe um condicionamento do exercício do direito à ordem normativa que deriva da natureza: o direito como “qualidade moral” depende de seu exercício justo¹³⁴⁰.

Em Samuel Pufendorf (1632-1694) o direito subjetivo também continua em sua trilha pré-moderna. Para ele, a despeito da imprecisão conceitual da palavra “direito subjetivo” (*ius*), ela é utilizada de maneira mais adequada como “a *qualidade moral* pela qual nós tanto comandamos pessoas ou possuímos coisas *corretamente*, como pela qual coisas são devidas a nós”¹³⁴¹. Como Pufendorf mesmo acredita, “o termo ‘direito subjetivo’, todavia, deixa uma indicação adequada e clara que a *qualidade* foi *corretamente* adquirida e que é agora *corretamente* possuída”¹³⁴². Depara-se, mais uma

¹³³⁷ CARVALHO NETTO, Menelick. "A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito". In: *Notícia do direito brasileiro*. Nova série, nº 6. Brasília: Ed. UnB, 2º semestre de 1998, p. 237.

¹³³⁸ GRÓCIO, Hugo. *Del derecho de la guerra y de la paz I*. Trad. do Latim por Jaime Ripoll. Madrid: Editorial Reus, 1925, p. 46 (I, I, III, 1).

¹³³⁹ GRÓCIO, Hugo. *Del derecho de la guerra y de la paz I*, p. 47, (I,I,IV), com ênfase adicionada.

¹³⁴⁰ É de se questionar, por isso, a afirmação de que após Grotius o direito se coloca totalmente na esfera de disponibilidade do sujeito como quer: FASSÓ, Guido. *Storia della filosofia del diritto II: l'età moderna*. Bologna: Il Mulino, 1968, p. 110.

¹³⁴¹ PUFENDORF, Samuel. “Elements of universal Jurisprudence in two books”. In: CARR, Craig (org.). *The Political writings of Samuel Pufendorf*. Oxford: Oxford University Press, 1994, p. 46 (I, def. 8, 1), com ênfase adicionada.

¹³⁴² PUFENDORF, Samuel. “Elements of universal Jurisprudence in two books”. In: CARR, Craig (org.). *The Political writings of Samuel Pufendorf*, p. 46 (I, def. 8, 2).

vez, com a submissão da legitimidade do exercício do direito subjetivo à correção com a natureza. A mesma correlação que se pode perceber entre crime e pecado nos escritos de direito penal de Pufendorf, que nada mais é que uma variação da subordinação (fraca), confeccionada pela escolástica, da filosofia em relação à teologia¹³⁴³.

Por último, Christian Thomasius (1655-1728) vai se esforçar para construir uma separação radical entre o direito e a ética, condenando esta última a se colocar exclusivamente no foro íntimo do indivíduo. Dessa maneira o postulado central do jusnaturalismo, a noção normativa de natureza existente de forma objetiva, estaria condenado a uma realidade psicológica, mas não a uma realidade exterior¹³⁴⁴. É fácil verificar o elemento de teologia luterana existente aí. Mas é exatamente esse luteranismo jurídico que vai obrigar Thomasius a entender o direito subjetivo como uma concessão do soberano. É desta forma que reaparece, nos *Fundamenta juris naturae et gentium* (1705), a velha concepção de que o direito subjetivo é *qualitas moralis personae competens*, mas essa *qualitas* só existe *ex concessione superioris*¹³⁴⁵. Assim, ainda que tenha sido enorme o esforço no sentido de separar direito e moral, o direito aparece ainda como “dever moral obrigatório”¹³⁴⁶, um manifesto paradoxo. Dessa forma, o objetivo, a natureza, ainda delimita o subjetivo: *subjectum* significa, ainda, “estar submetido a”¹³⁴⁷.

Ora, até o momento tudo parece dar razão a Kelsen. O direito subjetivo seria então, realmente, uma noção intrinsecamente ligada à moral, a uma concepção normativa de natureza, que surge mediante a submissão da ordem temporal à ordem natural, o que ensejaria uma “oposição trans-sistemática” entre direito subjetivo (*qua* direito natural) e direito objetivo (*qua* direito positivo), em que a grande vítima seria a

¹³⁴³ Como eruditamente expõe Vanda Fiorillo, a submissão da categoria “crime” ao critério “pecado” é um traço forte da escolástica, que exemplifica a pretensão de subordinação da filosofia à teologia (p. 3). Na obra de Pufendorf é possível vislumbrar um elemento de união entre esses dois conceitos, uma vez que “ambos os comportamentos se qualificam por sua incongruência em relação à norma” (p. 9). A noção de *imputatio* em Pufendorf tem um amplo potencial secularizante, ainda mais quando há a diferença entre uma imputação na esfera do sagrado, a *imputatio ex gratia* (= pecado) e a *imputatio ex delicto* (=crime). Todavia, falar de uma secularização plena aqui é difícil, haja vista que Pufendorf cita (p. 17), como embasamento, uma passagem da Epístola de Paulo aos Romanos (5, 12-21). Cf. FIORILLO, Vanda. “Delitto e peccato nel giusnaturalismo di Samuel Pufendorf”. In: *Rivista Internazionale di filosofia del diritto*. IV Serie, Vol. LXII. Milano: Giuffrè, janeiro-março de 1995, pp. 3-24.

¹³⁴⁴ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*, pp. 358-359.

¹³⁴⁵ DE GIORGI, Raffaele. “Semântica da idéia de direito subjetivo”. In: *Direito, democracia e risco – vínculos com o futuro*, p. 104.

¹³⁴⁶ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*, p. 359.

¹³⁴⁷ Koselleck fornece uma excelente documentação desse uso. Quando Pierre Bayle, em 1695, se referia ao “*bon sujet de la République*”, ele significava, com isso, o “bom súdito”, aquele que é leal ao soberano, a quem ele estava *sujeito*. KOSELLECK, Reinhart. *Crítica e crise: uma contribuição à patogênese do mundo burguês*. Trad. Luciana Castelo-Branco. Rio de Janeiro: EDUERJ; Contraponto, 1999, p. 100.

ciência do direito¹³⁴⁸. Isso então justificaria que a pureza da teoria pura qualifique a noção de direito subjetivo como um conceito metafísico, inapto a um tratamento científico. Kelsen estaria com a razão caso o conceito de direito subjetivo não tivesse sido completamente modificado com a passagem da velha ordem de castas para a modernidade, ocasião em que o direito se torna autopoietico.

Com a modernidade, se observa que o conceito de direito subjetivo não é mais descrito com apoio na natureza. Em seu lugar entra a idéia de um *sujeito racional e autônomo* – ainda que como uma semântica de transição¹³⁴⁹. Kant é uma excelente fonte histórica para se perceber isso, pois em seus escritos o “sujeito autônomo” aparece como aquele que é liberto da natureza. E que por isso é também diverso da natureza. Enquanto a natureza se rege pela lei da necessidade, a ação do homem se disciplinaria pela lei da liberdade¹³⁵⁰. Assim, em apertada síntese, o *subjectum* deixa de ser alguém “submetido a algo” para ser uma espécie de protagonista da sociedade¹³⁵¹. Essa mudança conceitual que se pode ler no espelho de Kant permite que seja vislumbrada a passagem de uma sociedade organizada sob o primado comunicativo da estratificação para uma sociedade em que os sistemas se diferenciam primordialmente a partir de critérios funcionais, em que ocorre a “incorporação da população global às prestações dos diversos sistemas funcionais da sociedade”¹³⁵², independente de critérios *ad hominem*.

A diferenciação funcional da modernidade, assim, apóia-se, também, no conceito de direito subjetivo, que demanda do sistema da política uma *constricção* a seus próprios limites¹³⁵³. Isso envolve que o sistema da política, também, tolere que o sistema do direito e o sistema da economia se acoplem estruturalmente mediante a

¹³⁴⁸ KELSEN, Hans. *Introduction to the problems of legal theory: a translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law* (1934), p. 37, § 18.

¹³⁴⁹ Uma primeira percepção da modernidade.

¹³⁵⁰ DE GIORGI, Raffaele. “L’azione come artefatto storico-evolutivo”. In: *Sociologia del diritto*. Ano XXIX, nº 3. Milano: Franco Angeli, 2002, pp. 63 e ss.

¹³⁵¹ Segundo o próprio Kant: “O Iluminismo é a saída do homem da sua menoridade de que ele próprio é culpado. A menoridade é a incapacidade de se servir do entendimento sem a orientação de outrem”. Cf. KANT, Immanuel. “Resposta à pergunta: o que é o Iluminismo?” (30.9.1784). In: *A paz perpétua e outros opúsculos*. Lisboa: Edições 70, 2004, p. 11. É a inauguração do discurso da “emancipação do sujeito”, que por incrível que pareça ainda faz muito sucesso na academia, nos dias atuais.

¹³⁵² LUHMANN, Niklas. *Teoría Política en el Estado de Bienestar*. Madrid: Alianza Universidad: 1997, p. 47.

¹³⁵³ Segundo o célebre Art. 16, “toute société dans laquelle la garantie des droits n’est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée, n’a point de constitution”. Edição utilizada: “Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen du 26 août 1789”. In : DUVERGER, Maurice (org.). *Constitutions et documents politiques*. 14ª ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1996, p. 18.

figura do contrato e da propriedade¹³⁵⁴ (terreno em que o conceito de direito subjetivo logrou muita aplicação, principalmente pela teoria do direito civil do século XIX). O direito subjetivo, assim, possibilita “que fique ao critério do indivíduo a decisão acerca do problema de se alguém tem, em absoluto, a vontade de assumir e fazer uso de seus direitos”¹³⁵⁵. Logo: existe uma dependência recíproca entre a diferenciação funcional e o surgimento dos direitos subjetivos¹³⁵⁶. Se, de um lado, o advento da diferenciação funcional proporcionou a inclusão generalizada dos indivíduos nos diversos âmbitos funcionais (isto é, o desprendimento do indivíduo em relação aos estratos), por outro lado a construção do indivíduo pode ser entendida como um fator relevante para a passagem de uma sociedade estratificada para a atual, que é diferenciada por funções¹³⁵⁷.

Dessa forma, em síntese, o grau de complexidade da sociedade moderna produzido pela diferenciação funcional requereu um direito capaz de fornecer mecanismos também cada vez mais abstratos para reger as relações sociais, um direito que lhe pudesse proporcionar *variação estrutural*¹³⁵⁸. Os direitos subjetivos cumprem essa função, uma vez que aparecem como uma “compensação” à perda dessa posição social fixa¹³⁵⁹, e funcionam como o meio apto a formular a inclusão generalizada em todos os sistemas funcionalmente diferenciados. Seu contributo foi poder garantir *situações jurídicas* para os particulares sem ser necessária uma mobilização de todo o feixe de direitos e deveres (privilégios) imanentes à ordem da qual um indivíduo era pertencente¹³⁶⁰: sua referência é o “sujeito autônomo”, não um estrato. O sujeito, visto dessa perspectiva, é um *artefato semântico*. Essa semântica, assim, reforça a diferenciação funcional, não lhe sendo antagônica (tal qual leituras mais apressadas da teoria da sociedade de Niklas Luhmann gostam de sugerir).

¹³⁵⁴ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 333.

¹³⁵⁵ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 353.

¹³⁵⁶ VERSCHRAEGEN, Gert. “Human rights and modern society: a sociological analysis from the perspective of systems theory”. In: *Journal of Law and Society*. Vol. 29, nº 2. Oxford: Blackwell, Junho de 2002, pp. 264-269 (especificamente, p. 266).

¹³⁵⁷ Nesse sentido, inclusive: LUHMANN, Niklas. “La differenziazione del sistema giuridico”. In: *La differenziazione del diritto: contributi alla sociologia e alla teoria del diritto*. Ed. Raffaele De Giorgi. Bologna: Il Mulino, 1990, p. 69. Sustentando a reciprocidade entre diferenciação funcional e direitos fundamentais: LUHMANN, Niklas. *I diritti fondamentali come istituzione*. Ed. Gianluigi Palombella e Luigi Pannarale. Bari: Edizioni Dedalo, 2002, pp. 271-272.

¹³⁵⁸ LUHMANN, Niklas. “Sulla funzione dei ‘diritti soggettivi’”. In: *La differenziazione del diritto: contributi alla sociologia e alla teoria del diritto*. Ed. Raffaele De Giorgi. Bologna: Il Mulino, 1990, p. 309.

¹³⁵⁹ VERSCHRAEGEN, Gert. “Human rights and modern society: a sociological analysis from the perspective of systems theory”. In: *Journal of Law and Society*, p. 267.

¹³⁶⁰ Cf. LUHMANN, Niklas. “Sulla funzione dei ‘diritti soggettivi’”. In: *La differenziazione del diritto: contributi alla sociologia e alla teoria del diritto*, pp. 309-310.

Ante o exposto, vê-se que com a modernidade a noção de direito subjetivo sofre uma mudança conceitual, que Kelsen parece não notar. Na modernidade, tal conceito não se liga mais a uma idéia normativa de natureza. Com esse desligamento em relação a critérios naturais que determinavam a inclusão na comunicação da sociedade, o conceito moderno de direito subjetivo permite que os sistemas psíquicos tenham acesso generalizado ao sistema do direito. Talvez por isso, os primeiros observadores de tal conceito, na modernidade, usualmente descreveram o direito subjetivo como um “poder do indivíduo”, para que seus “interesses sejam perseguidos”. Construções a esse estilo eram fortemente disseminadas entre os juristas do século XIX. Especialmente entre os juristas alemães, tanto da Escola Histórica, quanto daquela que foi sua ramificação, a Pandectística¹³⁶¹.

Falar, aqui, de como o conceito moderno de direito subjetivo foi lido por tais escolas seria pouco frutífero se não fosse um detalhe: quando Kelsen afirma que o conceito de direito subjetivo desconsidera o dever-ser juridicamente sancionado para colocar uma consideração psicológica em seu lugar, são a tais posicionamentos que ele se refere – explicitamente. Quando se observa como essas escolas descreviam o direito subjetivo, adquire-se um parâmetro concreto para avaliar a aversão de Kelsen ao direito subjetivo.

O principal representante da Escola Histórica, Friedrich Carl von Savigny, descrevia o direito como uma condição de liberdade, pois garantiria ao indivíduo um domínio onde a vontade individual reina independentemente de toda vontade alheia¹³⁶². A ênfase no indivíduo levava a uma espécie de primado do direito subjetivo, concebido

¹³⁶¹ A diferença entre o enfoque da Escola Histórica e aquele da Pandectística é mitigada por alguns autores, o que se deve a um detalhe, significativo, existente na obra de Savigny. Existe uma tensão entre um *elemento sistemático* e um *elemento histórico*. O primeiro foi desenvolvido na *Metodologia Jurídica* (1803), em que Savigny se pauta por um enfoque mais positivista. O segundo, o elemento histórico, foi desenvolvido no seu *Sistema de Direito Romano Atual* (1840-1849), em que Savigny sustenta que regras de direito nascem por via costumeira, emanação de um *Volksgeist*. A contraposição entre esses dois elementos se traduziria pela tensão entre *regra* e *instituto*, respectivamente. Segundo a leitura mais corrente, Savigny não consegue, no *Sistema*, demonstrar com clareza uma subordinação da regra ao instituto. Assim, o projeto científico da pandectística, em erigir uma *genealogia dos conceitos*, nada mais seria que uma radicalização do elemento sistemático (regra). Contudo, há de se perceber: radicaliza-se algo que *já existe* em Savigny, um flanco que existe em sua teoria. Nesse sentido, e com grande mérito: LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, pp. 18-19. Há estudos que reavaliam a posição que Savigny ocupa na história do direito, sustentando sua influência para além do direito privado. Nesse sentido, e com perspicácia, viu-se fortes implicações constitucionais em seus escritos: BEAUD, Olivier. “Le cas Savigny ou un constitutionnalisme allemand sans l’État de droit”. In: JOUANJAN, Olivier (org.). *Figures de l’État de droit: Le Rechtsstaat dans l’histoire intellectuelle et constitutionnelle de l’Allemagne*. Strasbourg: Presses Universitaires de Strasbourg, 2001, pp. 149-176.

¹³⁶² VON SAVIGNY, Friedrich Carl. *Sistema del derecho romano actual I*. Madrid: F. Góngora y Compañía, 1878, pp. 223-224.

como um “poder do indivíduo”, frente o direito objetivo. Isso pode ser facilmente visto quando Savigny descreve seu conceito de *relação jurídica*:

O direito (...) é por nós concebido como um poder do indivíduo. Nos limites desse poder, reina a vontade do indivíduo, e reina com o consentimento de todos. A tal poder, ou faculdade, nos o chamamos *direito*; já outros, o chamam direito em sentido subjetivo¹³⁶³.

Na verdade, em Savigny sequer aparece a contraposição em relação ao direito objetivo. Ele afirma que “outros” chamam esse poder do indivíduo de direito em sentido subjetivo: Savigny não precisa fazê-lo, porquanto direito é uma emanção da vontade do indivíduo. Daí é sempre subjetivo. É que o conceito de direito subjetivo expresso por Savigny já se situa no plano moderno. Não há aqui mais nenhuma pretensão de correção do direito subjetivo em relação a uma ordem transcendente, a um direito natural. A preocupação é outra, bem kantiana e até por isso bem moderna, qual seja a de como a liberdade individual pode coexistir com a liberdade de todos os outros¹³⁶⁴.

Será a partir de tais premissas que a Pandectística irá construir sua *genealogia dos conceitos*, inaugurada por Georg Friedrich Puchta. A partir do reconhecimento de que um “sujeito racional” é portador de direitos que emanam de sua personalidade, e não de considerações naturais. Esse sujeito de direito está em condições de *querer*, tem uma *vontade* – a esse tempo sempre pressuposta como racional – que não depende de um posicionamento estamental. E assim, para um Puchta, o princípio do direito é a liberdade; a liberdade que nega a *necessidade*, que permite o contingente, por possibilitar *escolhas*¹³⁶⁵. O indivíduo livre seria aquele que pode fazer escolhas, pois “da perspectiva do direito, liberdade é esta potencialidade reconhecida do querer”. E assim: “o indivíduo, agora, é sujeito de direito”¹³⁶⁶. O direito reconhece a vontade dos que são mutuamente livres (obviamente isso nada impede que alguns sejam menos livres que outros, como mostra a história do século XIX).

¹³⁶³ VON SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Sistema del derecho romano actual I*, p. 25.

¹³⁶⁴ VON SAVIGNY, Friedrich Carl. *Sistema del derecho romano actual I*, pp. 222-223: “Para que os seres livres, postos dessa maneira em relação, possam ajudar-se mutuamente, e não paralisar nunca o desenvolvimento de sua atividade, é necessário que uma linha invisível de separação determine os limites dentro dos quais o desenvolvimento paralelo dos indivíduos encontre segurança e independência: pois bem, a regra que fixa esses limites e que garante essa liberdade se chama direito; e aqui se revela a característica que relaciona e distingue o direito da moral, não cumprindo diretamente seus preceitos, mas sim assegurando ao indivíduo o exercício de seu livre arbítrio (...)”.

¹³⁶⁵ DE GIORGI, Raffaele. *Scienza del diritto e legittimazione: critica dell’epistemologia giuridica tedesca da Kelsen a Luhmann*, pp. 45-46.

¹³⁶⁶ DE GIORGI, Raffaele. *Scienza del diritto e legittimazione: critica dell’epistemologia giuridica tedesca da Kelsen a Luhmann*, p. 46.

A síntese de fim de século dessa semântica, foi elaborada por Bernhard Windscheid, o autor mais tardio e mais influente da Pandectística, em suas *Pandectas* (*Pandekten*, 1ª ed., 1862)¹³⁶⁷. Ele define o direito subjetivo como o “poder da vontade outorgado pela ordem jurídica”¹³⁶⁸. Tal determinação de que esse “poder da vontade” deva ser previsto pelo ordenamento jurídico, tem a função de conferir meios coativos para o titular do direito fazer valer a sua vontade¹³⁶⁹, ou seja, para que a sua autonomia da vontade seja efetiva. Assim, em Windscheid o direito subjetivo reveste um aspecto de um *meio* que serve para um fim, uma *técnica* à disposição do indivíduo.

Esse aspecto técnico é ainda mais enfatizado por Rudolf von Jhering. Ele parte do pressuposto que o “agir com uma finalidade” seria a marca que distingue o “ser humano”¹³⁷⁰. Dessa forma, quando Jhering afirma que a finalidade do direito consiste na “garantia das condições de vida da sociedade, assegurada pelo poder coativo do Estado”¹³⁷¹, ele concebe o ordenamento jurídico como um meio para que os “seres humanos” atinjam seus fins. E por isso direitos subjetivos, em Jhering são “interesses juridicamente protegidos”¹³⁷².

Essa noção de direito subjetivo, oriundo do direito privado alemão do Oitocentos, é reproduzida até hoje em muitos manuais jurídicos: assim era também no tempo Weimar. O tratado de direito civil mais influente da época, aquele escrito por Enneccerus, Kipp e Wolff, definia – em sua 13ª edição, a de 1931 – o direito subjetivo como “um poder investido pelo ordenamento jurídico que serve à satisfação dos interesses humanos”, e que por isso “pressupõe um sujeito a quem se atribui esse poder, um sujeito de direito ou, em linguagem jurídica, uma pessoa”¹³⁷³. Essa noção – que possui notória assonância semântica com a Pandectística – é um dos adversários que Kelsen pretende enfrentar ao criticar o dualismo que aqui se examina. Segundo Kelsen, o grande equívoco de tal posicionamento teórico era o de entender o direito subjetivo a partir de categorias como *querer* e *interesse*, algo diferente, portanto, de direito positivo,

¹³⁶⁷ Essa impressionante compilação doutrinária era dotada de tanto prestígio que, até a publicação do *bürgerliches Gesetzbuch*, em 1900, ela servia como “fonte do direito”: Cf. WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*, p. 510.

¹³⁶⁸ WINDSCHEID, Bernhard. *Diritto delle Pandette*. Trad. Carlo Fadda e Paolo Bensa. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese: 1925, p. 108.

¹³⁶⁹ WINDSCHEID, Bernhard. *Diritto delle Pandette*, pp. 109-110.

¹³⁷⁰ VON JHERING, Rudolf. *El fin en el derecho*. Buenos Aires: Ed. Atalaya, 1946, p. 12.

¹³⁷¹ VON JHERING, Rudolf. *El fin en el derecho*, p. 213.

¹³⁷² VON JHERING, Rudolf von. *O espírito do Direito Romano*. Trad. Rafael Benaion. Rio de Janeiro: Alba, 1943, p. 220.

¹³⁷³ ENNECCERUS, Ludwig. KIPP, Theodor. WOLFF, Martin. *Tratado de Derecho Civil* (13ª ed. 1931). Tomo I: Parte General. Trad. Blas González, José Alguer. Barcelona: Bosch, 1943, p. 325 (III, § 76).

de um *Sollen*¹³⁷⁴. Quando concebido dessa maneira, o direito subjetivo aparece como algo *logicamente* diverso do direito objetivo: o primeiro é *ser*, porque é querer ou vontade, já o segundo é *dever-ser*.

Kelsen tenta mostrar que o dualismo entre direito subjetivo e objetivo expressa a convicção da Escola Histórica de que direitos em sentido subjetivo existem há muito tempo, bem antes da formação das ordens políticas, e portanto do direito objetivo. Essa precedência temporal alçaria o direito subjetivo a uma condição de maior importância em relação ao direito objetivo “que surge depois como Estado para proteger, reconhecer e garantir os direitos subjetivos”¹³⁷⁵. E, para Kelsen, a noção de “sujeito de direito” da Pandectística era apenas uma variação desse *leitmotiv*, porquanto a concebia como uma personalidade com autodeterminação e autonomia e que, por isso, era independente do direito objetivo, que se traduzia, basicamente, por uma coercitividade heterônoma¹³⁷⁶. Essas são as bases do dualismo, mas Kelsen vai além de sua mera constatação. Quando a civilística forja um conceito de direito subjetivo *qualitativamente* diverso ao direito objetivo tal movimento teria *a finalidade ideológica de proteger a propriedade privada*¹³⁷⁷.

O direito subjetivo consistiria, para Kelsen, em uma “técnica específica do sistema jurídico capitalista, enquanto sistema baseado na instituição da propriedade privada e que por isso presta especial atenção aos interesses individuais”¹³⁷⁸. O conceito de direito subjetivo, aduz Kelsen, duplica o objeto de conhecimento da ciência do direito, quando se apresenta como algo diverso de um dever-ser juridicamente sancionado; e assim, ao se colocar como *qualitativamente* anterior ao direito objetivo, pretende erigir uma área imune à ação do direito democraticamente promulgado, o direito positivo. Com isso, a propriedade privada se transformava em uma categoria inalcançável ao Legislativo, uma vez que se igualaria à vontade divina ou à razão natural, dada a sua anterioridade em relação ao Estado¹³⁷⁹. E quando Kelsen critica a

¹³⁷⁴ KELSEN, Hans. *Introduction to the problems of legal theory: a translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law* (1934), p. 38, § 19.

¹³⁷⁵ KELSEN, Hans. *Introduction to the problems of legal theory: a translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law* (1934), p. 38, § 19.

¹³⁷⁶ KELSEN, Hans. *Introduction to the problems of legal theory: a translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law* (1934), p. 40, § 20.

¹³⁷⁷ KELSEN, Hans. *Introduction to the problems of legal theory: a translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law* (1934), p. 40, § 21.

¹³⁷⁸ KELSEN, Hans. *Introduction to the problems of legal theory: a translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law* (1934), p. 44, § 24 (b).

¹³⁷⁹ KELSEN, Hans. *Introduction to the problems of legal theory: a translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law* (1934), p. 40, § 21.

noção de direitos humanos, o argumento é o mesmo: direitos humanos escondem interesses de classe que buscam tornar inviolável a propriedade privada¹³⁸⁰.

Identificado o dualismo entre direito subjetivo e objetivo, e o uso ideológico ao qual ele se presta, Kelsen procura superá-lo. É claro que esse estado de coisas é inaceitável para um autor cuja principal meta de seu conceito de ciência é a consecução de uma objetividade propiciada por uma pureza formal. E exatamente por isso é que Kelsen vai efetivar uma *reductio ad unum* que evite esse mal entendido, o direito subjetivo, que coloca o ordenamento jurídico à disposição do indivíduo: seja mediante “poder da vontade” ou “interesse”¹³⁸¹. Nesse sentido, receberam grande atenção da parte de Kelsen os conceitos de direito subjetivo de von Jhering¹³⁸² e de Windscheid¹³⁸³. A reprodução, aqui, das críticas de Kelsen a esses dois juristas alemães é bem menos interessante do que a maneira mediante a qual Kelsen acredita solucionar as aporias de suas respectivas noções de direito subjetivo. Isso permite compreender como se deu a *reductio* kelseniana.

Para Kelsen, “Jhering simplesmente subjetiva o momento da liberdade do direito natural”¹³⁸⁴. É assim por que o conceito de direito de von Jhering tem por base a divisão entre elemento formal e elemento material. Se o direito subjetivo é o interesse juridicamente protegido, a matéria que confere dignidade a semelhante conceito é a finalidade (*Zweck*), que segundo Kelsen é indemonstrável. Já a forma, é traduzida como uma proteção, ou limitação ao interesse individual. Dessa maneira, há uma complementariedade entre forma e matéria: o interesse do indivíduo é limitado pelo ordenamento jurídico, mas é também por ele protegido¹³⁸⁵.

Kelsen, não aceita essa noção de direito subjetivo, e aponta uma contradição interna no pensamento de von Jhering, quando este afirma a possibilidade de que um

¹³⁸⁰ Afirma Kelsen: “E em definitivo se comprova que tudo aquilo que se afirma como conteúdo essencial do ordenamento estatal, ou como ‘direitos inatos do homem’, não é outra coisa que interesses de grupos e de classe, que tratam de se entricharar por trás da teoria. Assim, de modo especial, a inviolabilidade da propriedade privada”. KELSEN, Hans. *Teoría General del Estado* (1925), p. 213.

¹³⁸¹ LOSANO, Mario G. *Teoría pura del derecho: evolución y puntos cruciales*, pp. 24-25.

¹³⁸² KELSEN, Hans. *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico, esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica* (1911), pp. 627-643.

¹³⁸³ KELSEN, Hans. *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico, esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica* (1911), pp. 645-654.

¹³⁸⁴ KELSEN, Hans. *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico, esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica* (1911), p. 633.

¹³⁸⁵ KELSEN, Hans. *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico, esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica* (1911), p. 632.

interesse não tenha a proteção do ordenamento jurídico¹³⁸⁶. Kelsen afirma que, se é assim, a característica principal do direito subjetivo não pode ser o interesse, visto que nem sempre ele se faz presente em um direito subjetivo. Invertendo todo o argumento de von Jhering, Kelsen conclui que, quando tal conceito de direito subjetivo é analisado criticamente, somente o elemento formal, a proteção garantida pelo ordenamento jurídico, é o que ainda se sustenta¹³⁸⁷. O mais impressionante é que Kelsen afirma que o que vale para von Jhering vale também para a teoria de Windscheid¹³⁸⁸, por causa da “contraditória afirmação” de Windscheid de reconhecer “como substrato do direito subjetivo a vontade do ordenamento jurídico”¹³⁸⁹.

No sentido de eliminar tal dualidade, Kelsen realiza um movimento que o permite derivar logicamente o direito subjetivo do direito objetivo. Nos *Problemas Fundamentais* isso é conseguido a partir da diferença entre proposição jurídica em sentido amplo e proposição jurídica em sentido estrito. Kelsen descreve a primeira como um juízo hipotético que tem por objeto uma vontade do Estado¹³⁹⁰. Já a proposição jurídica em sentido estrito “tem por conteúdo uma vontade do Estado voltada àquele específico comportamento seu que é a aplicação da sanção”¹³⁹¹. Nesses termos Kelsen define o direito subjetivo como “a proposição jurídica na sua relação com aquela pessoa de cujo provimento faz depender a realização da vontade do Estado, expressa na proposição jurídica que confere existência à sanção”¹³⁹². E assim, Kelsen deriva o direito subjetivo da proposição normativa em sentido estrito. Direito subjetivo traduz-se pela “faculdade concedida ao singular de ativar aquela norma mediante a ação

¹³⁸⁶ KELSEN, Hans. *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico, esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica* (1911), p. 636. E é por isso que Jhering se vale da noção de “interesse médio”, um interesse existente normalmente na sociedade. Kelsen, obviamente negará valor a tal categoria, qualificando-lhe de mera ficção.

¹³⁸⁷ KELSEN, Hans. *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico, esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica* (1911), p. 642.

¹³⁸⁸ KELSEN, Hans. *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico, esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica* (1911), p. 647.

¹³⁸⁹ KELSEN, Hans. *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico, esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica* (1911), p. 648.

¹³⁹⁰ KELSEN, Hans. *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico, esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica* (1911), pp. 289-313.

¹³⁹¹ LA TORRE, Massimo. “La teoria del diritto soggettivo nel ‘primo’ Kelsen”. In: *Rivista internazionale di Filosofia del Diritto*. IV Serie, Vol. LXVI, N° 1. Milano: Giuffrè, janeiro-março 1989, p. 85. Cf. KELSEN, Hans. *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico, esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica* (1911), pp. 681-692.

¹³⁹² KELSEN, Hans. *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico, esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica* (1911), p. 688.

processual”¹³⁹³. Direito subjetivo, para Kelsen, é a proteção, e não algo que seja protegido¹³⁹⁴. É forma, não conteúdo.

Esse raciocínio lógico, que resultou na *reductio* de que todo direito é direito objetivo (público) passou a ser um dado permanente na teoria de Kelsen. Mais que isso, a *reductio* foi até radicalizada. É o que pode ser visto na primeira edição da *Teoria Pura do Direito* (1934). Em tal ocasião, Kelsen afirma que existe um direito subjetivo quando a manifestação de uma vontade, direcionada às conseqüências de um ato ilícito, é “incluída como um componente essencial no processo em que a norma individual da decisão judicial é criada, a decisão que liga a conseqüência concreta do ato ilícito ao fato concreto material do ato ilícito”¹³⁹⁵.

As bases do argumento confeccionado nos *Problemas Fundamentais* podem ser facilmente verificadas, mas há algo novo, que é denunciado pela palavra “processo”. No que consiste esse “processo em que a norma individual da decisão é criada”? Parece que o direito subjetivo – enquanto manifestação que consiste em pressuposto de uma sanção estatal decorrente de um ato ilícito – é visto como uma participação na criação do direito, uma questão de autorização normativa¹³⁹⁶, ainda que para a produção de uma norma individual. Precisamente isso será abordado no próximo item. Por hora, é suficiente (tanto quanto necessário) afirmar que, diante do que foi exposto até o momento, já é possível vislumbrar algumas conseqüências daquela declaração de Kelsen – objeto de estudo deste ponto – de que o direito subjetivo consistiria em mera técnica para garantia da ordem estatal.

Quando rejeita o dualismo entre direito objetivo e direito subjetivo, Kelsen se coloca em uma posição arriscada. É até verdade que o direito subjetivo foi um tema muito tratado pelo jusnaturalismo racionalista, e que, a partir de tal enfoque, os direitos subjetivos eram conjugados a uma idéia normativa de natureza. Só que a passagem para a modernidade permite que se observe que o direito subjetivo foi “sujeito e objeto” de

¹³⁹³ LA TORRE, Massimo. “La teoria del diritto soggettivo nel ‘primo’ Kelsen”. In: *Rivista internazionale di Filosofia del Diritto*, p. 85.

¹³⁹⁴ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Introducción al estudio del derecho*. 16ª ed. Cidade do México: Editorial Porrúa, 1969, p. 192.

¹³⁹⁵ KELSEN, Hans. *Introduction to the problems of legal theory: a translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law* (1934), p. 45, §24(c).

¹³⁹⁶ IRTI, Natalino. “Autonomia privata e forma di Stato: intorno al pensiero di Hans Kelsen”. In: *Rivista di Diritto Civile*. Ano XL, Nº1. Padova: Cedam, janeiro-fevereiro 1994, p. 23. No mesmo sentido: BOBBIO, Norberto. “Kelsen e il potere”. In: *Rivista Internazionale di filosofia del diritto*. IV Serie, Vol. LVIII, nº 4. Milano: Giuffrè, outubro-dezembro de 1981, p. 551.

uma acomodação semântica, que denota uma ordem social funcionalmente diferenciada.

Assim, não é a mesma coisa dizer que o direito subjetivo é uma *qualitas moralis personae competens* e que ele é um poder que o ordenamento confere ao indivíduo para fazer valer seus interesses. Windscheid e Jhering não eram Thomasius ou Grotius. A Pandectística se defronta com um problema novo, que deriva da diferenciação funcional, da dissolução de uma ordem social escalonada em que todas as possibilidades dos indivíduos dependia de seu estamento. No instante em que desconsidera essa resignificação funcional do conceito de direito subjetivo, Kelsen desconsidera um aspecto importante da modernidade da sociedade moderna. E é dessa maneira, ao não conceder “uma segunda chance histórica” ao direito subjetivo, ao acreditar que sua origem jusnaturalista o contamina *ab initio*, que Kelsen chega muito perto do “sorelianismo histórico” de Schmitt. Se não no método, no ponto de partida, certamente no ponto de chegada: no resultado.

O resultado, esse suposto desvelamento da “ideologia capitalista” que estaria “por trás” do instituto jurídico da propriedade privada, aproxima Kelsen do anti-individualismo do tempo Weimar¹³⁹⁷. Isso é digno de nota: a *reductio* entre direito objetivo e subjetivo, uma aplicação de um conceito de ciência que procurava eliminar a todo custo a metafísica, conduz a teoria de Kelsen a perigosas assonâncias com o modernismo reacionário de seu tempo. E leva Kelsen a uma curiosa concordância com Schmitt. Como demonstrou Massimo La Torre, o péssimo juízo que Kelsen tem acerca do direito subjetivo é mostra de sua discordância acerca da possibilidade de se valer um direito subjetivo contra o Estado¹³⁹⁸. *Direitos existem no Estado, mas não em face do Estado*. Dessa maneira, para Kelsen, assim como para Schmitt, a *liberté du citoyen* é um entrave à *gloire de l'état*¹³⁹⁹. E por tal razão, para Kelsen, o direito objetivo estatal não pode ser logicamente subjugado à manutenção ideológica da propriedade capitalista. Metodologias diversas, conciliações reacionárias.

Daí se percebe o quanto Kelsen concorda com Schmitt, quando ele aventa em sua réplica que com os procedimentos da “solução austríaca” “não se criam com isso

¹³⁹⁷ BELLINAZZI, Paolo. *Novecento restauratore: filosofia e politica in Hans Kelsen*, pp. 29-31.

¹³⁹⁸ LA TORRE, Massimo. “La teoria del diritto soggettivo nel ‘primo’ Kelsen”. In: *Rivista internazionale di Filosofia del Diritto*, pp. 90-91.

¹³⁹⁹ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución* (1928), p. 59.

‘direitos subjetivos’ como direito de tendência hostil ao Estado”¹⁴⁰⁰, porque o “direito subjetivo não é outra coisa que um expediente técnico para a garantia da ordem estatal, sendo assim justamente o oposto do que se poderia denominar a ‘dissolução pluralista do Estado’”¹⁴⁰¹. Não causa uma dissolução pluralista do Estado, porque para Kelsen não é possível se valer de direitos contra o Estado; porque direitos subjetivos em Kelsen não são aptos a limitar a supremacia intangível do poder estatal, ao contrário do que entende o constitucionalismo moderno.

Como visto, o sistema do direito não precisa operar *ad eternum* de acordo com a semântica do constitucionalismo para ser considerado funcionalmente diferenciado. A comunicação voltada ao direito pode até ser organizada de outra maneira, mas a questão é saber o que se propõe no lugar, qual autodescrição é a isso alternativa. Aqui, quando Kelsen se coloca contra a categoria de direito subjetivo, ele não confronta somente teorias “liberais”: ele ataca, também, a modernidade do direito moderno. O direito subjetivo é um artefato semântico que, antes mesmo de fundamentar direitos egoístas da sociedade de consumo burguesa, tem um papel muito mais profundo: ele denota uma sociedade funcionalmente diferenciada que prescreve que o sistema da política tem limites à sua reprodução, que sistemas psíquicos não podem valer de meios para a política atingir seus fins. Os totalitarismos que o século XX conheceu, sejam de esquerda, sejam de direita, mostram que essa não é uma mera sentença comovente de orientação kantiana: o reconhecimento de direitos subjetivos é peça central em uma sociedade funcionalmente diferenciada, moderna¹⁴⁰². Só uma teoria do direito repleta de estatismo não consegue perceber isso.

3.2.3. *A pureza da ordem.*

¹⁴⁰⁰ KELSEN, Hans. “Quem deve ser o guardião da Constituição?” (1931). In: *Jurisdição Constitucional*, p. 273.

¹⁴⁰¹ KELSEN, Hans. “Quem deve ser o guardião da Constituição?” (1931). In: *Jurisdição Constitucional*, pp. 273-274.

¹⁴⁰² Luhmann dedicou um de seus primeiros livros a esse tema: LUHMANN, Niklas. *I diritti fondamentali come istituzione*. Ed. Gianluigi Palombella e Luigi Pannarale. Bari: Edizioni Dedalo, 2002. Mas a partir de um autor como Jürgen Habermas (que é mais luhmanniano do que ele está disposto a admitir) é possível também chegar às mesmas conclusões as quais se chegou aqui, mormente quando se analisa a sua polêmica com Denninger. Para tanto, Cf.: HABERMAS, Jürgen, “Remarks on Erhard Denninger’s Triad of Diversity, Security and Solidarity”. In: *Constellations: an international journal of critical and democratic theory*. Vol.7, N°4. Oxford: Blackwell Publishers, dezembro de 2000, pp. 522-528; que é uma réplica à: DENNINGER, Erhard. “‘Security, diversity and solidarity’ instead of ‘Freedom, Equality, Fraternity’”. In: *Constellations: an international journal of critical and democratic theory*. Vol.7, N°4. Oxford: Blackwell Publishers, dezembro de 2000, pp. 507-521.

Quando se falou, *supra*, acerca da localização da *Grundnorm* no esquema teórico de Kelsen, foi enfatizado o papel por ela desempenhado no processo de validação normativa, no qual ela ocupa o último, e mais elevado, degrau lógico de uma cadeia regressiva e hierárquica de autorizações. De igual forma, quando se discorreu acerca da noção de direito subjetivo em Kelsen, viu-se que o jurista de Viena o situa como um *momentum* no processo de formação da vontade do Estado. Em ambas situações, aparece a idéia de uma nomogênese escalonada; a noção de que o direito não surge a um só instante, a partir de um órgão legislativo, mas que sua exteriorização fenomênica se traduz por um processo gradual e dinâmico. Essa “idéia” é a *Stufenbaulehre*, a teoria da produção escalonada do ordenamento jurídico: é dela que Kelsen se vale quando afirma que entre legislação e jurisdição existe uma diferença tão-somente quantitativa, mas não qualitativa, de modo que a jurisdição constitucional também legislaria, só que de modo negativo. Tal indício encoraja que se explore esse “elemento dinâmico” do normativismo de Kelsen.

Foi possível abordar, *supra*, a forma mediante a qual Kelsen começa a redesenhar as linhas-mestras dos *Problemas Fundamentais*. Neles, Kelsen ainda não se preocupa com a questão de como o direito surge, e de como ele se aplica¹⁴⁰³. Sua preocupação meramente científica era a de construir proposições jurídicas, isto é, juízos lógicos. Todavia, um enfoque dedicado à aplicação do direito (ao lado de outro dirigido ao conhecimento científico do direito) já era sinalizado em 1914¹⁴⁰⁴. Em tal ocasião, Kelsen deu uma mostra clara de como o neokantismo de Marburgo exercia uma grande influência em sua teoria, pois em tal oportunidade Kelsen expressou que uma teoria do direito se faz com a construção de um sistema de conhecimento amparado em uma lógica da validade. E no intuito de construir esse sistema normativo, a noção de produção escalonada do ordenamento jurídico trazida pela *Stufenbaulehre* parece ter sido sedutora a Kelsen¹⁴⁰⁵, porquanto apta a formar uma unidade, que é requisito de um sistema lógico.

¹⁴⁰³ Expressamente: KELSEN, Hans. *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico, esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica* (1911), p. 131.

¹⁴⁰⁴ KELSEN, Hans. *Legge del Reich e legge del Land nella costituzione austriaca* (1914). Ed. Nicoletta Bersier Ladavac. Torino: Giappichelli Editore, 2006.

¹⁴⁰⁵ Agostino Carrino aponta o contrário. Ele afirma que, na verdade, com a adoção da *Stufenbau*, Kelsen agrega um elemento de impossível conciliação com o seu normativismo neokantiano expresso nos *Hauptprobleme*, e mais: que com tal adesão tem-se início um processo decisionista que vai culminar no irracionalismo da *Teoria Geral das Normas* (obra póstuma de Kelsen em que ele parece migrar para um espécie de sociologia do direito totalmente descritiva, quando se depara com a impossibilidade de uma lógica deontica). Conforme será abordado *infra*, ele tem uma certa razão nisso. CARRINO, Agostino. *L'ordine delle norme: Stato e diritto in Hans Kelsen*, p. 343.

A *Stufenbau* foi desenvolvida por Adolf Julius Merkl, entre 1917 e 1923, a quem Kelsen sempre reconheceu, expressamente, a paternidade dessa teoria¹⁴⁰⁶. Mas, por um lado, se Merkl *cria* a teoria da construção escalonada do ordenamento jurídico é só na medida em que *aplica* as considerações traçadas por Kelsen nos *Problemas Fundamentais*, que podem ser entendidas como um pré-requisito para a pesquisa de Merkl. O próprio Merkl, de forma elegante, amiúde se expressa nesse sentido, ao denotar seu débito com o empreendimento intelectual de Kelsen para a “fundação de um sistema jurídico (...) unitário e puro”¹⁴⁰⁷. Por outro lado, ao aplicar as premissas traçadas nos *Problemas Fundamentais* e desenvolver a *Stufenbau*, Merkl acaba por ampliar as possibilidades do conceito de direito da teoria pura de Kelsen, que passa a revestir também um aspecto “dinâmico”¹⁴⁰⁸.

“Dinâmico” em que sentido? Certamente não naquele sentido utilizado por Kelsen no § 27 da *Teoria Pura do Direito* para diferenciar um sistema normativo jurídico (estático *qua* formal) de um sistema normativo moral (dinâmico *qua* contudístico)¹⁴⁰⁹. Para Merkl, considerar o direito em uma perspectiva dinâmica é se colocar como contraponto à tradição; é conceber que o direito possui uma “dupla face”, uma “noção que está em profundo contraste com a concepção jurídica dominante, a qual (...) definitivamente funda todas as formas de direito em um único quadro”¹⁴¹⁰. Tal postura dominante é descrita por Merkl com esteio em dois princípios: máxima *simplificação* das fontes de direito e *coordenação* daquelas existentes¹⁴¹¹. O que para Merkl é uma contradição: fixa-se as fontes do direito estatal a um mínimo possível mas ao mesmo tempo divide-se o Estado em três poderes independentes, mutuamente coordenados. Merkl e Kelsen procuraram superar esse quadro. O primeiro passo nesse

¹⁴⁰⁶ Em 1923, por ocasião do lançamento da segunda edição dos *Problemas Fundamentais*, Kelsen utiliza seu prefácio para realizar um levantamento do estado da arte da Teoria Pura do Direito. Kelsen colocou ali, de forma clara, o quanto seu conceito de direito tinha se modificado desde a primeira edição de seus *Problemas Fundamentais*; e expressou de modo igualmente nítido o quanto isso se devia às contribuições de seus alunos Merkl e Verdroß. Cf. KELSEN, Hans. *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico, esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica* (1911), pp. 27-28.

¹⁴⁰⁷ MERKL, Adolf Julius. “Il sistema kelseniano di teoria pura del diritto” (1921). In: *Il duplice volto del diritto: il sistema kelseniano e altri saggi*. Ed. Carmelo Geraci. Milano: Giuffrè, 1987, pp. 69-70.

¹⁴⁰⁸ BONGIOVANNI, Giorgio. *Reine Rechtslehre e dottrina giuridica dello Stato: Hans Kelsen e la Costituzione Austriaca del 1920*. Milano: Giuffrè, 1998, p. 107.

¹⁴⁰⁹ Precisamente por isso, Agostino Carrino acredita que a adoção da *Stufenbau* por Kelsen acaba por resultar em uma contradição interna no pensamento de Kelsen. CARRINO, Agostino. *L'ordine delle norme: Stato e diritto in Hans Kelsen*, p. 345.

¹⁴¹⁰ MERKL, Adolf Julius. “Il duplice volto del diritto (1918)”. In: *Il duplice volto del diritto: il sistema kelseniano e altri saggi*. Ed. Carmelo Geraci. Milano: Giuffrè, 1987, pp. 108-109.

¹⁴¹¹ MERKL, Adolf Julius. “Prolegomeni ad una teoria della costruzione a gradi del diritto (1931)”. In: *Il duplice volto del diritto: il sistema kelseniano e altri saggi*. Ed. Carmelo Geraci. Milano: Giuffrè, 1987, p. 11.

sentido foi descrever o direito estatal como uma ordem composta de degraus normativos hierarquizados (i); ao fazê-lo, a Constituição adquire posição de especial destaque (ii); como resultado se vê como Merkl e Kelsen se defrontaram com o princípio da “coordenação”, que envolve uma releitura da separação dos poderes (iii).

Ad (i)

A *Stufenbau* tem como idéia-mestra a de que o direito regula a sua autoprodução (*Selbsterzeugung*)¹⁴¹². A exteriorização desse fenômeno seria perceptível, conforme acredita Merkl, quando se aborda o ordenamento jurídico como uma cadeia hierárquica de “regras de produção” (*Erzeugungsregel*), uma cadeia de normas que determina a produção de normas¹⁴¹³. Hierarquia significa subordinação a uma moldura jurídica superior, que condiciona a produção de uma norma inferior¹⁴¹⁴. Assim, uma norma de direito positivo não pode ser concebida de forma isolada, pois ela é sempre integrante de um processo. Dessa maneira, uma norma sempre possui, também, um parâmetro normativo que lhe é superior, uma “norma jurídica determinante” (*bedingende Rechtssätze*). E quando uma norma é produzida a partir de uma norma jurídica determinante, ela é chamada de “norma jurídica determinada” (*bedingte Rechtssätze*)¹⁴¹⁵. Como se vê facilmente cuida-se meramente de uma questão de referencial.

Merkl faz questão de enfatizar que a concatenação normativa não se dá mediante a hierarquização de *conteúdo* das normas¹⁴¹⁶. O conteúdo nunca oferece um caminho seguro para o gosto de um neokantiano. A hierarquia também não é definida por uma questão de anterioridade temporal. O critério é lógico, formal: a hierarquia se estabelece entre formas de normatização. Trata-se de saber qual norma condiciona

¹⁴¹² MERKL, Adolf Julius. “Prolegomeni ad una teoria della costruzione a gradi del diritto (1931)”. In: *Il duplice volto del diritto: il sistema kelseniano e altri saggi*, p. 46. Kelsen concorda plenamente com isso “Ao analisar o direito positivo em um plano superior ao nível da consciência, (...) se traz à luz uma propriedade especial do direito que lhe é única: o direito controla sua própria criação. KELSEN, Hans. *Introduction to the problems of legal theory: a translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law* (1934), p. 63, § 31. No mesmo sentido: KELSEN, Hans. *Teoría General del Estado* (1925), p. 128: “é uma peculiaridade do ordenamento jurídico o de regular a sua própria criação, quer dizer, o de conter normas que afetam a criação das normas”.

¹⁴¹³ MERKL, Adolf Julius. “Prolegomeni ad una teoria della costruzione a gradi del diritto (1931)”. In: *Il duplice volto del diritto: il sistema kelseniano e altri saggi*, p. 45.

¹⁴¹⁴ MERKL, Adolf Julius. “Il duplice volto del diritto (1918)”. In: *Il duplice volto del diritto: il sistema kelseniano e altri saggi*, p. 111.

¹⁴¹⁵ MERKL, Adolf Julius. “Prolegomeni ad una teoria della costruzione a gradi del diritto (1931)”. In: *Il duplice volto del diritto: il sistema kelseniano e altri saggi*, p. 37.

¹⁴¹⁶ MERKL, Adolf Julius. “Prolegomeni ad una teoria della costruzione a gradi del diritto (1931)”. In: *Il duplice volto del diritto: il sistema kelseniano e altri saggi*, p. 3.

logicamente a outra¹⁴¹⁷. Ou seja: qual norma é condição de validade frente a outra norma. O que não poderia ser de outra maneira, pois uma norma, um dever-ser, não pode derivar senão de outro dever-ser, de sorte que a validade é sempre a verificação de uma derivação normativa¹⁴¹⁸

E assim se constrói uma pirâmide normativa, com vários degraus normativos, integrada exclusivamente por enunciados de dever-ser. Perceber essa cadeia é verificar que ela se efetua mediante uma constante *individualização* do direito¹⁴¹⁹. É aqui que a “dupla face” do direito aparece: a partir de onde se observe, a individualização do direito pode ser considerada uma *aplicação* ou uma *produção*¹⁴²⁰. Uma lei aprovada pelo Legislativo é, por um lado, uma *aplicação* da Constituição, que lhe é um grau normativo superior porquanto conforma a validade de sua produção. Por outro lado, o Legislativo não se limita a repetir a Constituição, ele acrescenta elementos na norma que não estão presentes no texto constitucional.

Assim, em síntese, a *Stufenbau* parte do pressuposto de que o fenômeno jurídico deve ser entendido como uma cadeia que forja uma constante individualização das normas mediante uma passagem de graus: norma fundamental, Constituição, legislação e jurisdição ou negócio jurídico (entre particulares). Em cada etapa de individualização, se tem (i) uma aplicação do grau superior e uma (ii) produção de direito em relação a um degrau inferior. Isso porque existe uma inevitável “indeterminação relativa” no processo de individualização. É verdade que a norma determinante, por se configurar como um padrão de validade, determina o modo de criação da norma determinada, e assim, possivelmente até mesmo seu conteúdo, “todavia, a determinação nunca é completa”, Kelsen adverte¹⁴²¹. Aqui a concepção de interpretação de Kelsen e a *Stufenbaulehre* se tocam.

A determinação de um grau inferior nunca é realizada de forma completa por um grau superior porque não há um método que garanta uma individualização

¹⁴¹⁷ MERKL, Adolf Julius. “Prolegomeni ad una teoria della costruzione a gradi del diritto (1931)”. In: *Il duplice volto del diritto: il sistema kelseniano e altri saggi*, p. 38.

¹⁴¹⁸ CELANO, Bruno. *La teoria del diritto di Hans Kelsen: una introduzione critica*, p. 297.

¹⁴¹⁹ Merkl afirma que prefere esse termo à “concretização” – claro, por este passar uma idéia de conteúdo. Cf. MERKL, Adolf Julius. “Prolegomeni ad una teoria della costruzione a gradi del diritto (1931)”. In: *Il duplice volto del diritto: il sistema kelseniano e altri saggi*, pp. 48-49.

¹⁴²⁰ MERKL, Adolf Julius. “Il diritto dal punto di vista applicativo (1918)”. In: *Il duplice volto del diritto: il sistema kelseniano e altri saggi*. Ed. Carmelo Geraci. Milano: Giuffrè, 1987, p. 286.

¹⁴²¹ KELSEN, Hans. *Introduction to the problems of legal theory: a translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law* (1934), p. 78, §33. No mesmo sentido: KELSEN, Hans. “Sobre a teoria da interpretação (1934)”. Trad. Raíssa Mendes. In: *Cadernos da Escola do Legislativo*. Ano 3, nº 5. Belo Horizonte: Assembléia Legislativa de Minas Gerais, janeiro-junho de 1997, p. 33.

normativa correta: daí não há também uma interpretação correta¹⁴²². E não há porque esse terreno é hostil à ciência do direito. Se tem aqui, na individualização normativa por parte de uma autoridade a quem o ordenamento conferiu competência para tanto, um *ato de vontade*, e não um *ato de conhecimento*¹⁴²³. A questão de se chegar a uma norma individual, mediante uma sentença ou por um negócio jurídico, é um problema de *política do direito*, porque envolve uma vontade, e não uma questão de *ciência*, pois o que se tem não é uma cognição¹⁴²⁴. De modo que o máximo que a ciência pode fazer é confeccionar uma moldura com as várias possibilidades de aplicação que a norma, enquanto esquema de interpretação, oferece¹⁴²⁵.

Na segunda edição da *Teoria Pura do Direito* (1960) Kelsen utiliza a expressão “interpretação autêntica” para descrever a interpretação como ato de vontade, aquela que é realizada pela autoridade¹⁴²⁶. Diz mais, em tal oportunidade: quando um órgão é autorizado pelo ordenamento para aplicar/produzir uma norma ele o pode fazer de qualquer maneira, independentemente da moldura traçada pela ciência do direito. Fala-se, por isso, no “giro decisionista” de Kelsen, que teria se consumado em 1960. Na verdade não há giro aí: na primeira edição da *Teoria Pura*, em 1934, Kelsen já se mostrara decisionista. Se ele somente o assume expressamente em 1960, isso é outra história. Seja como for, já em 1934 Kelsen menciona que a autoridade competente para aplicar/produzir a norma “é livre para fazê-lo como queira seu próprio

¹⁴²² KELSEN, Hans. *Introduction to the problems of legal theory: a translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law* (1934), p. 81, §37. Cf. também, KELSEN, Hans. “Sobre a teoria da interpretação (1934)”. In: *Cadernos da Escola do Legislativo*, p. 36: “não há qualquer método de acordo com o qual apenas uma das várias leituras de uma norma possa ser apontada como ‘correta’”. Cf. SGARBI, Adrian. “Kelsen e a interpretação jurídica”. In: *Hans Kelsen: ensaios introdutórios (2001-2005)*. Vol I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 99.

¹⁴²³ KELSEN, Hans. *Introduction to the problems of legal theory: a translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law* (1934), p. 82, §38.

¹⁴²⁴ KELSEN, Hans. *Introduction to the problems of legal theory: a translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law* (1934), p. 82, § 38.

¹⁴²⁵ KELSEN, Hans. *Introduction to the problems of legal theory: a translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law* (1934), p. 80, § 36.

¹⁴²⁶ Tal expressão foi também utilizada na edição francesa da *Teoria Pura do Direito*, de 1953, como mostrou Marcelo Cattoni. Porém, tomo a liberdade de referir-me à segunda edição da *Teoria Pura* por ter sido aquela mais difundida, Cf. o mapeamento completo da questão da interpretação jurídica segundo Kelsen, da primeira edição da *Teoria Pura*, em 1934, à segunda edição, de 1960, em: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, pp. 31-50. Cf. também o interessante estudo introdutório de: CARVALHO NETTO, Menelick de. “A interpretação das leis: um problema metajurídico ou uma questão essencial do direito? De Hans Kelsen a Ronald Dworkin”. In: *Cadernos da Escola do Legislativo*. Ano 3, nº 5. Belo Horizonte: Assembléia Legislativa de Minas Gerais, janeiro-junho de 1997, pp. 27-30.

entendimento”¹⁴²⁷. O que nada mais é que um corolário da *Stufenbau* de Merkl, consoante será exposto agora.

Em importante estudo de 1918, Merkl tenta compreender a aplicação do direito a partir da diferença conhecimento/vontade, tecida por Kelsen nos *Problemas Fundamentais*¹⁴²⁸. Merkl acredita que, para tal tarefa, o máximo que a ciência do direito pode fazer é apresentar a norma de uma maneira mais clara, ou mesmo organizar o conteúdo das leis em um sistema harmônico¹⁴²⁹. Sua competência fica por aí, afinal, “direito é aquilo que, sob a base de uma lei, é reconhecido como tal por aquele que o aplica”¹⁴³⁰. Aquele que aplica o direito o faz com base em uma autorização advinda de uma norma superior. Como a passagem de um nível normativo superior para outro inferior sempre se dá sob a marca da indeterminação, aquele que é competente para aplicar a norma possui um poder discricionário: sua atitude se pauta não por um *pensar*, mas por um querer, uma *vontade*¹⁴³¹.

E é assim que, ainda em 1918, Merkl chega à diferença entre “interpretação intelectual” (ou doutrinária) e “interpretação autêntica” (ou emocional)¹⁴³². No confronto entre as duas, entre vontade e conhecimento, Merkl opta pela primeira, pelo primado da interpretação autêntica: “essa vontade, por força do direito, é tão forte que pode até subjugar (*flettere*) aquilo que deve ser conhecido como direito”¹⁴³³. A interpretação autêntica possui, portanto, um estatuto de “função cognoscitiva qualificada”, de modo que a ciência do direito é sempre fadada a reconhecer a sua superioridade. Mesmo quando a ciência do direito identifica um erro na interpretação autêntica (isto é, na aplicação do direito), e ainda “que nem toda interpretação autêntica do juiz (em sentido amplo) resista defronte ao tribunal da consciência, uma vez que ela se demonstre logicamente inexata sob o plano da ciência jurídica, esta última deve

¹⁴²⁷ KELSEN, Hans. *Introduction to the problems of legal theory: a translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law* (1934), p. 83, § 38.

¹⁴²⁸ MERKL, Adolf Julius. “Il diritto dal punto di vista applicativo (1918)”. In: *Il duplice volto del diritto: il sistema kelseniano e altri saggi*, pp. 281-323.

¹⁴²⁹ MERKL, Adolf Julius. “Il diritto dal punto di vista applicativo (1918)”. In: *Il duplice volto del diritto: il sistema kelseniano e altri saggi*, p. 296.

¹⁴³⁰ MERKL, Adolf Julius. “Il diritto dal punto di vista applicativo (1918)”. In: *Il duplice volto del diritto: il sistema kelseniano e altri saggi*, p. 297.

¹⁴³¹ MERKL, Adolf Julius. “Il diritto dal punto di vista applicativo (1918)”. In: *Il duplice volto del diritto: il sistema kelseniano e altri saggi*, pp. 298-299.

¹⁴³² MERKL, Adolf Julius. “Il diritto dal punto di vista applicativo (1918)”. In: *Il duplice volto del diritto: il sistema kelseniano e altri saggi*, p. 308.

¹⁴³³ MERKL, Adolf Julius. “Il diritto dal punto di vista applicativo (1918)”. In: *Il duplice volto del diritto: il sistema kelseniano e altri saggi*, p. 321.

considerá-la como direito”¹⁴³⁴. Assim, “aquele que aplica o direito (...) tem razão ainda quando ela não lhe assiste, mas não sob a base de um conhecer, mas de um poder: não porque sabe mais, mas porque pode mais”¹⁴³⁵. Dessa forma, para a Escola de Viena, tanto quanto para Schmitt e Hobbes, *auctoritas, non veritas facit legem*¹⁴³⁶.

Assim também o é para Kelsen. A *Stufenbau* se desenvolve na senda da distinção kelseniana entre conhecimento e vontade, já demarcada em 1911. Quando Merkl se defronta com o problema da interpretação do direito, da passagem de um grau normativo superior para um grau inferior, ele tem que reconhecer a impotência da ciência para determinar *qual* deve ser a interpretação correta¹⁴³⁷. Isso porque a vontade não se encontra no mesmo plano lógico do dever-ser, sendo-lhe um elemento heterogêneo. Os pressupostos da diferença tecida por Merkl entre interpretação intelectual e interpretação autêntica são, assim, profundamente consoantes ao postulado metodológico da pureza. Até por isso puderam ser adotados por Kelsen, o que se vê quando Kelsen faz a diferença entre interpretação como ato de vontade e como ato de conhecimento: a primeira é política do direito, a segunda, ciência do direito.

Dessarte, Kelsen paga um alto preço quando encampa as premissas de Merkl: o aceite do decisionismo que é intrínseco à *Stufenbaulehre*. Não obstante Kelsen não falar de uma “interpretação autêntica” na edição de 1934 da *Teoria Pura*, é a isso que ele se refere quando fala de interpretação como “ato de vontade”: quando afirma que “a autoridade incitada a agir é livre para fazê-lo de acordo com seu próprio entendimento”¹⁴³⁸. O aceite das adaptações que Merkl fez da pureza obriga Kelsen a

¹⁴³⁴ MERKL, Adolf Julius. “Il diritto dal punto di vista applicativo (1918)”. In: *Il duplice volto del diritto: il sistema kelseniano e altri saggi*, p. 309.

¹⁴³⁵ MERKL, Adolf Julius. “Il diritto dal punto di vista applicativo (1918)”. In: *Il duplice volto del diritto: il sistema kelseniano e altri saggi*, p. 321.

¹⁴³⁶ CATANIA, Alfonso. “Kelsen e la democrazia”. In: *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*. Serie IV, Vol. LXIX, nº1. Milano: Giuffrè, janeiro de 1992, p. 388. Para um aprofundamento do paralelo entre Kelsen e Hobbes, mormente no que toca à tensão entre soberania e obediência, Cf. CATANIA, Alfonso. “Hobbes e Kelsen”. In: *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*. Serie IV, Vol. LXVI, nº 3. Milano: Giuffrè, julho-setembro de 1989, pp. 418-423, principalmente. No que toca ao instigante paralelo entre Hobbes e Kelsen, Cf. FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. “Hobbes e a teoria normativa do direito”. In: *Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 276: “Para ambos é a competência do intérprete, vinda do soberano (para Hobbes) e da norma fundamental (para Kelsen), que confere autenticidade à interpretação contida na sentença”.

¹⁴³⁷ Cf. MERKL, Adolf Julius. “Sul problema dell’interpretazione (1916)”. In: *Il duplice volto del diritto: il sistema kelseniano e altri saggi*. Ed. Carmelo Geraci. Milano: Giuffrè, 1987, p. 279: “definitivamente, malgrado todas as regras legais de interpretação, a lei não pode estabelecer a si mesma como deve ser interpretada”.

¹⁴³⁸ KELSEN, Hans. *Introduction to the problems of legal theory: a translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law* (1934), p. 83, §38. Cf. também, KELSEN, Hans. “Sobre a teoria da interpretação (1934)”. In: *Cadernos da Escola do Legislativo*, p. 38.

adotar também suas implicações metodológicas: a *Stufenbau*, portanto, consiste na teoria da interpretação de Kelsen¹⁴³⁹. Assim, a descrença quanto à possibilidade de um método lograr uma interpretação correta para um ato de vontade, e a assunção teórica de que inexistente limite à autoridade quando do ato de aplicação normativa, não deixa de ser uma *teoria da interpretação*¹⁴⁴⁰.

Quando se leva em conta que a relação entre norma determinante e norma determinada se pauta pela incerteza quanto à delimitação de forma e de conteúdo, e mais, que essa incerteza nunca pode ser totalmente eliminada, uma vez que a autoridade competente para aplicar a norma pode *querer* um resultado para além da moldura estabelecida pela ciência do direito, é muito fácil para Kelsen afirmar: o contraste entre criação e aplicação do direito é *relativo*¹⁴⁴¹. A passagem de um nível superior para um nível inferior não pode ser determinado de antemão pela norma determinante, e por isso, um ato de vontade tem que “completar” a norma determinada. Tudo isso é de fundamental importância para que se compreenda como Kelsen descreve o papel da jurisdição.

Kelsen é enfático ao afirmar que a tarefa jurisdicional não se resume a meramente declarar o direito. A função de individualizar uma norma geral, uma norma que incide em um caso, sempre acaba por criar uma outra norma individual, que se resume a “uma continuação do processo de criação do direito”¹⁴⁴². A sentença, para Kelsen, nada mais é que uma norma individual¹⁴⁴³. E de acordo com tudo que se falou acerca da *Stufenbau*, não é de se assustar que Kelsen acredite que o juiz, enquanto órgão

¹⁴³⁹ Nesse sentido, apontando a complementaridade entre a *Stufenbau* e o conceito de interpretação de Kelsen, em relação ao período aqui estudado: PAULSON, Stanley L. “Kelsen on legal interpretation”. In: *Legal Studies – The Journal of the Society of Legal Scholars*. Vol. 10, nº 2. Oxford: Blackwell, julho 1990, p. 143.

¹⁴⁴⁰ Por causa dessa atitude de Kelsen em relação à interpretação, pelo predomínio da “autoridade” frente o “conhecimento”, Michel Troper chega a afirmar que, em Kelsen, “a validade não provém da norma superior, mas de um processo de produção de normas inferiores”. Assim, a relação se inverte: o efeito da teoria de Kelsen é colocar o aplicador em uma posição de dizer se a Constituição é, ou não, válida!. Cf. TROPER, Michel. “Kelsen, la théorie de l’interprétation et la structure de l’ordre juridique”. In: *Pour une théorie juridique de l’État*. Paris: Presses Universitaires de France, 1994, p. 92. No mesmo sentido, aduzindo que a teoria da interpretação de Kelsen sepulta as possibilidades de seu conceito de ciência do direito: GUASTINI, Riccardo. “El conocimiento jurídico y la interpretación científica según Kelsen”. In: *Distinguiendo: estudios de teoría y metateoría del derecho*. Trad. Jordi Ferrer i Beltrán. Barcelona: Gedisa, 1999, pp. 256-262. É de se afirmar, contudo, que tais autores, quando realizam tais afirmações, se prendem mais à *Teoria Geral das Normas*, obra póstuma de Kelsen. Acredito, contudo, que ainda assim elas são muito instrutivas para o Kelsen do tempo Weimar.

¹⁴⁴¹ KELSEN, Hans. *Introduction to the problems of legal theory: a translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law* (1934), p. 70, §31 (f). Cf., também, KELSEN, Hans. *Teoría General del Estado* (1925), p. 302.

¹⁴⁴² KELSEN, Hans. *Introduction to the problems of legal theory: a translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law* (1934), p. 68, §31 (c).

¹⁴⁴³ KELSEN, Hans. *Teoría General del Estado* (1925), p. 305.

autorizado pelo ordenamento jurídico, crie direito. Kelsen nega que exista uma diferença “qualitativa” entre as várias etapas de individualização do direito, como por exemplo a passagem da legislação para a jurisdição:

Certamente existe uma diferença entre esses dois casos, mas apenas uma diferença quantitativa e não qualitativa, que consiste apenas no fato de que, no sentido material, a vinculação do legislador é muito menor que a do juiz, em outras palavras, que aquele é muito mais livre que este na criação da lei. Mas também o juiz é um criador de Direito, pois mesmo ele é, nessa função, relativamente livre¹⁴⁴⁴.

Ante o exposto, já se tem condições para se compreender de outra maneira a declaração de Kelsen de que “entre o caráter político da legislação e o da jurisdição há apenas uma diferença quantitativa, não qualitativa”¹⁴⁴⁵. Quando Kelsen o afirma, ele tenta rebater a crítica de Schmitt que iguala a jurisdição constitucional kelseniana a uma organização que efetua interpretações autênticas, ou seja, um mecanismo de *legislação*. Contextualizando a resposta de Kelsen no contexto da *Stufenbau*, percebe-se que, para ele, isso não é nenhum demérito. Para Kelsen, a jurisdição constitucional é um mecanismo de legislação, sim, pois aplica direito, e em toda aplicação há criação. Daí, parece inescapável que a prestação jurisdicional tenha uma dimensão política, porquanto cria direito, e assim também o faça um tribunal constitucional¹⁴⁴⁶.

Contudo, é significativo que Kelsen não tenha rebatido explicitamente uma parte da crítica de Schmitt, aquela que descreveu a jurisdição constitucional como um intérprete autêntico da legislação. Ora, uma vez que a *Stufenbau* de Merkl consiste na teoria adotada por Kelsen para interpretação das leis, uma aplicação normativa de um tribunal constitucional não poderia ser descrita por Kelsen como um ato de conhecimento, mas sim como um ato de vontade. Assim, trata-se não de uma interpretação intelectual, mas sim de uma interpretação autêntica. Logo, Kelsen não rebate Schmitt porque somente poderia concordar com ele: a jurisdição constitucional realiza, sim, uma interpretação autêntica.

Por vezes, os silêncios de Kelsen são ensurdecedores.

Ad (ii)

¹⁴⁴⁴ KELSEN, Hans. “Sobre a teoria da interpretação (1934)”. In: *Cadernos da Escola do Legislativo*, p. 37.

¹⁴⁴⁵ KELSEN, Hans. “Quem deve ser o guardião da Constituição?” (1931). In: *Jurisdição Constitucional*, p. 251.

¹⁴⁴⁶ KELSEN, Hans. “Quem deve ser o guardião da Constituição?” (1931). In: *Jurisdição Constitucional*, p. 258.

Escolhas são contingentes; quando tomadas formam vínculos com o futuro. A decisão de Kelsen em acolher a *Stufenbau* teve conseqüências para seu projeto científico. Um dos mais visíveis diz respeito ao conceito de Constituição ostentado pela Escola de Viena. Quando contrastado com outros autores europeus da época ela é até mesmo original. Ao contrário da doutrina dominante da época, a Constituição não é descrita por Kelsen como uma mera carta institucional que fixa as intenções políticas de um Estado-nação. A Constituição para a Escola de Viena tem pleno significado jurídico.

É verdade que Kelsen ainda não define de forma clara o papel da Constituição quando dos *Problemas Fundamentais*. O que significa uma certa indiferença em relação a ela. Com a adoção da *Stufenbau*, com a nova preocupação em conceber o direito como um ordenamento jurídico dinâmico, que regula sua própria produção, que se expressa mediante uma crescente individualização normativa, a Constituição se vê inserida no processo hierárquico de produção/aplicação¹⁴⁴⁷. A Constituição traduz-se por um dos degraus do ordenamento, e nessa condição somente teria seu sentido apreendido quando se levasse em conta a sua pertença a um processo que lhe transcende, mas no qual ela joga um papel central: por ser o maior grau do ordenamento jurídico.

Mas esse posto não é ocupado pela norma fundamental? Não seria a norma fundamental que ocuparia o último degrau do sistema jurídico, e que por isso se colocaria em uma dual posição de condição de possibilidade tanto da unidade quanto da validade do sistema normativo? Kelsen delineia uma diferença. Existe a Constituição lógico-jurídica e a Constituição jurídico-positiva. A norma fundamental se traduz pela primeira categoria, e é compreendida em um sentido lógico, como ponto final de uma rede de autorizações. A Constituição em sentido lógico-jurídico tem a função tão somente de instituir o primeiro órgão criador de direito¹⁴⁴⁸. Ela imuniza o ordenamento jurídico de questionamentos sobre a validade da Constituição em sentido jurídico-positivo: esta é válida porque uma “assembléia ou um simples usurpador” (*sic*) estabeleceu o primeiro órgão criador de direito¹⁴⁴⁹. Se a norma fundamental tem um conteúdo, consoante já analisado *supra*, ele seria mais bem traduzido por uma espécie de comando que estatui a autoridade estatal¹⁴⁵⁰.

¹⁴⁴⁷ BONGIOVANNI, Giorgio. *Reine Rechtslehre e dottrina giuridica dello Stato: Hans Kelsen e la Costituzione Austriaca del 1920*, pp. 94-96.

¹⁴⁴⁸ KELSEN, Hans. *Teoria General del Estado* (1925), p. 325.

¹⁴⁴⁹ KELSEN, Hans. *Introduction to the problems of legal theory: a translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law* (1934), p. 57, § 28.

¹⁴⁵⁰ KELSEN, Hans. *Teoria General del Estado* (1925), p. 128.

Essa norma pressuposta, essa condição de conhecimento, tem um conteúdo que seria, para Kelsen, na verdade, totalmente formal: tão-somente uma autorização. A partir desse ato de autorização a Constituição se estabelece, em sentido jurídico-positivo. Assim, não obstante a norma fundamental ser o ápice do ordenamento, ela é apenas pressuposta, não possui positividade. E por isso, por ser pressuposta, não pode desempenhar um papel relevante na conformação do processo de criação/aplicação do direito: como reconhece Kelsen, o protagonismo será da Constituição positiva, que vai “representar o nível mais alto do direito positivo”¹⁴⁵¹.

Kelsen define a Constituição como “a norma que regula a elaboração das leis, das normas gerais que são executadas pela atividade dos órgãos estatais, dos tribunais e das autoridades administrativas”¹⁴⁵². Consiste em uma norma, portanto, que dispõe sobre procedimento de criação de outras normas, de modo que é, “em suma, a base fundamental do ordenamento jurídico”¹⁴⁵³. E a expressão “fundamental” parece levar à busca de uma unidade, novamente. Só que em outro plano, agora.

Sendo o grau mais elevado do ordenamento jurídico, a Constituição *vincula* todos os demais degraus, inclusive, indiretamente, em termos de conteúdo. Merkl aponta que a evidência mais clara disso é que “não é necessário que a Constituição vete expressamente uma modificação constitucional para que esta seja impossível: basta que ela não a consinta expressamente”¹⁴⁵⁴. A Constituição, assim, respira vivamente em todos os atos normativos estatais, porquanto eles podem muito bem ser compreendidos como uma execução da Constituição, seja de forma imediata, como no caso da legislação ordinária, seja de forma mediata, consoante acontece com a jurisdição¹⁴⁵⁵.

E precisamente por isso a Constituição fica em condições de forjar uma unidade jurídica para o Estado, pois seja qual for o degrau normativo ele “pode ser reconduzido a um denominador comum (...) pode se referir a um centro comum”¹⁴⁵⁶. E, assim, a “recondução a uma Constituição é, então, o critério de unidade do Estado”, por

¹⁴⁵¹ KELSEN, Hans. *Introduction to the problems of legal theory: a translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law* (1934), p. 64, § 31 (a).

¹⁴⁵² KELSEN, Hans. “La garantía jurisdiccional de la Constitución: la Justicia Constitucional”. In: *Escritos sobre la Democracia y el Socialismo*. Madrid: Editorial Debate, 1988, p. 115.

¹⁴⁵³ KELSEN, Hans. “La garantía jurisdiccional de la Constitución: la Justicia Constitucional”. In: *Escritos sobre la Democracia y el Socialismo*, p. 115.

¹⁴⁵⁴ MERKL, Adolf Julius. “L’immodificabilità delle leggi, principio normologico (1917)”. In: *Il duplice volto del diritto: il sistema kelseniano e altri saggi*. Ed. Carmelo Geraci. Milano: Giuffrè, 1987, p. 137.

¹⁴⁵⁵ MERKL, Adolf Julius. *Teoría General del Derecho Administrativo* (1927). Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 1935, pp. 25-26.

¹⁴⁵⁶ MERKL, Adolf Julius. “L’unità giuridica dello Stato austriaco: ricerca pubblicistica alla luce della dottrina della *lex posterior* (1917)”. In: *Il duplice volto del diritto: il sistema kelseniano e altri saggi*. Ed. Carmelo Geraci. Milano: Giuffrè, 1987, p. 157.

ser o critério de unidade do ordenamento jurídico¹⁴⁵⁷. Merkl arremata seu raciocínio com um argumento que expressa toda a sua fé na Constituição: ela “torna o direito positivo materialmente mutável não obstante a sua inflexibilidade formal; concretamente temporalizado, não obstante a sua eternidade conceitual; praticamente utilizável, não obstante a sua utopicidade teórica”¹⁴⁵⁸.

A última transcrição de Merkl é mostra inequívoca de que a *Stufenbau* não se contenta com a norma fundamental como pressuposto de unidade. A norma fundamental serve para o sem-tempo da razão, do conhecer. Contudo, a aplicação do direito é questão de vontade e não se submete, necessariamente, ao tribunal da ciência. A aplicação de normas precisa também de unidade, precisa de um centro comum ao qual possa ser imputado. A norma fundamental é só pressuposta, mas a Constituição é posta. Ela é a norma positiva mais elevada do ordenamento. Por isso pode doar unidade no plano da *aplicação* do direito.

O dualismo de tal construto é de fácil percepção, e ao que tudo indica Kelsen o notou. Logo no §1 da *Teoria Pura do Direito* (1934) Kelsen afirma que seu esforço teórico “procura responder ‘o que é o direito’ e ‘como o direito é feito’”¹⁴⁵⁹. Pois bem, a norma fundamental pressuposta (isto é, a Constituição em sentido lógico-jurídico) consiste em um ponto final – e por isso confere unidade – para a primeira pergunta: “o que é o direito?”. A segunda pergunta que a teoria pura enfrenta, qual seja, “como o direito é feito?” tem como fundamento último algo que tem que ser posto, e que por isso é a Constituição (em sentido jurídico-positivo). Em síntese, considerada a dimensão hierárquica e dinâmica do ordenamento jurídico, a teoria do direito de Kelsen entende que a Constituição *constitui* o fundamento de validade *positivo* da produção normativa do Estado¹⁴⁶⁰.

E é dessa maneira que, tanto para Kelsen quanto para Merkl, o papel da Constituição pode ser definido da seguinte maneira: *condição de unidade da nomogênese estatal*. Por tudo isso, é muito corriqueiro observadores apontarem que

¹⁴⁵⁷ MERKL, Adolf Julius. “L’unità giuridica dello Stato austriaco: ricerca pubblicistica alla luce della dottrina della *lex posterior* (1917)”. In: *Il duplice volto del diritto: il sistema kelseniano e altri saggi*, pp. 158-159.

¹⁴⁵⁸ MERKL, Adolf Julius. “L’unità giuridica dello Stato austriaco: ricerca pubblicistica alla luce della dottrina della *lex posterior* (1917)”. In: *Il duplice volto del diritto: il sistema kelseniano e altri saggi*, p. 209.

¹⁴⁵⁹ KELSEN, Hans. *Introduction to the problems of legal theory: a translation of the First Edition of the *Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law* (1934)*, p. 7, §1.

¹⁴⁶⁰ CASERTA, Marco. *La forma e l’identità: democrazia e costituzione in Hans Kelsen e Carl Schmitt*, p. 106.

Kelsen seria adepto de um posicionamento semântico chamado “conceito formal de Constituição”. Mas por não aceitar o dualismo entre Constituição material e formal, uma vez que tais sentidos coincidem¹⁴⁶¹, Kelsen se coloca em plenas condições de rejeitar esse dualismo: na exata medida em que não consegue enxergar uma diferença entre inconstitucionalidade material e formal.

Ora, a supremacia hierárquica da Constituição lhe confere um poder de vinculação. A produção do grau que lhe é imediatamente inferior, que lhe aplica, tem que seguir um procedimento para ser havido por válido. Esse procedimento é determinado pelo grau superior porque ele é uma norma, e enquanto tal é *um esquema de interpretação*. Não aparenta ser exagerado afirmar, por isso, que quando se efetua uma individualização normativa, o conteúdo da norma determinante passa a figurar como um elemento formal do suporte fático de produção da norma determinada: o conteúdo é lido como um requisito do processo de individualização.

Dessa forma mostra-se compreensível a declaração de Kelsen de que “a inconstitucionalidade chamada material é, em última análise, também uma inconstitucionalidade formal”¹⁴⁶². A inconstitucionalidade para Kelsen equivale a uma questão de não-atendimento de condições estabelecidas no processo de individualização do ordenamento jurídico, no caso, para ser mais específico, da passagem da Constituição para a legislação ordinária ou decreto autônomo (em Estados que autorizem tal modalidade normativa). Quando algum aspecto de uma norma emanada pelo Legislativo não puder ser reconduzida à Constituição, enquanto centro de imputação normativa “em comum” para todo o ordenamento jurídico, está-se frente a uma inconstitucionalidade, cuja redução para tão-somente seu aspecto formal é nada mais que um corolário da teoria da interpretação de Kelsen e Merkl: a *Stufenbaulehre*.

Ad (iii)

¹⁴⁶¹ KELSEN, Hans. “La garantía jurisdiccional de la Constitución: la Justicia Constitucional”. In: *Escritos sobre la Democracia y el Socialismo*, p. 115. É de se notar que em escritos anteriores Kelsen procurou diferenciar a Constituição em sentido material de seu sentido formal. Em sentido material a Constituição significa “aquelas normas que se referem aos órgãos supremos”. Por outro lado, “se fala em Constituição em sentido formal quando se faz a distinção entre as leis ordinárias e aquelas outras que somente podem ser aprovadas e modificadas sob condições mais difíceis em relação às primeiras”. KELSEN, Hans. “La dottrina dei tre poteri o funzioni dello Stato (1924)”. In: *Il primato del parlamento*. Ed. Carmelo Geraci. Milano: Giuffrè, 1982, p. 116. No mesmo sentido: KELSEN, Hans. *Teoría General del Estado* (1925), p. 330.

¹⁴⁶² KELSEN, Hans. “La garantía jurisdiccional de la Constitución: la Justicia Constitucional”. In: *Escritos sobre la Democracia y el Socialismo*, p. 116.

Kelsen e Merkl aduziram expressamente que uma das conseqüências práticas mais visíveis que a *Stufenbau* ocasionava era uma releitura da doutrina da separação dos poderes. Mormente por causa do conceito de Constituição que tal teoria encampava.

Kelsen acredita que a teoria da separação dos poderes é um princípio político oriundo da monarquia constitucional. Sendo que de postulado político tal teoria se converteu em verdade teórica para a ciência do Estado¹⁴⁶³. O erro da separação dos poderes seria o de enxergar uma substância estatal. Enquanto substância, poderia ser divisível. Kelsen aponta, nisso, um paradoxo: ao mesmo tempo em que se prescreve uma divisão dos poderes, a Teoria do Estado, normalmente, coloca como uma das principais características do poder do Estado a sua indivisibilidade¹⁴⁶⁴.

Frente a esse impasse, a Escola de Viena opta pela indivisibilidade do poder do Estado. O que seria decorrência da *Stufenbau*: a validade do ordenamento jurídico é una. De sorte que Kelsen e Merkl não se conformam com uma “verdade teórica” que encampa uma “tendência política”¹⁴⁶⁵, um “dogma constitucional”¹⁴⁶⁶ que procura enxergar três poderes coordenados, justapostos. Isso nada mais significaria que uma divisão da validade do ordenamento jurídico em três; o que equivaleria à morte da unidade do direito. Com ela, a ciência do direito, igualmente, não teria sua condição de possibilidade atendida. Sem uma unidade do objeto, não se tem conhecimento científico neutro, objetivo e universal (a-histórico).

Exatamente por isso Kelsen e Merkl colocam-se contra a teoria da separação dos poderes, que tem por premissa um “isolamento técnico-organizacional” dos poderes¹⁴⁶⁷. Informada por tais premissas ideológicas, a separação dos poderes tem a nefasta conseqüência de obscurecer o fato que o ordenamento jurídico se organiza como uma cadeia hierárquica de autorizações, de graus normativos, que criam e aplicam direito de forma simultânea. No lugar dessa “realidade”, da subordinação dos graus normativos do ordenamento jurídico do Estado, a “trindade” da teoria da separação dos poderes presta o desserviço de fornecer uma “ideologia” que “quebra a unidade

¹⁴⁶³ KELSEN, Hans. *Teoría General del Estado* (1925), p. 334.

¹⁴⁶⁴ KELSEN, Hans. “La dottrina dei tre poteri o funzioni dello Stato (1924)”. In: *Il primato del parlamento*, p. 80.

¹⁴⁶⁵ KELSEN, Hans. *Teoría General del Estado* (1925), pp. 333, 334.

¹⁴⁶⁶ KELSEN, Hans. *Teoría General del Estado* (1925), p. 338.

¹⁴⁶⁷ KELSEN, Hans. “La dottrina dei tre poteri o funzioni dello Stato (1924)”. In: *Il primato del parlamento*, p. 81.

sistemática do Estado”¹⁴⁶⁸, uma vez que justapõe os degraus normativos, e assim os retiram de sua necessária subordinação¹⁴⁶⁹.

Nesse particular, Kelsen e Merkl não fazem nada além de reivindicar aplicação das próprias premissas teóricas expressas na *Stufenbau*. Se o contraste entre criação e aplicação do direito é meramente relativo, a diferença entre legislação e jurisdição-administração pública não se sustenta. A legislação, isto é, a criação do direito, não seria patrimônio exclusivo do Poder Legislativo, afinal, o juiz, quando profere uma sentença, também cria uma norma, só que individual. De igual modo, a aplicação de normas jurídicas não é monopólio da jurisdição: o Legislativo, quando aprova uma lei, aplica, executa, individualiza a Constituição. Assim, a divisão tripartite dos poderes, que os concebem como independentes e *coordenados* mostrar-se-ia *equivocada*. Somente há duas funções estatais: aplicação e criação. Duas funções dependentes da Constituição, a ela *subordinada*¹⁴⁷⁰.

A dimensão “nomodinâmica” da Escola de Viena, que afirma que “um ordenamento jurídico é positivo se ele se individualiza e na medida em que se individualiza”¹⁴⁷¹, pretende superar a tríade dos poderes – que supostamente provocariam uma tripartição do domínio de validade do ordenamento jurídico do Estado – pela unidade representada na Constituição¹⁴⁷². É a Constituição que salva a unidade, suprimindo essa multiplicidade, na medida em constitui o “centro comum” de recondução da juridicidade estatal.

Kelsen vai além. Ele até admite que a origem da teoria da separação dos poderes é a busca por um governo moderado, que possa garantir a “liberdade dos súditos”¹⁴⁷³. Só que se isso era eficaz na monarquia constitucional, não o seria em uma democracia. E é dessa maneira, reduzindo a importância da separação dos poderes ao espectro semântico do constitucionalismo monárquico, que Kelsen sustenta que a liberdade frente o Parlamento e suas maiorias não é assegurada “isolando poderes, mas sim o dividindo, repartindo o Poder Legislativo entre vários órgãos”¹⁴⁷⁴.

¹⁴⁶⁸ MERKL, Adolf Julius. “Prolegomeni ad una teoria della costruzione a gradi del diritto (1931)”. In: *Il duplice volto del diritto: il sistema kelseniano e altri saggi*, p. 53.

¹⁴⁶⁹ KELSEN, Hans. *Teoría General del Estado* (1925), p. 325.

¹⁴⁷⁰ MERKL, Adolf Julius. *Teoría General del Derecho Administrativo* (1927), pp. 31-32.

¹⁴⁷¹ KELSEN, Hans. *Teoría General del Estado* (1925), p. 327.

¹⁴⁷² Nesse sentido: BONGIOVANNI, Giorgio. *Reine Rechtslehre e dottrina giuridica dello Stato: Hans Kelsen e la Costituzione Austriaca del 1920*, pp. 107-112.

¹⁴⁷³ KELSEN, Hans. *Teoría General del Estado* (1925), p. 335.

¹⁴⁷⁴ KELSEN, Hans. *Teoría General del Estado* (1925), p. 336.

A jurisdição constitucional será um desses órgãos. Um órgão que, ao receber uma parcela do poder de legislar, terá como tarefa preservar o centro comum do ordenamento jurídico, a Constituição. *Resta saber se, ao ser concebida à imagem e semelhança da Stufenbaulehre, a jurisdição constitucional não é também afetada com o seu decisionismo.* Com o que foi visto até agora, já se pode notar que Kelsen possui o gosto pela inovação. Ao contrário das usuais observações agrupadas sob o rótulo “constitucionalismo”, e em sentido contrário ao art. 16 da *Déclaration* de 1789, Kelsen não acredita que separação de poderes e direitos individuais sejam requisitos essenciais de uma Constituição: só a jurisdição constitucional possuiria uma ligação íntima com o Estado de Direito. Cabe entender esse confronto de Kelsen com o constitucionalismo moderno.

3.2.4. *A pureza do Estado.*

Da réplica de Kelsen a Schmitt, cumpre desenvolver um derradeiro indício. Kelsen afirmou que a garantia da Constituição, o estabelecimento de uma corte constitucional, que tem como papel primordial a verificação da regularidade normativa, “corresponde ao princípio específico da máxima legalidade da função estatal, própria ao Estado de Direito”¹⁴⁷⁵. Em outras palavras: a jurisdição constitucional é peça central para a manutenção do Estado de Direito, do *Rechtsstaat*. Logo, mensurar o papel desempenhado pelo conceito de *Rechtsstaat* nas observações de Kelsen é realizar um esforço no sentido de entender a função dessa “garantia da Constituição” traduzida organizacionalmente pela “jurisdição constitucional”.

Como visto *supra*, a referência ao *Rechtsstaat* foi uma semântica que desempenhou papel central nas descrições do Oitocentos alemão que tematizaram a possibilidade de um relacionamento entre o sistema do direito e o sistema da política. O modo como esse sentido foi selecionado no decorrer do século conheceu mudanças, é verdade. Os adeptos do constitucionalismo moderno intentavam que o sistema da política considerasse a Constituição como direito em sentido pleno, como uma norma a limitar a política: assim, *Rechtsstaat* aparecia como um semântica de combate. Do outro lado do *front*, os partidários do princípio monárquico procuraram neutralizar o

¹⁴⁷⁵ KELSEN, Hans. “Quem deve ser o guardião da Constituição?” (1931). In: *Jurisdição Constitucional*, p. 239 (edição espanhola: KELSEN, Hans. *Quien debe ser el defensor de la Constitución?* (1931), p. 4.)

Rechtsstaat ao considerá-lo uma simples recomendação de que o monarca governe por meio de normas¹⁴⁷⁶. De toda forma, seja afirmando ou negando a comunicação entre direito e política pela via constitucional, a referência ao *Rechtsstaat* era ativada. Igualmente, a *Methodenstreit* do tempo Weimar também se alicerçou fortemente nessa semântica¹⁴⁷⁷; não de forma tão explícita, é de se conceder, afinal a República de Weimar já possuía uma Constituição. Mas ao tomar o *Rechtsstaat* como um dado intrínseco a uma república, os constitucionalistas da época travaram forte batalha no sentido de desenvolver as decorrências de tal conceito¹⁴⁷⁸.

Como nem todos os observadores do tempo Weimar demarcavam as mesmas distinções, nem operavam a partir do mesmo material semântico, não era uma condição *sine qua non* que fosse afirmado que somente há Estado de Direito quando se tem assegurados direitos individuais e separação de poderes, como dispõe o célebre art. 16 da *Déclaration* francesa. Schmitt, por exemplo, negava explicitamente essa possibilidade, só que em tal caso o resultado é uma solene declaração de hostilidade à modernidade do direito moderno, sob a forma de um autoritarismo intelectualmente muito sofisticado.

Como se pôde ver da análise dos dois subitens precedentes, Kelsen é bem hostil, também, à separação de poderes e aos direitos individuais. A separação de poderes seria uma “triplicação” da unidade do Estado. Já os direitos individuais chegaram ao ponto de ser qualificados como fruto da ideologia política do capitalismo burguês. As consonâncias de Kelsen com Schmitt parecem bem nítidas; mas é necessário dar a Kelsen um último “voto de confiança”, afinal Kelsen pode até ser adepto a uma mútua autonomia entre direito e política, só que de forma mais peculiar. Será esse o caso? Necessário, então, saber como Kelsen entende o *Rechtsstaat*.

Kelsen chega ao conceito de Estado de Direito justamente quando trava uma feroz batalha metodológica contra teorias que concebiam o Estado e o direito tal como se fossem realidades ontologicamente diversas. Para o jurista de Viena tal postura contaminava a ciência jurídica com um dualismo cientificamente inadmissível, afinal quando se trata o Estado – que seria um fenômeno jurídico – como algo diverso do

¹⁴⁷⁶ Cf., *supra*, 1.5.2.

¹⁴⁷⁷ Cf., *supra*, 1.5.3.

¹⁴⁷⁸ GUSY, Christoph. “Le principe du *Rechtsstaat* dans la République de Weimar: crise de l’État de droit et crise de la science du droit public”. In: JOUANJAN, Olivier (org.). *Figures de l’État de droit: Le Rechtsstaat dans l’histoire intellectuelle et constitutionnelle de l’Allemagne*, p. 333.

direito, o que se faz é inserir uma duplicação no objeto de conhecimento¹⁴⁷⁹. Segundo Kelsen, isso era feito, principalmente, a partir de dois enfoques: pela descrição do Estado a partir do *método sociológico*, próprio à sociologia do direito; e pela aplicação do *método teológico* por parte da imensa maioria dos representantes da Teoria do Estado da época. Assim, para entender seu conceito de Estado de Direito, é pertinente que se verifique como Kelsen se posicionava a respeito da influência da teologia e da sociologia do direito em relação ao conhecimento do direito.

Sendo mais preciso, para Kelsen a sociologia do direito não é propriamente um enfoque válido, e por um simples fato: “a sociologia do direito, para o jurista vienense, *não pode existir*”¹⁴⁸⁰. A sociologia do direito, para Kelsen, “não consegue encontrar um critério válido para separar o direito dos outros conjuntos de regras do atuar”, e por isso, não logra autonomia frente a sociologia geral¹⁴⁸¹. O que existe são conceitos sociológicos de Estado, ou seja, abordagens situadas a partir do marco conceitual da sociologia que pretendem compreender o Estado como se ele fosse uma realidade palpável, natural.

Assim, Kelsen denuncia que o método sociológico precisa da dualidade que lhe é constitutiva: aquela entre direito e Estado¹⁴⁸². Uma dualidade que pode ser percebida em um dos maiores representantes da sociologia do direito, e contra quem a verve polêmica de Kelsen emergiu com particular ênfase, no que toca a essa questão específica: Eugen Ehrlich¹⁴⁸³. Um autor cujas observações foram selecionadas ao longo do século XX sempre que se quis combater qualquer suposto “formalismo jurídico”, como o fez o discurso jurídico (que se diz) alternativo¹⁴⁸⁴. Para fundar a autonomia da

¹⁴⁷⁹ KELSEN, Hans. *Il concetto sociologico e il concetto giuridico dello Stato: studio critico sul rapporto tra Stato e Diritto* (1922), pp. 10-11, 97, 145.

¹⁴⁸⁰ CARRINO, Agostino. “Weber e la sociologia del diritto nella critica di Kelsen”. In: *Sociologia del Diritto*. Vol. XIV, n° 3. Milano: Franco Angeli Editore, 1987, p. 26.

¹⁴⁸¹ TREVES, Renato. “Kelsen y la sociologia”. In: CORREAS, Óscar (org.). *El otro Kelsen*. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989, p. 200.

¹⁴⁸² Kelsen abordou com exaustão as teorias sociológicas mais influentes de seu tempo – como as de Spencer, Durkheim, Jerusalem, Tönnies, Spann, Simmel, Kistiakowsky, Scipio Sighele, Gustave Le Bon, Tarde, Menzel – nos dois primeiros capítulos de: KELSEN, Hans. *Il concetto sociologico e il concetto giuridico dello Stato: studio critico sul rapporto tra Stato e Diritto* (1922), pp.15-81.

¹⁴⁸³ Sobre a polêmica Kelsen-Ehrlich, travada entre 1915-1917, Cf. CAMPILONGO, Celso Fernandes. “Teoria do direito e globalização econômica”. In: *O direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000, pp. 141-143. Cf., também, CARRINO, Agostino. “Eugen Ehrlich e Hans Kelsen: una controversia sulla sociologia del diritto”. *Working Paper n° 79*. Barcelona: Faculdade de Direito de Barcelona, 1993 (manuscrito inédito), pp. 1-26.

¹⁴⁸⁴ Sobre a falta de alternatividade do direito alternativo, Cf. DE GIORGI, Raffaele. “Direito e modernidade”. Trad. Celso Campilongo, Menelick de Carvalho Netto, Juliana Neuenschwander, Santos Colabella. In: *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre, 1998, p. 162. “o direito alternativo sedimenta apenas expectativas de inclusão. Isto é, expectativas de outras exclusões. É o caso

sociologia do direito frente à ciência do direito, Ehrlich teve que trabalhar com a distinção entre Direito e Estado. Isso porque o Direito não pode ser somente o Direito do Estado, afinal nem toda prescrição jurídica contém um Direito estatal¹⁴⁸⁵. Há o Direito que é vivo, “aquele que, apesar de não fixado em prescrições jurídicas, domina a vida”¹⁴⁸⁶. Um direito que seria reconhecido a partir da observação das decisões judiciais, das práticas do comércio, dos costumes e usos de associações, “tanto das legalmente reconhecidas quanto as ignoradas e até ilegais”¹⁴⁸⁷. A sociologia do direito teria portanto um objeto de estudo, o direito para além do Estado, justamente porque Direito e Estado seriam realidades distintas, de acordo com Ehrlich, repita-se.

Mesmo sendo consciente da imensa diversidade de resultados obtidos pelos métodos sociológicos, Kelsen aponta que o estabelecimento de um dualismo entre Estado e Direito é um resultado que não é exclusivo às considerações de Ehrlich, mas sim a toda e qualquer abordagem sociológica. E então surge o problema de como as duas partes se relacionam. Estabelece-se, assim, um dualismo no objeto de conhecimento¹⁴⁸⁸. Como a direção do pensamento determina o objeto de conhecimento, não é de se espantar que Kelsen afirme que o dualismo é fruto de um modo errado de se expor o problema. A sociologia (do direito) o faz da seguinte forma: “como é possível o Estado como realidade social de seres humanos?”¹⁴⁸⁹. Para Kelsen, todas as manipulações ideológicas propiciadas pelo dualismo entre Estado-Direito tem gênese nesse início: nesse modo equivocado de se colocar a pergunta.

Isso porque a sociologia não é uma ciência normativa, tal qual a ciência do direito, mas sim uma *ciência natural*. A sociologia é uma ciência natural da sociedade, que possui um método orientado a partir de leis causais; ela tenta explicar como os fatos sociais *necessariamente* acontecem (é uma ciência explicativa)¹⁴⁹⁰. É totalmente diversa de uma ciência do direito, que se pauta por enunciados normativos que afirmam

de perguntar-se, então, se, para além do direito alternativo, não é o momento de se pensar nas possibilidades alternativas ao direito”.

¹⁴⁸⁵ EHRLICH, Eugen. *Fundamentos da Sociologia do Direito* (1913). Trad. René Gertz. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1986, p. 109: “Direito estatal e lei devem ser claramente distinguidos. O direito estatal não deriva do Estado quanto à sua forma, mas quanto ao seu conteúdo; é um direito que surgiu exclusivamente com o Estado e não poderia existir sem ele. É indiferente sob que forma ele surge. Nem toda prescrição legal contém direito estatal”.

¹⁴⁸⁶ EHRLICH, Eugen. *Fundamentos da Sociologia do Direito* (1913), p. 378.

¹⁴⁸⁷ EHRLICH, Eugen. *Fundamentos da Sociologia do Direito* (1913), p. 378.

¹⁴⁸⁸ KELSEN, Hans. *Il concetto sociologico e il concetto giuridico dello Stato: studio critico sul rapporto tra Stato e Diritto* (1922), p. 9.

¹⁴⁸⁹ KELSEN, Hans. *Il concetto sociologico e il concetto giuridico dello Stato: studio critico sul rapporto tra Stato e Diritto* (1922), p. 11.

¹⁴⁹⁰ KELSEN, Hans. “Acerca de las fronteras entre el método jurídico y el sociológico” (1911). In: CORREAS, Óscar (org.). *El otro Kelsen*, p. 289.

hipoteticamente como as coisas *devem* acontecer (Se é A, deve ser B) ¹⁴⁹¹. Dessa forma, Kelsen até concorda que seja necessária uma ciência que explique como os “processos inter-humanos reais” acontecem; contudo, esse tipo de ciência em nada pode contribuir quando se trata de abordar fenômenos próprios ao âmbito normativo ¹⁴⁹². Pois quando a sociologia passa do fático para o normativo, aquilo que *deve-ser* passa a ser concebido como algo que *é*, e as possibilidades de um conhecimento científico se esvaem ¹⁴⁹³.

Isso aconteceria com o Estado, quando ele é concebido a partir de um conhecimento sociologicamente orientado. Para Kelsen, o método sociológico concebe o Estado como um fato do *ser*, e por isso ele aparece como poder (*Macht*), violência (*Gewalt*), força que age (*wirkende Kraft*): algo que supostamente teria existência real, e que por isso “produz” e “garante” o direito. Enfim, o Estado passa a ser pensado “como um ser humano, como uma espécie de ‘macro-anthropos’ ou de super-homem” ¹⁴⁹⁴, mas sempre como algo que insere um dualismo no sistema de conhecimento jurídico, porquanto abordado como algo diferente do direito, mas que com ele precisa se relacionar.

Com o método teológico não é tão diferente. De fato, ele parte de outras premissas, mas, para Kelsen, quando se observa o Estado a partir de tal enfoque, não se chega a outro resultado que não o estabelecimento de um inadmissível dualismo entre Estado e Direito, tal qual ocorre com o método sociológico. A teologia precisa insistir na transcendência de Deus frente ao mundo. Surge o dualismo entre Deus e Mundo. O Mundo não pode ser independente dos atributos divinos; deve ser diverso, mas ao mesmo tempo dependente de Deus. Deus não pode ser diluído no mundo, mas ao mesmo tempo não se representa Deus sem o mundo e nem o mundo sem Deus ¹⁴⁹⁵. Para Kelsen isso nada mais é que uma “violação lógica”, “o pseudoproblema de uma relação entre um sistema e sua hipostenização” ¹⁴⁹⁶. É de se explicar.

Para Kelsen o mundo somente é compreensível quando traduzido como um todo unitário. Para a idéia abstrata da unidade ser inteligível, é comum que se recorra

¹⁴⁹¹ Cf. *supra*, 3.2.1.

¹⁴⁹² KELSEN, Hans. “Acerca de las fronteras entre el método jurídico y el sociológico” (1911). In: CORREAS, Óscar (org.). *El otro Kelsen*, p. 291.

¹⁴⁹³ TREVES, Renato. “Kelsen y la sociología”. In: CORREAS, Óscar (org.). *El otro Kelsen*, p. 200. No mesmo sentido: EISENMANN, Charles. “Science du droit et sociologie dans la pensée de Kelsen”. In: *Écrits de Théorie du Droit, de Droit Constitutionnel et d’Idées Politiques*, p. 308.

¹⁴⁹⁴ KELSEN, Hans. *Il concetto sociologico e il concetto giuridico dello Stato: studio critico sul rapporto tra Stato e Diritto* (1922), p. 10.

¹⁴⁹⁵ KELSEN, Hans. “Dios y Estado” (1923). In: CORREAS, Óscar (org.). *El otro Kelsen*. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989, p. 256.

¹⁴⁹⁶ KELSEN, Hans. “Dios y Estado” (1923). In: CORREAS, Óscar (org.). *El otro Kelsen*, p. 257.

“ao artifício mental antropomorfo da personificação”¹⁴⁹⁷. O problema é que um pensamento de corte “primitivo” costuma tomar a personificação tal como se fosse uma hipóstase, ou seja, “se toma por real o que era um simples instrumento para se apoderar do objeto, mas dessa maneira o objeto de conhecimento resulta duplicado, engendrando-se, assim, o pseudoproblema da relação entre duas entidades ali onde, no fundo, somente deveria se expressar a unidade de um único objeto”¹⁴⁹⁸. A hipóstase, então, expressa o equívoco lógico de se confeccionar dois sistemas independentes, justapostos, Deus e Mundo, que teriam existência ontológica e que, por isso, se eximiriam de um relacionamento lógico (precisamente por tal razão é um pseudoproblema, porque a solução para ele é desconsiderá-lo enquanto tal). O método teológico se caracteriza, basicamente, por tais linhas: Deus expressa a hipostenização de um dualismo com a natureza, com o mundo¹⁴⁹⁹.

Assim é na teologia, assim é no direito. Kelsen afirma que a posição dominante da Teoria do Estado comete a mesma violação lógica ora analisada em relação à teologia. Só que o Deus da ciência do direito é o Estado. Posta essa analogia, Kelsen verifica como principal problema da Teoria do Estado a hipostenização do Estado, concebido pela doutrina dominante como uma entidade independente e diversa do direito, uma entidade metajurídica¹⁵⁰⁰. Ao incidir em tal equívoco, a ciência do direito nada mais fazia, acredita Kelsen, que aplicar o método teológico. Como se sabe, o método, a direção do pensamento, é fatal para o conhecimento do objeto. Com a utilização (consciente ou não) do método teológico, a conseqüência necessária era a hipóstase do Estado, que fomentava a dificuldade de se tentar saber como essas duas realidades, Direito e Estado, se relacionariam. Nessa senda, o que muda é só como os autores confeccionam a precedência: alguns consideram “que o Direito pressupõe lógica e cronologicamente o Estado, e outros que o Estado pressupõe e, na verdade, cria o Direito”¹⁵⁰¹. A personificação do Estado traz o problema de tomar algo ideal como se real fosse, como se tivesse uma substância; com ela, estabelece-se um dualismo

¹⁴⁹⁷ KELSEN, Hans. “Dios y Estado” (1923). In: CORREAS, Óscar (org.). *El otro Kelsen*, p. 252.

¹⁴⁹⁸ KELSEN, Hans. “Dios y Estado” (1923). In: CORREAS, Óscar (org.). *El otro Kelsen*, p. 252.

¹⁴⁹⁹ KELSEN, Hans. *Il concetto sociologico e il concetto giuridico dello Stato: studio critico sul rapporto tra Stato e Diritto* (1922), pp. 234-235.

¹⁵⁰⁰ KELSEN, Hans. *Il concetto sociologico e il concetto giuridico dello Stato: studio critico sul rapporto tra Stato e Diritto* (1922), p. 236.

¹⁵⁰¹ KELSEN, Hans. “O conceito de Estado e a psicologia social, com especial referência à teoria de grupo de Freud” (1922). Trad. Vera Barkow. In: *A democracia*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 339.

metodológico, que é o pressuposto de toda manipulação ideológica, de acordo com Kelsen.

Dessa maneira, é de se notar o paralelo que Kelsen tece entre teologia e jurisprudência – que sem dúvida alguma contaria com o apoio de Schmitt – porquanto em sua visão tanto o direito quanto a teologia tem como principal problema o de ter que “reconciliar o status transcendente de seu criador com a independência da criação”¹⁵⁰². Mas Kelsen vai até mesmo além. Não apenas o problema da ciência do direito é análogo ao da teologia: ambas costumam a propor a *mesma solução* para o problema¹⁵⁰³. O que muda, portanto, é só o criador (Deus ou o Estado) e a criatura (Mundo ou Direito), porém “a concordância de estrutura lógica entre as duas idéias é verdadeiramente espantosa”¹⁵⁰⁴.

Consoante aventado *supra*, Kelsen enfrenta um dualismo lógico mediante uma *reductio ad unum*. Foi assim com o dualismo entre direito subjetivo e direito objetivo, que foi reduzido em favor do segundo pólo¹⁵⁰⁵. Com o dualismo Estado-Direito, não é diferente; todavia acredita-se que para uma compreensão do conceito de *Rechtsstaat* em Kelsen afigura-se importante saber não somente como ele realiza sua *reductio*, mas no que ela implica. Pré-requisito para isso é entender como Kelsen percebe essa suposta utilização do método teológico pela ciência do direito. A rejeição dos resultados obtidos pelo conceito de Estado da doutrina jurídica dominante, em nome da pureza do método, leva à percepção de certas nuances do conceito de Estado de Direito de Kelsen que normalmente passam despercebidas. E falar de “doutrina dominante”, em termos de Teoria Geral do Estado, no início do século XX, é falar de Georg Jellinek¹⁵⁰⁶, cujo conceito de Estado foi um dos principais alvos teóricos de Kelsen no período histórico que aqui se considera¹⁵⁰⁷.

¹⁵⁰² DYZENHAUS, David. *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*, p. 134.

¹⁵⁰³ KELSEN, Hans. *Il concetto sociologico e il concetto giuridico dello Stato: studio critico sul rapporto tra Stato e Diritto* (1922), p. 236.

¹⁵⁰⁴ KELSEN, Hans. “O conceito de Estado e a psicologia social, com especial referência à teoria de grupo de Freud” (1922). In: *A democracia*, p. 341.

¹⁵⁰⁵ Cf. *supra*, 3.2.2.

¹⁵⁰⁶ STOLLEIS, Michael. *Public law in Germany, 1800-1914*, pp. 440-444, em que menciona, inclusive, o criticismo de Kelsen em relação a Jellinek. Mas é o próprio Kelsen que reconhece a posição central de Jellinek, ao considerar a *Allgemeine Staatslehre* como “obra standard”: KELSEN, Hans. *Il concetto sociologico e il concetto giuridico dello Stato: studio critico sul rapporto tra Stato e Diritto* (1922), p. 124.

¹⁵⁰⁷ Cf. a excelente análise da constestação da Teoria Geral do Estado de Jellinek por parte de Hans Kelsen em: RAMBAUD, Thierry. “Actualité de la pensée constitutionnelle de Georg Jellinek”. In: *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*. Tomo 121, nº 3. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, maio-junho de 2005, pp. 718-720, principalmente.

O conceito de Estado de Jellinek ficou conhecido como “a teoria dos dois lados do Estado” (*Zwei-Seiten Staatslehre*). Por um lado, o Estado é uma realidade social, consiste na “unidade de associação dotada originariamente de poder de dominação (*Herrschaft*), e formada por homens assentados em um território”¹⁵⁰⁸. O Estado, assim, é uma comunidade de vida que exprime uma unidade teleológica, é a “forma mais elevada de síntese dos fatos da vida”¹⁵⁰⁹. Até aqui, o Estado é uma formação social que independe do direito: “como tal ele é um pressuposto do direito, cujas normas provêm de um poder que esteja acima dos membros por ele obrigados e cujo caráter vinculante deve necessariamente ser garantida por tal poder”¹⁵¹⁰. Essa é a doutrina social do Estado, que o concebe como poder, basicamente.

Só que o Estado também pode ser objeto do conhecimento jurídico. Há o outro lado do Estado, o conceito jurídico de Estado. O Estado equivale a “poder”, mas quando se submete ao direito, ele “se converte em sujeito de direitos e deveres”¹⁵¹¹. É o que Jellinek chama de “autolimitação” jurídica do Estado: a submissão do Estado a um ordenamento jurídico que foi por ele próprio posto¹⁵¹². Consoante a linha de interpretação de Walter Pauly, o objetivo prático de Jellinek, com isso, era o de submeter o Estado ao Direito, o que fundamentava um governo limitado. O problema de Jellinek era: “em que medida o Estado soberano, porquanto criador, apoiador e garante da ordem jurídica pode ser, ele mesmo, submetido ao direito?”¹⁵¹³. A resposta para tal questão era o conceito de direito público subjetivo, direitos dos quais os cidadãos podem se valer face ao Estado¹⁵¹⁴.

Todavia, não se pode ver Jellinek como um teórico do liberalismo. Ao contrário, a posição semântica anti-individualista é muito forte em suas considerações; o que era uma marca de seu tempo. Para ele, os direitos públicos subjetivos não pertenciam propriamente aos indivíduos, pois só faziam sentido *no Estado*. Eram uma *concessão estatal*, nesse sentido, uma expressão juridicamente palpável de sua

¹⁵⁰⁸ JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado* (1911), p. 194.

¹⁵⁰⁹ JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado* (1911), pp. 192-194.

¹⁵¹⁰ KELSEN, Hans. *Il concetto sociologico e il concetto giuridico dello Stato: studio critico sul rapporto tra Stato e Diritto* (1922), p. 123.

¹⁵¹¹ JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado* (1911), p. 195.

¹⁵¹² KELSEN, Hans. *Il concetto sociologico e il concetto giuridico dello Stato: studio critico sul rapporto tra Stato e Diritto* (1922), p. 139.

¹⁵¹³ PAULY, Walter. “Le droit public subjectif dans la doctrine des status de Georg Jellinek”. In: JOUANJAN, Olivier (org.). *Figures de l'État de droit: Le Rechtsstaat dans l'histoire intellectuelle et constitutionnelle de l'Allemagne*. Strasbourg: Presses Universitaires de Strasbourg, 2001, p. 297.

¹⁵¹⁴ PAULY, Walter. “Le droit public subjectif dans la doctrine des status de Georg Jellinek”. In: JOUANJAN, Olivier (org.). *Figures de l'État de droit: Le Rechtsstaat dans l'histoire intellectuelle et constitutionnelle de l'Allemagne*, p. 305.

autolimitação. Por isso, os direitos públicos subjetivos eram até um reconhecimento da vontade (*Wollen*) do indivíduo, mas somente na medida em que ela é “reconhecida e protegida pelo ordenamento jurídico”¹⁵¹⁵. O que decorre até da imagem que Jellinek fazia da relação entre indivíduo e Estado. Se por um lado o Estado reconhece as “individualidades livres”, por outro lado elas se submetem a um todo, a uma unidade à qual as partes, os indivíduos, são reconduzidos¹⁵¹⁶. Independentemente de como se entenda a relação entre o todo e as partes, importa ressaltar que para reconduzir o indivíduo ao Estado, Jellinek tem que reconhecer a liberdade do indivíduo¹⁵¹⁷, coisa que ele se preocupa em deixar muito claro: “a soberania do Estado é portanto uma soberania sob homens livres, isto é sob pessoas. Ao reconhecer a personalidade do indivíduo, o Estado se limita a si mesmo”¹⁵¹⁸. Mas isso não por uma questão de bondade do Estado: um direito público subjetivo é adjudicável, podendo o Estado figurar no pólo passivo processual de uma relação jurídica¹⁵¹⁹.

Nesse passo, percebe-se que, a partir da distinção entre lado social e lado jurídico do Estado, Jellinek parece acenar para a necessidade de uma recíproca autonomia entre política e direito. É isso o que é traduzido pela noção de um direito público subjetivo apto a ser operacionalizado judicialmente. Jellinek, assim, chega a resultados que, no contexto de sua época, são bem interessantes¹⁵²⁰. Não para o gosto de Kelsen, claro. A distinção realizada por Jellinek entre os dois lados do Estado, que tem como preocupação central a limitação do poder do Estado, é vista por Kelsen como a inserção de um dualismo do objeto de conhecimento: de todo nociva para a ciência.

¹⁵¹⁵ JELLINEK, Georg. *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi* (1905, 2ª ed.). Trad. Gaetano Vitagliano. Milano: Società Editrice Libreria, 1912, p. 49.

¹⁵¹⁶ JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado* (1911), p. 192.

¹⁵¹⁷ DRAKE, Antonio Esteban. *El derecho público subjetivo como instrumentación técnica de las libertades públicas y el problema de la legitimación procesal*. Madrid: Editorial Civitas, 1981, p. 33.

¹⁵¹⁸ JELLINEK, Georg. *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi* (1905, 2ª ed.), p. 95.

¹⁵¹⁹ Cf. JELLINEK, Georg. *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi* (1905, 2ª ed.), pp. 387 e ss. A depender de como a “personalidade” se relaciona com o Estado, quatro situações, status, podem ser tematizados. O status passivo, o negativo, o ativo e o positivo. Expor cada um deles é, para os fins dessa investigação, desnecessário. Todavia, cabe informar que o status positivo se define pela possibilidade de se exigir juridicamente (via judiciário) pretensões contra o Estado. Cf., para exposição da teoria dos quatro status de Jellinek: PAULY, Walter. “Le droit public subjectif dans la doctrine des status de Georg Jellinek”. In: JOUANJAN, Olivier (org.). *Figures de l'État de droit: Le Rechtsstaat dans l'histoire intellectuelle et constitutionnelle de l'Allemagne*, pp. 305-312. Cf., também, SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, pp. 156-160 (em leitura situada no marco interpretativo de Robert Alexy).

¹⁵²⁰ RAMBAUD, Thierry. “Actualité de la pensée constitutionnelle de Georg Jellinek”. In: *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, pp. 721-724.

Como é de se esperar, Kelsen afirma que tal dualismo nada mais seria que uma consequência da utilização do método teológico na abordagem do Estado¹⁵²¹.

Kelsen afirma que a teoria “dos dois lados do Estado” de Jellinek, e sua decorrente tese da autolimitação do Estado, consistiria em uma aplicação analógica do “dogma da encarnação ou mundanização de Deus”¹⁵²². E por isso mesmo seria um exemplo dos mais claros dos malefícios que a aplicação do método teológico pode causar ao conhecimento jurídico.

O dogma teológico da encarnação de Deus tentaria explicar – sempre de acordo com Kelsen – a divindade de Cristo, e foi desenvolvido pela “teoria das duas naturezas”, objeto de estudo da cristologia¹⁵²³. Se o mundo é diverso de Deus, como entender a encarnação de Deus em Cristo, uma figura humana? Aparece assim a diferença entre Deus-filho e Deus-Pai. O Cristo, que é Deus-filho seria súdito e obediente ao Deus-Pai, e por tal razão uniria misticamente Deus e Mundo¹⁵²⁴. Surge uma dificuldade lógica, criada por tal dualismo: por um lado, se Cristo é Deus, ele é onipotente, onisciente e onipresente; por outro lado, se Cristo é filho de Deus então ele “deve realizar a vontade do Pai no mundo”¹⁵²⁵. Frente a tal impasse, a teologia geralmente pontualiza o paradoxo a seguinte forma: apesar de possuir todas as propriedades divinas do Deus-Pai, o Deus-filho se autolimita, se autodetermina frente a vontade do Deus-Pai¹⁵²⁶.

Kelsen acredita que a teoria dos dois lados de Jellinek nada mais é que uma aplicação da teoria das duas naturezas de Cristo, afinal ele procura responder à pergunta: “como pode o Estado, cuja essência é o poder, ser de qualquer modo vinculado juridicamente, e por si mesmo?”¹⁵²⁷. Pois em um primeiro passo, Jellinek se esforça para fundar o Estado como um poder totalmente desprovido de vínculos jurídicos; e em um segundo momento esse Estado enquanto força natural se “auto-

¹⁵²¹ KELSEN, Hans. *Il concetto sociologico e il concetto giuridico dello Stato: studio critico sul rapporto tra Stato e Diritto* (1922), pp. 235-242.

¹⁵²² KELSEN, Hans. *Il concetto sociologico e il concetto giuridico dello Stato: studio critico sul rapporto tra Stato e Diritto* (1922), pp. 236-237.

¹⁵²³ KELSEN, Hans. *Il concetto sociologico e il concetto giuridico dello Stato: studio critico sul rapporto tra Stato e Diritto* (1922), p. 239.

¹⁵²⁴ KELSEN, Hans. *Il concetto sociologico e il concetto giuridico dello Stato: studio critico sul rapporto tra Stato e Diritto* (1922), p. 237.

¹⁵²⁵ KELSEN, Hans. *Il concetto sociologico e il concetto giuridico dello Stato: studio critico sul rapporto tra Stato e Diritto* (1922), p. 240.

¹⁵²⁶ KELSEN, Hans. *Il concetto sociologico e il concetto giuridico dello Stato: studio critico sul rapporto tra Stato e Diritto* (1922), p. 240.

¹⁵²⁷ KELSEN, Hans. *Il concetto sociologico e il concetto giuridico dello Stato: studio critico sul rapporto tra Stato e Diritto* (1922), p. 241.

obriga”, quando decide obedecer ao direito que ele mesmo promulga¹⁵²⁸. E a conclusão de Kelsen, de tão incisiva, dispensa comentários adicionais: “Há necessidade, ainda, de uma demonstração melhor do parentesco entre a teoria do direito público e a teologia?”¹⁵²⁹.

Para Kelsen isso é um problema. Esse parentesco insere um dualismo que se mostra cientificamente inadmissível, pois suprime a possibilidade de se lograr uma unidade no objeto de conhecimento. A palavra de ordem, então, é superar o dualismo: tanto aquele entre Deus e Mundo quanto aquele entre Estado e Direito. As ciências da natureza fizeram a sua parte, ao não admitir qualquer relação entre seu objeto de conhecimento, a natureza, o mundo, com Deus. As ciências da natureza, assim, acreditam somente em leis naturais, mas não em milagres de um Deus sobrenatural que excepciona as leis científicas¹⁵³⁰. Kelsen, mais uma vez, segue o modelo das “ciências duras”, e intenta realizar o mesmo movimento em relação à ciência do direito. Seguindo Ludwig Feuerbach, que concebeu Deus como “uma fantasia autogratificante”, uma expressão dos desejos dos próprios homens, Kelsen afirma que o conceito extrajurídico de Estado serve para os mesmos fins ideológicos, seja mediante a fundamentação sociológica ou teológica. Assim, Kelsen insiste que conceber o Estado em contraposição ao Direito traduz-se por “uma expressão de determinados postulados políticos não reconhecidos no ordenamento jurídico, que deve tornar possível a satisfação de interesses políticos que o ordenamento jurídico não admite”¹⁵³¹.

Superar o dualismo é efetuar uma *reductio*: Direito e Estado não se diferem, ou seja, são, basicamente, ordenamento jurídico. Contra Lassalle, Kelsen afirma que um Estado não é um aparato de poder que se resume ao conjunto de canhões, baionetas e meios de produção: até mesmo quando a baioneta é utilizada, isso é feito com apoio em uma norma jurídica¹⁵³². Contra Max Weber, Kelsen aduziu que não existe um ordenamento administrativo ao lado de um ordenamento regulatório, afinal, problemas

¹⁵²⁸ KELSEN, Hans. *Il concetto sociologico e il concetto giuridico dello Stato: studio critico sul rapporto tra Stato e Diritto* (1922), p. 241.

¹⁵²⁹ KELSEN, Hans. *Il concetto sociologico e il concetto giuridico dello Stato: studio critico sul rapporto tra Stato e Diritto* (1922), p. 242.

¹⁵³⁰ KELSEN, Hans. *Il concetto sociologico e il concetto giuridico dello Stato: studio critico sul rapporto tra Stato e Diritto* (1922), p. 261.

¹⁵³¹ KELSEN, Hans. *Il concetto sociologico e il concetto giuridico dello Stato: studio critico sul rapporto tra Stato e Diritto* (1922), p. 261.

¹⁵³² KELSEN, Hans. *Il concetto sociologico e il concetto giuridico dello Stato: studio critico sul rapporto tra Stato e Diritto* (1922), p. 97.

de competência são problemas normativos¹⁵³³. Kelsen, assim, pretende introduzir no Direito aquilo que parece estranho a ele, *o ato produtor da norma*, que Schmitt denomina de decisão. Dessa maneira, não somente o “quadro administrativo” de Weber se transforma em um quadro normativo que se realiza de forma hierarquizada: o próprio Estado se transforma em um conjunto de normas jurídicas, em um ordenamento jurídico¹⁵³⁴.

Dessarte, com a *reductio*, com a postura de não aceitar qualquer sorte de relação de anterioridade entre Estado e Direito, Kelsen acredita resolver o dualismo que ensejava uma instrumentalização ideológica do conceito de Estado¹⁵³⁵. Supera-se a hipóstase na medida em que ela é desconsiderada (uma vez que consiste em um pseudoproblema). O Estado deixa de ser uma entidade mística e passa a ser concebido como um ordenamento jurídico escalonado em que cada grau determinante condiciona a individualização do grau determinado, consoante a *Stufenbau*¹⁵³⁶. A ciência do direito pode, então, finalmente observar o Estado como algo da ordem do dever-ser, pois Kelsen realiza, dessarte, sua missão: “fundamentalmente me importa liberar a construção conceitual jurídica de determinados elementos que são de caráter sociológico e que foram introduzidos unicamente devido à colocação errônea do problema”¹⁵³⁷. A ciência do direito, com a *reductio* do Estado ao Direito, dá um passo em direção à formalização científica, tal como o fez as ciências da natureza:

A absorção do conceito sobrenatural de Deus por parte do conceito de natureza era o pressuposto de uma sincera *ciência* da natureza, livre de qualquer metafísica, assim como a redução do conceito extrajurídico de Estado ao conceito de direito é uma condição preliminar indispensável para o desenvolvimento de uma verdadeira *ciência* do direito positivo enquanto ciência purificada de qualquer jusnaturalismo travestido de política ou sociologia. A isso objetiva a “teoria pura do direito”, que é ao mesmo tempo a teoria pura do Estado: porque se qualquer teoria do Estado é possível somente como

¹⁵³³ KELSEN, Hans. “El concepto de Estado de la sociología comprensiva”. In: CORREAS, Óscar (org.). *El otro Kelsen*. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989, pp. 275, 280-281.

¹⁵³⁴ SCHMILL ORDÓÑEZ, Ulises. “El concepto del derecho en las teorías de Weber y de Kelsen”. In: CORREAS, Óscar (org.). *El otro Kelsen*. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989, pp. 187-189.

¹⁵³⁵ FARDELLA, Franco. “Le dogme de la souveraineté de l’État: un bilan”. In: *Archives de philosophie du droit*. Tomo 41: le privé et le public. Paris: Sirey; CNRS, 1997, p. 121.

¹⁵³⁶ CHEVALLIER, Jacques. *L’État de droit*. 2ª ed. Paris: Montchrestien, 1994, p. 48.

¹⁵³⁷ KELSEN, Hans. “Acerca de las fronteras entre el método jurídico y el sociológico” (1911). In: CORREAS, Óscar (org.). *El otro Kelsen*, p. 285.

teoria do direito estatal, todo direito é direito estatal, assim como todo Estado é Estado de Direito (*Rechtsstaat*)¹⁵³⁸.

É digno de nota: a redução do Estado ao Direito como pré-requisito de uma abordagem jurídica científica leva Kelsen ao seu conceito de Rechtsstaat. O Estado deve ser compreendido como direito. O direito é, por definição, direito estatal, dada a *reductio* que Kelsen efetuou do direito subjetivo (ou privado) em favor do direito objetivo (público, que aqui é igual a estatal)¹⁵³⁹. Assim, o Estado será sempre Estado de Direito. Essa *reductio* kelseniana, que leva ao seu conceito de *Rechtsstaat*, tem seus contornos apreendidos com maior clareza quando se avaliam as sérias conseqüências na qual ela importa.

Afigura-se bem visível que quando Kelsen nivela Estado e Direito, ele o faz seguindo os postulados de seu próprio conceito de direito. Só que essa ânsia de desqualificar a Sociologia do Direito e, simultaneamente, fazer tábua rasa da Teoria do Estado de seu tempo, tem um custo: é legítimo que ele seja mensurado aqui. É legítimo, em outras palavras, considerar o Estado de Direito como algo além de um mero entretenimento lógico. Nesse sentido, cabe analisar as conseqüências da *reductio* de Kelsen. São duas, nomeadamente: (i) posicionamento contrário ao constitucionalismo moderno; (ii) fundamentação do dogma da infalibilidade do Estado, ao sustentar a impossibilidade do cometimento de um ato ilícito por parte do Estado (*Staatsunrecht*).

Ad (i)

O conceito de Estado de Direito de Kelsen se coloca contrário ao constitucionalismo à exata medida em que o desconsidera. E não é necessário confeccionar nenhum raciocínio miraculoso para comprovar esta declaração, uma vez que o próprio Kelsen o afirma, e de uma forma que impressiona:

Por Estado “de Direito” nós não entendemos uma ordem estatal com um conteúdo específico (portanto, não um Estado com certas e determinadas instituições jurídicas, tais como a legislação democrática, a sujeição dos atos executivos do chefe de Estado ao referendo do ministro responsável, a liberdade política e civil dos cidadãos, a independência do poder judiciário, a jurisdição contenciosa administrativa, etc., quer dizer um Estado de Direito em

¹⁵³⁸ KELSEN, Hans. *Il concetto sociologico e il concetto giuridico dello Stato: studio critico sul rapporto tra Stato e Diritto* (1922), p. 262. De se notar que o trecho aqui transcrito consiste no último parágrafo de tal obra, cujo objetivo era o de nivelar a diferença entre conceito sociológico e conceito jurídico de Estado. Emblemático que o resultado tenha levado Kelsen a esse conceito de *Rechtsstaat*.

¹⁵³⁹ Cf., *supra*, 3.2.2.

sentido técnico), mas sim um Estado cujos atos são realizados em sua totalidade sobre a base de um ordenamento jurídico¹⁵⁴⁰.

De certa maneira, isso nada mais é do que uma aplicação do conceito de direito que um ideal de ciência como o de Kelsen enseja. Uma teoria objetivo-universalista que entende uma técnica social chamada “direito positivo” de modo independente de considerações históricas, uma vez que se limita a explicações sobre validade: que como tais são necessariamente de cunho hipotético, relativo e formal. Afinal, o ordenamento jurídico é uma cadeia de atos normativos que adquire validação de forma *regressiva*, até o limite de uma *Grundnorm*, que por sua vez não possui qualquer conteúdo, porquanto consiste em uma pressuposição lógica¹⁵⁴¹. Kelsen acredita, assim, que a teoria pura do direito, por isso, não compartilha a perspectiva absolutista e metafísica própria ao direito natural que pretende infundir no direito uma justificação absoluta e material. O direito, quando cientificamente considerado, é tão-somente uma técnica social: “qualquer conteúdo pode ser direito; não há nenhum comportamento humano que possa ser excluído de se tornar objeto de uma norma jurídica em virtude, simplesmente, de seu conteúdo”¹⁵⁴².

Ora, se o Estado é nada mais que direito, e se o direito tem conteúdo disponível, logo seria uma atitude jusnaturalista entender o Estado de Direito a partir de considerações conteudísticas que lhe seriam supostamente inerentes. Daí todo e qualquer Estado é Estado de Direito, pois seja qual for o ordenamento jurídico, ele existirá porque constitui uma cadeia de validação. Assim, o Estado existe “desde que seja possível identificar o conjunto de fatos cuja ocorrência define a produção válida da norma, isto é, o procedimento ao qual o direito atribui força jurídica”¹⁵⁴³. E no entendimento de Kelsen, qualquer teoria que fuja desse cânone formal incorre em um jusnaturalismo grosseiro:

A partir do ponto de vista não de uma teoria do direito natural, mas sim de uma teoria jurídica positivista, ponto de vista que é também aquele da moderna teoria do direito estatal, a unidade entre Estado e Direito deve ser reconhecido como unidade conceitual por essência,

¹⁵⁴⁰ KELSEN, Hans. *Teoría General del Estado* (1925), p. 120.

¹⁵⁴¹ Tudo isso foi abordado em *supra* 3.2.1.

¹⁵⁴² KELSEN, Hans. *Introduction to the problems of legal theory: a translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law* (1934), p. 56, § 28.

¹⁵⁴³ BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. *Processo legislativo como discurso de justificação do direito: uma investigação sobre a circulação social do poder político na teoria discursiva do direito e da democracia*. Brasília: Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, 2005 (Dissertação de Mestrado), pp. 108-109.

independente de qualquer desenvolvimento histórico: a partir desse ponto de vista, a união do Estado e do Direito não pode constituir um fato histórico, e todo Estado, mesmo um Estado policialesco absoluto, deve ser um ordenamento jurídico. Resulta inadmissível valorar unicamente como “direito” somente o ordenamento jurídico instaurado por via democrática.¹⁵⁴⁴

Dizer que somente o direito democraticamente publicado é que seria direito consistiria, para Kelsen, apenas em uma variação da postura metafísica de tentar inserir um conteúdo no direito, que é *técnica* por antonomásia; ou seja, tal afirmação manifestaria um “um preconceito jusnaturalista”¹⁵⁴⁵. Uma ditadura também produz direito e é, por tal motivo, também um Estado de Direito:

Sejam as normas que determinem o uso do poder criadas autocráticamente ou surgidas por via democrática, o Estado será sempre “autoritário”, porque em todo Estado deve haver uma autoridade; e será, exatamente, Estado de Direito, porque é um ordenamento jurídico o que determina o titular da autoridade e a forma de exercê-la: quem deve mandar e quem deve obedecer.¹⁵⁴⁶

Em síntese, para Kelsen “todo Estado é sempre um Estado de Direito, não importando que sua forma de governo seja uma autocracia despótica ou uma democracia progressista, já que a única coisa relevante é que o direito constitua uma ordem coativa”¹⁵⁴⁷. Só que ao reduzir o conceito de *Rechtsstaat* à exigência de que o Estado aja por meio de normas, a observação de Kelsen acerca da relação entre direito e política acaba por se alinhar, nitidamente, ao modo pelo qual a Restauração prussiana de 1850 selecionou a referência ao *Rechtsstaat*, como mostra o exemplo de Stahl. Isso porque para Kelsen, o eventual conteúdo que o Estado assuma, como separação de poderes, legislação democrática, responsabilidade ministerial ou liberdades civis, tudo isso não leva a um conhecimento científico do Estado. Para o jurista de Viena, o que importa é que uma norma seja o fundamento da ação estatal, que o Estado exerça seus atos de império “na forma do direito” (*in der Weise des Rechts*), como acreditava tanto Stahl em 1856¹⁵⁴⁸, quanto Anschütz na República de Weimar¹⁵⁴⁹. É verdade que Kelsen

¹⁵⁴⁴ KELSEN, Hans. “Dios y Estado” (1923). In: CORREAS, Óscar (org.). *El otro Kelsen*, p. 259.

¹⁵⁴⁵ KELSEN, Hans. *Introduction to the problems of legal theory: a translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law* (1934), p. 105, § 48 (e).

¹⁵⁴⁶ KELSEN, Hans. *Teoría General del Estado* (1925), p. 142.

¹⁵⁴⁷ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Teoría del derecho: una concepción de la experiencia jurídica*. Madrid: Tecnos, 1997, p. 85.

¹⁵⁴⁸ Cf., *supra*, 1.5.2.

¹⁵⁴⁹ Cf., *supra*, 1.5.3.

se colocou expressamente contrário a Otto Mayer, por não aceitar que o Estado devesse agir “só quando possível” por normas de direito¹⁵⁵⁰. Mas pelos seus resultados, vê-se que Kelsen concorda não só com Mayer mas também com Stahl, no que toca ao juízo negativo acerca do conceito de *Rechtsstaat* da primeira “vaga” do constitucionalismo alemão, aquela do pré-1848.

Assim, qualquer Estado que se pautar pela *Stufenbau* é Estado de Direito. Porque todo Estado é uma ordem coativa de conduta, e como tal, seja qual for o método de criação do direito, o Estado “tem que ser um ordenamento jurídico que se concretiza gradualmente desde a norma fundamental hipotética até os atos jurídicos individuais, sob o intermédio das normas gerais”¹⁵⁵¹. E não é por outra razão que “o Estado é a forma mais perfeita do direito positivo”¹⁵⁵². Aquilo que confere unidade na multiplicidade: tal como acreditava Hobbes, ou Schmitt.

Ad (ii)

A crença na perfeição do Estado, e de que a mera produção escalonada do ordenamento jurídico produz, por si só, a regularidade do direito, tem forte confirmação no seguinte fato: para Kelsen, não existe a possibilidade lógica do Estado cometer um ato ilícito (*Unrecht*).

A argumentação de Kelsen não é de fácil apreensão, mas é coerente com suas próprias teses. Para ele, o Estado não pode nunca ser considerado uma entidade suprajurídica. Ao contrário, o Estado encontra-se submetido ao direito pelo simples motivo de que ele é direito. Ao mesmo tempo, isso torna o Estado “juridicamente infalível”¹⁵⁵³. Isso mesmo. O ordenamento jurídico equivale à vontade do Estado; não em sentido psicológico, mas lógico. O Estado personifica (logicamente) o direito porque consiste em um ponto comum, unitário, ao qual todas as normas podem ser remontadas. Dessa forma, “a hipótese que o ordenamento jurídico seja a vontade de um Estado-pessoa unitário exprime somente a completude lógica, a íntima falta de contradições de um sistema de normas jurídicas”¹⁵⁵⁴. Como visto, uma norma adquire validade (e assim existência) quando pode ser remontada a uma norma que é “responsável” pela sua produção, uma norma determinante. A norma então, é reconduzida a um degrau

¹⁵⁵⁰ Cf. KELSEN, Hans. *Teoría General del Estado* (1925), p. 117.

¹⁵⁵¹ KELSEN, Hans. *Teoría General del Estado* (1925), p. 120.

¹⁵⁵² KELSEN, Hans. “La idea del derecho natural” (1927) In: *La idea del derecho natural y otros ensayos*, p. 22.

¹⁵⁵³ KELSEN, Hans. *L'Illecito dello Stato* (1914). Ed. Angelo Abignente. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1990, p. 11.

¹⁵⁵⁴ KELSEN, Hans. *L'Illecito dello Stato* (1914), p. 15.

normativo superior. A esse procedimento – a essa operação lógica que conduz uma norma ao ordenamento jurídico – Kelsen nomeia *imputação*.

Se a norma é imputada ao ordenamento jurídico (*ultima ratio* à Constituição), ela é, também, ao Estado. O Estado, em Kelsen, cumpre a função de confeccionar uma unidade na multiplicidade ao fornecer esse ponto em comum ao qual as normas são *imputadas*¹⁵⁵⁵. Um suporte fático é imputado ao Estado pelo *medium* de uma norma jurídica. Dizer que a vontade do Estado é realizada pela norma equivale a afirmar que o Estado somente *quer* aquilo que é direito; pois somente o que a norma fixa é que pode ser imputado ao Estado. Disso Kelsen infere a impossibilidade lógica do ilícito estatal, afinal “o Estado deveria querer o ilícito no próprio ordenamento jurídico para que este possa vir a ser imputado ao Poder Executivo. Isso seria um perfeito contra-senso”¹⁵⁵⁶.

E aqui Kelsen traça, mais uma vez, um paralelo com a teologia. Ele afirma que a impossibilidade da ciência do direito conceber um ilícito por parte do Estado guarda perfeita simetria com a dificuldade que a teologia tem em atribuir o mal que acontece no mundo a Deus; dificuldade que deu origem, com a contribuição de Gottfried Leibniz, à teodicéia¹⁵⁵⁷. Se a vontade de Deus é sempre boa, e se Deus é onipotente, como explicar o mal? A teodicéia responde que mesmo parecendo um “mal”, na verdade o “mal” seria um “bem”, porque é fruto da vontade divina. A ciência do direito faria uso do mesmo artifício; se o direito é sempre uma emanção de vontade do Estado, o ilícito seria uma condição para que uma determinada hipótese prevista pelo ordenamento possa ser ativada. Portanto, o ilícito, ao fim e ao cabo, é direito¹⁵⁵⁸. Obviamente é curioso que, agora, Kelsen não veja problemas em se apoiar em um campo de conhecimento extrajurídico.

Aqui, é fundamental perceber que Kelsen, na busca de se recusar a conhecer a figura do ilícito estatal, se vale do mesmo artifício com o qual derivou logicamente o direito subjetivo da proposição jurídica em sentido estrito¹⁵⁵⁹. Naquele momento, foi possível notar que o direito subjetivo seria a “faculdade concedida ao singular de ativar

¹⁵⁵⁵ Kelsen se utilizou *primordialmente* dessa figura lógica em seus primeiros escritos da década de 1910, contudo ele nunca deixou de mencioná-la. Todavia, ao que parece, a noção de produção gradativa do ordenamento jurídico vai tornar possível a Kelsen desenvolver o mesmo raciocínio de forma mais simples: o que reforçou seu argumento.

¹⁵⁵⁶ KELSEN, Hans. *L'Illecito dello Stato* (1914), p. 23.

¹⁵⁵⁷ KELSEN, Hans. *Il concetto sociologico e il concetto giuridico dello Stato: studio critico sul rapporto tra Stato e Diritto* (1922), pp. 242-245.

¹⁵⁵⁸ KELSEN, Hans. *Il concetto sociologico e il concetto giuridico dello Stato: studio critico sul rapporto tra Stato e Diritto* (1922), p. 245.

¹⁵⁵⁹ Cf., *supra*, 3.2.2.

aquela norma mediante a ação processual”¹⁵⁶⁰. Acontece que o ilícito por parte de um Estado nem sempre se resume a uma queixa-crime. Com base na teoria de Kelsen, é impossível explicar, por exemplo, a responsabilização de um Estado por violações a direitos fundamentais através de um órgão como a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Isso porque o ilícito do Estado, “*segundo os incontestáveis princípios da lógica jurídica moderna, pode valer sempre somente como pressuposto, mas não como conteúdo da vontade da ação do Estado!*”¹⁵⁶¹ (ênfase original). Ora, se é pressuposto da ação do Estado, deve estar previsto no ordenamento jurídico. Eis o ponto. O Estado somente o prevê, se assim o quiser. O Estado é que decide se quer ou não se vincular, porquanto a questão de saber se deve existir, ou não, procedimentos jurídicos aptos a averiguar a responsabilidade civil, penal ou administrativa do Estado é questão de *política do direito*¹⁵⁶². Assim, sem previsão normativa, não há ilícito por parte do Estado. O Estado, que é o direito, decide se o Estado age ilicitamente. Kelsen deixa isso muito claro quando realiza uma incursão – mal-sucedida como é fácil notar – na história do direito inglês: “à proposição de direito público inglês *The King can do no wrong* (...) não se deve atribuir-lhe o significado de que a legislação e a administração devam se esforçar para evitar o ilícito estatal, mas que a ciência do direito não pode reconhecer em nenhum ato um ilícito do Estado”¹⁵⁶³.

Essa noção de ilícito estatal fez Kelsen afirmar, orgulhoso, de que com a sua teoria o Estado “ganhou em autoridade formal, acredito, pois a minha construção conduz à consequência de coroar o Estado com a infalibilidade jurídica”¹⁵⁶⁴. O dogma da infalibilidade do Estado é, como visto, o de não conceber a possibilidade de um ilícito a menos que o próprio Estado assim o estabeleça. E o dever da ciência jurídica, em tal caso, é o de permanecer calada, e assim não cair na tentação de se enveredar em um tema reservado à política do direito. Após isso, vê-se, claramente, que as considerações de Kelsen não diferem tanto da teoria da autovinculação do Estado, de Jellinek, quanto às suas conclusões.

De toda sorte, o que é fundamental notar é que o “dogma da infalibilidade do Estado”, que segundo o próprio Kelsen transforma a injustiça em justiça e o erro na

¹⁵⁶⁰ LA TORRE, Massimo. “La teoria del diritto soggettivo nel ‘primo’ Kelsen”. In: *Rivista internazionale di Filosofia del Diritto*, p. 85.

¹⁵⁶¹ KELSEN, Hans. *L’Illecito dello Stato* (1914), p. 24.

¹⁵⁶² KELSEN, Hans. *L’Illecito dello Stato* (1914), pp. 125-127.

¹⁵⁶³ KELSEN, Hans. *L’Illecito dello Stato* (1914), p. 119.

¹⁵⁶⁴ KELSEN, Hans. *L’Illecito dello Stato* (1914), p. 133.

verdade¹⁵⁶⁵, nada mais é que uma decorrência coerente (mas nem por isso menos trágica) do conceito kelseniano de *Rechtsstaat*. Ele ilustra perfeitamente o perigo existente em uma postura teórica que quer encarar o direito da sociedade como se fosse um tipo qualquer de *puzzle* lógico. Em nome da pureza da ciência do direito, Kelsen se exime de abordar questões decisivas para o seu tempo. O método, assim, o cega para problemas que para ele consistiam em uma mera ilusão de um dualismo: coisa que só pode ser afirmada ao custo de uma perigosa simplificação.

Pelo exposto, já se pode intuir que se a busca por um guardião da Constituição, no caso a jurisdição constitucional, corresponde ao princípio da máxima legalidade da função estatal, próprio ao *Rechtsstaat*, vê-se que isso não pode significar muita coisa. O direito, em Kelsen, tem poucas possibilidades de limitar o poder: ele somente pode potencializá-lo. E o Estado de Direito, que se resume à organização da ação do Estado por meio da técnica social do direito, também não constitui propriamente um limite ao poder. Logo, ao que tudo indica, a jurisdição constitucional tem tudo para também não o ser. É o caso de verificar essa suspeita, que levará esta investigação a um desfecho.

3.3. Jurisdição constitucional e *Rechtsstaat*: exame dos limites de um guardião.

A hora é de unir alguns fios argumentativos que foram trabalhados ao longo desta investigação.

Já foi possível verificar que a referência ao *Rechtsstaat* revestiu importância considerável no âmbito da *Methodenstreit* do tempo Weimar, oportunidade em que observadores de segunda ordem propuseram acerca de como deveria acontecer a relação entre direito e política pela via do acoplamento constitucional. Precisamente por isso, a compreensão de uma proposta teórica que descreve um guardião para a Constituição de Weimar depende, inevitavelmente, de um conceito de *Rechtsstaat* que lhe seja subjacente. Nesse particular, a comparação com Schmitt diz muito sobre Kelsen.

No capítulo passado, viu-se que quando o Presidente do *Reich* é alçado à condição de guardião da Constituição, Schmitt, com isso, se contrapõe polêmica e claramente à noção de *Rechtsstaat* de 1848¹⁵⁶⁶. Schmitt apontou que a presença das amarras representadas pelos direitos fundamentais e pela separação de poderes na

¹⁵⁶⁵ Kelsen, Hans. “Dios y Estado” (1923). In: CORREAS, Óscar (org.). *El otro Kelsen*, p. 263.

¹⁵⁶⁶ Schmitt, Carl. “The Liberal Rule of Law” [*Der bürgerliche Rechtsstaat*] (1928). In: JACOBSON, Arthur. SCHLINK, Bernhard (orgs.). *Weimar: a jurisprudence of crisis*, p. 295.

Constituição de Weimar (elemento *rechtsstaatlich*) encravava no cerne da forma política democrática de Weimar (elemento político) o eterno diálogo do sistema metafísico liberal que, a despeito de proteger a *liberté du citoyen*, destruía necessariamente a *gloire de l'état*. Para Schmitt, portanto, guardar a Constituição era destruir essa técnica social de controle sobre o político, o Estado de Direito, em benefício da unidade do Estado: somente o Presidente do *Reich* estava em condições de fazê-lo, e por isso ele seria o verdadeiro guardião da Constituição. De se notar então, repita-se, que a definição do Presidente do *Reich* como guardião da Constituição é decorrência direta da forma pela qual Schmitt observou o *Rechtsstaat*. Schmitt era plenamente consciente da existência de um padrão semântico que buscava conformar as operações do sistema da política aos vínculos constitucionais: mas o negava expressamente.

Pelo que foi desenvolvido neste capítulo, viu-se que o ataque ácido que Schmitt fez ao elemento *rechtsstaatlich* das Constituições ocidentais (direito subjetivo e separação de poderes) foi, por incrível que possa parecer, compartilhado por Kelsen. Direitos subjetivos foram descritos por Kelsen como a inserção de um dualismo metodológico cientificamente inaceitável, e que propiciaria uma suposta manipulação do direito positivo pela ideologia capitalista burguesa que quer a todo custo proteger a propriedade privada¹⁵⁶⁷. Schmitt só concorda com isso, pois direitos somente existem no Estado, mas não contra o Estado¹⁵⁶⁸. Já a separação dos poderes foi concebida por Kelsen como um dogma constitucional oriundo da ideologia monárquica, que teria o nefasto efeito de obscurecer a unidade do ordenamento jurídico. Afinal, separar em três o poder do Estado equivaleria a quebrar a unidade sistemática do Estado porquanto colocaria a cadeia de validação em perspectiva coordenada, e não subordinada, como quer a *Stufenbaulehre*¹⁵⁶⁹. Isso dividiria o Estado em três. Schmitt, aqui, está de pleno acordo¹⁵⁷⁰.

¹⁵⁶⁷ Cf., *supra*, 3.2.2. É muito curioso notar que quando de sua polêmica com Kelsen, um dos principais ataques desferidos por Hold-Ferneck foi acusar Kelsen de ser um sustentador da ideologia capitalista: “Com a prescrição de uma esfera de liberdade que o Estado deve proteger, Kelsen adere ao direito natural do liberalismo. E a busca pela proteção do patrimônio, do dinheiro, o revela um sustentador do capitalismo”. HOLD-FERNECK, Alexander. “Lo Stato come superuomo con una discussione delle dottrina del diritto di Kelsen”. In: KELSEN, Hans. HOLD-FERNECK, Alexander. *Lo Stato come Superuomo: un dibattito a Vienna*. Ed. Antonino Scalone. Torino: Giappichelli, 2002, p. 84.

¹⁵⁶⁸ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución* (1928), p. 141.

¹⁵⁶⁹ Cf., *supra*, 3.2.3.

¹⁵⁷⁰ Cf., *supra*, 2.3, e, também, SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución* (1928), p. 158.

Isso insinua que ambos, enquanto artefatos comunicativos, realizavam suas observações a partir de um material semântico que lhes era comum. Mas isso não pode olvidar para o fato de que Kelsen e Schmitt têm propostas diversas em relação àquilo que se deveria fazer com o *Rechtsstaat*. Schmitt deseja ardorosamente superar o *Rechtsstaat* liberal, o que seria conseguido mediante a personificação do “povo” mediante a instrumentalização das massas em uma democracia identitária. Por seu turno, Kelsen não quer exatamente superar, mas manter o *Rechtsstaat*: contudo, *a sua descrição de Rechtsstaat*.

Uma descrição que tematiza a relação entre direito e política pela forma constitucional, mas tão-somente para nivelar a diferença entre esses dois sistemas em favor do sistema da política. Afinal, a função do direito consiste em fornecer um mecanismo técnico de sorte a tornar operacional um ordenamento coercitivo, o Estado, que em última análise é também direito, segundo Kelsen¹⁵⁷¹. O direito se reduz a uma técnica social que contribui para a governabilidade do centro do sistema da política, o Estado; pode ser tudo aquilo que a política considere como necessário para efetivar a sua *Herrschaft*. Dessa forma, caso um Estado desenvolva suas atividades com apoio em normas jurídicas, ele é propriamente um *Rechtsstaat*: seja uma democracia ou uma ditadura. E com isso o Estado de Direito não pode ter nenhum conteúdo intrínseco, como por exemplo ser um Estado em que se tem uma legislação democraticamente promulgada, onde direitos fundamentais possam ser judicialmente protegidos. Conforme visto, para Kelsen isso seria a inserção um preconceito jusnaturalista na ciência do direito¹⁵⁷².

O *Rechtsstaat* não pode ter “conteúdo” porque ele é direito. O direito, em Kelsen, tem um critério de validação exclusivamente formal: uma norma individual é regressivamente conduzida a uma outra norma que lhe é mais geral até que se atinja a Constituição, no plano do direito positivamente estatuído, e a “norma fundamental”, no plano do conhecimento jurídico. O importante é que a norma exista. Para existir, a norma jurídica determinada necessita ter sido individualizada de maneira conforme à

¹⁵⁷¹ Cf., *supra*, 3.2.1.

¹⁵⁷² Nos termos do que foi afirmado em 3.2.4. Cf. KELSEN, Hans. “Dios y Estado” (1923). In: CORREAS, Óscar (org.). *El otro Kelsen*, p. 259: “A partir do ponto de vista não de uma teoria do direito natural, mas sim de uma teoria jurídica positivista, ponto de vista que é também aquele da moderna teoria do direito estatal, a unidade entre Estado e Direito deve reconhecer-se como unidade conceitual por essência, independente de qualquer desenvolvimento histórico: a partir desse ponto de vista, a união do Estado e do Direito não pode constituir um fato histórico, e todo Estado, mesmo um Estado policialesco absoluto, deve ser um ordenamento jurídico. Resulta inadmissível valorar unicamente como “direito” somente o ordenamento jurídico instaurado por via democrática”.

sua norma jurídica determinante, ou seja, de maneira *regular*¹⁵⁷³. Existindo as normas, existe um Estado: daí Kelsen afirmar que a máxima conformidade legal (*Rechtsmaßigkeit*) da função estatal caracteriza o Estado de Direito¹⁵⁷⁴. Não só o caracteriza, como também o possibilita.

Disso se vê que, ao contrário de Schmitt, Kelsen não busca combater abertamente o constitucionalismo moderno. Mas o contrário também não se verifica. A posição de Kelsen em relação à modernidade do direito moderno não é de fácil visualização, mas quando se considera o modo pelo qual a referência ao *Rechtsstaat* é ativada em Kelsen, esse confronto tem possibilidade de ser mensurado.

Em sua *Teoria Geral do Estado*, Kelsen anuncia que o seu conceito de *Rechtsstaat* não descreve um “Estado com certas e determinadas instituições jurídicas, tais como a legislação democrática, a sujeição dos atos executivos do chefe de Estado ao referendo do ministro responsável, a liberdade política e civil dos cidadãos, a independência do poder judiciário, a jurisdição contenciosa administrativa”¹⁵⁷⁵. Curioso notar que todos esses elementos são derivados do conceito de *Rechtsstaat* da Revolução de 1848, quando o princípio monárquico e a sociedade aristocrática que lhe sustentara foram postos em xeque pelo constitucionalismo moderno. O que mais impressiona, todavia, é verificar que Kelsen seleciona a referência ao *Rechtsstaat* de modo semelhante ao arquiteto constitucional da restauração prussiana, Friedrich Julius Stahl: *Rechtsstaat* é um Estado que age *na forma do direito*. De modo que uma leitura complacente com Kelsen diria que sua noção de *Rechtsstaat* era, no mínimo, indiferente ao constitucionalismo moderno. Afinal, Kelsen não tem como objetivo teórico a *superação* do Estado de Direito; ao contrário, ele quer manter o *Rechtsstaat*, mas o seu conceito de *Rechtsstaat*, a sua *reductio ad unum* entre Estado e Direito.

E precisamente por isso o guardião da Constituição, segundo Kelsen, terá como função primordial a manutenção do conceito de *Rechtsstaat* da teoria pura. Assumirá a tarefa de fazer com que as normas jurídicas se pautem por uma produção regular, de acordo com a *Stufenbau*. Essa suspeita confirma-se quando é-se deparado com o modo pelo qual Kelsen observa a posição da jurisdição constitucional no sistema do direito.

¹⁵⁷³ KELSEN, Hans. “La garantía jurisdiccional de la Constitución: la Justicia Constitucional”. In: *Escritos sobre la Democracia y el Socialismo*, p. 111, na qual afirma: “regularidade não é mais do que a relação de correspondência de um grau inferior com um grau superior do ordenamento jurídico”.

¹⁵⁷⁴ KELSEN, Hans. *Quien debe ser el defensor de la Constitución?* (1931), p. 4.

¹⁵⁷⁵ KELSEN, Hans. *Teoría General del Estado* (1925), p. 120.

É muito sintomático perceber que, quando Kelsen realizou sua exposição mais abrangente (e difundida mundialmente) acerca do papel da jurisdição constitucional, em 1928, ele teve que se apoiar na *Stufenbaulehre*. O objetivo de Kelsen, àquela oportunidade, era o de mostrar que um tribunal é a melhor garantia da Constituição. Seu argumento segue um encadeamento lógico impecável. Nesse passo, Kelsen primeiro expõe o “problema jurídico da regularidade”¹⁵⁷⁶, ou seja a necessidade de que normas determinadas sejam positivadas de acordo com as normas que lhes são determinantes. O que decorre do caráter escalonado do ordenamento jurídico. Como a Constituição é um dos degraus do ordenamento jurídico, o maior por sinal, a garantia de uma Constituição expressa nada mais que a existência de “garantias de regularidade das regras imediatamente subordinadas à Constituição, quer dizer, garantias da constitucionalidade das leis”¹⁵⁷⁷. Vencida a questão preliminar de definir “a noção de Constituição”¹⁵⁷⁸, Kelsen descreve os expedientes técnicos que a ciência do direito disponibiliza para que a regularidade da “função estatal” seja conseguida: “as garantias da regularidade”¹⁵⁷⁹. Tais garantias, que traduzem métodos de verificação de conformidade normativa, podem pertencer a quatro grupos. Há garantias preventivas, repressivas, pessoais e objetivas.

A garantia preventiva da regularidade normativa é usualmente exercida pessoalmente, pelo próprio órgão que emite a norma¹⁵⁸⁰. Ela seria, no juízo de Kelsen, totalmente inadequada, a menos que não se queira uma democracia, mas sim uma autocracia¹⁵⁸¹. Já uma garantia repressiva não atua antes da produção do ato irregular, mas, ao contrário, em um momento posterior à produção do ato irregular. Entre tais soluções para garantia da regularidade, há uma que desfruta da preferência de Kelsen: a *anulabilidade* do ato irregular. Uma garantia que além de *repressiva* é *objetiva*. Quando transposta para o degrau normativo constitucional, tal garantia aparece como “anulação do ato inconstitucional”, que nas palavras de Kelsen “representa a principal e mais

¹⁵⁷⁶ KELSEN, Hans. “La garantía jurisdiccional de la Constitución: la Justicia Constitucional” (1928). In: *Escritos sobre la Democracia y el Socialismo*, pp. 109-114.

¹⁵⁷⁷ KELSEN, Hans. “La garantía jurisdiccional de la Constitución: la Justicia Constitucional” (1928). In: *Escritos sobre la Democracia y el Socialismo*, p. 112.

¹⁵⁷⁸ KELSEN, Hans. “La garantía jurisdiccional de la Constitución: la Justicia Constitucional” (1928). In: *Escritos sobre la Democracia y el Socialismo*, pp.114-120.

¹⁵⁷⁹ KELSEN, Hans. “La garantía jurisdiccional de la Constitución: la Justicia Constitucional” (1928). In: *Escritos sobre la Democracia y el Socialismo*, pp.121-127.

¹⁵⁸⁰ KELSEN, Hans. “La garantía jurisdiccional de la Constitución: la Justicia Constitucional” (1928). In: *Escritos sobre la Democracia y el Socialismo*, pp.121-122.

¹⁵⁸¹ KELSEN, Hans. “La garantía jurisdiccional de la Constitución: la Justicia Constitucional” (1928). In: *Escritos sobre la Democracia y el Socialismo*, p. 128.

eficaz garantia da Constituição”, quando comparada com as demais técnicas de garantia de regularidade normativa¹⁵⁸².

A ineficácia de uma garantia pessoal-repressiva do controle da regularidade normativa deriva do fato de que jamais “o Parlamento anularia uma lei que ele mesmo votou”, pois ele “não pode ser obrigado de uma maneira eficaz”, uma vez que tal “órgão legislativo se autocompreende como um livre criador do direito e não como um órgão de aplicação do direito, vinculado à Constituição”¹⁵⁸³. Assim, caso não se queira incorrer em uma suposta “ingenuidade política”, Kelsen afirma que “é a um órgão independente do Parlamento (...) a quem há de se encomendar a anulação de seus atos inconstitucionais: quer dizer, a uma jurisdição ou tribunal constitucional”¹⁵⁸⁴.

Aqui surge uma perplexidade. O regime político instituído pela Constituição austríaca de 1920 era *republicano* e com sistema de governo decididamente *parlamentarista*, com gabinete eleito pelo *Nationalrat* (câmara baixa do Legislativo). Mesmo o Presidente da Áustria, que cumpria funções tão somente honoríficas (claro, até o advento da reforma constitucional de 1929) era eleito pelo Parlamento¹⁵⁸⁵. Obviamente, não existe uma “idéia” de parlamentarismo ou de república apta a julgar se a Áustria era “verdadeiramente” uma república parlamentarista. A feição que um sistema de governo acaba por assumir depende de jogos institucionais complexos, de particularidades políticas que ele enfrenta¹⁵⁸⁶. Isso alerta para os perigos da comparação, mas não a exclui *a priori*.

É inegável que, naquela quadra histórica do Entreguerras, a Inglaterra e França (III República, 1875-1940) consistiam em “arquétipos” de parlamentarismo: no primeiro a soberania era do Parlamento; já no segundo país, a soberania residia no povo. Mas a nota comum a ambos é que o exercício legislativo do Parlamento não conhecia limites, freios ou contrapesos¹⁵⁸⁷. Precisamente por isso, na Europa continental desse

¹⁵⁸² KELSEN, Hans. “La garantía jurisdiccional de la Constitución: la Justicia Constitucional” (1928). In: *Escritos sobre la Democracia y el Socialismo*, p. 128.

¹⁵⁸³ KELSEN, Hans. “La garantía jurisdiccional de la Constitución: la Justicia Constitucional” (1928). In: *Escritos sobre la Democracia y el Socialismo*, p. 129.

¹⁵⁸⁴ KELSEN, Hans. “La garantía jurisdiccional de la Constitución: la Justicia Constitucional” (1928). In: *Escritos sobre la Democracia y el Socialismo*, p. 129.

¹⁵⁸⁵ ÖHLINGER, Theo. “The Genesis of the Austrian Model of Constitutional Review of Legislation”. In: *Ratio Juris*, p. 208.

¹⁵⁸⁶ De forma muito lúcida: LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución* (1959), pp. 103-125.

¹⁵⁸⁷ No caso particular da França, o Parlamentarismo foi adquirindo uma tal radicalidade, que a original repartição de poderes entre Executivo (Presidente eleito pelo Parlamento) e o Legislativo (tal como previsto pela lei constitucional de 25.2.1875) foi sendo gradualmente nivelada em favor do Parlamento. Analisando essa mutação constitucional em 1931, Carré de Malberg afirmou que “hoje em dia há ainda menos separação entre os dois poderes do que na época de 1791”, ou seja, com os jacobinos. Segundo

tempo um controle da legislação democraticamente promulgada por parte do Judiciário era concebido como o estabelecimento de um tirânico “governo dos juízes”.

Essa semântica tinha em Edouard Lambert o seu representante mais destacado. Ele publicou, em 1921, livro que reforçou a hostilidade européia em relação ao Poder Judiciário¹⁵⁸⁸, e que teve vasta audiência também em solo alemão¹⁵⁸⁹. Como mostra o exemplo de Schmitt, que não acreditava que com a sentença de 4 de novembro de 1925, do *Reichsgericht*, o Judiciário alemão estaria supostamente autorizado à realizar uma *judicial review*. Schmitt nega veementemente o paralelo com os Estados Unidos. Afinal, de acordo com Schmitt, enfatize-se, a Suprema Corte norte-americana ocupa “uma posição singularíssima em toda a história universal”, o que equivale dizer que o modelo norte-americano “não pode ser adaptado prontamente à situação política e socialmente distinta de um Estado continental europeu”¹⁵⁹⁰.

Pois bem, o problema de Schmitt era o mesmo de Lambert. O comparativista francês procurou tomar posição no seio de um debate que estava a acontecer em seu país no início da década de 1920: a possibilidade da adoção de uma *judicial review* na França¹⁵⁹¹. Comentando a “Era Lochner” – como ficou conhecida a orientação jurisprudencial da Suprema Corte entre 1895-1937, cujo julgado mais famoso foi *Lochner v. New York*, de 1905 – Lambert mostra os entraves que o Judiciário norte-

Carré, isso levou a um nivelamento da diferença entre lei ordinária e lei constitucional, dada a prática de revisões constitucionais desenfreadas e sem a observância devida do art. 8º da lei constitucional de 25.2.1875: a reforma que deveria depender do Presidente, estava a mercê da maioria do Parlamento. Cf. CARRÉ DE MALBERG, Raymond. *La Loi, expression de la volonté générale. Étude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875*, p. 113. Cf. “Lois du 25 février 1875 relative à l’organisation des pouvoirs publics” In: DUVERGER, Maurice (org.). *Constitutions et documents politiques*. 14ª ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1996, pp. 170-171.

¹⁵⁸⁸ Cf. LAMBERT, Edouard. *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis: l’expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*. Paris: Marcel Giard, 1921. Imperioso perceber, contudo, que Lambert não inaugura esse discurso de desconfinça em relação ao judiciário, que é mais antigo, e parece tem como gênese a derrocada do *Ancien Régime*, no qual os juízes tinham funções de governo. Nesse sentido, Tocqueville antecipa-se a Lambert claramente, pois quando discorre sobre o poder que o juiz norte-americano possui, Tocqueville se apressa a informar que a importação daquele modelo, para França, era de todo nefasto: “Se na França os tribunais pudessem desobedecer às leis, a pretexto de as considerarem inconstitucionais, o poder constituinte estaria de fato em suas mãos”. Dessa maneira: “Mas, é melhor ainda conceder o poder de mudar a Constituição do povo a homens que representam imperfeitamente as vontades do povo, do que a outros que só representam a si mesmos”. TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América I: leis e costumes* (1835). 2ª ed. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 114. Cf. também, em relação à utilização da justiça pelos nobres, para proveito próprio, TOCQUEVILLE, Alexis de. *O Antigo Regime e a Revolução* (1856). 3ª ed. Trad. Yvonne Jean. Brasília, São Paulo: Ed. Universidade de Brasília; Ed. Hucitec, 1989, 73-74.

¹⁵⁸⁹ BEGUIN, Jean-Claude. *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en République Fédérale d’Allemagne*. Paris: Economica, 1982, pp. 10-21.

¹⁵⁹⁰ SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución* (1931), p. 44.

¹⁵⁹¹ LAMBERT, Edouard. *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis: l’expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, pp. 1-7.

americano colocava ao estabelecimento da legislação trabalhista, de modo que referido *branch* do Estado se comportava como uma verdadeira “oligarquia judiciária ou aristocracia da toga”¹⁵⁹²: a *judicial review* norte-americana seria, na verdade, uma *censure judiciaire*¹⁵⁹³. A historiografia constitucional recente relativiza os resultados de Lambert, porquanto mostra que a Era Lochner não se traduz por um “aberrante período de ativismo” e nem como um sustentáculo da ideologia do capitalismo *laissez-faire*¹⁵⁹⁴. Todavia, no tempo Weimar, a percepção europeia foi muito influenciada pela leitura de Lambert. O medo do governo dos juizes era disseminado¹⁵⁹⁵.

Até por isso, quando cotejado com seu tempo, a arquitetura constitucional do Estado austríaco de 1920, que conjugava um Parlamento que representava a soberania popular com uma Corte Constitucional apta a anular a legislação democraticamente aprovada, se revela curiosamente inédita, marcadamente paradoxal¹⁵⁹⁶. Kelsen tomou para si a tarefa de externalizar o paradoxo. Para tanto, ele se confrontou com aquelas que eram, a seu ver, as duas principais objeções que os constitucionalistas costumavam opor à jurisdição constitucional: a primeira é que semelhante tribunal seria incompatível com a soberania do Parlamento, a segunda (muito ligada à primeira) aduz que a Corte Constitucional contradiz o princípio da separação dos poderes¹⁵⁹⁷.

De acordo com Kelsen, ambas seriam falsas. Primeiro, de forma muito coerente com o seu normativismo, Kelsen afirma que a soberania não pertence ao Parlamento, mas ao ordenamento jurídico¹⁵⁹⁸. Um Estado é soberano quando o seu

¹⁵⁹² LAMBERT, Edouard. *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis: l'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, p. 9.

¹⁵⁹³ LAMBERT, Edouard. *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis: l'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, p. 22.

¹⁵⁹⁴ Devo a Cristiano Paixão – que é profundo conhecedor da história constitucional norte-americana – a percepção dessas nuances a respeito da Era Lochner. Os constitucionalistas norte-americanos mais destacados confirmam suas teses: Cf. GRIFFIN, Stephen M. *American Constitutionalism: from Theory to Politics*. Princeton: Princeton University Press, 1996, pp. 100-101.

¹⁵⁹⁵ SAJÓ, András. *Limiting Government: an Introduction to Constitutionalism*. Budapeste: Central European University Press, 1999, p. 232.

¹⁵⁹⁶ ÖHLINGER, Theo. “The Genesis of the Austrian Model of Constitutional Review of Legislation”. In: *Ratio Juris*, pp. 208-209. Era algo quase que inédito. Contudo é de se perceber que o judiciário da Noruega, já no século XIX, procedia ao controle difuso da constitucionalidade das leis, porém sua prática judicial foi quase nula, conforme aponta: CAPPELLETTI, Mauro. ADAMS, John Clarke. “Judicial Review of Legislation: European Antecedents and Adaptations”. In: *Harvard Law Review*. Nº 79. Cambridge: Harvard University, 1965-1966, p. 1217.

¹⁵⁹⁷ KELSEN, Hans. “La garantía jurisdiccional de la Constitución: la Justicia Constitucional” (1928). In: *Escritos sobre la Democracia y el Socialismo*, pp. 129-130.

¹⁵⁹⁸ KELSEN, Hans. “La garantía jurisdiccional de la Constitución: la Justicia Constitucional” (1928). In: *Escritos sobre la Democracia y el Socialismo*, p. 129.

direito é positivo¹⁵⁹⁹, ou seja, quando suas normas constituem um escalonamento hierárquico dotado de um critério de validação formal¹⁶⁰⁰. Salta aos olhos que, agora, Kelsen não se importe em rebater um argumento “de política do direito” com sua “ciência do direito”.

Quando enfrenta o segundo argumento, que imputa à jurisdição constitucional uma invasão indevida do Poder Judiciário na seara do Poder Legislativo, Kelsen realiza uma interpretação da jurisdição constitucional que fez fortuna pelo mundo¹⁶⁰¹. Ele afirma que faz-se preciso notar que “o órgão ao qual está encomendada a anulação das leis inconstitucionais, ainda que receba – pela independência de seus membros – a organização própria a um tribunal, não exerce verdadeiramente, todavia, uma função jurisdicional”¹⁶⁰², mas sim uma *função legislativa*. Para ele, “a diferença entre a função jurisdicional e a função legislativa reside, sobretudo, em que esta cria normas gerais, enquanto aquela cria somente normas individuais”. Eis o ponto: quando a jurisdição constitucional anula uma lei, ela produz uma norma com “o mesmo caráter de generalidade” só que “com um sinal negativo”¹⁶⁰³. O caráter legislativo da jurisdição constitucional deriva de que a sua decisão é *erga omnes*, e tudo que é geral é legislação¹⁶⁰⁴.

Observando tal descrição, Schmitt afirmou que a jurisdição constitucional kelseniana, quando “resolve autenticamente o conteúdo duvidoso de uma lei, realiza, de maneira efetiva uma missão de legislador”. E na medida em que ela “resolve de modo inequívoco o conteúdo duvidoso de uma *lei formulada na Constituição*, ela procede como *legislador constitucional*”¹⁶⁰⁵. Kelsen não se distancia disso: “um tribunal que tem o poder de anular as leis é, por conseguinte, um órgão do poder legislativo”¹⁶⁰⁶. Mas Kelsen não chegou a definir a jurisdição constitucional como um órgão que realiza uma “interpretação autêntica”, como colocou Schmitt: pelo menos explicitamente. Para

¹⁵⁹⁹ KELSEN, Hans. *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale: contributo per una dottrina pura del diritto* (1920), pp. 126-127.

¹⁶⁰⁰ Cf., *supra*, 3.2.1.

¹⁶⁰¹ SEGADO, Francisco Fernández. *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo kelseniano*, pp. 22-24.

¹⁶⁰² KELSEN, Hans. “La garantía jurisdiccional de la Constitución: la Justicia Constitucional” (1928). In: *Escritos sobre la Democracia y el Socialismo*, p. 130.

¹⁶⁰³ KELSEN, Hans. “La garantía jurisdiccional de la Constitución: la Justicia Constitucional” (1928). In: *Escritos sobre la Democracia y el Socialismo*, p. 130.

¹⁶⁰⁴ 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. 173.

¹⁶⁰⁵ SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución* (1931), pp. 89-90.

¹⁶⁰⁶ KELSEN, Hans. “La garantía jurisdiccional de la Constitución: la Justicia Constitucional” (1928). In: *Escritos sobre la Democracia y el Socialismo*, p. 130.

tematizar as implicações constitucionais contidas na decisão de descrever um tribunal como um órgão com função legislativa, afigura-se imperioso entender como Kelsen conjuga a *anulabilidade* com o juízo de constitucionalidade.

Quando Kelsen aponta a *anulabilidade* como a técnica de garantia da regularidade mais adequada, ele o faz preferindo-a à *nulidade*¹⁶⁰⁷. O raciocínio é o mesmo de quando ele expõe o maior grau normativo de anulabilidade da hierarquia jurídica, a *inconstitucionalidade*. As premissas metodológicas do conceito kelseniano de inconstitucionalidade, enquanto modalidade de anulabilidade, decorrem de modo claro de sua noção de *ilícito estatal*¹⁶⁰⁸. Conforme já abordado, para Kelsen o Estado não pode querer um ilícito, um não-direito (*Unrecht*) já que ele somente se manifesta por meio do direito¹⁶⁰⁹. Dessa forma, só há ilícito estatal se o próprio Estado assim prevê.

Kelsen acredita, já em 1914, que a diferença entre nulidade e anulabilidade pode ser demarcada a partir dos efeitos da decisão que reconhece os vícios na formação do ato normativo¹⁶¹⁰. Assim, como ponto de partida, a decisão é sempre constitutiva, e não declaratória; a diferença é que a nulidade poderia ser qualificada “como um caso limite de anulabilidade, como uma anulação com efeito retroativo”¹⁶¹¹, ou seja, *ex tunc*. Mas, via de regra, um ato ilícito é anulável, o que implica afirmar que os efeitos da decisão que reconhece sua imperfeição operam somente *pro futuro, ex nunc*.

Mostra-se fundamental perceber que, para Kelsen, somente a decisão de uma autoridade pode *constituir* uma inconstitucionalidade, porquanto “dentro de um sistema de direito positivo (...) não há nulidade absoluta”¹⁶¹², “porque sempre, no final das contas, uma autoridade pública é quem deve declarar de *forma autêntica* se as condições mínimas [de validade] fazem-se presentes ou não”¹⁶¹³.

É corolário metodológico da *Stufenbaulehre* que todo ato normativo estatal consiste tanto na *produção* de uma norma quanto na *aplicação* de um grau normativo

¹⁶⁰⁷ KELSEN, Hans. “La garantía jurisdiccional de la Constitución: la Justicia Constitucional” (1928). In: *Escritos sobre la Democracia y el Socialismo*, p. 122.

¹⁶⁰⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990, pp. 19-20.

¹⁶⁰⁹ Cf., *supra*, 3.2.4.

¹⁶¹⁰ KELSEN, Hans. *L'Illecito dello Stato* (1914), p. 67.

¹⁶¹¹ KELSEN, Hans. “La garantía jurisdiccional de la Constitución: la Justicia Constitucional” (1928). In: *Escritos sobre la Democracia y el Socialismo*, p. 124.

¹⁶¹² KELSEN, Hans. “O controle judicial da constitucionalidade: um estudo comparado das Constituições austríacas e americana” (1942). In: *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 308.

¹⁶¹³ KELSEN, Hans. “La garantía jurisdiccional de la Constitución: la Justicia Constitucional” (1928). In: *Escritos sobre la Democracia y el Socialismo*, p. 124 (ênfatizou-se).

superior¹⁶¹⁴. Para Kelsen, portanto, a decisão da jurisdição constitucional que constitui uma inconstitucionalidade, não se resume à *aplicação* da Constituição, porquanto consiste também na produção de uma lei com “sinal negativo” que ab-roga uma lei geral e abstrata que se porta como objeto do exame de constitucionalidade¹⁶¹⁵.

Com isso, de modo assaz cômsona à sua teoria do direito, Kelsen se nega a abordar a relação entre jurisdição constitucional e Parlamento a partir de uma lógica de *checks and balances* própria ao constitucionalismo moderno¹⁶¹⁶; uma lógica que equivocadamente, de acordo com Kelsen, aloca as fontes normativas de modo *coordenado* dividindo o Estado em três poderes concorrentes. Ao contrário, consoante já visto, para Kelsen, o ordenamento jurídico se estrutura de forma tal que as normas se relacionam por uma *subordinação*. Todo órgão produz e aplica direito, e, assim: “um tribunal que tem o poder de anular as leis é, por conseguinte, um órgão do poder legislativo”¹⁶¹⁷.

Dessa maneira, *Kelsen compreende a relação entre jurisdição constitucional e Parlamento como uma divisão da competência legislativa*: o Parlamento aparece como legislador positivo, e o tribunal constitucional exercita o poder de legislar de maneira negativa, ab-rogando leis inconstitucionais por decisões com eficácia geral, *erga omnes*¹⁶¹⁸. *Percebe-se, então, que a jurisdição constitucional antes completa a função constitucional do Poder Legislativo do que a contraria*¹⁶¹⁹. À primeira vista, vê-se que quando Kelsen descreve a jurisdição constitucional a partir dos cânones da *Stufenbau* – ou seja: nivelando a diferença entre produção e aplicação do direito – ele realiza um ataque ao conceito de “Lei” do século XIX¹⁶²⁰. Um conceito que tem como pressuposto a diferença legislação/jurisdição¹⁶²¹. Só que, naquela quadra histórica, essa diferença foi, por diversas vezes, concebida de modo hierárquico: o “Legislador” emite uma ordem que obriga o “Judiciário” à obediência. O que é historicamente denotado pela

¹⁶¹⁴ Cf., *supra*, 3.2.3.

¹⁶¹⁵ KELSEN, Hans. “O controle judicial da constitucionalidade: um estudo comparado das Constituições austríacas e americana” (1942). In: *Jurisdição Constitucional*, pp, 305-306.

¹⁶¹⁶ Cf., *supra*, 1.5.1.

¹⁶¹⁷ KELSEN, Hans. “La garantía jurisdiccional de la Constitución: la Justicia Constitucional” (1928). In: *Escritos sobre la Democracia y el Socialismo*, p. 130.

¹⁶¹⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 3ª ed. Madrid: Civitas, 1994, p. 59.

¹⁶¹⁹ SAJÓ, Andrés. *Limiting Government: an Introduction to Constitutionalism*, p. 233.

¹⁶²⁰ GIANFORMAGGIO, Letizia. “El modelo kelseniano del Estado como ordenamiento dinámico entre teoría e ideología”. In: *Estudios sobre Kelsen*. Cidade do México: Distribuciones Fontamara, 1994, p. 15.

¹⁶²¹ LUHMANN, Niklas. “A posição dos tribunais no sistema do direito”. In: *Revista da Ajuris*, p. 151.

prática constitucional francesa do *référé législatif*¹⁶²², que tinha no art. 153(3) da Constituição da Saxônia de 1831 um correspondente alemão quase perfeito¹⁶²³. Kelsen parece desconstruir essa hierarquia, na medida que não aceita que a produção normativa se concentre somente no âmbito do Poder Legislativo, afinal, os órgãos que são autorizados pelo ordenamento jurídico para aplicarem o direito também findam por criá-lo: a diferença entre jurisdição e legislação é meramente relativa¹⁶²⁴.

Mas toda desconstrução envolve uma construção por parte do observador que desconstrói¹⁶²⁵. Com Kelsen não poderia ser diferente.

Quando enxerga uma função legislativa no tribunal constitucional, Kelsen o faz de forma coerente com a *Stufenbau*, é verdade. Precisamente por isso, um tribunal constitucional, nesses cânones, aparece como um órgão que tem como tarefa a de zelar pela conformidade jurídica (*Rechtsmaßigkeit*) entre o degrau normativo representado pela Constituição e o degrau imediatamente abaixo, seja ele a legislação emanada do Parlamento ou mesmo o decreto autônomo do Gabinete parlamentar¹⁶²⁶. Isso não significa, bem explicado, que a jurisdição constitucional se restrinja a somente “aplicar” a Constituição, enfatize-se. Nas palavras de Charles Eisenmann, “a Corte, na realidade, completa, determina a Constituição muito mais que a aplica; no sentido que geralmente

¹⁶²² A Lei de 27 de novembro-1º de dezembro de 1790, em seu art. 21 determina que quando uma lei tiver sentido duvidoso, o aplicador deve pedir ao Legislador que ele defina seu sentido por meio de um “*décret déclaratoire de la loi*”. Disposição que é repetida pelo art. 256 da Constituição do Ano III (22 de agosto de 1795), e pelo art. 54 do senátus-consulta de 16 thermidor do Ano X (4 de agosto de 1802). Essa prática foi abolida em 1837: a partir de então a *Cour de Cassation* passou a ser a competente para resolver os problemas de interpretação legislativas surgidas nos litígios judiciais. No entanto, o *référé* foi estabelecido novamente por força do art. 27 da Constituição de 1852 (II República), que autorizava o Senado a estatuir um senátus-consulta para interpretar autenticamente as leis que “dessem lugar a diversas interpretações”. A partir das informações de: TROPER, Michel. *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1973, pp. 58-68; e também: ESMEIN, Ademar. *Éléments de droit constitutionnel français et comparé* (1914, 6ª ed.). Paris: Panthéon-Assas, 2001, p. 595.

¹⁶²³ Cf. SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución* (1931), pp. 28-29 e 89.

¹⁶²⁴ GIANFORMAGGIO, Letizia. “El modelo kelseniano del Estado como ordenamiento dinamico entre teoria e ideologia”. In: *Estudios sobre Kelsen*, p. 16.

¹⁶²⁵ LUHMANN, Niklas. “Desconstruction as Second-Order Observing”. In: *Theories of distinction: redescribing the descriptions of modernity*. Ed. William Rasch. Stanford: Stanford University Press, 2002, pp. 94-113.

¹⁶²⁶ A inconstitucionalidade indireta, mediata, de degraus inferiores à lei, não é objeto do processo de controle de constitucionalidade, na construção de Kelsen. Podem ser examinados, contudo, pela jurisdição administrativa, que verifica a legalidade dos decretos. Em suas palavras: “o limite teórico-jurídico entre jurisdição constitucional e jurisdição administrativa resulta, portanto, apenas da diferença entre constitucionalidade direta e indireta. Cf. KELSEN, Hans. “A jurisdição constitucional e administrativa a serviço do Estado federativo segundo a nova Constituição federal austríaca de 1º de outubro de 1920” (1924). In: *Jurisdição Constitucional*. Trad. Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 19.

se atribui a esta palavra: ela não ‘diz’ o direito, mas sim o faz”¹⁶²⁷. Nesse diapasão Kelsen sustenta categoricamente que o controle de constitucionalidade dos atos normativos somente pode acontecer de maneira *concentrada*, em um único tribunal. A partir daqui, as aporias e paradoxos que se derivam do *crossing* entre os dois lados da distinção diretriz do projeto acadêmico de Kelsen, ciência/política, afloram pujantemente.

Kelsen defende a concentração do exame de constitucionalidade das normas nos seguintes termos:

*A centralização da faculdade de examinar a regularidade das normas gerais se justifica certamente a partir de todos os pontos de vista. Mas quando se decide confiar esse controle a uma autoridade única, resulta possível abandonar a limitação da anulação ao caso concreto em benefício da anulação total, quer dizer, para todos os casos em que a norma haveria de ser aplicada. É claro que um poder tão considerável não pode ser confiado para além de uma instância central suprema.*¹⁶²⁸ (ênfatisou-se).

Aceitar o contrário, que a anulação das normas tenha eficácia limitada ao caso concreto, no que várias autoridades (juízes) poderiam concorrentemente fazê-lo, ensejaria a uma indesejada “falta de unidade das soluções e à insegurança jurídica”¹⁶²⁹, o que seria um “grande perigo para a autoridade da Constituição”¹⁶³⁰. Necessário perceber que, agora, Kelsen não mais se importa em alçar *finalidades* ao direito. Para um neokantiano como Kelsen, é a direção do conhecimento que determina o objeto de estudo. Como condição de possibilidade de uma ciência do direito, o objeto direito tem que ser entendido como uma *técnica social*, com notório acento relativístico, anti-ideológico, em suma: “um aparato coercitivo que não possui em si nenhum valor ético ou político”¹⁶³¹. Mas quando o assunto é jurisdição constitucional, Kelsen não quer mais um método com fim em si mesmo.

¹⁶²⁷ EISENMANN, Charles. *La justice constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d’Autriche*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1928, p. 216.

¹⁶²⁸ KELSEN, Hans. “La garantía jurisdiccional de la Constitución: la Justicia Constitucional” (1928). In: *Escritos sobre la Democracia y el Socialismo*, p. 125.

¹⁶²⁹ KELSEN, Hans. “La garantía jurisdiccional de la Constitución: la Justicia Constitucional” (1928). In: *Escritos sobre la Democracia y el Socialismo*, p. 125.

¹⁶³⁰ KELSEN, Hans. “El control de la constitucionalidad de las leyes: estudio comparado de las constituciones austriaca y norteamericana (1942)”. Trad. Domingos Belaunde. In: *Ius et veritas*. Ano IV, nº 6. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997, p. 83 (que nesse ponto é superior à tradução brasileira, já citada *supra*)

¹⁶³¹ KELSEN, Hans. *Introduction to the problems of legal theory: a translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law* (1934), p. 31 §14 (c).

No prefácio à tese de doutorado de Charles Eisenmann, Kelsen afirma que a ciência do direito “não é, com efeito, uma ‘ciência pela ciência’. Para o conhecimento do direito, ela quer servir à prática, à criação do direito; no domínio do legislativo assim como no executivo, no Parlamento, na administração, na justiça”¹⁶³². Dessa forma, a ciência do direito é colocada à serviço da prática, por Kelsen, quando fortalece o “fim” “segurança jurídica” ou “autoridade da Constituição” pelo “meio técnico” da “concentração” do controle. Fácil perceber que tal pensamento distoa, e muito, da pura teoria de Kelsen.

Realizando uma exemplar “desnaturalização” da fundamentação do controle de constitucionalidade, Michel Troper viu paradoxos nessa observação de Kelsen. De um lado, as finalidades “segurança jurídica” e “autoridade” parecem imprecisas no argumento kelseniano; por outro, os meios técnicos que Kelsen indica estão longe de ser os únicos capazes de cumprir tal missão¹⁶³³. Necessário relembrar os passos do argumento de Kelsen. Primeiro, Kelsen afirma que a centralização do controle se justifica sob todos os pontos de vista. Segundo, sustenta que, por isso, somente uma instância central suprema deve realizar o controle de constitucionalidade. Terceiro, aduz que a maior beneficiada nisso é a segurança jurídica¹⁶³⁴ e a autoridade da Constituição¹⁶³⁵. É preciso ver, no entanto, que “a escolha dos meios exprime na realidade a escolha dos valores”¹⁶³⁶. Em poucas palavras: *o fim visado por Kelsen é a concentração, em um tribunal constitucional, do controle de constitucionalidade, e o meio para isso é, também, uma concentração do controle de constitucionalidade em um tribunal.*

¹⁶³² KELSEN, Hans. “Préface” (1928). In: EISENMANN, Charles. *La justice constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d’Autriche*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1928, p. VI.

¹⁶³³ 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*, p. 163.

¹⁶³⁴ KELSEN, Hans. “La garantía jurisdiccional de la Constitución: la Justicia Constitucional” (1928). In: *Escritos sobre la Democracia y el Socialismo*, p. 125.

¹⁶³⁵ KELSEN, Hans. “El control de la constitucionalidad de las leyes: estudio comparado de las constituciones austriaca y norteamericana”. Trad. Domingos Belaunde. In: *Ius et veritas* p. 83 (=KELSEN, Hans. “O controle judicial da constitucionalidade: um estudo comparado das Constituições austríacas e americana” (1942). In: *Jurisdição Constitucional*, p. 304).

¹⁶³⁶ 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*, p. 163.

Obviamente, Kelsen tinha que assimetrizar a arquitetura tautológica de seu argumento. E ele assim o fez, buscando provar que sem um controle de constitucionalidade, não há hierarquia da Constituição¹⁶³⁷. Em suas palavras:

Uma Constituição que careça da garantia da anulabilidade dos atos inconstitucionais não é uma Constituição plenamente obrigatória, em sentido técnico. Ainda que em geral não se tenha consciência disso – porque uma teoria jurídica dominada pela política não permite essa tomada de consciência – uma Constituição na qual os atos inconstitucionais e, em particular, as leis inconstitucionais continuem conservando a sua validade – ao não ser possível anulá-los por sua inconstitucionalidade – equivale, do ponto de vista propriamente jurídico, a pouco mais que boas intenções desprovidas de força obrigatória. Qualquer lei, qualquer decreto e inclusive qualquer ato jurídico geral realizado por particulares tem uma força jurídica superior àquela da Constituição (...).¹⁶³⁸

Nada mais distante do normativismo de Kelsen do que este excerto. Consoante analisado¹⁶³⁹, Kelsen concebe o direito como uma técnica que torna operacional a utilização do aparato coercitivo estatal. A ciência do direito estuda essa técnica erigindo um sistema lógico formal de validação regressiva. Se é formal, a existência de uma norma se confunde com sua validade. O direito positivo existe quando é válido, ou seja, quando pode ser reconduzido a uma norma que lhe seja superior, que funciona como um esquema de interpretação, um parâmetro. De toda maneira, uma norma só é reconduzida a outra norma, pois um *Sollen* nunca procede de um *Sein*. Como dizer, então, que a Constituição não é obrigatória caso não se tenha um controle concentrado de constitucionalidade? A normatividade se condiciona à existência de uma técnica de garantia da regularidade jurídica? Claro que não. Para Kelsen, uma norma é obrigatória porque é válida, porque se insere em um ordenamento jurídico estatal.

No instante em que submete a normatividade da Constituição a uma efetividade que seria alcançada somente pelo controle concentrado de constitucionalidade, Kelsen se mostra abertamente incompatível com seu próprio normativismo. Nesse passo, afirmou Troper, de maneira irretocável:

¹⁶³⁷ 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*, p. 163.

¹⁶³⁸ KELSEN, Hans. “La garantía jurisdiccional de la Constitución: la Justicia Constitucional” (1928). In: *Escritos sobre la Democracia y el Socialismo*, p. 150.

¹⁶³⁹ Cf. *supra* 3.2.1.

Se a ordem jurídica é realmente hierarquizada (dito de outra forma, se a *Teoria Pura do Direito* é uma descrição correta) então não é para ela de forma alguma necessário colocar essa hierarquia como um fim, e tampouco inventar um princípio técnico próprio a realizá-la. Mas se a supremacia da Constituição, e assim a existência da *Stufenbau*, da estrutura hierarquizada do sistema jurídico, depende da aplicação de um princípio técnico, tem-se que a teoria geral que pretende descrever todos os direitos positivos existentes, e que assegura que todas as ordens jurídicas são hierarquizadas, é simplesmente falsa.¹⁶⁴⁰

Percebe-se, assim, que “é falso afirmar que o controle de constitucionalidade é o meio de realização da supremacia da Constituição. Ele é de fato um ‘meio’, mas o que ele forja é a supremacia das normas constitucionais produzidas pela a autoridade do controle”¹⁶⁴¹. Até porque uma Constituição nunca diz o que ela “realmente é”¹⁶⁴². Ela depende de observações de segunda ordem que propõem, a partir da Constituição, de que modo deve ocorrer a relação entre direito e política. De sorte que quando o acoplamento constitucional é “interpretado”, na verdade ele é selecionado em uma situação que lhe confere um novo sentido, que o recria, para assim dizer¹⁶⁴³. Dessa maneira se vê que a justificação por parte de Kelsen, do método concentrado de controle de constitucionalidade, se presta perfeitamente à imposição de uma “interpretação autêntica” da Constituição, sim. Como intuiu Schmitt¹⁶⁴⁴.

No mesmo instante em que se percebe a constituição paradoxal da assimetria inserida por Kelsen no sentido de destautologizar sua prescrição pelo controle concentrado da constitucionalidades das leis – ou seja, na oportunidade em que se percebe que não é nada “natural” colocar um tribunal constitucional como condição *sine qua non* da supremacia da Constituição – avista-se claramente que o esforço teórico de Kelsen não consegue justificar a presença de uma Corte Constitucional no seio de uma república parlamentarista. Conceber a jurisdição constitucional como uma função tão legislativa quanto aquela do Parlamento, em última análise, a coloca como um legislador constitucional, já que a diferença entre julgar e legislar é quantitativa, mas não qualitativa¹⁶⁴⁵.

¹⁶⁴⁰ 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*, p. 171.

¹⁶⁴¹ TROPER, Michel. “The logic of justification of judicial review”. In: *International Journal of Constitutional Law*, p. 108.

¹⁶⁴² Cf. *supra* 1.5.1.

¹⁶⁴³ TROPER, Michel. “Le problème de l’interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle”. In: *Pour une théorie juridique de l’État*. Paris: Presses Universitaires de France, 1994, p. 313.

¹⁶⁴⁴ SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución* (1931), pp. 89-93.

¹⁶⁴⁵ KELSEN, Hans. “Quem deve ser o guardião da Constituição?” (1931). In: *Jurisdição Constitucional*, pp. 258-259.

Logo após ter definido a jurisdição constitucional como um órgão que participa do poder legislativo¹⁶⁴⁶, Kelsen afirma que, no entanto, essa “atividade de legislador negativo, da jurisdição constitucional, está, ao contrário [do Parlamento], absolutamente determinada pela Constituição”¹⁶⁴⁷. Como se vê, essa “saída conciliatória” se pauta por uma contradição quando comparada à *Stufenbau*, na qual – diga-se de passagem – Kelsen se apóia para fundamentar a necessidade de uma fiscalização, por parte da jurisdição constitucional, da regularidade jurídica das normas em relação à Constituição.

Condizente ao que já foi aventado¹⁶⁴⁸, a diferença conhecimento/vontade, trabalhada por Kelsen quando dos *Problemas Fundamentais*, foi transformada por Merkl, em 1918, em outra distinção: interpretação científica e interpretação autêntica. Entre essas duas posições interpretativas, a interpretação autêntica se sobressai pois tem ao seu lado o peso da autoridade, afinal “aquele que aplica o direito (...) tem razão ainda quando ela não lhe assiste, mas não sob a base de um conhecer, mas de um poder: não porque sabe mais, mas porque pode mais”¹⁶⁴⁹. Exatamente por isso Kelsen afirma que “a autoridade incitada a agir é livre para fazê-lo de acordo com seu próprio entendimento”¹⁶⁵⁰. Como, então, acreditar seriamente que a atividade do legislador negativo, da jurisdição constitucional, está “absolutamente determinada pela Constituição”? Ante o exposto, nota-se que Kelsen tenta escamotear o paradoxo, mas ele emerge, impávido, na sua solução: a defesa kelseniana da jurisdição constitucional, na tentativa de harmonizá-la com o plexo institucional de uma república parlamentarista, é feita ao custo de se colocar em notória contradição com sua teoria do direito.

Só que o paradoxo emerge hoje, à distância histórica. Em sua época, ao contrário, a observação de Kelsen alcançou o pré-requisito que uma comunicação deve ter para ser selecionada pela sociedade: a memória do direito a considerou compatível com as estruturas do sistema do direito de seu tempo; avaliou-a como uma improbabilidade com probabilidade de acontecer¹⁶⁵¹. Dito de outra forma, a organização

¹⁶⁴⁶ KELSEN, Hans. “La garantía jurisdiccional de la Constitución: la Justicia Constitucional” (1928). In: *Escritos sobre la Democracia y el Socialismo*, p. 130.

¹⁶⁴⁷ KELSEN, Hans. “La garantía jurisdiccional de la Constitución: la Justicia Constitucional” (1928). In: *Escritos sobre la Democracia y el Socialismo*, p. 131.

¹⁶⁴⁸ Cf. *supra* 3.2.3.

¹⁶⁴⁹ MERKL, Adolf Julius. “Il diritto dal punto di vista applicativo (1918)”. In: *Il duplice volto del diritto: il sistema kelseniano e altri saggi*, p. 321.

¹⁶⁵⁰ KELSEN, Hans. *Introduction to the problems of legal theory: a translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law* (1934), p. 83, §38.

¹⁶⁵¹ Cf. *supra* 1.3.

formal a qual Kelsen se esforçou para fundamentar foi socialmente tida por plausível; prova inequívoca disso é que o sistema da política, quando da Constituinte de 1918-1920, não a considerou como uma afronta à soberania do Parlamento¹⁶⁵². É hora, por isso, de se passar do plano da teoria para o da história, ou melhor: de colocar a teoria, mais uma vez, na história. Até para se compreender a teoria, no caso, a noção kelseniana de guardião da Constituição.

Que a lógica-Kelsen, imbuída na busca por justificar o controle de constitucionalidade concentrado como guardião da Constituição, não é tão coerente assim, isso já está assentado. Mas a percepção dos impasses teóricos kelsenianos não autoriza que se incorra em um inadequado “sorelianismo histórico” bem ao gosto de um Schmitt¹⁶⁵³. Uma organização formal, como a jurisdição constitucional, não pode ser desconsiderada simplesmente por se identificar “aporias” nas observações de segunda ordem que a descreve. É inquestionável que o *Verfassungsgerichtshof* austríaco foi estabelecido no marco da Constituição de 1920 (fornecendo um “modelo” que se difundiu mundialmente), e que Kelsen teve um papel significativo para tanto¹⁶⁵⁴. Assim, ao contrário de Sorel e de Schmitt, é necessário dar uma “segunda chance histórica” à jurisdição constitucional, ou seja, compreender sua seleção no curso da evolução da sociedade.

Ora, se foi selecionada é porque tal organização formal foi havida por apta a dar prosseguimento à estruturação da comunicação. A jurisdição constitucional foi considerada compatível com o estado passado do sistema da política e do sistema do direito, e promissora a dar continuidade a seus estados futuros. Em outras palavras, a jurisdição constitucional era socialmente considerada útil àquele presente. Sua utilidade derivava de sua prontidão em somar esforços para responder o principal problema do constitucionalismo europeu do Entreguerras: *como é possível a unidade do Estado?* Nesse particular, o que se falou do tempo Weimar vale também, prontamente, à Áustria da década de 1920 – dada a notória ligação existente entre esses dois países¹⁶⁵⁵.

Exatamente por isso, a proposta de Kelsen para guardião da Constituição, a jurisdição constitucional, permite que o seu significado seja mais bem evidenciado

¹⁶⁵² Segundo Öhlinger, que analisou os anais da Constituinte, nenhum líder partidário “percebeu uma contradição entre a posição dominante que eles deram ao Parlamento, e a seus atos legislativos, e o poder de uma corte de controlar a constitucionalidade desses atos”. ÖHLINGER, Theo. “The Genesis of the Austrian Model of Constitutional Review of Legislation”. In: *Ratio Juris*, p. 209.

¹⁶⁵³ Cf. *supra* 2.1.

¹⁶⁵⁴ Cf. *supra* 3.1.

¹⁶⁵⁵ STOLLEIS, Michael. *A History of Public Law in Germany 1914-1945*, pp. 130-133.

quando se leva em conta a sintonia que tal organização formal mostrou com *aquele* tempo: quando se percebe que o guardião da Constituição de Kelsen consiste em uma tentativa de solução para o problema da *unidade do Estado*¹⁶⁵⁶.

Isso fica patente quando se recorda a competência que a jurisdição constitucional acabou por assumir. Uma vez que o ponto crítico da Constituinte foi a relação entre a União (*Bund*) e os *Länder*, é até esperado que a função de *arbitragem federal* tenha se sobressaído como a principal tarefa da Corte Constitucional, como de fato ocorreu¹⁶⁵⁷. Consoante já foi aduzido¹⁶⁵⁸, os procedimentos disciplinados nos arts. 139 e 140 são aqueles que mais inovam quando contrastados ao direito constitucional da Áustria (também da Europa, sem dúvida). Kelsen os descreveu como a condição de possibilidade para a Corte ser o “garante da Constituição” (*Garant der Verfassung*)¹⁶⁵⁹.

É de se notar que, por um lado, a verificação de constitucionalidade disciplinada por esses procedimentos é um exame de competência: a autoridade federal, e somente ela, possui legitimidade *ad causam* para iniciar um processo contra uma autoridade estadual que, via decreto ou legislação, supostamente usurpou a competência federal; vice-versa, uma autoridade estadual é quem pode fazer o mesmo em relação a uma usurpação de competência estadual por parte da autoridade federal¹⁶⁶⁰. Esse cenário incentiva uma comparação com o velho modelo de arbitragem política alemão; como denota o exemplo do *Bundesrat*, do *Reich* de Bismarck, ou mesmo a prática jurisprudencial do *Reichskammergericht*, que conhecia reclamações das unidades políticas do Sacro Império Romano-Germânico. Suspeita que se fortalece pela pena dos próprios kelsenianos austríacos, como René Marcic, que chegou ao ponto de afirmar que o fato de a jurisdição constitucional “ter crescido no solo da Grande Áustria não nos

¹⁶⁵⁶ HERRERA, Carlos Miguel. “La polemica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución”. In: *Revista de Estudios Políticos*, p. 223.

¹⁶⁵⁷ SCHMITZ, Georg. “The Constitutional Court of the Republic of Austria 1918-1920”. In: *Ratio Juris*, p. 262.

¹⁶⁵⁸ Cf. *supra* 3.1.

¹⁶⁵⁹ PAULSON, Stanley L. “Constitutional Review in the United States and Austria: notes on the Beginnings”. In: *Ratio Juris*, p. 233.

¹⁶⁶⁰ É verdade que a Corte pode constituir uma inconstitucionalidade *ex officio* quando do exame de um caso concreto, desde que o exame dessa lei seja pré-requisito para o julgamento de tal caso. De se notar que essa fórmula traduz uma notável constrição. Kelsen, durante a Constituinte, tinha planos mais audaciosos para a Corte. Ele considerava necessário o estabelecimento de um “advogado da Constituição” que poderia, permanentemente, proceder a um exame da constitucionalidade de toda legislação da Áustria. Proposta que foi unanimemente rejeitada. ÖHLINGER, Theo. “The Genesis of the Austrian Model of Constitutional Review of Legislation”. In: *Ratio Juris*, p. 213.

aparece como coincidência (...). Caso tenhamos em mente que a Áustria foi a última forma política do velho Império Romano”¹⁶⁶¹.

O constrangimento causado pela leitura de uma sentença tão comvente como essa não pode obscurecer o fato de que, por outro lado, a jurisdição constitucional kelseniana opera uma certa ruptura com o passado. Pelo menos no que toca à federação, Kelsen se coloca como perfeito contraponto à teoria e prática do constitucionalismo bismarckiano: nesse aspecto, Kelsen não aceita que “questões constitucionais” sejam tratadas como “questões de poder”¹⁶⁶². O tradicional modelo federativo alemão tinha sua maior expressão na cláusula “direito do *Reich* derroga direito do *Land*”¹⁶⁶³, que acabava por conferir à autoridade central um poder – cujos limites eram imprecisos – de intervir no *Land* que supostamente descumpriu a cláusula federal (processo denominado de *Reichsexekution*)¹⁶⁶⁴.

A inovação trazida por Kelsen, e pelo processo constituinte austríaco, foi a de transformar os problemas políticos, que inevitavelmente surgem em uma federação, em questões constitucionais. Confrontando-se com isso, Kelsen afirmou que, com a estruturação de uma jurisdição constitucional “não é a lei federal enquanto tal que prevalece sobre a estadual, mas sim a lei constitucional sobre a inconstitucional, não interessando se é lei federal ou estadual”¹⁶⁶⁵. Kelsen julga que a solução austríaca para conflitos federativos é mais interessante do que sua contraparte alemã, prevista na Constituição de Weimar, cujo art. 48(1) parece colocar a intervenção federal ao bel prazer do Presidente do *Reich*¹⁶⁶⁶, o que tem o efeito prático de imputar uma responsabilização coletiva, ou seja, não só ao governo, mas a toda a população do *Land*¹⁶⁶⁷. O que, aliás, foi historicamente ilustrado pelo “Golpe da Prússia”, de 1932¹⁶⁶⁸.

¹⁶⁶¹ VON BEYME, Klaus. “The genesis of constitutional review in Parliamentary systems”. In: LANDFRIED, Christine (org.). *Constitutional Review and Legislation: an international comparison*, p. 29.

¹⁶⁶² Cf. *supra* 1.5.2.

¹⁶⁶³ Constituição Imperial de 1871, art. 2º; WRV, art. 13.

¹⁶⁶⁴ Kelsen criticou duramente a presença da cláusula de supremacia do direito federal sobre o estadual no âmbito da Constituição da República de Weimar: KELSEN, Hans. “A intervenção federal. Contribuição à teoria e prática do Estado federativo, com particular atenção à Constituição do Reich alemão e à Constituição federal austríaca.” (1927). In: *Jurisdição Constitucional*. Trad. Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp. 95-105.

¹⁶⁶⁵ KELSEN, Hans. “A jurisdição constitucional e administrativa a serviço do Estado federativo segundo a nova Constituição federal austríaca de 1º de outubro de 1920” (1924). In: *Jurisdição Constitucional*, p. 23.

¹⁶⁶⁶ Assim diz o art. 48(1) WRV: “Se um *Land* não cumpre as obrigações impostas pela Constituição ou por uma lei do *Reich*, o Presidente pode obrigá-lo com ajuda da força armada.”

¹⁶⁶⁷ KELSEN, Hans. “A intervenção federal. Contribuição à teoria e prática do Estado federativo, com particular atenção à Constituição do Reich alemão e à Constituição federal austríaca.” (1927). In: *Jurisdição Constitucional*, p. 117.

A vantagem da solução austríaca, acredita Kelsen, é que a intervenção federal seria simplesmente a execução de uma sentença da Corte Constitucional. Dessa maneira, o poder de intervenção da unidade central da federação estaria nitidamente delineado¹⁶⁶⁹. E é por tudo isso que Kelsen enxerga a jurisdição constitucional e o Estado federativo como instituições indissociáveis: “não é exagerado afirmar que a idéia política do Estado federal somente encontra sua plena realização com a instauração de um tribunal constitucional”, e assim, “é no Estado federal que a jurisdição constitucional adquire sua maior importância”¹⁶⁷⁰.

Assim, é de se notar que, tanto o tribunal constitucional tinha como função mais destacada a de ser um árbitro do federalismo, quanto Kelsen via nisso a sua maior serventia. Decisões, e observações, se utilizam de diferenças que vinculam o futuro. Entender que a principal atribuição de um tribunal constitucional consiste no processamento de questões de alta política, entre entes federados, tem conseqüências.

Uma Constituição é o meio pelo qual direito e política se comunicam. Um tribunal constitucional ajuda a desenvolver esse acoplamento, e quando o faz, propõe uma forma de relacionamento entre o sistema do direito e o sistema da política. Considerar que um tribunal constitucional se restringe ao papel de julgar controvérsias travadas entre os entes federados, é encampar um conceito de Constituição muito restritivo. É acreditar que a única hipótese em que a política poderia desconsiderar os vínculos que o direito lhe impõe aconteceria em questões que envolvam a competência federativa, em nenhum outro aspecto. A assunção de que tal ponto de vista é inundado de “estatismo” já pode ser vista nessa primazia do papel da jurisdição constitucional de decidir questões que surgem *entre* os governos de uma federação: *mas não contra os governos, contra o Estado*. Todavia é no *unmarked space* que é possível ver de forma mais nítida ainda o compromisso do guardião da Constituição de Kelsen com a unidade do Estado: nas conseqüências de sua descrição.

¹⁶⁶⁸ Trata-se do caso *Reich contra Prussia*, de 20 de julho de 1932. Um golpe de Estado, chancelado pelo *Staatsgerichtshof* alemão, em que o “gabinete presidencial” de Von Papen desconstituiu o governo da Prússia, último reduto da “coalizão de Weimar” (porquanto o governo estava a ser exercido pela SPD). Visto em perspectiva, muitos consideram tal episódio como um ensaio de um outro golpe, mais sério, que se deu em 1933: uma Noite de São Bartolomeu que só foi acabar em 1945. Cf. DYZENHAUS, David. “Legal Theory in the Collapse of Weimar: Contemporary Lessons?”. In: *American Political Science Review*. Vol. 91, nº1. Março de 1997, pp. 121-125, principalmente.

¹⁶⁶⁹ KELSEN, Hans. “A intervenção federal. Contribuição à teoria e prática do Estado federativo, com particular atenção à Constituição do Reich alemão e à Constituição federal austríaca.” (1927). In: *Jurisdição Constitucional*, p. 117.

¹⁶⁷⁰ KELSEN, Hans. “La garantía jurisdiccional de la Constitución: la Justicia Constitucional” (1928). In: *Escritos sobre la Democracia y el Socialismo*, p. 152.

Conseqüência inevitável do estabelecimento de um sistema concentrado de controle de constitucionalidade é que nenhum juiz se pronuncie acerca de como deve acontecer o acoplamento estrutural entre direito e política. Cientes disso, os elaboradores da Constituição da Áustria previram essa proibição no art. 89(1)¹⁶⁷¹. Pois bem, ao lado da auto-restrição da jurisdição constitucional a questões federativas, o papel de órgão que reforça o poder estatal representado pela “criação” de Kelsen, a jurisdição constitucional, é potencializado por esse limite que é intrínseco à centralização: *pela exclusão de que qualquer instância que não uma corte se pronuncie sobre o que venha a ser uma Constituição em uma democracia*. Na autorizada leitura de Felix Ermacora: “o fato de que a Áustria não conhece mais que uma jurisdição constitucional centralizada prova que a Corte pode ser considerada sob todos os aspectos como um órgão governamental”¹⁶⁷².

O tribunal constitucional – a partir da descrição de Kelsen, mas também a partir da configuração que ele assumiu na Áustria do Entreguerras – tem função governamental porque não é apto a proteger expectativas normativas de maneira contrafáctica quando direcionadas contra o Estado. Para tanto, é verdade, as semânticas do sistema do direito exercem papel central, porque delimitam o espaço do possível. A Corte Constitucional da Áustria até tinha a competência de anular lei *ex officio* ou mesmo a partir do conhecimento de casos oriundos da jurisdição administrativa. Porém, o forte positivismo jurídico que orientava a Corte não aceitava, por exemplo, a alegação (que foi elaborada em um caso concreto) de que as violações, por lei, ao direito de propriedade deveriam atender ao interesse público ao argumento de que “interesse público” seria um conceito muito amplo para ser adjudicável¹⁶⁷³. Kelsen concorda inteiramente com tal postura, qual seja a de desconsiderar “chavões vagos como ‘liberdade’, ‘igualdade’, ‘justiça’”¹⁶⁷⁴.

Agora já se está em condições de ver o que Kelsen de fato oferece quando se contrapõe a Schmitt acerca da guarda da Constituição.

¹⁶⁷¹ Cf. *supra* 3.1.

¹⁶⁷² ERMACORA, Felix. “Procédures et techniques de protection des droits fondamentaux: Cour Constitutionnelle Autrichienne”. In: FAVOREU, Louis. *Cours Constitutionnelles Européennes et Droits Fondamentaux*. Paris; Aix-en-Provence: Economica; Presses Universitaires d’Aix-Marseille, 1987, p. 189.

¹⁶⁷³ ÖHLINGER, Theo. “The Genesis of the Austrian Model of Constitutional Review of Legislation”. In: *Ratio Juris*, p. 218.

¹⁶⁷⁴ KELSEN, Hans. “Quem deve ser o guardião da Constituição?” (1931). In: *Jurisdição Constitucional*, p. 262.

A relação que Kelsen confecciona entre jurisdição constitucional e Parlamento é mais de complementaridade do que de freio, de contrapeso. As observações de Kelsen, portanto, andam longe de fundamentar um governo dos juizes, mediante controle do poder do Parlamento: “ao contrário seu propósito é reforçá-lo”¹⁶⁷⁵, o que é conseguido pela centralização do controle. O próprio Kelsen confirma isso. Na oportunidade em que responde à crítica de Schmitt, que afirmou consistir em grotesco erro achar que uma jurisdição poderia se contrapor ao legislador moderno, que devido à passagem para o “Estado total” intervém em domínios cada vez mais diversos, Kelsen responde de forma resignada: “mas quem neste mundo já esperou de um tribunal constitucional que ele se oponha ao alargamento da competência legislativa?”¹⁶⁷⁶.

Kelsen vai além: “de resto, um tribunal constitucional é instrumento totalmente inútil para impedir a mudança para o Estado total”¹⁶⁷⁷. Todavia, o mais intrigante é a justificativa que Kelsen oferece logo no ato seguinte à sua capitulação: “não se pode, no entanto, desacreditar uma instituição partindo-se de um *objetivo que lhe é completamente estranho*, e afirmando depois que ela não está em condições de alcançá-lo”¹⁶⁷⁸. Dessarte limitar a política partidária, a passagem para um Estado qualitativamente total, ou seja, para uma ditadura, não é atribuição de um tribunal constitucional, para Kelsen.

Por fim, é de se notar que as funções e características imputadas por Kelsen à jurisdição constitucional mostram de modo inequívoco o quanto a sua proposta de guardião da Constituição é tributária ao seu conceito de *Rechtsstaat*. Pois, como colocou Theo Öhlinger, “o controle de constitucionalidade dos atos legislativos tal como concebido pelos pais da Constituição da Áustria é a *evolução e aperfeiçoamento lógico do Estado administrativo*”¹⁶⁷⁹. Consoante ao exemplo da prescrição do Presidente do *Reich* como guardião da Constituição, levada a efeito por Schmitt, a proposta de Kelsen soma esforços no sentido de fortalecer a unidade do Estado: ela compartilha, com a tese de seu antípoda, uma noção autoritária de governabilidade. A

¹⁶⁷⁵ GIOVANNELLI, Adriano. “Alcune considerazioni sul modello della *Verfassungsgerichtsbarkeit* kelseniana, nel contesto del dibattito sulla funzione ‘politica’ della Corte Costituzionale”. In: *Scritti su la giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*, p. 395.

¹⁶⁷⁶ KELSEN, Hans. “Quem deve ser o guardião da Constituição?” (1931). In: *Jurisdição Constitucional*, p. 274.

¹⁶⁷⁷ KELSEN, Hans. “Quem deve ser o guardião da Constituição?” (1931). In: *Jurisdição Constitucional*, p. 275.

¹⁶⁷⁸ KELSEN, Hans. “Quem deve ser o guardião da Constituição?” (1931). In: *Jurisdição Constitucional*, p. 275 (ênfatizou-se).

¹⁶⁷⁹ ÖHLINGER, Theo. “The Genesis of the Austrian Model of Constitutional Review of Legislation”. In: *Ratio Juris*, p. 219.

descrição de Kelsen para a guarda da Constituição é a de que ninguém fale sobre a relação entre direito e política, à exceção de um tribunal constitucional atado a conflitos de índole federativa, mas incapaz de conhecer questões envolvendo a violação de direitos fundamentais por parte do Estado. Até porque o Estado não comete ilícito, na visão de Kelsen.

A jurisdição constitucional realiza, assim, o último aperfeiçoamento de uma teoria do direito que não faz diferença entre normas criadas autocrática ou democraticamente, por considerar que, independente disso, “o Estado será sempre autoritário, porque em todo Estado deve haver uma autoridade” e que precisamente por isso será Estado de Direito, porque, seja como for, “é um ordenamento jurídico o que determina o titular da autoridade e a forma de exercê-la: quem deve mandar e quem deve obedecer”¹⁶⁸⁰. Ao concentrar o exame de constitucionalidade em um só órgão, e com “funções legislativas”, Kelsen dá uma substancial contribuição no sentido de impossibilitar, de fato, que se questione “quem deve mandar e quem deve obedecer”. A auto-avaliação que Kelsen fez de sua teoria do ilícito estatal poderia muito bem ser por ele repetida quanto a seus méritos no que toca à jurisdição constitucional como guardião da Constituição: “a minha construção conduz à consequência de coroar o Estado com a infalibilidade jurídica”¹⁶⁸¹.

Dessa forma, é de se conceder que Kelsen, ao contrário de Schmitt, não acreditava que a missão de um guardião da Constituição seria a de implementar uma ditadura. Mas a sua réplica a Schmitt não consegue fornecer um contraponto a isso, definitivamente. A exemplo de Schmitt, e por capricho da improbabilidade da evolução, as consequências da tecnicização centralizante da proteção da Constituição, na descrição de Kelsen, é deveras conveniente a qualquer espécie de autoritarismo. A todo e qualquer regime político que acredite que uma paz de cemitério é condição de possibilidade da governabilidade democrática. Mesmo com uma orientação teórica e biográfica completamente distinta daquela de Schmitt, Kelsen acaba por confeccionar um guardião da Constituição que reforça a *gloire de l'état*, que lembra que não há *liberté du citoyen* contra o Estado, mas no Estado.

Pesado é o fardo semântico do tempo Weimar, da memória de Weimar. E não só para Carl Schmitt: também para Hans Kelsen.

¹⁶⁸⁰ KELSEN, Hans. *Teoría General del Estado* (1925), p. 142.

¹⁶⁸¹ KELSEN, Hans. *L'Illecito dello Stato* (1914), p. 133.

Conclusão

“Vivendo, se aprende; mas o que se aprende, mais, é só a fazer outras maiores perguntas”

As observações de Kelsen e Schmitt sobre o guardião da Constituição eram, simultaneamente, operações, intervenções no tempo Weimar. Como tal, influíram na conformação daquele tempo, ainda que isso não tenha se realizado de forma fatal (não poderia ser diferente, aliás). O poder das teorias não pode ser superestimado e, simultaneamente, uma teoria não é melhor ou pior (ou sob tintas mais fortes: “verdadeira”), se “intervém” ou não no seu presente. Essa faculdade não está disponível para aqueles que fazem da escrivania o seu castelo-forte¹⁶⁸². A comunicação da sociedade pauta-se por mistérios e caprichos que a própria academia desconhece.

A seleção de uma observação de segunda ordem tem que cumprir significativos e improváveis encargos para que venha a ser selecionada. E, nesse jogo, a memória do direito, por um lado, lembra que a seleção da comunicação possível é fortemente modulada pelo plexo semântico que organiza a comunicação da sociedade, que exterioriza “aspectos peculiares” que faz com que a evolução da sociedade seja observada, já que a evolução não pode observar a própria evolução (a menos que se tenha uma confortante filosofia da história a tiracolo). Por outro lado, a memória “lembra que quando lembra esquece”: recorda que a ativação de uma semântica, de uma comunicação, sentido enfim, se dá ao custo de uma seleção. Somente alguns “aspectos peculiares” podem ser selecionados, o que torna a seleção de uma semântica uma recriação, sempre no presente, do estado operacional assumido pelo sistema do direito.

¹⁶⁸² MÜLLER, Friedrich. “Igualdade e normas de igualdade”. In: *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. Nº 1. São Paulo: Editora Método; Escola Superior de Direito Constitucional, janeiro-junho de 2003, p. 18.

Assim, bem ou mal, Kelsen e Schmitt realizaram suas observações a partir do material semântico fornecido pelo tempo Weimar: à exata medida em que eram limitados pela memória de Weimar. Esse enfoque tem a sua utilidade revelada mormente quando se visualizam as recomendações de Kelsen e de Schmitt, para a guarda da Constituição, a partir do pano de fundo da queda da República de Weimar, e conseqüente tomada nazista do poder, que tem como marco formal a nomeação de Adolf Hitler como Chanceler do *Reich*, em 30 de janeiro de 1933.

Imputar a uma teoria constitucional a responsabilidade pelo golpe de Estado nazista é tão impróprio quanto exigir que ela o impedisse. Qualquer uma dessas duas atitudes denotaria um inequívoco desconhecimento acerca de como a comunicação é selecionada/criada pelo sistema do direito, que é auto-referente; expressaria, também, uma caricata crença de que teorias poderiam conduzir conscientemente o curso da história.

Pelo fato de Kelsen e de Schmitt terem envidado esforços no sentido de fundamentar um guardião para a Constituição de Weimar, é até compreensível que suas teorias sejam avaliadas retrospectivamente à luz do assalto nazista ao poder. Já que a polêmica Kelsen-Schmitt se desenvolve no âmbito da República de Weimar, porquanto busca estabelecer um guardião para a sua Constituição, o desfecho de tal polêmica se confunde com o término do próprio período histórico que lhe servia de cenário: com o fim do tempo Weimar. Precisamente por isso, a conclusão desta dissertação precisa combinar aquilo que foi discorrido acerca das soluções de Kelsen e de Schmitt com uma menção (ainda que rápida) ao desfecho da trama histórica na qual eles estavam envolvidos. E isso tem muito a ver com a referência ao *Rechtsstaat*.

*

Teve-se a oportunidade de examinar, *supra* em 1.5, a centralidade que a referência ao *Rechtsstaat* assumiu para a reprodução do sistema do direito, em sua especificidade alemã. Conceito de combate até o 1848, o *Rechtsstaat* teve sua carga revolucionária esvaziada após a derrota que a monarquia – a partir da Prússia – infringiu às propostas liberais, que em grande síntese buscavam que a política levasse a sério a modernidade do direito, sua condição de auto-referência. Os liberais não aceitavam que os monarcas, com esteio no *monarschiches Prinzip*, considerassem apenas “um lado” do *Rechtsstaat*, aquele que diz que um Estado precisa do direito para exercer a sua

dominação (*Herrschaft*). Eles queriam implementar um “segundo lado” de tal conceito, aquele que descreve um sistema da política que não só acata a auto-referência do direito como aceita que alguns de seus limites sejam até mesmo *estabelecidos* pelo direito (os direitos fundamentais são somente um entre outros exemplos¹⁶⁸³).

O *Rechtsstaat* é, assim, o espelho no qual se lê o confronto que o constitucionalismo moderno travou com a tradução alemã da velha ordem social européia. A oscilação semântica que o uso desse conceito sofreu com a sucessão do Prê-Março, da restauração prussiana e do Império de Bismarck, mostra fidedignamente os impasses e desafios que a modernidade do direito moderno enfrentou para instituir uma supremacia constitucional na Alemanha, uma assimetriação do sistema do direito entre Constituição/lei ordinária, o que foi abordado em 1.5.2.

Com o advento da República de Weimar, finalmente a forma autológica Constituição/lei ordinária orientou a reprodução do sistema do direito na Alemanha. Deu-se início, a partir de tal fato histórico, à “luta pelo método”, a *Methodenstreit*, no âmbito da qual várias observações de segunda ordem descreviam, concorrentemente, o papel da Constituição, ou seja, de que modo direito e política deveriam se comunicar a partir do acoplamento estrutural proposto pela Constituição. É fácil notar que esse não era um problema totalmente novo, mas em grande parte atualizado, afinal, de certa maneira a referência ao *Rechtsstaat* já agrupava observações que procuravam respondê-lo. Assim, até por isso, a supremacia de uma Constituição pautada na soberania popular, que caracteriza o tempo Weimar, foi descrita a partir do material semântico posto à disposição da memória de Weimar. E é precisamente por isso que *Rechtsstaat* ocupa um lugar de destaque na memória de Weimar, porque era um dos conceitos mais desenvolvidos do constitucionalismo alemão.

As várias teorias da Constituição do tempo Weimar podem, por tal razão, ser concebidas como noções de *Rechtsstaat*, porquanto discutiam as conseqüências concretas desse princípio¹⁶⁸⁴. O embate entre essas soluções, a *Methodenstreit*, adquiriu um traço agônico, pela parte de novidade que o problema da unidade do Estado passou a revestir para a publicística daquela época. O apelo ao *princípio monárquico* resolvia

¹⁶⁸³ Cf. LUHMANN, Niklas. *I diritti fondamentali come istituzione*. Trad. Gianluigi Palombella e Luigi Pannarale. Bari: Dedalo, 2002; VERSCHRAEGEN, Gert. “Human rights and modern society: a sociological analysis from the perspective of systems theory”. In: *Journal of Law and Society*. Vol. 29, n. 2. London: Blackwell, junho de 2002, pp. 258-281.

¹⁶⁸⁴ GUSY, Christoph. “Le principe du *Rechtsstaat* dans la République de Weimar: crise de l’État de droit et crise de la science du droit public”. In: JOUANJAN, Olivier (org.). *Figures de l’État de droit: Le Rechtsstaat dans l’histoire intellectuelle et constitutionnelle de l’Allemagne*, p. 333.

competentemente – contra o constitucionalismo – todos os impasses relativos à unidade do Estado. Ele desenhava a arquitetura de uma “monarquia constitucional” que conseguia desconsiderar “questões constitucionais” ao abordá-las como “questões de poder”. Com a República de Weimar, essa saída não gozava mais de plausibilidade comunicativa, não poderia ser selecionada porque não conseguia se compatibilizar com um direito que se pautava em outro modo para externalizar o paradoxo de sua autofundação: a soberania popular.

A publicística de Weimar, então, tentou fazer frente a esse novo desafio, à necessidade imperiosa de se garantir a unidade do Estado não em uma monarquia constitucional, mas em uma democracia de massas – recém saída da Primeira Guerra Mundial, com todos os problemas que disso deriva. Saber como o Estado pode ser uno passa pelo problema de como a massa, a multidão, pode se constituir em um povo, aquele povo do qual a Constituição de Weimar emana. Aquele povo ao qual o Estado, por meio da administração pública, é obrigado a fornecer prestações sociais¹⁶⁸⁵. Prestações previstas em um longo catálogo de direitos fundamentais, na segunda parte da Constituição de Weimar. E que era desenvolvido com apoio da constelação semântica organizada a partir da utilização da referência ao *Rechtsstaat*.

E nesse ponto específico é que se vê como é sintomático que a Teoria do Estado nacional-socialista tenha descrito a queda da República de Weimar – por meio do assalto nazista de 1933 – como a superação do *bürgerliche Rechtsstaat* pelo *völkischer Führerstaat*, expressão cunhada por Gustav Walz¹⁶⁸⁶. O formalismo do *Rechtsstaat* teria levado a Alemanha à ruína, e a justiça concreta do *Führer* salvava a nação porque concretizava o direito: confere matéria para além da forma vazia. O Estado de Direito denotava uma fórmula que queria tornar previsível a atuação do Estado. Dele só os inimigos do Estado aproveitavam-se. Só que a partir daquele momento o direito público alemão se orientava pelo *Führer-Prinzip*, uma nova resposta para o problema da unidade do Estado por parte da publicística. No *völkischer Führerstaat*, o Estado em que o povo é identitariamente encarnado pelo líder do “movimento” nazista, o poder usa o direito para o bem do povo¹⁶⁸⁷.

¹⁶⁸⁵ SORDI, Bernardo. *Tra Weimar e Vienna: Amministrazione Pubblica e Teoria Giuridica nel Primo Dopoguerra*. Milano: Giuffrè, 1987, pp. 29-34, 250-273, 313-367.

¹⁶⁸⁶ STOLLEIS, Michael. “Que signifiait la querelle autour de l’État de droit sous le Troisième Reich”. In: JOUANJAN, Olivier (org.). *Figures de l’État de droit: Le Rechtsstaat dans l’histoire intellectuelle et constitutionnelle de l’Allemagne*, p. 377.

¹⁶⁸⁷ COSTA, Pietro. “O Estado de Direito: uma introdução histórica”. In: COSTA, Pietro. ZOLO, Danilo (orgs.). *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*, p. 179.

Diante desse quadro, é uma tentação quase irresistível ver, na subida de Hitler ao poder, a realização histórica da tese de Schmitt para o guardião da Constituição. Afinal, a superação do *Rechtsstaat* liberal por uma democracia identitária cuja ação tem como lastro uma prática normalizada da exceção é tudo o que Schmitt *sempre* defendeu. A “revolução legal” nazista atendeu a tais reclames. Necessário apontar o porquê.

Do ponto de vista legal, o golpe de Estado nazista tem uma lógica bem própria. A Constituição de Weimar, com efeito, nunca chegou a ser formalmente revogada por outra de orientação nacional-socialista. Mas sim, por uma lei ordinária. Logo após a posse de Hitler em 30.1.1933, a cúpula do Partido Nazista ordenou secretamente, em 27.2.1933, um incêndio ao prédio do *Reichstag*. Imediatamente os nazistas imputaram a culpa ao Partido Comunista¹⁶⁸⁸. No dia seguinte, Hitler, de forma convincente, persuadiu o velho von Hindenburg que uma revolução Comunista estava prestes a ser desencadeada. Já muito doente, o Presidente do Reich assinou um decreto emergencial “para proteção do Povo e do Estado” (*zum Schutze von Volk und Staat*), com esteio no art. 48(2) WRV¹⁶⁸⁹. Vários direitos fundamentais foram suspensos e a apoteose da exceção apenas conhecera seu início.

Porque Hitler queria mais. Após um festival de promessas e chantagens, Hitler conseguiu aprovar no *Reichstag* uma lei de plenos poderes, ou “Lei de Habilitação” (*Ermächtigungsgesetz*), em 24 de março de 1933, a pretexto de combater o perigo vermelho. Seu título diz muito: “Lei para a cura do infortúnio do Povo e do *Reich*” (*Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich*). Continha apenas cinco artigos, mas somente os seus dois primeiros já bastavam para os objetivos para os quais ela servia:

Art. 1º. As leis do *Reich* podem ser aprovadas pelo Governo do *Reich* de forma diversa ao procedimento previsto na Constituição.

Art. 2º. As leis do *Reich* aprovadas pelo Governo do *Reich* podem divergir da Constituição do *Reich*, desde que não tenham como objeto o *Reichstag* ou o *Reichsrat*.¹⁶⁹⁰

É importante perceber que Hitler se torna ditador com a concordância do *Reichstag*, portanto, e não apenas pela prática dos decretos de necessidade previstos no

¹⁶⁸⁸ MARABINI, Jean. *Berlim no tempo de Hitler*, pp. 33-35.

¹⁶⁸⁹ GRAIG, Gordon A. *Germany: 1866-1945*, p. 574.

¹⁶⁹⁰ Edição utilizada: “Legge dei pieni poteri (*Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich*) del 24 marzo 1933 (RGBl. 1933, p. 141).” In: LANCHESTER, Fulco. *Le Costituzione tedesche da Francoforte a Bonn: introduzione e testi*. Milano: Giuffrè, 2002, pp. 231-232.

art. 48(2) WRV¹⁶⁹¹. Esses dois artigos da Lei de Habilitação de 24.3.1933 declaram, em outros termos, o fim do curto período de supremacia da Constituição no direito alemão. Eles desqualificam a possibilidade de a política se comunicar com o direito pela via do acoplamento disponibilizado pela Constituição, e transformam toda e qualquer questão constitucional em uma questão de poder. Eles nivelam a diferença entre o poder legislativo e poder executivo, tornando o *Reichstag* inútil.

Schmitt se pronunciou sobre essa inovação. Para ele, “seria errôneo caracterizar pela palavra pejorativa ditadura as novas formas de legislação ‘simplificada’”¹⁶⁹². Um criativo eufemismo, sem dúvida alguma. Fazendo um uso totalmente instrumental do direito comparado, Schmitt aponta que os ordenamentos jurídicos da França, Inglaterra e Estados Unidos da América também conhecem a figura da delegação normativa¹⁶⁹³; e que não haveria nada de mais nisso. Ele aponta que, com a “Lei para a cura do infortúnio do Povo e do *Reich*”, “a nova Alemanha pôs em marcha a supressão, sob seu território, do princípio da separação dos poderes legislativo e executivo”¹⁶⁹⁴. Tal Lei de Habilitação preparou também o “terreno para um novo conceito de lei, que não se inspira mais na separação dos poderes”; um conceito que erige o *Führer* a uma condição que nivela “a distinção, característica da Constituição de Weimar, entre as leis ordinárias e as emendas constitucionais”¹⁶⁹⁵. Em síntese, o “sistema de legislação simplificada” não é “um simples reforço ou remodelação do poder executivo”; significaria, ao contrário, “o triunfo sobre os conceitos de lei e de Constituição próprios aos regimes de separação dos poderes”¹⁶⁹⁶.

¹⁶⁹¹ LINDSETH, Peter L. “The Paradox of Parliamentary Supremacy: Delegation, Democracy, and Dictatorship in Germany and France, 1920s-1950s”. In: *The Yale Law Journal*. Vol. 113, nº 7. New Haven: Yale Law School, maio de 2004, p. 1365.

¹⁶⁹² SCHMITT, Carl. “Une étude de droit constitutionnel comparé: L’évolution récente du problème des délégations législatives” (1938). In: *Introduction a l’étude du droit comparé: Recueil d’Etudes en l’honneur d’Edouard Lambert*. Vol. II. Paris: Librairie du Recueil Sirey; Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1938, p. 201.

¹⁶⁹³ SCHMITT, Carl. “Une étude de droit constitutionnel comparé: L’évolution récente du problème des délégations législatives” (1938). In: *Introduction a l’étude du droit comparé: Recueil d’Etudes en l’honneur d’Edouard Lambert*. Vol. II, pp. 201-205.

¹⁶⁹⁴ SCHMITT, Carl. “Une étude de droit constitutionnel comparé: L’évolution récente du problème des délégations législatives” (1938). In: *Introduction a l’étude du droit comparé: Recueil d’Etudes en l’honneur d’Edouard Lambert*. Vol. II, p. 209.

¹⁶⁹⁵ SCHMITT, Carl. “Une étude de droit constitutionnel comparé: L’évolution récente du problème des délégations législatives” (1938). In: *Introduction a l’étude du droit comparé: Recueil d’Etudes en l’honneur d’Edouard Lambert*. Vol. II, p. 209.

¹⁶⁹⁶ SCHMITT, Carl. “Une étude de droit constitutionnel comparé: L’évolution récente du problème des délégations législatives” (1938). In: *Introduction a l’étude du droit comparé: Recueil d’Etudes en l’honneur d’Edouard Lambert*. Vol. II, p. 210.

Só que esse “novo conceito de lei”, inaugurado por uma releitura do princípio da separação dos poderes, tinha conseqüências drásticas. Ele teve sua mais célebre aplicação na “Noite dos Longos Punhais”, em 30.6.1934 (estendendo-se até 2.7.1934). Em tal ocasião, a SS, tropa de elite ligada diretamente a Hitler (e comandada por Himmler), procedeu ao assassinato de mais de 150 importantes oficiais da SA, a milícia do Partido Nazista, comandada por Röhm. Tal grupo paramilitar desagradava por demais os industriais do Ruhr, a aristocracia do Leste e o alto generalato do Exército. Ademais, Röhm andava chantageando Hitler: ameaçava revelar toda a verdade acerca do incêndio do *Reichstag*.¹⁶⁹⁷

Assim, com o fito de ganhar a confiança da indústria do Ruhr e do Exército, Hitler ordenou uma depuração nos quadros do Partido Nazista. Alguns influentes generais que se opuseram à aproximação entre Hitler e o Exército também foram convenientemente assassinados: é o caso de von Bredow, que tinha documentos que comprometiam Hitler, e von Schleicher, que foi fuzilado em sua sala de estar ao lado de sua esposa. O também ex-chanceler Franz von Papen escapou porque soube um pouco antes da chacina e oportunamente foi visitar von Hindenburg em sua casa de campo (ou se refugiar, caso se prefira)¹⁶⁹⁸. O Exército alemão, logo em 1º.7.1934, se apressou em louvar a coragem do *Führer*, que de forma decidida eliminou os traidores da pátria¹⁶⁹⁹.

No dia seguinte ao término da matança, Hitler publica, em 3.7.1934, com base na Lei de Habilitação, uma lei (em sentido formal, enfatize-se) descriminalizando todos os crimes cometidos por seus seguidores. Schmitt se pronunciou sobre ela, e sobre a “Noite dos Longos Punhais”: “em verdade o ato do *Führer* foi o exercício de uma autêntica judicatura”¹⁷⁰⁰. Schmitt vai além:

O *Führer* protege o direito do pior abuso, quando ele *no instante do perigo cria o direito sem mediações*, por força da sua liderança (*Führertum*) e enquanto Juiz Supremo. “Nessa hora fui juiz supremo do povo alemão”. O verdadeiro líder (*Führer*) sempre é também juiz. Da liderança (*Führertum*) emana a judicatura (*Richtertum*). Quem quiser separar ambas ou mesmo opô-las ou transforma o juiz no contra-líder (*Gegenführer*) ou em um instrumento do contra-líder e

¹⁶⁹⁷ GRAIG, Gordon A. *Germany: 1866-1945*, pp. 588-589.

¹⁶⁹⁸ MARABINI, Jean. *Berlim no tempo de Hitler*, p. 39.

¹⁶⁹⁹ GRAIG, Gordon A. *Germany: 1866-1945*, p. 589.

¹⁷⁰⁰ SCHMITT, Carl. “O *Führer* protege o direito: sobre o discurso de Adolf Hitler no *Reichstag* em 13 de julho de 1934” (1934). Trad. Peter Naumann. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a fundamentação do direito*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 221.

procura paralisar o Estado com a ajuda do Judiciário. (ênfatisou-se)¹⁷⁰¹.

Ante o que foi exposto no *segundo capítulo* desta investigação, vê-se que a prática política do *Führer*, de eliminar fisicamente seus adversários políticos, é extremamente condizente com o que Schmitt propôs para o guardião da Constituição. O guardião da Constituição necessitaria encarnar o elemento democrático da Constituição de Weimar, que pressupunha “a nação alemã inteira como unidade apta para a ação de um modo direto e não por organizações ou grupos sociais”¹⁷⁰². E aí se entende porque Schmitt afirma, em *Staat, Bewegung, Volk*, que “no dia 30 de janeiro de 1933 pode-se dizer que Hegel morreu”¹⁷⁰³. Quando Schmitt declara metaforicamente o óbito de Hegel, ele anuncia, na verdade, a morte do Estado de Direito, mediante a ascensão de Hitler.

Schmitt celebra a missa de réquiem do *Rechtsstaat* no exato momento em que sustenta que nenhum dos atos praticados pela “judicatura suprema do *Führer*” seja conhecido pelo Judiciário. Afinal, “num *Führerstaat*, no qual a legislação, o governo e o Judiciário não se controlam reciprocamente com desconfiança, como ocorre num Estado liberal de Direito, aquilo que normalmente é de direito por um ‘ato de governo’ deve valer em medida incomparavelmente mais elevada para um ato por meio do qual o *Führer* comprovou a sua liderança e judicatura suprema”¹⁷⁰⁴. Hitler protege o direito, é guardião da Constituição, porque destrói a separação dos poderes *rechtsstaatlich*, que institui o eterno diálogo liberal dentro do Estado. Hitler atende aos requisitos para ser um guardião schmittiano da Constituição porque não se resume a ser um guardião *rechtsstaatlich*, em senso negativo, que somente se preocuparia em desconstituir decisões. O *Führer* ia além, ele decide positivamente, doa existência a uma forma política, pois “o conteúdo e a abrangência do seu procedimento são determinados pelo próprio *Führer*”¹⁷⁰⁵.

¹⁷⁰¹ SCHMITT, Carl. “O *Führer* protege o direito: sobre o discurso de Adolf Hitler no *Reichstag* em 13 de julho de 1934” (1934). Trad. Peter Naumann. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a fundamentação do direito*, p. 220.

¹⁷⁰² SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución* (1931), p. 250.

¹⁷⁰³ KERVÉGAN, Jean-François. *Hegel, Carl Schmitt: o político entre a especulação e a positividade*, p. 347.

¹⁷⁰⁴ SCHMITT, Carl. “O *Führer* protege o direito: sobre o discurso de Adolf Hitler no *Reichstag* em 13 de julho de 1934” (1934). Trad. Peter Naumann. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a fundamentação do direito*, p. 223.

¹⁷⁰⁵ SCHMITT, Carl. “O *Führer* protege o direito: sobre o discurso de Adolf Hitler no *Reichstag* em 13 de julho de 1934” (1934). Trad. Peter Naumann. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a fundamentação do direito*, p. 223.

Consoante visto no *segundo capítulo*, a decisão frente o inimigo concreto é sempre tomada pelo Estado, uma vez que ele é o interessado em que a sua unidade não se dissolva. A soberania importa em tomar essa decisão, e quem decide sobre o caso excepcional é sempre o soberano. Com a representação personificada de Hitler, como um líder de uma democracia identitária, e não mais parlamentar, *rechtsstaatlich*, o Estado passa a ser qualitativamente total, pois a decisão amigo/inimigo é concentrada em um só, no *Führer*, no líder do “movimento” nacional-socialista¹⁷⁰⁶. E é isso que Hitler faz quando decide executar a oposição interna ao seu grupo político. Quando se vale da exceção, o *Führer* dá substância ao direito, lembra que a exceção suspende o direito para preservá-lo. Para Schmitt, é precisamente por tais razões que o Estado nazista não é uma ditadura, propriamente, mas uma sincera democracia: porque Hitler realiza a identificação entre governante e governado¹⁷⁰⁷. A utilização das premissas teóricas de Schmitt leva à conclusão inafastável que Hitler seria um democrata: o que somente pode ser sustentado hoje sob o signo do ridículo.

E Kelsen? Como ele se posicionou frente o assalto nazista ao poder, pela via da legalidade? Aqui, só há silêncio. Kelsen não dedicou estudo ao tema: talvez porque seu conceito de ciência não o permitisse. Afinal, uma mudança constitucional operada pelo *medium* do direito é sempre constitucional; para ser cientista do direito, tem-se que pagar esse preço, o de aceitar que todo Estado, até um Estado policialesco seja, também, Estado de Direito¹⁷⁰⁸. Modo contrário o que se faz é uma teoria do direito natural, que coloca conteúdos no direito. A partir do que se discorreu acerca da teoria do direito de Kelsen, e de seu conceito de *Rechtsstaat*, no *capítulo terceiro*, é constrangedor verificar que a partir dos cânones metodológicos de Kelsen, o Estado nazista também seria um Estado de Direito, pois atenderia ao requisito de ser “um Estado cujos atos são realizados sobre a base de um ordenamento jurídico”¹⁷⁰⁹. Tal como a caracterização de Hitler como democrata, feita por Schmitt, a definição do Estado Nacional-Socialista como Estado de Direito, confeccionada por Kelsen, é também, hoje, a vista de todos os totalitarismos experimentados pelo século XX, definitivamente inaceitável.

¹⁷⁰⁶ SCHMITT, Carl. “O *Führer* protege o direito: sobre o discurso de Adolf Hitler no *Reichstag* em 13 de julho de 1934” (1934). Trad. Peter Naumann. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a fundamentação do direito*, pp. 224-225.

¹⁷⁰⁷ DYZENHAUS, David. *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*, p. 83.

¹⁷⁰⁸ KELSEN, Hans. “Dios y Estado” (1923). In: CORREAS, Óscar (org.). *El otro Kelsen*, p. 259.

¹⁷⁰⁹ KELSEN, Hans. *Teoría General del Estado* (1925), p. 120.

É possível que se suponha: Kelsen não era um Schmitt, nunca estabeleceu relações com os partidos que representavam o modernismo reacionário do tempo Weimar, daí, certamente jamais concordaria com o golpe nazista, e com sua política pública de assassinato em massa, tal como ocorreu na “Noite dos Longos Punhais”. Uma ilação como essa é problemática, porquanto adentra território perigoso, o das *intenções*. Que não estão disponíveis para observadores, pois “intenções são escravas da memória, / São fortes, mas têm vida transitória”¹⁷¹⁰. São escravas da memória porque estão condenadas a nunca serem selecionadas no presente, pois não foram expostas, inseridas na comunicação da sociedade: do ponto de vista do sistema do direito, não existiram.

De todo modo, apesar de Kelsen não ter se confrontado – seja para combater ou fundamentar – especificamente com a “Noite dos Longos Punhais”, há uma pequena passagem da segunda edição da *Teoria Pura do Direito* (1960), na qual Kelsen faz uma referência implícita a tal episódio. Na oportunidade em que Kelsen conceitua o domínio de vigência temporal de uma norma, ele mostra que é possível que um ato coercitivo seja objeto de uma norma de direito positivo não somente visando o futuro, mas também o passado. Kelsen exemplifica essa abstrata definição:

Assim, por exemplo, sob o regime nacional-socialista, na Alemanha, certos atos de coerção que, ao tempo que foram executados, constituíram juridicamente homicídios, foram posteriormente legitimados retroativamente como sanções e as condutas que os determinaram foram posteriormente qualificadas como delitos¹⁷¹¹.

Para Kelsen, um episódio como a “Noite dos Longos Punhais” somente seria inconstitucional se a lei ou decreto autônomo que a autorizara não estivesse em conformidade com a Constituição de Weimar. Como Hitler tinha a seu lado a Lei de Habilitação, fica bem evidente que Kelsen não teria como criticar os assassinatos ali realizados. Aliás, para um purista como Kelsen, se a lei disciplinou que os seguidores do *Führer* não cometeram um assassinato, mas sim uma execução penal, nada mais se teria a falar: o quadrado virou redondo. E por isso Kelsen não consegue condenar a prática política nazista; ele se resume a mencioná-la como um exemplo (um tanto sádico) para ilustrar a sua teoria do direito.

¹⁷¹⁰ SHAKESPEARE, William. *Hamlet*. Trad. Anna Amélia Carneiro de Mendonça. Rio de Janeiro: Lacerda Editores, 2004, p. 133, vv. 191-192.

¹⁷¹¹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito* (1960), p. 15.

*

As avaliações que Schmitt e Kelsen fizeram acerca do desfecho da trama na qual eles estavam imersos – o ocaso da República de Weimar – recapitulam, por outros meios, o estudo comparado entre suas propostas para o guardião da Constituição de Weimar, que foi realizado nesta dissertação. Da mesma forma que os guardiões da Constituição confeccionados por Kelsen e Schmitt se assemelhavam sob vários aspectos, suas observações acerca da ascensão de Hitler ao posto de guardião da Constituição se orientam a partir do mesmo diapasão: guardam a mesma distância tênue, apresentam as mesmas incômodas semelhanças geradas por (i) projetos teóricos, (ii) conceitos de direito e de (iii) Constituição que não são radicalmente contrapostos, ao contrário do que usualmente se afirma. Cabe agrupar, então, esses resultados obtidos ao longo desta pesquisa de um modo, agora, mais direto.

Primeiro, se os enfoques teóricos de Kelsen e Schmitt eram tão diversos quanto aos seus respectivos pontos de partida, não o eram em relação àquilo que eles possibilitavam.

Schmitt encontrou no mito uma força que poderia combater o pluralismo liberal que, em seu juízo, estava prestes a subjugar o poder estatal. O liberalismo, sua justificação irrestrita de um âmbito subjetivo autônomo e sua associação com a técnica, usualmente tida como neutra, preparavam terreno para que as forças dissolventes do pluralismo fizessem frente ao poder estatal, que, incapaz de decidir, perdia sua soberania. Acontece que, consoante indicou John P. McCormick, esse projeto acadêmico não dava fim àquela situação de estado de natureza pela qual, segundo Schmitt, a República de Weimar passava. Pelo contrário, a utilização da política como mito somente expandia a utilização da tecnologia pela política. E assim a “guerra de todos contra todos” não era resolvida pelo mito; ao contrário, a utilização política do mito por Schmitt permitia, ao menos potencialmente, uma institucionalização do caos¹⁷¹².

É claro que tal mitificação não deixa de ser um juízo acerca da *modernidade*, cujos traços centrais Schmitt desqualifica como “metafísica liberal”. A crítica que

¹⁷¹² McCORMICK, John P. “Fear, Technology, and the State: Carl Schmitt, Leo Strauss, and the Revival of Hobbes in Weimar and National Socialist Germany”. In: *Political Theory*. Vol. 22, nº 4. Thousand Oaks: Sage Publications, Novembro de 1994, pp. 620-625, 645.

Schmitt faz ao romantismo político nada mais é que um ataque à modernidade e sua diferenciação funcional, uma avaliação negativa do presente em prol de um mítico passado, do qual o próprio Schmitt seria o último representante:

A convicção de ser o último guardião de uma racionalidade perdida e de uma ordem que chegou historicamente ao fim o conduz a interpretar todos os fenômenos que excedem ou tornam mais complexa esta forma – como, por exemplo, o caso do papel crescente dos partidos e das organizações de interesses no processo de formação da vontade política – em termos negativos e como prova de uma patologia irremediável.¹⁷¹³

Já Kelsen traçou um percurso totalmente diferente, que teve por azimute um uso ao limite de uma racionalidade normativista, tecnicista que obsessivamente procurou expurgar a política mediante o princípio da pureza: mas ele também acaba por chegar a conclusões muito semelhantes as de Schmitt, em seus efeitos. Isso pôde ser desenvolvido mediante a exploração de alguns pontos centrais do normativismo kelseniano, o que se deu em 3.2. Pontos que emergiram quando se observou de que modo Kelsen replicou Schmitt, afirmando que um tribunal constitucional deveria, sim, ser o guardião da Constituição.

A pureza de Kelsen é sobretudo indiferença. Um limite metodológico que é auto-imposto por Kelsen, de sorte que “toda a sua obra pode ser vista como um grandioso exorcismo contra o poder através de uma racionalização formal-normativa”¹⁷¹⁴. O que não deixa de ser um modo de se tematizar *riscos*. Kelsen considera a abordagem do poder um enorme risco para um acadêmico, e portanto exorciza esse risco: não o tematiza. E sua ferramenta metodológica, para tanto, é um neokantismo aplicado em suas últimas conseqüências, que acaba por ver tudo que dele diverge como sendo uma mera metafísica.

Com essa indiferença ante o “factual”, Kelsen, em muitas oportunidades, procede a generalizações a-históricas, realiza inversões “para o bem da teoria” que o leva a não perceber traços constitutivos do direito moderno, como é o caso do direito subjetivo, que é entendido por Kelsen como um jusnaturalismo burguês. Hitler também o considerou dessa forma, para o bem da doutrina nacional-socialista e para infortúnio

¹⁷¹³ SCALONE, Antonino. “Direito, decisão e representação: o poder em Carl Schmitt”. In: DUSO, Giuseppe (org.). *O poder: história da filosofia política moderna*. Trad. Andrea Ciacchi et alii. Petrópolis: Editora Vozes, 2005, p. 437.

¹⁷¹⁴ GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*, p. 71.

dos judeus e outras minorias. Assim, tanto em Kelsen quanto em Schmitt há a tentação de confundir a modernidade da sociedade moderna com o liberalismo (as bases dessa distinção foram descritas em 1.1.)

Segundo. Até por causa das assonâncias existentes entre essas teorias, seus conceitos de direito em muito se equivalem. Normativismo/decisionismo foi uma forma que, àquele tempo, era capaz de organizar a comunicação voltada ao direito, porquanto estabelecia uma diferença. Mas diante do que foi exposto, percebe-se que os pontos de contato são consideráveis. Em Schmitt é construída uma precedência ontológica da decisão (exceção) em relação à norma. Em Kelsen, a diferença norma/decisão não é confeccionada explicitamente. O objeto da *Teoria Pura* são apenas normas de direito positivo. Só que a *decisão* re-entra nas observações de Kelsen quando ele aborda um tema que é central ao direito moderno: a interpretação.

Nessa oportunidade Kelsen concede que o normativismo tem limites, que uma coisa é interpretação científica, do cientista do direito, outra é a interpretação autêntica, da autoridade competente para aplicar/produzir a norma. Assim, seja como for a decisão do Estado ela será sempre adequada; não porque a autoridade estatal saiba mais, e sim porque pode mais. Dessa forma, a *Teoria Pura* “procura limitar a política pelo direito mas finda em uma posição em que o político, livre de qualquer limite jurídico, parece ditar as decisões sobre qual é o direito”¹⁷¹⁵. O normativismo de Kelsen, por isso, é tão decisionista quanto a teoria de Schmitt. Direito em Kelsen, não é um limite, mas apenas um meio no qual se traduz o poder do Estado. Schmitt não discorda disso. O direito é o instrumento da decisão, aquela a quem a norma deve a sua existência.

Terceiro. Em Schmitt a Constituição é uma decisão que dá forma existencial a uma unidade política. É uma combinação entre os conceitos absoluto e positivo de Constituição por ele desenvolvido em sua *Verfassungslehre*. A Constituição equivale ao Estado, à forma política. Para Kelsen, pensar o Estado é pensar o direito, caso não se queira cair em nenhuma espécie de hipóstase lógica. Daí, tudo que o Estado quer é direito, até porque só o direito estatal é direito. Uma vez que a Constituição é apenas o degrau positivo mais alto que uma norma jurídica pode ocupar, o nivelamento operado entre Estado e direito acaba por impossibilitar, por completo, que a Constituição possa ser utilizada como um meio de frear a política ou mesmo de canalizar comunicações que visem conformar o estado do sistema da política a partir de disposições de direito. Da

¹⁷¹⁵ DYZENHAUS, David. “Legal Theory in the Collapse of Weimar: Contemporary Lessons?”. In: *American Political Science Review*, p. 129.

mesma forma é Schmitt, para quem o Estado é a alma da Constituição, de sorte que a simbiose entre eles (entre Estado e Constituição) impede uma assimetriação com a finalidade de limitar o Estado¹⁷¹⁶. Os totalitarismos que o século XX experimentou aconselham essa limitação.

*

As assonâncias existentes entre as propostas de Kelsen e de Schmitt, quanto a seus respectivos projetos teóricos, conceitos de direito e noções de Constituição, levam aos resultados vistos quanto ao guardião da Constituição. Resultados que também foram guiados pelo *problema* que era comum a ambos, aquele de manter a unidade do Estado em uma democracia de massas; de conseguir confeccionar a unidade na multiplicidade. E até por isso, seja em Kelsen, seja em Schmitt, a resposta para esse problema, o guardião da Constituição, vai ter como traço em comum a centralização, uma personificação, cuja variável, entre os dois, é meramente quantitativa, numérica. Se em Schmitt a personificação ocorre apenas em uma pessoa, em Kelsen ela se dá em alguns ministros de um tribunal constitucional.

Fortemente esteiradas em uma rígida separação entre Estado e Sociedade, muito própria à Europa do Entreguerras¹⁷¹⁷, os guardiões de Kelsen e Schmitt expressam uma noção autoritária de governabilidade, porquanto propõem que a unidade do Estado somente seria conseguida quando se exclui da sociedade toda e qualquer possibilidade de pôr em questão a constitucionalidade dos atos normativos do Estado. Apesar de partirem de pressupostos metodológicos inicialmente díspares, tanto em Kelsen quanto em Schmitt é a *gloire de l'état* que é privilegiada, e não a *liberté du citoyen*. Nessa coincidência é que se vê a memória de Weimar operando. É na convergência dessas duas soluções, a um mesmo problema, que se pode observar o quanto as semânticas de um sistema, no caso o sistema do direito, são imprescindíveis para a organização da comunicação social. Dessa maneira, as variações a serem selecionadas pelo sistema do direito não são fatalmente determinadas pelo material semântico que é tematizado na memória do sistema, mas a importância dessas

¹⁷¹⁶ Cf. LONGO, Gianfranco. “Il concetto di mutamento costituzionale in Hans Kelsen e Carl Schmitt”. In: *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*. IV Série, vol. LXXIII, nº 2. Milano: Giuffrè, abril-junho, 1996, pp. 256-261.

¹⁷¹⁷ LUHMANN, Niklas. *I diritti fondamentali come istituzione*, p. 63.

semânticas – como a unidade do Estado e o *Rechtsstaat*, que foram aqui trabalhadas – não pode de forma alguma ser desconsiderada.

Com efeito, o autoritarismo da proposta de Schmitt para o guardião da Constituição não consiste em novidade para ninguém. O que não é normalmente abordado é o quanto essa solução se mostra consoante a um projeto acadêmico construído ao longo de duas décadas. Assim, mais que um mero preparativo para o assalto nazista ao poder, ou mesmo para um golpe a ser perpetrado pelos setores mais reacionários da República de Weimar, capitaneados por von Schleicher e von Papen, o guardião da Constituição segundo Schmitt pode ser visto como uma espécie de conclusão de seu decisionismo jurídico.

Por sua vez, o guardião de Kelsen, um tribunal constitucional, é normalmente concebido, pelos juristas, como um completo antípoda à descrição de Schmitt. Um dos mais destacados constitucionalistas franceses da atualidade, Olivier Beaud, afirma que “enquanto a tese schmittiana visa assegurar a garantia da Constituição em um período excepcional, a tese kelseniana procura assegurar a supremacia da norma constitucional em tempos normais”¹⁷¹⁸. Aparece, mais uma vez, o pretense “caráter naturalmente democrático” da jurisdição constitucional.

Todavia, consoante foi aduzido em 3.3, o estabelecimento de um tribunal constitucional que decide monoliticamente o que venha a ser constitucional não é algo que gere automaticamente uma democracia pluralista. A maior prova disso é que a solução austríaca não consegue se distanciar da solução de Schmitt de uma forma conseqüente: assim como o conceito de direito e de Constituição de Kelsen. Um tribunal constitucional que opera à imagem e semelhança das recomendações de Kelsen, na verdade, fortalece decididamente a *gloire de l'état* contra a *liberté du citoyen*, uma vez que realiza uma noção de Estado de Direito profundamente autoritária: que neutraliza a possibilidade de o Judiciário conhecer e processar expectativas normativas frustradas por políticas estatais.

Após os totalitarismos que a modernidade presenciou, é profundamente ingênuo acreditar que, seja como for, todo “Estado é Estado de Direito”: e a jurisdição constitucional kelseniana, como visto, nada mais é do que o coroamento institucional desse curioso lema, a peça final de um Estado administrativo. Assim, o mercado editorial até fornece belíssimas declarações solenes que tentam vender a idéia de que

¹⁷¹⁸ BEAUD, Olivier. *La puissance de l'État*, p. 392.

uma Corte pode exercer monoliticamente o controle de constitucionalidade e ainda assim ser legítima, por se colocar como “apenas” o porta-voz de uma sociedade aberta de intérpretes¹⁷¹⁹. Mas, em contraposição a isso, há casos em Bangladesh (1986), Paquistão (1958) e Nigéria, que mostram claramente exemplos de Cortes Constitucionais que, sob argumentos kelsenianos, legitimaram ou até mesmo ajudaram a implementar golpes de Estado¹⁷²⁰. Isso apenas para ilustrar que a centralização kelseniana não exclui *a priori* a exceção, pois seu compromisso é com a *gloire de l'état*, com o fortalecimento do poder estatal. A história mostra que isso é usualmente acompanhado de violações a direitos fundamentais.

*

Como se sabe, a “filha favorita” de Kelsen, a jurisdição constitucional, foi adotada pelo Brasil a partir do Golpe Militar de 1964. Em uma primeira oportunidade, a ação direta de inconstitucionalidade, conjuntamente com a advocatória, foi estabelecida durante uma “reforma do Judiciário”, realizada em parte pelo Ato Institucional nº 2, em parte pela Emenda nº 16, de 26 de novembro de 1965, à Constituição de 1946. Após, para “completar o sistema”, o Pacote de Abril, em 1977, com o Congresso naturalmente fechado por ordem ditatorial, aprovou a “representação de inconstitucionalidade para fins de interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual”. Um criativo eufemismo para um *référé nécessaire*, uma interpretação autêntica.

Há quem considere “curioso” o fato de a ação direta de inconstitucionalidade ter sido instituída pela ditadura militar, ao argumento de que “esse mecanismo, contrariando a dinâmica de qualquer ditadura, pode prestar-se, se bem manejado, admiravelmente para a proteção e garantia dos direitos fundamentais”¹⁷²¹. Ante o exposto, já se sabe que a concentração, em uma Corte, da fiscalização de constitucionalidade *não contraria em nada* “a dinâmica” de uma ditadura. Afinal, a

¹⁷¹⁹ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. Se há realmente o desejo de que os cidadãos sejam levados como “pré-intérpretes” da Constituição, isso é muito mais fácil de ser implementado em sede de primeira instância, pelo juiz singular. Não é necessária uma teoria mirabolante para dizer que para dar a última palavra acerca do que seja a Constituição seria recomendável que o STF implementasse a *mise-en-scène* do *amicus curiae*.

¹⁷²⁰ GHAI, Yash. “Coups and Constitutional Doctrines: The Role of Courts”. In: *The Political Quarterly*. Vol. 58, nº 3. Oxford: Blackwell, julho de 1987, pp. 308-311.

¹⁷²¹ CLÈVE, Clémerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 88.

jurisdição constitucional kelseniana não é condição *sine qua non* para uma efetividade da supremacia da Constituição: o que ela estabelece é um órgão estatal que monoliticamente decide sobre questões de poder. Não é gratuito que, durante o período do Regime Militar, o que mais se tenha ouvido foram juristas repetindo à exaustão que o STF não seria um órgão propriamente “judiciário”, pois ele seria diferente: possuía uma “dimensão política”¹⁷²². Se o STF era “político”, direitos fundamentais não precisavam ser por ele observados. Era a conveniência do Estado (ou eventualmente do Serviço Nacional de Informações) que importava, somente.

Assim, muito antes de ser *curioso*, parece ser, ao contrário, *emblemático* que o forte processo de concentração do controle de constitucionalidade, que ocorre no Brasil, tenha se iniciado com o Golpe Militar de 1964. Longe de ser *curioso*, é *trágico* que todo o esforço e engajamento da sociedade civil organizada para corrigir os abusos da concentração do controle, nota que caracterizou o STF à época do Regime Militar, tenha sido sistematicamente subvertido pela legislação ordinária, que restabeleceu o desenho de jurisdição constitucional anterior à Constituição de 1988 (que, de longe, é mais democrática que o Brasil já teve).

Esse estado de coisas convida à reflexão; requer que a narrativa que aqui foi desenvolvida não seja considerada como uma fábula que se passou em um país distante e há muito tempo, e que por tal motivo não diria nada a respeito do direito constitucional brasileiro. A memória de Weimar, frente a uma postura como essa, brada:

Quid rides? Mutato nomine, de te Fabula narratur.

[Do que ris? Mudado os nomes, é de ti que a fábula narra.]

Horatius, *Sátiras*, vv. 69-70.

¹⁷²² São documentos históricos preciosos, nesse sentido: SEABRA FAGUNDES, Miguel. “As funções políticas do Supremo Tribunal Federal”. In: MARINHO, Josaphat. ROSAS, Roberto. *Sesquicentenário do Supremo Tribunal Federal: Conferências e Estudos realizados na Universidade de Brasília de 11 a 14 de setembro de 1978*. Brasília: Ed. UnB, 1978, pp. 47-60. NÉRI DA SILVEIRA, José. “O Supremo Tribunal Federal e a Interpretação Jurídica com Eficácia Normativa”. In: MARINHO, Josaphat. ROSAS, Roberto. *Sesquicentenário do Supremo Tribunal Federal: Conferências e Estudos realizados na Universidade de Brasília de 11 a 14 de setembro de 1978*, pp. 131-153.

Bibliografia Citada

ACKERMAN, Bruce. “The rise of World Constitutionalism” In: *Virginia Law Review*. Vol. 83, nº 4. Charlottesville: Virginia Law Review Association, maio de 1997, pp. 771-797.

ACKERMAN, Bruce. *The Failure of the Founding Fathers: Jefferson, Marshall, and the rise of Presidential Democracy*. Cambridge (MA): The Belknap Press of Harvard University Press, 2005.

ADEODATO, João Maurício. *A filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência através de um exame da ontologia de Nicolai Hartmann*. São Paulo: Saraiva, 1996.

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Trad. Iraci Poletti. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004.

AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2004.

ALEXANDER, Jeffrey C. “The centrality of the classics”. In: TURNER, Stephen P. (org.). *Social Theory and Sociology: The Classics and beyond*. Oxford: Blackwell, 1996.

ARANHA, Márcio Iorio. *Interpretação Constitucional e as Garantias Institucionais dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2000.

ARAÚJO PINTO, Cristiano Paixão. “Arqueologia de uma distinção: o público e o privado na experiência histórica do direito”. In: PEREIRA, Cláudia Fernanda Oliveira (org.). In: *O novo direito administrativo brasileiro: o Estado, as agências e o terceiro setor*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2003.

ARAÚJO PINTO, Cristiano Paixão. *A reação norte-americana aos atentados de 11 de Setembro de 2001 e seu impacto no constitucionalismo contemporâneo: um estudo a partir da teoria da diferenciação do direito*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (tese de doutorado), 2004 (inédito).

ARAÚJO PINTO, Cristiano Paixão. *Modernidade, tempo e direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

ARGYRIADIS-KERVÉGAN, Caroula. “Rudof Gneist: la justice administrative, institution nécessaire de l’État de droit”. In: JOUANJAN, Olivier (org.). *Figures de l’État de droit: Le Rechtsstaat dans l’histoire intellectuelle et constitutionnelle de l’Allemagne*. Strasbourg: Presses Universitaires de Strasbourg, 2001.

AZZARITI, Gaetano. *Critica della democrazia identitaria: lo Stato costituzionale schittiano e la crisi del parlamentarismo*. Bari: Laterza, 2005.

BALANDIER, Georges. *Antropologia política*. 2^a ed. Lisboa: Editorial Presença, 1987.

BARALDI, Claudio. “Comunicación (*Kommunikation*)”. In: BARALDI, Claudio. CORSI, Giancarlo. ESPOSITO, Elena. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. Cidade do México: Universidad Iberoamericana; Barcelona: Anthropos, 1996.

BARALDI, Claudio. “Forme del sapere e complessità sociale”. In: BARALDI, Claudio. CORSI, Giancarlo. ESPOSITO, Elena. *Semantica e comunicazione: l’evoluzione delle idee nella prospettiva sociológica di Niklas Luhmann*. Bologna: Editrice Clueb, 1987.

BARASH, Jeffrey Andrew. “Hobbes, Carl Schmitt et les apories du décisionnisme politique”. In: HERRERA, Carlos Miguel. *Le droit, le politique: autour de Max Weber, Hans Kelsen, Carl Schmitt*. Paris: L’Harmattan, 1995, pp. 263-277.

BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. *Processo legislativo como discurso de justificação do direito: uma investigação sobre a circulação social do poder político na teoria discursiva do direito e da democracia*. Brasília: Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, 2005 (Dissertação de Mestrado).

BARBOSA, Rui. *Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal: ações civis dos reformados e demitidos pelos Decretos de 7 e de 12 de abril de 1892*. Campinas: Russel, 2003.

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”. In: *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l’étranger*. Tomo 22, 12^o Ano. Paris: E. Brière, 1905.

BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003.

BEAUD, Olivier. “*Legalité et légitimité: la lutte de Carl Schmitt contre la république de Weimar et sa défense d’une ‘contre-constitution’ allemande*”. In: KERVÉGAN, Jean-François. *Crise et pensée de la crise en droit: Weimar, sa république et ses juristes*. Paris: ENS Éditions, 2002, pp. 125-147.

BEAUD, Olivier. “Le cas Savigny ou un constitutionnalisme allemand sans l’État de droit”. In: JOUANJAN, Olivier (org.). *Figures de l’État de droit: Le Rechtsstaat dans l’histoire intellectuelle et constitutionnelle de l’Allemagne*. Strasbourg: Presses Universitaires de Strasbourg, 2001, pp. 149-176.

BEAUD, Olivier. *La puissance de l’État*. Paris: Presses Universitaires de France, 1994.

BECHMANN, Gotthard. STEHR, Nico. Niklas Luhmann. In: *Tempo Social*. Vol. 13, nº 2. São Paulo: USP, Novembro de 2001.

BEGUIN, Jean-Claude. *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en République Fédérale d'Allemagne*. Paris: Economica, 1982.

BELLINAZZI, Paolo. *Novecento Restauratore: filosofia e politica in Kelsen*. Pisa: ETS, 1998.

BELZ, Herman. *A living Constitution or fundamental law? American constitutionalism in historical perspective*. Maryland: Rowman & Littlefield, 1998.

BENDERSKY, Joseph W. "Carl Schmitt and the Conservative Revolution". In: *Telos: a Quarterly of Critical Thought*. Nº 72. New York: Telos Press, verão de 1987, pp. 27-42.

BENDERSKY, Joseph W. "Carl Schmitt at Nuremberg". In: *Telos: a Quarterly of Critical Thought*. Nº 72. New York: Telos Press, verão de 1987.

BENDERSKY, Joseph. "The Expendable *Kronjurist*: Carl Schmitt and National Socialism, 1933-1936". In: *Journal of Contemporary History*. Vol. 14. London: Sage, 1979.

BERCOVICI, Gilberto. "As possibilidades de uma Teoria do Estado". In: LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes (orgs.). *Democracia, direito e política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller*. Florianópolis: Fundação Boiteux; Conceito Editorial, 2006, pp. 325-343.

BERCOVICI, Gilberto. "Carl Schmitt, o Estado total e o guardião da Constituição". In: *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. Nº 1. São Paulo: Editora Método; Escola Superior de Direito Constitucional, janeiro-junho de 2003, pp. 195-201.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e Estado de Exceção Permanente: atualidade de Weimar*. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004.

BEREJO, Alvaro Rodríguez. "Estudio Preliminar: Laband y el Derecho Presupuestario el Imperio Alemán". In: LABAND, Paul. *El derecho presupuestario (1871)*. Trad. Jose Zamit. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1979.

BERGHahn, Volker R. *Imperial Germany, 1871-1914: Economy, Society, Culture and Politics*. Oxford: Berghahn Books, 1994.

BERGSON, Henri. "Introduction to Metaphysics". In: *The Creative Mind: a Study in Metaphysics*. New York: The Philosophical Library, 1946, pp. 159-200.

BINDREITER, Uta U. "Presupposing the Basic Norm". In: *Ratio Juris*. Vol. 14, nº 2. Oxford: Blackwell, 2001, pp. 143-175.

BISOONI, Giovanni. *Weimar e l'unità politica e giuridica dello Stato: saggio su Rudolf Smend, Hermann Heller, Carl Schmitt*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2005.

BLACKBOURN, David. *History of Germany 1780-1918: the Long Nineteenth Century*. 2ª ed. Oxford: Blackwell, 2003.

BLACKSTONE, Sir William. *Commentaries on the Laws of England: a facsimile of the First Edition of 1765-1769*. Vol. I. Chicago: University of Chicago Press, 1979.

BLOCH, Marc. *Apologia da história, ou, o ofício de historiador*. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

BOBBIO, Norberto. “Kelsen e il potere”. In: *Rivista Internazionale di filosofia del diritto*. IV Serie, Vol. LVIII, nº 4. Milano: Giuffrè, outubro-dezembro de 1981, pp. 549-570.

BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. 4ª ed. Brasília: Ed. UnB, 1997.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Trad. Fernando Pavan Baptista, Ariani Sudatti. Bauru: Edipro, 2001.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10ª ed. Trad. Maria dos Santos. Brasília: Ed. UnB, 1999.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. “Carl Schmitt Revisited”. In: *Telos*. Nº 109: Carl Schmitt Now. New York: Telos Press, outono de 1996, pp. 81-86.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. “Il potere costituente del popolo: un concetto limite del diritto costituzionale”. In: ZAGREBELSKY, Gustavo. PORTINARO, Pier Paolo. LUTHER, Jörg (orgs.). *Il futuro della Costituzione*. Torino: Einaudi, 1996, pp. 231-252.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. “L’État comme organisme: théorie de l’État et politique constitutionnelle aux débuts du constitutionnalisme”. In: *Le Droit, l’État et la Constitution Démocratique: essais de théorie juridique, politique et constitutionnelle*. Ed. e Trad. Olivier Jouanjan. Paris, Bruxelles: LGDJ; Bruylant, 2000, pp. 119-126.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. “La naissance de l’État, processus de sécularisation”. In: *Le Droit, l’État et la Constitution Démocratique: essais de théorie juridique, politique et constitutionnelle*. Ed. e Trad. Olivier Jouanjan. Paris, Bruxelles: LGDJ; Bruylant, 2000, pp. 101-118.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. “Origen y cambio del concepto de Estado de Derecho”. In: *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Trad. Rafael Agapito Serrano. Madrid: Trotta, 2000.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. “The Concept of the Political: a Key to understanding Carl Schmitt’s Constitutional Theory”. In: DYZENHAUS, David (org.). *Law as Politics: Carl Schmitt’s Critique of Liberalism*. Durham: Duke University Press, 1998, pp. 37-55.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. “The German Type of Constitutional Monarchy in the Nineteenth Century”. In: *State, Society and Liberty: Studies in Political Theory and Constitutional Law*. New York: Berg, 1991.

BODEI, Remo. *A história tem um sentido?* Trad. Reginaldo Di Piero. Bauru: Edusc, 2001.

- BODIN, Jean. *Los seis libros de la republica* (1576). Trad. Pedro Bravo Gala. Madrid: Aguilar, 1973.
- BOLINGBROKE, Visconde de. “A Dissertation upon Parties: Letter X, 26 de janeiro de 1734”. In: *Political Writings*. Ed. David Armitage. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.
- BONGIOVANNI, Giorgio. *Reine Rechtslehre e dottrina giuridica dello Stato: Hans Kelsen e la Costituzione Austriaca del 1920*. Milano: Giuffrè, 1998.
- BRANCOURT, Jean-Pierre. “Des ‘estats’ à l’État: évolution d’un mot”. In: *Archives de Philosophie du Droit*. Vol. 21: genèse et déclin de l’État. Paris: Sirey, 1976, pp. 39-54.
- BRASIL. “Sessão de 09.8.1987”. In: *Diário da Assembléia Nacional Constituinte*. Brasília: Senado Federal, 10.8.1987, p. 4168 (discussão – D).
- BRASIL. “Sessão de 26.5.1987”. In: *Diário da Assembléia Nacional Constituinte*. Brasília: Senado Federal, 27.5.1987, p. 2241 (matéria constitucional – MC).
- BRAUDEL, Fernand. “A longa duração”. In: *História e Ciências Sociais*. Trad. Rui Nazaré. 6ª ed. Lisboa: Editorial Presença, 1990.
- BRAVO, Gian Mario. MALANDRINO, Corrado. *Il pensiero politico del Novecento*. Casale Monferrato: Piemme, 1994.
- BRETONE, Mario. “La memoria del jurista”. In: *Derecho y tiempo en la tradición europea*. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 1999.
- BRETONE, Mario. *História do direito romano*. Trad. Isabel Santos e Hossein Schooja. Lisboa: Editorial Estampa, 1998.
- BREUILLY, John. *Austria, Prussia and Germany, 1806-1871*. London: Longman, 2002.
- BRÜSEKE, Franz Josef. “Romantismo, mística e escatologia política”. In: *Lua Nova: revista de cultura e política*. Nº 62. São Paulo: Cedec, 2004.
- BURCKHARDT, Jacob. *Reflexiones sobre la historia universal (Weltgeschichtliche Betrachtungen, 1905)*. Trad. Wenceslao Roces. México: Fondo de Cultura Económica, 1993.
- BURKE, Peter. *História e teoria social*. Trad. Klauss Gerhardt e Roneide Majer. São Paulo: Ed. Unesp, 2002.
- CALDWELL, Peter C. *Popular sovereignty and the crisis of the German constitutional law: the theory and practice of Weimar constitutionalism*. Durham: Duke University Press, 1997.
- CALSAMIGLIA, Albert. “For Kelsen”. In: *Ratio Juris*. Vol 13, nº 2. Oxford: Blackwell, junho de 2000, pp. 196-215.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. “‘Aos que não vêm que não vêm aquilo que não vêm’: sobre fantasmas vivos e a observação do direito como sistema diferenciado”. In: DE GIORGI, Raffaele. *Direito, tempo e memória*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CAMPILONGO, Celso. “Globalização e democracia”. In: *O direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

CAMPILONGO, Celso. “Teoria do direito e globalização econômica”. In: *O direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro. ADAMS, John Clarke. “Judicial Review of Legislation: European Antecedents and Adaptations”. In: *Harvard Law Review*. Nº 79. Cambridge: Harvard University, 1965-1966.

CAPPELLETTI, Mauro. *La jurisdiccion constitucional de la libertad: con referencia a los ordenamientos alemán, suízo y austríaco*. Trad. Hector Fix-Zamudio. México: Imprenta Universitaria, 1961.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2ª ed. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

CARLONI, Stefano. “La componente irrazionalistica del decisionismo schmittiano: tre esempi”. In: *Rivista Internazionale di Filosofia del diritto*. Série V, Ano LXXVIII, Nº 3. Milano: Giuffrè, julho-setembro 2001, pp. 363-384.

CARRÉ DE MALBERG, Raymond. *La Loi, expression de la volonté générale. Étude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875*. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1931.

CARRINO, Agostino. “Eugen Ehrlich e Hans Kelsen: una controversia sulla sociologia del diritto”. *Working Paper n° 79*. Barcelona: Faculdade de Direito de Barcelona, 1993 (manuscrito inédito), pp. 1-26.

CARRINO, Agostino. “Weber e la sociologia del diritto nella critica di Kelsen”. In: *Sociologia del Diritto*. Vol. XIV, nº 3. Milano: Franco Angeli Editore, 1987.

CARRINO, Agostino. *L'ordine delle norme: Stato e diritto in Hans Kelsen*. 3ª ed. ampliada. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1992.

CARVALHO NETTO, Menelick de. “A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais”. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). *Jurisdição constitucional e os direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CARVALHO NETTO, Menelick de. “A interpretação das leis: um problema metajurídico ou uma questão essencial do direito? De Hans Kelsen a Ronald Dworkin”. In: *Cadernos da Escola do Legislativo*. Ano 3, nº 5. Belo Horizonte: Assembléia Legislativa de Minas Gerais, janeiro-junho de 1997, pp. 27-30.

CARVALHO NETTO, Menelick de. “Controle de constitucionalidade e democracia”. In: MAUÉS, Antonio Moreira. *Constituição e Democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

CARVALHO NETTO, Menelick de. "A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito". In: *Notícia do direito brasileiro*. Nova série, nº 6. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 2º semestre de 1998.

CARVALHO NETTO, Menelick de. “A contribuição do Direito Administrativo enfocado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de Teoria da Constituição”. In: *Revista Fórum Administrativo*. Ano I, n.º 1. Belo Horizonte: Editora Fórum Administrativo, Março de 2001, pp. 11-20.

CARVALHO NETTO, Menelick de. “A revisão ilegítima” (entrevista a Paulo Sávio Peixoto Maia e Denise Gama). In: *Constituição & Democracia: encarte da Tribuna do Brasil*. Brasília: Tribuna do Brasil, 5 de março de 2006, pp. 12-13.

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.

CATANIA, Alfonso. “Hobbes e Kelsen”. In: *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*. Serie IV, Vol. LXVI, nº 3. Milano: Giuffrè, julho-setembro de 1989, pp. 407-423.

CATANIA, Alfonso. “Kelsen e la democrazia”. In: *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*. Serie IV, Vol. LXIX, nº1. Milano: Giuffrè, janeiro de 1992, pp. 377-392.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

CELANO, Bruno. *La teoria del diritto di Hans Kelsen: una introduzione critica*. Bologna: Il Mulino, 1999.

CERVANTES, Miguel de. *Don Quijote de la Mancha – edición del IV centenario*. Madrid: Real Academia Española, 2005.

CHAZAL, Jean-Pascal. “Philosophie du droit et théorie du droit, ou l'illusion scientifique”. In: *Archives de Philosophie du droit*. Nº 45: L'américanisation du droit. Paris: Dalloz, CNRS, 2001, pp. 303-333.

CHEVALLIER, Jacques. *L'État de droit*. 2ª ed. Paris: Montchrestien, 1994.

CLAM, Jean. “A autopoiese no direito”. In: ROCHA, Leonel Severo *et alli*. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

CLAM, Jean. “Une nouvelle sociologie du droit? Autour de *Das Recht der Gesellschaft* de Niklas Luhmann.” In: *Droit & Societé*. Nº 33. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1996.

CLARK, Christopher. “Germany 1815-1848: Restoration or pre-March?”. In: BREUILLY, John (org.). *Nineteenth-Century Germany: Politics, Culture and Society 1780-1918*. London: Arnold, 2001.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

COLLIOT-THÉLÈNE, Catherine. “Carl Schmitt contre Max Weber: rationalité juridique et rationalité économique”. In: HERRERA, Carlos Miguel. *Le droit, le politique: autour de Max Weber, Hans Kelsen, Carl Schmitt*. Paris: L’Harmattan, 1995, pp. 205-227.

CONSTANT, Benjamin. “Princípios de política aplicáveis a todos os governos representativos e em particular à Constituição atual da França” (1815) In: *Escritos de Política*. Ed. Célia Galvão Quirino. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

CONSTANT, Benjamin. “Princípios de Política” (1815). In: *Escritos de Política*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

CORSI, Giancarlo. “Sociologia da Constituição”. Trad. Juliana Neuenschwander. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. Nº 39. Belo Horizonte: Janeiro-Junho de 2001.

CORSI, Giancarlo. DE GIORGI, Raffaele. *Ridescrivere la Questione Meridionale*. Lecce: Pensa Multimedia Editore, 1998.

COSTA, Pietro. “O Estado de Direito: uma introdução histórica”. In: COSTA, Pietro. ZOLO, Danilo (orgs.). *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. Trad. Carlo Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

COSTA, Pietro. *Iurisdictio: semantica del potere político nella pubblicistica medievale (1100-1433)*. Milano: Giuffrè, 2002.

DE GIORGI, Raffaele. “A memória do direito”. In: *Direito, tempo e memória*. Trad. Guilherme Leite Gonçalves. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

DE GIORGI, Raffaele. “Direito e modernidade”. Trad. Celso Campilongo, Menelick de Carvalho Netto, Juliana Neuenschwander, Santos Colabella. In: *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre, 1998.

DE GIORGI, Raffaele. “L’azione come artefatto storico-evolutivo”. In: *Sociologia del diritto*. Vol. XXIX, nº 3. Milano: Franco Angeli, 2002.

DE GIORGI, Raffaele. “Modelos jurídicos de igualdade e de equidade”. In: *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998.

DE GIORGI, Raffaele. “O Deus com barba e o Deus sem barba”. In: *Direito, tempo e memória*. Trad. Guilherme Leite Gonçalves. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

DE GIORGI, Raffaele. “O risco na sociedade contemporânea”. In: *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998.

DE GIORGI, Raffaele. “Reflexos sobre a semântica da racionalidade e da experiência jurídica”. In: *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998.

DE GIORGI, Raffaele. “Roma como memória da evolução”. In: *Direito, tempo e memória*. Trad. Guilherme Leite Gonçalves. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

DE GIORGI, Raffaele. “Semântica da idéia de direito subjetivo”. In: *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998.

DE GIORGI, Raffaele. *Scienza del diritto e legittimazione: critica dell’epistemologia giuridica tedesca da Kelsen a Luhmann*. Bari: De Donato, 1979.

DENNINGER, Erhard. “‘Security, diversity and solidarity’ instead of ‘Freedom, Equality, Fraternity’”. In: *Constellations: an international journal of critical and democratic theory*. Vol.7, N°4. Oxford: Blackwell Publishers, dezembro de 2000, pp. 507-521.

DIETZE, Gottfried. *The Federalist: a classic on federalism and free government*. 3ª ed. Baltimore: John Hopkins Press, 1962.

DIPPEL, Horst. “Modern constitutionalism: an introduction to a history in need of writing”. In: *The Legal History Review*. Vol 73, nº 1. Leiden: Brill Academic Publishers, Fevereiro de 2005, pp. 153-170.

DIPPEL, Horst. “Popular sovereignty and the separations of powers in American and French Revolutionary constitutionalism.” In: *Amerikastudien: Eine Vierteljahrsschrift*. Jahrgang 34. München: Wilhelm Fink Verlag: 1989.

DIPPEL, Horst. *As convenções no direito constitucional comparado*. Trad. Renato Bigliuzzi. Brasília: Faculdade de Direito-UnB, 2006 (manuscrito inédito).

DIPPEL, Horst. *As idéias constitucionais americanas e francesas na Alemanha no final do século XVIII*. Trad. Herman Nébias. Brasília: Faculdade de Direito da UnB, 2006 (manuscrito inédito).

DIPPEL, Horst. *Germany and the American Revolution 1770-1800: a sociohistorical investigation of late Eighteenth-Century political thinking*. Trad. Bernhard A. Uhlendorf. Williamsburg: Chapel Hill, 1977.

DOGLIANI, Mario. *Introduzione al diritto costituzionale*. Bolonha: il Mulino, 1994.

DOREMUS, André. “La philosophie du droit de Schopenhauer selon Carl Schmitt”. In: *Archives de Philosophie du Droit*. Tomo 41: le privé et le publique. Paris: Sirey, 1997, pp. 471-473.

DRAKE, Antonio Esteban. *El derecho público subjetivo como instrumentación técnica de las libertades públicas y el problema de la legitimación procesal*. Madrid: Editorial Civitas, 1981.

DUBY, George. *As três ordens ou o imaginário do feudalismo*. 2ª ed. Lisboa: Editorial Estampa, 1994.

DUBY, Georges. “Estruturas familiares aristocráticas na França do século XI em relação com as estruturas do Estado”. In: *Idade Média, idade dos homens: do amor e outros ensaios*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

DUBY, Georges. “Estruturas familiares na Idade Média ocidental”. In: *Idade Média, idade dos homens: do amor e outros ensaios*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

DÜRRENMATT, Friedrich. “A pane”. In: *A pane, o túnel, o cão*. Trad. Marcelo Rondinelli. São Paulo: Códex, 2003.

DUVERGER, Maurice (org.). *Constitutions et documents politiques*. 14^a ed. Paris : Presses Universitaires de France, 1996.

DWORKIN, Ronald. “Constitutionalism and democracy”. In: *European Journal of Philosophy*. Vol. 3, nº 1. Oxford: Blackwell, abril de 1995.

DYMETMAN, Annie. “Benjamin & Schmitt: uma arqueologia da exceção”. In: *Lua Nova: revista de cultura e política*. Nº 53. São Paulo: Cedec, 2001, pp. 115-134.

DYZENHAUS, David (org.). *Law as Politics: Carl Schmitt's Critique of Liberalism*. Durham: Duke University Press, 1998.

DYZENHAUS, David. “Legal Theory in the Collapse of Weimar: Contemporary Lessons?”. In: *American Political Science Review*. Vol. 91, nº1. Março de 1997.

DYZENHAUS, David. *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

EHRlich, Eugen. *Fundamentos da Sociologia do Direito* (1913). Trad. René Gertz. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1986.

EISENMANN, Charles. “Science du droit et sociologie dans la pensée de Kelsen”. In: *Écrits de Théorie du Droit, de Droit Constitutionnel et d'Idées Politiques*. Ed. Charles Leben. Paris: Éditions Panthéon-Assas, 2003.

EISENMANN, Charles. *La justice constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1928.

ENNECCERUS, Ludwig. KIPP, Theodor. WOLFF, Martín. *Tratado de Derecho Civil* (13^a ed. 1931). Tomo I: Parte General. Trad. Blas González, José Alguer. Barcelona: Bosch, 1943.

ERMACORA, Felix. “Procédures et techniques de protection des droits fondamentaux: Cour Constitutionnelle Autrichienne”. In: FAVOREU, Louis. *Cours Constitutionnelles Européennes et Droits Fondamentaux*. Paris; Aix-en-Provence: Economica; Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1987.

ESMEIN, Ademar. *Éléments de droit constitutionnel français et comparé* (1914, 6^a ed.). Paris: Panthéon-Assas, 2001.

ESPOSITO, Elena. *L'operazione di osservazione: costruttivismo e teoria dei sistemi sociali*. Milano: Franco Angeli, 1992.

FARDELLA, Franco. “Le dogme de la souveraineté de l’État: un bilan”. In: *Archives de philosophie du droit*. Tomo 41: le privé et le public. Paris: Sirey; CNRS, 1997.

FASSÒ, Guido. *Storia della filosofia del diritto II: l’età moderna*. Bologna: Il Mulino, 1968.

FERGUSON, Adam. *An Essay on the History of Civil Society (1767)*. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. “Hobbes e a teoria normativa do direito”. In: *Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Conceito de sistema no direito: uma investigação histórica a partir da obra de jusfilosófica de Emil Lask*. São Paulo: Ed. USP; Revista dos Tribunais, 1976.

FERREIRA, Bernardo. *O risco do político: crítica ao liberalismo e teoria política no pensamento de Carl Schmitt*. Belo Horizonte, Rio de Janeiro: UFMG, IUPERJ, 2004.

FINLEY, Moses I. “Como realmente aconteceu”. In: *A história antiga: testemunhos e modelos*. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

FIORAVANTI, Maurizio. “Costituzione e Stato di Diritto”. In: *La scienza del diritto pubblico: dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento*. Tomo II. Milano: Giuffrè, 2001.

FIORAVANTI, Maurizio. “Otto Mayer e la scienza del diritto amministrativo”. In: *La scienza del diritto pubblico: dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento*. Tomo I. Milano: Giuffrè, 2001.

FIORAVANTI, Maurizio. “Kelsen, Schmitt e la tradizione giuridica dell’Ottocento”. In: *La scienza del diritto pubblico: dottrine dello Stato e della costituzione tra Otto e Novecento*. Vol. II. Milano: Giuffrè, 2001.

FIORAVANTI, Maurizio. “Stato e costituzione”. In: FIORAVANTI, Maurizio (org.). *Lo Stato moderno in Europa: istituzioni e diritto*. 2ª ed. Bari: Laterza, 2003.

FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la Antigüedad a nuestros días*. Trad. Manuel Neira. Madrid: Trotta, 2001.

FIORAVANTI, Maurizio. *Giuristi e Costituzione politica nell’Ottocento tedesco*. Milano: Giuffrè, 1979.

FIORILLO, Vanda. “Delitto e peccato nel giusnaturalismo di Samuel Pufendorf”. In: *Rivista Internazionale di filosofia del diritto*. IV Serie, Vol. LXII. Milano: Giuffrè, janeiro-março de 1995, pp. 3-24.

FÖGEN, Marie Theres. *Storie di diritto romano: origine ed evoluzione di un sistema sociale*. Bologna: il Mulino, 2005.

FÖGEN, Marie Theres. *Rechtsgeschichte – Geschichte der Evolution eines sozialen Systems* [versão em inglês]. Frankfurt am Main: Max-Planck Institut für europäische Rechtsgeschichte, 2006 (disponível em www.mpier.uni-frankfurt.de).

FORSTHOFF, Ernst. “La trasformazione della legge costituzionale”. In: *Stato di diritto in trasformazione*. Ed. Carlo Amirante. Milano: Giuffrè, 1973.

FORSTHOFF, Ernst. *Traité de droit administratif allemand* (1966, 9ª ed.). Trad. Michel Fromont. Bruxelles: Bruylant, 1969.

FORTES, Luiz Roberto Salinas. “Rousseau: o mundo político como vontade e representação”. In: *Filosofia Política*. Nº 2. Porto Alegre: L&PM, 1985, pp. 89-116.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 3ª ed. Trad. Roberto Machado e Eduardo Morais. Rio de Janeiro: Nau; PUC-RJ, 2002.

FREUND, Julien. *Sociologia de Max Weber*. Trad. Luis Costa. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FRIEDRICH, Carl Joachim. “The issue of Judicial Review in Germany” (1928). In: *Political Science Quarterly*. Vol. 43, nº 2. New York: Columbia University, junho de 1928.

FROSINI, Tommaso Edoardo. “Costituzione e sovranità nella dottrina della Germania di Weimar”. In: *Il Politico: Rivista Italiana di Scienze Politiche*. Ano LXI, nº 1. Pavia: Università degli Studi di Pavia, janeiro-março de 1996.

FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. *A cidade antiga*. São Paulo: Martins Fontes, 1981.

GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getúlio Vargas, 2003.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 3ª ed. Madrid: Civitas, 1994.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La lengua de los derechos: la formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa*. Madrid: Alianza Editorial, 2001.

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Introducción al estudio del derecho*. 16ª ed. Cidade do México: Editorial Porrúa, 1969.

GARRATY, John. “The Case of the Missing Commissions”. In: GARRATY, John (org.). *Quarrels that have shaped the Constitution*. New York: Harper & Rom, 1988, pp. 7-19.

GASIÓ, Guillermo. “Apresentación”. In: Kelsen, Hans. *Quien debe ser el defensor de la Constitución?*. Ed. Eugenio Bulygin. Madrid: Tecnos, 1995, pp. IX-XLI.

GAUDEMET, P. M. “Paul Laband et la doctrine française de Droit Public”. In: *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'étranger*. Ano 95, Nº 4. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, julho-agosto 1989.

GAY, Peter. *A cultura de Weimar*. Trad. Laura da Costa Braga. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.

GHAJ, Yash. “Coups and Constitutional Doctrines: The Role of Courts”. In: *The Political Quarterly*. Vol. 58, nº 3. Oxford: Blackwell, julho de 1987.

GIANFORMAGGIO, Letizia. “El modelo kelseniano del Estado como ordenamiento dinamico entre teoria e ideologia”. In: *Estudios sobre Kelsen*. Cidade do México: Distribuciones Fontamara, 1994.

GIANFORMAGGIO, Letizia. “Sobre la deducción de la validez en Hans Kelsen”. In: *Estudios sobre Kelsen*. Cidade do México: Distribuciones Fontamara, 1994, pp. 47-79.

GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. São Paulo: Ed. Unesp, 1991.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 2ª ed. Trad. António Manuel Hespanha e Manuel Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

GIOVANNELLI, Adriano. “Alcune considerazioni sul modello della *Verfassungsgerichtsbarkeit* kelseniana, nel contesto del dibattito sulla funzione ‘politica’ della Corte Costituzionale”. In: *Scritti su la giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*. Vol. I. Padova: Cedam, 1985, pp. 381-444.

GNEIST, Rudolf. “Legge e Bilancio” (1878). In: GNEIST, Rudolf. JELLINEK, Georg. *Legge e bilancio/Legge e decreto*. Ed. Clemente Forte. Milano: Giuffrè, 1997.

GONÇALVES, João Filipe. *Rui Barbosa: pondo as idéias no lugar*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2000.

GORDON, Scott. *Controlling the State: Constitutionalism from Ancient Athens to Today*. 2ª ed. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. Trad. Irene Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GOZZI, Gustavo. “Estado de Direito e direitos subjetivos na história constitucional alemã”. In: COSTA, Pietro. ZOLO, Danilo (orgs.). *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. Trad. Carlo Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GRAIG, Gordon A. *Germany: 1866-1945*. Oxford: Oxford University Press, 1978.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

GRIFFIN, Stephen M. *American Constitutionalism: from Theory to Politics*. Princeton: Princeton University Press, 1996.

GRIMM, Dieter. *Constituição e Política*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GRIPP-HAGELSTANGE, Helga. “Niklas Luhmann, o: en qué consiste el principio teórico sustentado en la diferencia?” In: NAFARRATE, Javier Torres. *Luhmann: la*

política como sistema. Cidade do México: UNAM; Universidad Iberoamericana; Fondo de Cultura Económica, 2004.

GRÓCIO, Hugo. *Del derecho de la guerra y de la paz I*. Trad. do Latim por Jaime Ripoll. Madrid: Editorial Reus, 1925.

GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Trad. Arno Dal Ri Jr. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

GUASTINI, Riccardo. “El conocimiento jurídico y la interpretación científica según Kelsen”. In: *Distinguiendo: estudios de teoría y metateoría del derecho*. Trad. Jordi Ferrer i Beltrán. Barcelona: Gedisa, 1999, pp. 256-262.

GUINZBURG, Carlo. “Sinais: raízes de um paradigma indiciário”. In: *Mitos, emblemas, sinais: morfologia e história*. 2ª ed. Trad. Frederico Carotti. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

GUINZBURG, Carlo. *Relações de força: história, retórica, prova*. Trad. Jônatas Batista Neto. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

GUSY, Christoph. “Le principe du *Rechtsstaat* dans la République de Weimar: crise de l’État de droit et crise de la science du droit public”. In: JOUANJAN, Olivier (org.). *Figures de l’État de droit: Le Rechtsstaat dans l’histoire intellectuelle et constitutionnelle de l’Allemagne*. Strasbourg: Presses Universitaires de Strasbourg, 2001.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Trad. Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen, “Remarks on Erhard Denninger’s Triad of Diversity, Security and Solidarity”. In: *Constellations: an international journal of critical and democratic theory*. Vol.7, Nº.4. Oxford: Blackwell Publishers, dezembro de 2000, pp. 522-528.

HABERMAS, Jürgen. “Carl Schmitt en la historia de la cultura política de la República Federal”. In: *Más alla del Estado Nacional*. Madrid: Trotta, 2001, pp. 126-134.

HAMEROW, Theodore S. *Restoration, Revolution, Reaction: Economics and Politics in Germany, 1815-1871*. 6ª ed. Princeton: Princeton University Press, 1972.

HAMILTON, Alexander. “Nº 78, May 28, 1788: a view of the Constitution of the Judicial Department in relation to the tenure of good behaviour”. In: HAMILTON, Alexander. MADISON, James. JAY, John. *The Federalist*. Edição de J. R. Pole. Indianapolis: Hackett Publishing, 2005.

HARTMANN, Bernd J. “The arrival of judicial review in Germany under the Weimar Constitution”. In: *BYU Journal of Public Law*. Vol. XVIII, nº 1. Provo (Utah): Brigham Young University, 2003-2004.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Enciclopédia das ciências filosóficas em compêndio III: a filosofia do Espírito* (1830). Trad. Paulo Meneses. São Paulo: Edições Loyola, 1995.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *La Constitución de Alemania* (1802). Trad. Dalmacio Negro Pavón. Madrid: Aguilar, 1972.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HELLER, Herman. “Metas y límites de una reforma de la Constitución alemana”. In: *El sentido de la política y otros ensayos*. Trad. Maximiliano Marcos. Valencia: Pre-Textos, 1996.

HELLER, Herman. *Las ideas políticas contemporáneas* (1930). Trad. Manuel Pedroso. Granada: Editorial Comares, 2004.

HELLER, Hermann. “La crise della dottrina dello Stato” (1926). In: *La sovranità ed altri scritti sulla dottrina del diritto e dello Stato*. Ed. Pasquale Pasquino. Milano: Giuffrè, 1987, pp. 29-66.

HELLER, Hermann. “La sovranità. Contributo alla teoria del diritto dello Stato e del diritto internazionale” (1927). In: *La sovranità ed altri scritti sulla dottrina del diritto e dello Stato*. Ed. Pasquale Pasquino. Milano: Giuffrè, 1987, pp. 67-301.

HELLMANN, Kai-Uwe. “Aristóteles y nosotros”. In: NAFARRATE, Javier Torres. *Luhmann: la política como sistema*. Cidade do México: UNAM; Universidad Iberoamericana; Fondo de Cultura Económica, 2004.

HENNINGER, Julien. *Marbury v. Madison: un arrêt fondateur, mal fondé*. Strasbourg: Presses Universitaires de Strasbourg, 2005.

HERF, Jeffrey. *O modernismo reacionário: tecnologia, cultura e política na República de Weimar e no 3º Reich*. Campinas: Unicamp; Editora Ensaio, 1993.

HERRERA, Carlos Miguel. “La polemica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución”. In: *Revista de Estudios Políticos*. Nº 86 – nueva epoca. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, outubro-dezembro de 1994.

HERRERA, Carlos Miguel. “Kelsen y el socialismo reformista”. In: *Revista de Estudios Políticos*. Nº 96. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, abril-junho de 1997, pp. 77-136.

HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Européia*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

HESPANHA, António Manuel. *Justiça e litigiosidade: história e prospectiva*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

HEUN, Werner. “Supremacy of the constitution, separation of powers, and judicial review in Nineteenth-Century German Constitutionalism”. In: *Ratio Juris*. Vol. 16, nº 2. Oxford: Blackwell, junho de 2003.

HEUSCHLING, Luc. “Justice constitutionnelle et justice ordinaire. Épistémologie d’une distinction théorique”. In: GREWE, Constance. JOUANJAN, Olivier. MAULIN, Éric. WACHSMANN, Patrick (orgs.). *La notion de “justice constitutionnelle”*. Paris: Dalloz, 2005.

HIRST, Paul. “Carl Schmitt’s decisionism”. In: *Telos: a Quarterly of Critical Thought*. Nº 72. New York: Telos Press, verão de 1987, pp. 15-26.

HIRST, Paul. *A democracia representativa e seus limites*. Trad. Maria Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1992.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Silva. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

HOBBSBAWM, Eric. “O sentido do passado”. In: *Sobre história: ensaios*. Trad. Cid Knipel Moreira. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

HOLD-FERNECK, Alexander. “Lo Stato come superuomo con una discussione delle dottrine del diritto di Kelsen”. In: KELSEN, Hans. HOLD-FERNECK, Alexander. *Lo Stato come Superuomo: un dibattito a Vienna*. Ed. Antonino Scalone. Torino: Giappichelli, 2002.

HOLMES, Stephen. “Precommitment and the paradox of democracy”. In: ELSTER, Jon. SLAGSTAD, Rune. *Constitutionalism and Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1993, pp. 195-240.

HUMMEL, Jacky. *Le constitutionnalisme allemand (1815-1918): le modèle allemand de la monarchie limitée*. Paris: Presses Universitaires de France, 2002.

IRTI, Natalino. “Autonomia privata e forma di Stato: intorno al pensiero di Hans Kelsen”. In: *Rivista di Diritto Civile*. Ano XL, Nº1. Padova: Cedam, janeiro-fevereiro 1994, pp. 15-23.

JEFFERIES, Matthew. *Imperial Culture in Germany 1871-1918*. Hampshire: Palgrave-Macmillan, 2003.

JELLINEK, Georg. “Parliamentary Obstruction” (26.7.1903). In: *Political Science Quarterly*. Vol. XIX, Nº 4. New York: Columbia University, dezembro de 1904, pp.579-588.

JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la Constitución* (1906). Trad. Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

JELLINEK, Georg. *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi* (1905, 2ª ed.). Trad. Gaetano Vitagliano. Milano: Società Editrice Libreria, 1912.

JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado* (1911). Trad. Fernando de los Ríos. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

JACOBSON, Arthur. SCHLINK, Bernhard. “Introduction – Constitutional Crisis: the German and the American Experience”. In: JACOBSON, Arthur. SCHLINK, Bernhard. *Weimar: a jurisprudence of crisis*. Berkeley: University of California Press, 2002.

JOUANJAN, Olivier. “Aperçu d’une histoire des fonctions de justice constitutionnelle en Allemagne (1815-1933)”. In: GREWE, Constance. JOUANJAN, Olivier. MAULIN, Éric. WACHSMANN, Patrick (orgs.). *La notion de “justice constitutionnelle”*. Paris: Dalloz, 2005.

JOUANJAN, Olivier. “Le contrôle incident des normes et les contradictions de l’État monarchique en Allemagne (1815-1860). In: JOUANJAN, Olivier (org.). *Figures de l’État de droit: Le Rechtsstaat dans l’histoire intellectuelle et constitutionnelle de l’Allemagne*. Strasbourg: Presses Universitaires de Strasbourg, 2001.

JOUANJAN, Olivier. “Présentation”. In: JOUANJAN, Olivier (org.). *Figures de l’État de droit: Le Rechtsstaat dans l’histoire intellectuelle et constitutionnelle de l’Allemagne*. Strasbourg: Presses Universitaires de Strasbourg, 2001.

JOUANJAN, Olivier. “Un positiviste dans la crise: Richard Thoma”. In: KERVÉGAN, Jean-François (org.). *Crise et pensée de la crise en droit: Weimar, sa république et ses juristes*. Paris: ENS Éditions, 2002.

JOUANJAN, Olivier. *Le principe d’égalité devant la loi en droit allemand*. Paris: Economica, 1992.

JOUANJAN, Olivier. *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918): idéalisme et conceptualisme chez les juristes allemands du XIXe. Siècle*. Paris: Presses Universitaires de France, 2005.

KANT, Immanuel. “Resposta à pergunta: o que é o Iluminismo?” (30.9.1784). In: *A paz perpétua e outros opúsculos*. Lisboa: Edições 70, 2004, pp. 11-19.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes* (1785). Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Ed. 70, 1995.

KANTOROWICZ, Ernst Hartwig. *Os dois corpos do rei: um estudo de teologia política medieval*. Trad. Cid Knipel. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

KELSEN, Hans. “Acerca de las fronteras entre el método jurídico y el sociológico” (1911). In: CORREAS, Óscar (org.). *El otro Kelsen*. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989, pp. 283-317.

KELSEN, Hans. *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico, esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica* (1911). Ed. Agostino Carrino. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1997.

KELSEN, Hans. *L’Illecito dello Stato* (1914). Ed. Angelo Abignente. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1990.

KELSEN, Hans. *Legge del Reich e legge del Land nella costituzione austriaca* (1914). Ed. Nicoletta Bersier Ladavac. Torino: Giappichelli Editore, 2006.

KELSEN, Hans. *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale: contributo per um dottrina pura del diritto* (1920). Ed. Agostino Carrino. Milano: Giuffrè, 1989.

KELSEN, Hans. *Il concetto sociologico e il concetto giuridico dello Stato: studio critico sul rapporto tra Stato e diritto* (1922). Ed. Agostino Carrino. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1997.

KELSEN, Hans. “El concepto de Estado de la sociología comprensiva” (1922). In: CORREAS, Óscar (org.). *El otro Kelsen*. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989.

KELSEN, Hans. “O conceito de Estado e a psicologia social, com especial referência à teoria de grupo de Freud” (1922). Trad. Vera Barkow. In: *A democracia*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KELSEN, Hans. “Dios y Estado” (1923). In: CORREAS, Óscar (org.). *El otro Kelsen*. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989.

KELSEN, Hans. “O problema do parlamentarismo (1924)”. In: *A democracia*. Trad. Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KELSEN, Hans. “A jurisdição constitucional e administrativa a serviço do Estado federativo segundo a nova Constituição federal austríaca de 1º de outubro de 1920” (1924). In: *Jurisdição Constitucional*. Trad. Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp. 3-46.

KELSEN, Hans. “La dottrina dei tre poteri o funzioni dello Stato (1924)”. In: *Il primato del parlamento*. Ed. Carmelo Geraci. Milano: Giuffrè, 1982, pp. 77-120.

KELSEN, Hans. *Teoría General del Estado* (1925). Trad. Luís Legaz y Lacambra. Madrid: Editorial Labor, 1934.

KELSEN, Hans. “Carta de Hans Kelsen a Julius Moór (Viena, 20.2.1927)”. Trad. Michel Troper. In: *Droit & Societé*. Nº 7. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1987, pp. 335-340.

KELSEN, Hans. “A intervenção federal. Contribuição à teoria e prática do Estado federativo, com particular atenção à Constituição do Reich alemão e à Constituição federal austríaca.” (1927). In: *Jurisdição Constitucional*. Trad. Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp. 47-117.

KELSEN, Hans. “La idea del derecho natural” (1927) In: *La idea del derecho natural y otros ensayos*. Buenos Aires: Editorial Losada, 1946, pp. 13-52.

KELSEN, Hans. “Préface” (1928). In: EISENMANN, Charles. *La justice constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d’Autriche*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1928.

KELSEN, Hans. “A jurisdição constitucional” (1928). In: *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp. 121-186.

KELSEN, Hans. “La garantía jurisdiccional de la Constitución: la Justicia Constitucional” (1928). In: *Escritos sobre la Democracia y el Socialismo*. Madrid: Editorial Debate, 1988.

KELSEN, Hans. “Legal Formalism and the Pure Theory of Law” (1929). In: JACOBSON, Arthur. SCHLINK, Bernhard. *Weimar: a jurisprudence of crisis*. Berkeley: University of California Press, 2002, pp. 76-83.

KELSEN, Hans. “A pressão pela reforma constitucional” (6.10.1929). In: *Jurisdição Constitucional*. Trad. Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp. 211-219

KELSEN, Hans. “As linhas fundamentais da reforma constitucional I” (20.10.1929). In: *Jurisdição Constitucional*. Trad. Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp. 223-229

KELSEN, Hans. “As linhas fundamentais da reforma constitucional II” (30.10.1929). In: *Jurisdição Constitucional*. Trad. Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp. 231-236.

KELSEN, Hans. “Essência e valor da democracia (1929, 2ª ed.)”. In: *A democracia*. Trad. Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KELSEN, Hans. “Quem deve ser o guardião da Constituição?” (1931). In: *Jurisdição Constitucional*. Trad. Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp. 237-298.

KELSEN, Hans. *Quien debe ser el defensor de la Constitución?* (1931). Ed. Eugenio Bulygin. Madrid: Tecnos, 1995.

KELSEN, Hans. “Difesa della democrazia” (1932). In: *Sociologia della democrazia*. Ed. Agostino Carrino. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1991.

KELSEN, Hans. “Carta de Hans Kelsen a Renato Treves (Colônia, 3.8.1933)”. Trad. Giorgio Bomio. In: *Droit & Societé*. Nº 7. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1987, pp. 319-329.

KELSEN, Hans. “Forme di governo e concezioni del mondo (1933)” [*Staatsform und Weltanschauung*]. In: *Il primato del parlamento*. Ed. Carmelo Geraci. Milano: Giuffrè, 1982, pp. 39-60.

KELSEN, Hans. “A competência da Assembléia Nacional Constituinte de 1933/34” (Parecer). In: SOLON, Ari Marcelo. *Teoria da soberania como problema da norma jurídica e da decisão*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, pp. 215-219.

KELSEN, Hans. “Sobre a teoria da interpretação (1934)”. Trad. Raíssa Mendes. In: *Cadernos da Escola do Legislativo*. Ano 3, nº 5. Belo Horizonte: Assembléia Legislativa de Minas Gerais, janeiro-junho de 1997, pp. 31-43.

KELSEN, Hans. *Introduction to the problems of legal theory: a translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law* (1934). Trad. Bonnie Litschewski Paulson e Stanley L. Paulson. Oxford: Clarendon Press, 1996.

KELSEN, Hans. “La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución” (1939). Trad. Francisco Ayala. In: *La idea del derecho natural y otros ensayos*. Buenos Aires: Editorial Losada, 1946, pp. 53-112.

KELSEN, Hans. “O controle judicial da constitucionalidade: um estudo comparado das Constituições austríacas e americana” (1942). In: *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp. 301-319.

KELSEN, Hans. “El control de la constitucionalidad de las leyes: estudio comparado de las constituciones austriaca y norteamericana (1942)”. Trad. Domingos Belaunde. In: *Ius et veritas*. Ano IV, nº 6. Lima: Pontificia Universidad Catolica del Peru, 1997.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito* (1960). 6ª ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KEMP, Tom. *A revolução industrial na Europa do século XIX*. Lisboa: Edições 70, 1987.

KENNEDY, Ellen. “*Hostis not Inimicus: toward a Theory of the Public in the Work of Carl Schmitt*”. In: DYZENHAUS, David (org.). *Law as Politics: Carl Schmitt's Critique of Liberalism*. Durham: Duke University Press, 1998, pp. 92-108.

KERVÉGAN, Jean-François. “Carl Schmitt et la crise de la représentation”. In: KERVÉGAN, Jean-François (org.). *Crise et pensée de la crise en droit: Weimar, sa république et ses juristes*. Paris: ENS Éditions, 2002, pp.

KERVÉGAN, Jean-François. “La critique schmittienne du normativisme kelsénien”. In: HERRERA, Carlos Miguel. *Le droit, le politique: autour de Max Weber, Hans Kelsen, Carl Schmitt*. Paris: L'Harmattan, 1995, pp. 229-241.

KERVÉGAN, Jean-François. L'État de droit dans l'idéalisme allemand: Kant, Fichte, Hegel”. In: JOUANJAN, Olivier (org.). *Figures de l'État de droit : le Rechtsstaat dans l'histoire intellectuelle et constitutionnelle de l'Allemagne*. Strasbourg: Presses Universitaires de Strasbourg, 2001.

KERVÉGAN, Jean-François. *Hegel, Carl Schmitt: o político entre a especulação e a positividade*. Trad. Carolina Huang. Barueri: Manole, 2006.

KING, Michael. THORNHILL, Chris. *Niklas Luhmann's theory of politics and law*. Hampshire: Palgrave-Macmillan, 2005.

KLEIN, Claude. *Weimar*. Trad. Geraldo Souza. São Paulo: Ed. Perspectiva, 1995.

KOLB, Eberhard. *The Weimar Republic*. Trad. P.S. Falla. London: Routledge, 1999.

KOMMERS, Donald P. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. 2ª ed. revisada e expandida. Durham: Duke University Press, 1997.

KORIOH, Stefan. “Prologue: The Shattering of Methods in Late Wilhelmine Germany”. In: SCHLINK, Bernhard. JACOBSON, Arthur J. (orgs.). *Weimar: a Jurisprudence of Crisis*. Berkeley: University of California Press, 2002.

KOSELLECK, Reinhart. “‘Espacio de experiencia’ y ‘horizonte de expectativa’ dos categorías históricas”. In: *Futuro pasado: para una semántica de los tiempos históricos*. Barcelona: Ediciones Paidós, 1993.

KOSELLECK, Reinhart. “‘Progress’ and ‘Decline’: an appendix to the history of two concepts”. In: *The practice of conceptual history: timing history, spacing concepts*. Stanford: Stanford University Press, 2002.

KOSELLECK, Reinhart. “Historia Magistra Vitae”. In: *Futuro pasado: para una semántica de los tiempos históricos*. Barcelona: Ediciones Paidós, 1993.

KOSELLECK, Reinhart. “Historia, Historias y estructuras formales del tiempo”. In: *Futuro pasado: para una semántica de los tiempos históricos*. Barcelona: Ediciones Paidós, 1993.

KOSELLECK, Reinhart. “Historical time and social history”. In: *The practice of conceptual history: timing history, spacing concepts*. Stanford: Stanford University Press, 2002.

KOSELLECK, Reinhart. “The Eighteenth Century as the Beginning of Modernity”. In: *The practice of conceptual history: timing history, spacing concepts*. Stanford: Stanford University Press, 2002.

KOSELLECK, Reinhart. “Uma história dos conceitos: problemas teóricos e práticos”. In: *Estudos Históricos*. Vol. 5, nº 10. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1992.

KOSELLECK, Reinhart. *Crítica e crise: uma contribuição à patogênese do mundo burguês*. Trad. Luciana Castelo-Branco. Rio de Janeiro: EDUERJ: Contraponto, 1999.

KOTT, Jan. *Shakespeare nosso contemporâneo*. Trad. Paulo Neves. São Paulo: Cosac & Naify, 2003.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 5ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2000.

LA TORRE, Massimo. “La teoria del diritto soggettivo nel ‘primo’ Kelsen”. In: *Rivista internazionale di Filosofia del Diritto*. IV Serie, Vol. LXVI, Nº 1. Milano: Giuffrè, janeiro-março 1989, pp.58-94.

LABAND, Paul. *El derecho presupuestario* (1871). Trad. Jose Zamit. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1979.

LABAND, Paul. *Le Droit Public de l’Empire allemand I: formation de l’Empire allemand, l’Empire et les États particuliers, l’Empereur, le Bundesrath, le Reichstag*. Trad. C. Gandilhon. Paris: Giard & Brière, 1900.

LABAND, Paul. *Le Droit Public de L’Empire Allemand II: autorités et fonctionnaires de l’Empire, la législation de l’Empire, les traités internationaux, l’Administration, la situation de l’Alsace-Lorraine dans l’Empire, les protectorats allemands*. Trad. C. Gandilhon e Th. Lacuire. Paris: Giard & Brière, 1901.

LABAND, Paul. *Le Droit Public de L'Empire Allemand VI: les finances de l'Empire allemand*. Trad. Savinien Bouyssy. Paris: Giard & Brière, 1904.

LAMBERT, Edouard. *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis: l'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*. Paris: Marcel Giard, 1921.

LAMBERT, François. “La genèse de la Constitution du 4 novembre 1848: de la confiscation de la Révolution à la défaite de la République”. In: DIPPEL, Horst (org.). *Executive and Legislative Powers in the Constitutions of 1848-1849*. Schriften zur Verfassungsgeschichte Band 58. Berlin: Duncker & Humblot, 1999, pp. 205-229.

LANCHESTER, Fulco. *Alle origini di Weimar: il dibattito costituzionalistico tedesco tra il 1900 e il 1918*. Milano: Giuffrè, 1985.

LANCHESTER, Fulco. *Le Costituzione tedesche da Francoforte a Bonn: introduzione e testi*. Milano: Giuffrè, 2002.

LARENZ, Karl. *La filosofía contemporánea del derecho y del Estado* (1935). Trad. E. Gutiérrez e Truyol Serra. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1942.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego. 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

LE DIVELLEC, Armel. “Les prémices de la justice constitutionnelle en Allemagne avant 1945”. In: CHAGNOLLAUD, Dominique (org.). *Aux origines du contrôle de constitutionnalité XVIIIe.-XXe. Siècle*. Paris: Editions Panthéon Assas, 2003.

LE GOFF, Jacques. “Memória”. In: *História e memória*. 5ª ed. Campinas: Ed. Unicamp, 2003.

LE GOFF, Jacques. *A civilização do Ocidente medieval II*. Trad. Manuel Ruas. Lisboa: Editorial Estampa, 1983.

LEDFOURD, Kenneth F. “Formalizing the Rule of Law in Prussia: the Supreme Administrative Court, 1876-1914”. In: *Central Europe History*. Vol. 37, nº 2. Leiden: Brill Academic Publishers, junho de 2004.

LEIBHOLZ, Gerhard. “Les tendances actuelles de la doctrine du droit public en Allemagne”. In: *Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*. Nº 1. Paris: Recueil Sirey, 1931.

LÊNIN, Vladimir Ilich. *Esquerdismo, doença infantil do comunismo*. 4ª ed. São Paulo: Símbolo, 1978.

LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. “A guarda da Constituição em Hans Kelsen”. In: *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. Nº 1: Justiça Constitucional. São Paulo: Ed. Método; ESDC, janeiro-junho de 2003.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. “Justiça Constitucional e democracia: perspectivas para o papel do Poder Judiciário”. In: *Revista da Procuradoria-Geral da República*. Nº 8. São Paulo: Revista dos Tribunais, janeiro-junho 1996.

LINDSETH, Peter L. “The Paradox of Parliamentary Supremacy: Delegation, Democracy, and Dictatorship in Germany and France, 1920s-1950s”. In: *The Yale Law Journal*. Vol. 113, nº 7. New Haven: Yale Law School, maio de 2004.

LONGO, Gianfranco. “Il concetto di mutamento costituzionale in Hans Kelsen e Carl Schmitt”. In: *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*. IV Série, vol. LXXIII, nº 2. Milano: Giuffrè, abril-junho, 1996.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história – lições introdutórias*. São Paulo: Max Limonad: 2000.

LOSANO, Mario G. *Teoría pura del derecho: evolución y puntos cruciales*. Trad. Jorge Guerrero. Bogotá: Temis, 1992.

LOSURDO, Domenico. *Democracia ou bonapartismo: triunfo e decadência do sufrágio universal*. Trad. Luiz Sérgio Henriques. Rio de Janeiro; São Paulo: Editora UFRJ; Editora Unesp, 2004.

LOUREIRO, Isabel. *A Revolução Alemã (1918-1923)*. São Paulo: Unesp, 2005.

LUHMANN, Niklas. “A sociedade mundial como sistema social”. In: *Lua Nova: revista de cultura e política*. Nº 47. São Paulo: Cedec, 1999.

LUHMANN, Niklas. “Communication and Society”. In: *Essays on self-reference*. New York: Columbia University Press, 1990.

LUHMANN, Niklas. “Desconstruction as Second-Order Observing”. In: *Theories of distinction: redescribing the descriptions of modernity*. Ed. William Rasch. Stanford: Stanford University Press, 2002, pp. 94-113.

LUHMANN, Niklas. “Donne, uomini e George Spencer Brown”. In: DE GIORGI, Raffaele. PRONTERA, A. (orgs.). *Donne/Uomini*. Trad. Elena Esposito. Paris, Lecce: Istituto Universitario di Studi Euroafricani, 1992.

LUHMANN, Niklas. “Evoluzione del diritto”. In: *La differenziazione del diritto: contributi alla sociologia e alla teoria del diritto*. Ed. Raffaele De Giorgi. Bologna: Il Mulino, 1990.

LUHMANN, Niklas. “Ilustración Sociológica”. In: *Ilustración Sociológica y otros ensayos*. Buenos Aires: SUR, 1973.

LUHMANN, Niklas. “La Costituzione come acquisizione evolutiva”. In: ZAGREBELSKY, Gustavo, PORTINARO, Pier Paolo e LUTHER, Jörg. *Il Futuro della Costituzione*. Torino: Einaudi, 1996, pp. 83-128.

LUHMANN, Niklas. “A posição dos tribunais no sistema do direito”. In: *Revista da Ajuris*. Nº 49, ano XVII, julho de 1990.

LUHMANN, Niklas. “La differenziazione del sistema giuridico”. In: *La differenziazione del diritto: contributi alla sociologia e alla teoria del diritto*. Ed. Raffaele De Giorgi. Bolonha: Il Mulino, 1990.

LUHMANN, Niklas. “La modernidad de la sociedad moderna”. In: *Observaciones de la modernidad: racionalidad y contingencia en la sociedad moderna*. Barcelona: Paidós, 1997.

LUHMANN, Niklas. “La positività del diritto come presupposto di una società moderna”. In: *La differenziazione del diritto: contributi alla sociologia e alla teoria del diritto*. Ed. Raffaele De Giorgi. Bologna: Il Mulino, 1990.

LUHMANN, Niklas. “Law as a social system”. In: *Northwestern Law Review*. Vol. 83, n° 1-2. Chicago: Northwestern University, 1989.

LUHMANN, Niklas. “Meaning as sociology’s basic concept”. In: *Essays on self-reference*. New York: Columbia University Press, 1990.

LUHMANN, Niklas. “O conceito de sociedade”. In: NEVES, Clarissa Eckert Baeta. SAMIOS, Eva Machado Barbosa. *Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas*. Porto Alegre: Ed. UFRGS; Goethe-Institut, 1997.

LUHMANN, Niklas. “Operational closure and structural coupling: the differentiation of the legal system”. In: *Cardozo Law Review*. Vol. 13, n° 5. New York: Yeshiva University, março de 1992.

LUHMANN, Niklas. “Por que uma teoria dos sistemas?”. NEVES, Clarissa. SAMIOS, Eva (orgs.). *Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas*. Porto Alegre: Ed. UFRGS; Goethe-Institut, 1997.

LUHMANN, Niklas. “Sobre os fundamentos teórico-sistêmicos da teoria da sociedade”. In: NEVES, Clarissa. SAMIOS, Eva (orgs.). *Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas*. Porto Alegre: Ed. UFRGS; Goethe-Institut, 1997.

LUHMANN, Niklas. “State and Politics: towards a semantics of the self-description of political systems”. In: *Political Theory in the Welfare State*. Trad. John Bednarz Jr. Berlin, New York: Walter de Gruyter, 1990, pp.117-153.

LUHMANN, Niklas. “Sulla funzione dei ‘diritti soggettivi’”. In: *La differenziazione del diritto: contributi alla sociologia e alla teoria del diritto*. Ed. Raffaele De Giorgi. Bolonha: Il Mulino, 1990.

LUHMANN, Niklas. “Tautology and paradox in the self-descriptions of society”. In: *Essays of self-reference*. New York: Columbia University Press, 1990.

LUHMANN, Niklas. “The autonomy of the legal system”. In: *The differentiation of society*. New York: Columbia University Press, 1982.

LUHMANN, Niklas. “The autopoiesis of social systems”. In: *Essays on self-reference*. New York: Columbia University Press, 1990.

LUHMANN, Niklas. “The differentiation of society”. In: *The differentiation of society*. Trad. Stephen Holmes e Charles Larmore. New York: Columbia University Press, 1982.

LUHMANN, Niklas. "The direction of evolution". In: HAFERKAMP, Hans. SMELSER, Neil J. (Orgs.). *Social Change and Modernity*. Berkeley: University of California Press, 1992.

LUHMANN, Niklas. "The improbability of communication". In: *Essays on self-reference*. New York: Columbia University Press, 1990.

LUHMANN, Niklas. "The representation of society within society". In: *Political Theory in the Welfare State*. Berlin: de Gruyter, 1990.

LUHMANN, Niklas. "The State of the political system". In: *Essays on self-reference*. New York: Columbia University Press, 1990, pp. 165-174.

LUHMANN, Niklas. "The two sides of the State founded on Law". In: *Political Theory in the Welfare State*. Trad. John Bednarz Jr. Berlin, New York: Walter de Gruyter, 1990.

LUHMANN, Niklas. "What is Communication?". In: *Theories of distinction: redescribing the descriptions of modernity*. Ed. William Rasch. Stanford: Stanford University Press, 2002.

LUHMANN, Niklas. *A realidade dos meios de comunicação*. Trad. Ciro Marcondes Filho. São Paulo: Paulus, 2005.

LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate. Cidade do México: 1999 (manuscrito).

LUHMANN, Niklas. *Funzione della religione*. Ed. e Trad. Sergio Belardinelli. Brescia: Morcelliana, 1991.

LUHMANN, Niklas. *I diritti fondamentali come istituzione*. Trad. Gianluigi Palombella e Luigi Pannarale. Bari: Dedalo, 2002.

LUHMANN, Niklas. *Introducción a la teoría de sistemas: lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrate*. Cidade do México: Universidad Iberoamericana; Barcelona: Anthropos, 1996.

LUHMANN, Niklas. *La ciencia de la sociedad*. Ciudad de México, Guadalajara, Barcelona: Universidad Iberoamericana, ITESO, Anthropos, 1996.

LUHMANN, Niklas. *Organizzazione e decisione*. Ed. Giancarlo Corsi. Milano: Bruno Mondadori, 2005.

LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*. 2ª ed. Barcelona, México, Bogotá: Anthropos, Universidad Iberoamericana, Pontificia Universidad Javeriana, 1998.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia del rischio*. Trad. Giancarlo Corsi. Milano: Bruno Mondadori, 1996.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito II*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

LUHMANN, Niklas. *Struttura della società e semantica*. Trad. Maria Sinatra. Roma, Bari: Laterza, 1983.

LUHMANN, Niklas. *Teoría Política en el Estado de Bienestar*. Ed. Fernando Vallespín. Madrid: Alianza Editorial, 1997.

LUHMANN, Niklas. DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della società*. 6ª ed. Milano: Franco Angeli, 1994.

LUTZ, Donald S. *The Origins of the American constitutionalism*. Baton Rouge: Louisiana University, 1988.

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

MADDOX, Graham. "Constitution". In: BALL, Terence; FARR, James; HANSON, Russell. *Political innovation and conceptual change*. Cambridge: Press of the Syndicate of the University of Cambridge, 1995.

MADISON, James. "Nº 51, February 6, 1788: the same subject continued with the same view, and concluded". In: HAMILTON, Alexander. MADISON, James. JAY, John. *The Federalist*. Edição de J. R. Pole. Indianapolis: Hackett Publishing, 2005.

MANCA, Anna Gianna. "La Costituzione 'al di sopra' o 'a disposizione' del legislatore? Difesa, attuazione e revisione costituzionale in Prussia". In: MANCA, Anna Gianna. LACCHÈ, Luigi (orgs.). *Parlamento e Costituzione nei sistemi costituzionali europei ottocenteschi. Parlament und Verfassung in den konstitutionellen Verfassungssystemen Europas*. Bologna; Berlin: il Mulino; Duncker & Humblot, 2003.

MANCA, Anna Gianna. *La sfida delle riforme: Costituzione e politica nel liberalismo prussiano (1850-1866)*. Bologna: il Mulino, 1995.

MANIN, Bernard. *Principes du gouvernement représentatif*. Paris: Flammarion, 1995.

MANNORI, Luca. SORDI, Bernardo. "Giustizia e amministrazione". In: FIORAVANTI, Maurizio (org.). *Lo Stato moderno in Europa: istituzioni e diritto*. 2ª ed. Bari: Editori Laterza, 2003.

MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe*. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

MARABINI, Jean. *Berlim no tempo de Hitler*. Trad. Marina Appenzeller. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

MARQUARD, Odo. "Filosofia de la compensación: algunos aspectos de la teoría de la compensación". In: *Filosofía de la compensación: escritos sobre antropología filosófica*. Barcelona: Paidós, 2001.

MARRAMAO, Giacomo. “Pouvoir et puissance: à propos de Carl Schmitt”. In: HERRERA, Carlos Miguel. *Le droit, le politique: autour de Max Weber, Hans Kelsen, Carl Schmitt*. Paris: L’Harmattan, 1995, pp. 69-82.

MARRAMAO, Giacomo. *Céu e Terra: genealogia da secularização*. Trad. Guilherme Andrade. São Paulo: Unesp, 1997.

MARRAMAO, Giacomo. *Poder e secularização: as categorias do tempo*. São Paulo: Unesp, 1995.

MARSHALL, John. “William Marbury contra James Madison – Sessão de fevereiro de 1803 (I, repertório de Cranch, 137-180)”. In: *Decisões constitucionais de Marshall*. (trad. e organização Américo Lobo). Rio de Janeiro: Imprensa Nacional: 1903.

MARTÍNÉZ, José Caamaño. *El pensamiento jurídico-político de Carl Schmitt*. La Coruña: Editorial Moret, 1950.

MARX, Karl. “Apêndice: Crítica da filosofia do direito de Hegel – Introdução (1844)”. In: *Crítica da filosofia do direito de Hegel*. Trad. Rubens Enderle e Leonardo de Deus. São Paulo: Boitempo Editorial, 2005.

MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán I: parte general* (1903). Trad. Horacio Heredia e Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Depalma, 1949.

MAZOHL-WALLNIG, Brigitte. “Lo sviluppo della problematica costituzionale dopo la rivoluzione del ’48”. In: SCHIERA, Pierangelo (org.). *La dinamica statale austriaca nel XVIII e XIX secolo*. Bologna: il Mulino, 1981, pp. 305-322.

McCLELLAND, John S. *A History of Western Political Thought*. London: Routledge, 1996.

McCORMICK, John P. *Carl Schmitt’s Critique of Liberalism: against Politics as Technology*. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.

McCORMICK, John P. “Fear, Technology, and the State: Carl Schmitt, Leo Strauss, and the Revival of Hobbes in Weimar and National Socialist Germany”. In: *Political Theory*. Vol. 22, nº 4. Thousand Oaks: Sage Publications, Novembro de 1994.

McDONALD, Forrest. *Novus Ordo Seclorum: the intellectual origins of the Constitution*. Lawrence: University of Kansas Press, 1985.

McILWAIN, Charles Howard. “Magna Carta and the Common Law”. In: *Constitutionalism & the changing world – collected papers*. Cambridge: Cambridge University Press, 1969, pp. 127-177.

McILWAIN, Charles Howard. *Constitutionalism: ancient and modern*. 2ª ed. Ithaca: Cornell University Press, 1947.

MEHRING, Reinhard. “Liberalism as a ‘Metaphysical System’: the Methodological Structure of Carl Schmitt’s Critique of Political Rationalism”. In: DYZENHAUS, David (org.). *Law as Politics: Carl Schmitt’s Critique of Liberalism*. Durham: Duke University Press, 1998, pp. 131-158.

MENDES, Gilmar Ferreira. “Kelsen e o controle de constitucionalidade do direito brasileiro”. In: *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 217-220.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

MERKL, Adolf Julius. “Il diritto dal punto di vista applicativo (1918)”. In: *Il duplice volto del diritto: il sistema kelseniano e altri saggi*. Ed. Carmelo Geraci. Milano: Giuffrè, 1987, pp. 281-323.

MERKL, Adolf Julius. “Il duplice volto del diritto (1918)”. In: *Il duplice volto del diritto: il sistema kelseniano e altri saggi*. Ed. Carmelo Geraci. Milano: Giuffrè, 1987, pp. 99-128.

MERKL, Adolf Julius. “Il sistema kelseniano di teoria pura del diritto” (1921). In: *Il duplice volto del diritto: il sistema kelseniano e altri saggi*. Ed. Carmelo Geraci. Milano: Giuffrè, 1987, pp. 67-97.

MERKL, Adolf Julius. “L’immodificabilità delle leggi, principio normologico (1917)”. In: *Il duplice volto del diritto: il sistema kelseniano e altri saggi*. Ed. Carmelo Geraci. Milano: Giuffrè, 1987, pp.129-145.

MERKL, Adolf Julius. “L’unità giuridica dello Stato austriaco: ricerca pubblicistica alla luce della dottrina della *lex posterior* (1917)”. In: *Il duplice volto del diritto: il sistema kelseniano e altri saggi*. Ed. Carmelo Geraci. Milano: Giuffrè, 1987, pp. 147- 209.

MERKL, Adolf Julius. “Prolegomeni ad una teoria della costruzione a gradi del diritto (1931)”. In: *Il duplice volto del diritto: il sistema kelseniano e altri saggi*. Ed. Carmelo Geraci. Milano: Giuffrè, 1987, p. 1-65.

MERKL, Adolf Julius. “Sul problema dell’interpretazione (1916)”. In: *Il duplice volto del diritto: il sistema kelseniano e altri saggi*. Ed. Carmelo Geraci. Milano: Giuffrè, 1987, pp. 255-279.

MERKL, Adolf Julius. *Teoría General del Derecho Administrativo* (1927). Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 1935.

MONTESQUIEU, Barão de La Brède e de [Charles-Louis de Secondat]. *Do Espírito das Leis*. Vol. I (1748). São Paulo: Nova Cultural, 1997.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Editora Atlas, 2002.

MORAIS, Manuel Pereira de *et alli*. “Ao Mundo” (1º de janeiro de 1849). In: CARNEIRO, Edison. *A Insurreição Praieira (1848-1849)*. Rio de Janeiro: Conquista, 1960, pp. 228-229.

MORTATI, Costantino. *La Costituzione in senso materiale* (1940). Milano: Giuffrè, 1998.

MOTTA, Mario. *Kelsen e il Leviatano*. Palermo: Sellerio Editore, 2006.

MOUFFE, Chantal. “Pensando a democracia moderna com, e contra, Carl Schmitt”. Trad. Menelick de Carvalho Netto. In: *Cadernos da Escola do Legislativo*. Ano 1, Vol. 2. Belo Horizonte: Assembléia Legislativa, julho-dezembro de 1994, pp. 91-107.

MÜLLER, Friedrich. “As medidas provisórias no Brasil diante do pano de fundo das experiências alemãs”. Trad. Peter Naumann. In: GRAU, Eros Roberto. GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.). *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2003.

MÜLLER, Friedrich. “Igualdade e normas de igualdade”. In: *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. Nº 1. São Paulo: Editora Método; Escola Superior de Direito Constitucional, janeiro-junho de 2003.

MÜLLER, Friedrich. *Fragmento (sobre) o Poder Constituinte do Povo*. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 3ª ed. Trad. Peter Neumann. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

NAFARRATE, Javier Torres. “Galáxias de comunicação: o legado teórico de Niklas Luhmann”. In: *Lua Nova*. Nº 51. São Paulo: Cedec, 2000.

NAFARRATE, Javier Torres. *Luhmann: la política como sistema*. Cidade do México: UNAM; Universidad Iberoamericana; Fondo de Cultura Económica, 2004.

NELSON, William E. *Marbury v. Madison: the origins and legacy of judicial review*. Lawrence: University Press of Kansas, 2000.

NÉRI DA SILVEIRA, José. “O Supremo Tribunal Federal e a Interpretação Jurídica com Eficácia Normativa”. In: MARINHO, Josaphat. ROSAS, Roberto. *Sesquicentenário do Supremo Tribunal Federal: Conferências e Estudos realizados na Universidade de Brasília de 11 a 14 de setembro de 1978*. Brasília: Ed. UnB, 1978, pp. 131-153.

NEUENSCHWANDER MAGALHÃES, Juliana. “Interpretando o direito como um paradoxo: observações sobre o giro hermenêutico da ciência jurídica”. In: *Hermenêutica Plural: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 127-157.

NEUENSCHWANDER MAGALHÃES, Juliana. *O conceito de soberania: o paradoxo da soberania popular*. (manuscrito inédito), 2007.

NEUENSCHWANDER MAGALHÃES, Juliana. *O uso criativo dos paradoxos do direito: a aplicação dos princípios gerais do direito pela Corte de Justiça Europeia*. Florianópolis: CPGD-UFSC, 1994 (Dissertação de Mestrado).

NEUMANN, Franz. *Estado democrático e Estado autoritário*. Ed. Herbert Marcuse. Trad. Luiz Corção. Rio de Janeiro: Zahar, 1969.

NICOLA, Daniela Ribeiro Mendes. *Estrutura e função do direito na teoria da sociedade*. Florianópolis: CPGD-UFSC, 1994 (Dissertação de Mestrado).

NICOLET, Claude. “O cidadão e o político”. In: GIARDINA, Andrea (org.). *O homem romano*. Lisboa: Editorial Presença, 1992.

NINO, Carlos Santiago. “Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad”. In: *Fundamentos y alcance del control judicial de constitucionalidad*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

NORRIS, Andrew. “Carl Schmitt on Friends, Enemies and the Political”. In: *Telos*. Nº 112: The Fate of Modernity. New York: Telos Press, verão 1998, pp. 68-88.

ÖHLINGER, Theo. “Objet et portée de la protection des droits fondamentaux: Cour Constitutionnelle Autrichienne”. In: FAVOREU, Louis. *Cours Constitutionnelles Européennes et Droits Fondamentaux*. Paris, Aix-en-Provence: Economica; Presses Universitaires d’Aix-Marseille, 1987, pp. 345-379.

ÖHLINGER, Theo. “The Genesis of the Austrian Model of Constitutional Review of Legislation”. In: *Ratio Juris*. Vol. 16, nº 2. Oxford: Blackwell, junho de 2003.

PASSERIN D’ENTRÈVES, Alessandro. *La Dottrina dello Stato: elementi di analisi e di interpretazione*. 2ª ed. Torino: Giappichelli, 1967.

PAULSON, Stanley L. “Arguments ‘conceptuels’ de Schmitt à l’encontre du contrôle de constitutionnalité et réponses de Kelsen”. In: HERRERA, Carlos Miguel. *Le droit, le politique: autour de Max Weber, Hans Kelsen, Carl Schmitt*. Paris: L’Harmattan, 1995, pp. 243-259.

PAULSON, Stanley L. “Constitutional Review in the United States and Austria: notes on the Beginnings”. In: *Ratio Juris*. Vol. 16, nº 2. Oxford: Blackwell, junho de 2003.

PAULSON, Stanley L. “Kelsen on legal interpretation”. In: *Legal Studies – The Journal of the Society of Legal Scholars*. Vol. 10, nº 2. Oxford: Blackwell, julho 1990, pp. 136-152.

PAULSON, Stanley L. “La distinción entre hecho y valor: la doctrina de los dos mundos y el sentido inmanente. Hans Kelsen como neokantiano”. In: *Doxa*. Alicante: Departamento de Filosofía del derecho de la Universidad de Alicante, 1989.

PAULSON, Stanley L. “On the Puzzle Surrounding Hans Kelsen’s Basic Norm”. In: *Ratio Juris*. Vol. 13, nº 3. Oxford: Blackwell, setembro de 2000, pp. 279-293.

PAULY, Walter. “Le droit public subjectif dans la doctrine des status de Georg Jellinek”. In: JOUANJAN, Olivier (org.). *Figures de l’État de droit: Le Rechtsstaat dans l’histoire intellectuelle et constitutionnelle de l’Allemagne*. Strasbourg: Presses Universitaires de Strasbourg, 2001.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Teoría del derecho: una concepción de la experiencia jurídica*. Madrid: Tecnos, 1997.

PEYROU-PISTOULEY, Sylvie. *La Cour Constitutionnelle et le controle de la constitutionnalité des lois en Autriche*. Paris: Economica, 1993.

POCOCK, John G. A. “1776: the revolution against Parliament”. In: *Virtue, Commerce and History: essays on political thought and history, chiefly in the Eighteenth Century*. Cambridge: Press of the Syndicate of the University of Cambridge, 1985.

PRAKKE, Lucas. “Swamping the Lords, Packing the Court, Sacking the King: three constitutional crises”. In: *European Constitutional Law Review*. Vol. 2, n° 1. Cambridge: Cambridge University Press, fevereiro de 2006.

PREDIERI, Alberto. *Carl Schmitt: un nazista senza coraggio I*. 2ª ed. Firenze: La Nuova Italia Editrice, 1999.

PUFENDORF, Samuel. “Elements of universal Jurisprudence in two books”. In: CARR, Craig (org.). *The Political writings of Samuel Pufendorf*. Oxford: Oxford University Press, 1994.

RAMBAUD, Thierry. “Actualité de la pensée constitutionnelle de Georg Jellinek”. In: *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*. Tomo 121, n° 3. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, maio-junho de 2005.

REIS, José Carlos. “O conceito de tempo histórico em Ricoeur, Koselleck e nos *Annales*: uma articulação possível”. In: *História & teoria: historicismo, modernidade, temporalidade e verdade*. 3ª ed. Rio de Janeiro: 2006.

RIBEIRO, Renato Janine. “A Constituição contra a Constituinte”. In: *Filosofia Política* 4. Porto Alegre, Campinas: UFRGS, L&PM, Unicamp, 1987.

RIBEIRO, Renato Janine. “Apêndice 2: A filosofia política na história. In: *Ao leitor sem medo: Hobbes escrevendo contra o seu tempo*. 2ª ed. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2004.

RICHARD, Lionel. *A República de Weimar (1919-1923)*. Trad. Jônatas Batista Neto. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

RICHTER, Emanuel. “Carl Schmitt: the defective guidance for the critique of political liberalism”. In: *Cardozo Law Review*. Vol. 21, n° 5. New York: Yeshiva University, Maio de 2000, pp. 1619-1644.

RIZZI, Lino. *Legittimità e Democrazia: studio sulla teoria politica di Hans Kelsen*. Milano: Giuffrè, 1990.

ROCHA, Leonel Severo. “A dimensão política da teoria pura do direito”. In: *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. vol. 1, n° 4. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2006.

ROCHA, Leonel Severo. “Da teoria do direito à teoria da sociedade”. In: ROCHA, Leonel Severo (org.). *Teoria do direito e do Estado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994, pp. 65-80.

ROCHA, Leonel Severo. “Direito, complexidade e risco”. In: *Revista Sequência*. Ano 15, N.º 28. Florianópolis: CGPD-UFSC, junho de 1994, pp. 1-13.

ROEHRSSSEN, Carlo. “Del confronto istituito da R. Carré de Malberg tra il diritto costituzionale della 3ª Repubblica e il sistema gradualistico ovvero di un confronto

impossibile”. In: *Scritti su le fonti normative e altri temi di vario diritto in onore di Vezio Crisafulli*. Vol. II. Padova: Cedam, 1985, pp. 721-726.

ROEHRSEN, Carlo. “Paul Laband, uno dei fondatori della grande scienza giuspubblicistica europea”. In: *Revista trimestrale di diritto pubblico*. Vol. 44, nº4. Milano: Giuffrè, 1994, pp. 1115-1118.

ROSENFELD, Michel. “The rule of law and the legitimacy of constitutional democracy”. In: *Southern California Law Review*. Vol. 74, nº5. Los Angeles: Gould School of Law, julho de 2001.

RUDÉ, George. *Europa desde las guerras napoleónicas a la revolución de 1848*. 2ª ed. Trad. Fernando de Rojas. Madrid: Cátedra, 1991.

SAJÓ, András. *Limiting Government: an Introduction to Constitutionalism*. Budapeste: Central European University Press, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCALONE, Antonino. “Direito, decisão e representação: o poder em Carl Schmitt”. In: DUSO, Giuseppe (org.). *O poder: história da filosofia política moderna*. Trad. Andrea Ciacchi et alii. Petrópolis: Editora Vozes, 2005.

SCALONE, Antonino. “Il diritto tra forma e osservanza: la polemica fra Hold-Ferneck e Kelsen”. In: KELSEN, Hans. HOLD-FERNECK, Alexander. *Lo Stato come Superuomo: un dibattito a Vienna*. Ed. Antonino Scalone. Torino: Giappichelli, 2002.

SCHILTZ, Michael. VERSCHRAEGEN, Gert. “Spencer-Brown, Luhmann and autology”. In: *Cybernetics & Human Knowing*. Vol. 9, n. 3-4. Exeter: Imprint Academic, 2002.

SCHLINK, Bernhard. JACOBSON, Arthur J. “Introduction – Constitutional Crisis: The German and the American Experience. In: SCHLINK, Bernhard. JACOBSON, Arthur J. (orgs.). *Weimar: a Jurisprudence of Crisis*. Berkeley: University of California Press, 2002.

SCHMILL ORDÓÑEZ, Ulises. “Diálogo en Marburgo entre Hermann Cohen y Hans Kelsen”. In: *Doxa*. Nº 26. Alicante: Departamento de Filosofía del derecho de la Universidad de Alicante, 2003, pp. 583-608.

SCHMILL ORDÓÑEZ, Ulises. “El concepto del derecho en las teorías de Weber y de Kelsen”. In: CORREAS, Óscar (org.). *El otro Kelsen*. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989

SCHMITZ, Georg. “The Constitutional Court of the Republic of Austria 1918-1920”. In: *Ratio Juris*. Vol. 16, nº 2. Oxford: Blackwell, junho de 2003, pp. 240-265.

SCHMITT, Carl. “Statute and Judgment” (1912). In: JACOBSON, Arthur. SCHLINK, Bernhard. *Weimar: a jurisprudence of crisis*. Berkeley: University of California Press, 2002, pp. 63-65.

SCHMITT, Carl. “La philosophie du droit de Schopenhauer, prise em dehors de son système philosophique” (1914). In: *Archives de Philosophie du Droit*. Vol. 41: le privé et le public. Paris : Sirey, 1997, pp. 474-479.

SCHMITT, Carl. “The visibility of the Church: a Scholastic Consideration” (1917). In: *Roman Catholicism and Political Form*. Ed. G. L. Ulmen. Westport: Greenwood Press, 1996, pp. 45-59.

SCHMITT, Carl. *La dictadura: desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria* (1921). Trad. José Díaz Gracia. Madrid: Alianza Editorial, 2003.

SCHMITT, Carl. *Roman Catholicism and Political Form* (1923). Ed. G. L. Ulmen. Westport: Greenwood Press, 1996.

SCHMITT, Carl. *Romanticismo politico* (1924, 2^a ed.). Ed. Carlo Galli. Milano: Giuffrè, 1981.

SCHMITT, Carl. “On the Contradiction between Parliamentarism and Democracy” (1926). In: *The Crisis of Parliamentary Democracy*. Ed. Ellen Kenedy. Cambridge: MIT Press, 1994.

SCHMITT, Carl. *The Crisis of Parliamentary Democracy* (1926). Ed. Ellen Kenedy. Cambridge: MIT Press, 1994.

SCHMITT, Carl. “Referendum e proposta di legge d’iniziativa popolare: un contributo all’interpretazione della costituzione weimariana ed alla dottrina della democrazia diretta” (1927). In: *Democrazia e liberalismo*. Ed. de Manuela Alessio. Milano: Giuffrè, 2001, pp. 20-86.

SCHMITT, Carl. “The Liberal Rule of Law” [*Der bürgerliche Rechtsstaat*] (1928). In: JACOBSON, Arthur. SCHLINK, Bernhard. *Weimar: a jurisprudence of crisis*. Berkeley: University of California Press, 2002, pp. 294-300.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución* (1928). Trad. Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 2001.

SCHMITT, Carl. “A era das neutralizações e despolitizações” (1929). In: *O conceito do político*. Trad. Álvaro Valls. Petrópolis: Vozes, 1992, pp. 106-120.

SCHMITT, Carl. “Hugo Preuß: il suo concetto di stato e la sua posizione nella dottrina tedesca dello stato” (1930). In: *Democrazia e liberalismo*. Ed. de Manuela Alessio. Milano: Giuffrè, 2001, pp. 87-123.

SCHMITT, Carl. “State Ethics and the Pluralist State” (1930). In: JACOBSON, Arthur. SCHLINK, Bernhard. *Weimar: a jurisprudence of crisis*. Berkeley: University of California Press, 2002, pp. 300-312.

SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución* (1931). Trad. Manuel Sanchez Sarto. 2^a ed. Madrid: Tecnos, 1998.

SCHMITT, Carl. *Legalidad y legitimidad* (1932). Trad. José Díaz Gracia. Madrid: Aguilar, 1971.

SCHMITT, Carl. *O conceito do político* (1932). Trad. Álvaro Valls. Petrópolis: Vozes, 1992.

SCHMITT, Carl. “Il concetto di ‘politico’: texto del 1932 com una premessa e tre corollari”. In: *Le categorie del “politico”*. Ed. Gianfranco Miglio e Pierangelo Schiera. Bologna: il Mulino, 1972, pp. 89-209.

SCHMITT, Carl. “O Führer protege o direito: sobre o discurso de Adolf Hitler no Reichstag em 13 de julho de 1934” (1934). Trad. Peter Naumann. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a fundamentação do direito*. São Paulo: Max Limonad, 2001, pp. 219-225.

SCHMITT, Carl. “Sobre os três tipos do pensamento jurídico” (1934). Trad. Peter Naumann. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a fundamentação do direito*. São Paulo: Max Limonad, 2001, pp. 161-217.

SCHMITT, Carl. “Teologia Política: quattro capitoli sulla dottrina della sovranità” (1934, 2ª ed.). In: *Le categorie del “politico”*. Ed. Gianfranco Miglio e Pierangelo Schiera. Bologna: il Mulino, 1972, pp. 29-86.

SCHMITT, Carl. “Corolário 2: sobre a relação dos conceitos de guerra e de inimigo” (1938). In: *O conceito do político*. Trad. Álvaro Valls. Petrópolis: Vozes, 1992, pp. 129-138.

SCHMITT, Carl. “Une étude de droit constitutionnel comparé: L’évolution récente du problème des délégations législatives” (1938). In: *Introduction a l’étude du droit comparé: Recueil d’Etudes en l’honneur d’Edouard Lambert*. Vol. II. Paris: Librairie du Recueil Sirey; Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1938, pp. 200-210.

SCHOENBERGER, Christoph. “Introduction: Hugo Preuss”. In: JACOBSON, Arthur. SCHLINK, Bernhard. *Weimar: a jurisprudence of crisis*. Berkeley: University of California Press, 2002, pp. 110-115.

SCHÖNBERGER, Christoph. “État de droit et État conservateur: Friedrich Julius Stahl”. In: JOUANJAN, Olivier (org.). *Figures de l’État de droit: Le Rechtsstaat dans l’histoire intellectuelle et constitutionnelle de l’Allemagne*. Strasbourg: Presses Universitaires de Strasbourg, 2001.

SEABRA FAGUNDES, Miguel. “As funções políticas do Supremo Tribunal Federal”. In: MARINHO, Josaphat. ROSAS, Roberto. *Sesquicentenário do Supremo Tribunal Federal: Conferências e Estudos realizados na Universidade de Brasília de 11 a 14 de setembro de 1978*. Brasília: Ed. UnB, 1978, pp. 47-60.

SEELANDER, Airton Cerqueira Leite. “Notas sobre a constituição do direito público na idade moderna: a doutrina das leis fundamentais”. In: *Seqüência – Revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC*. Ano XXVI, número 53. Florianópolis: CPGD-UFSC, dezembro de 2006, pp. 197-232.

SEGADO, Francisco Fernández. *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo kelseniano*. Cidade do México: UNAM, 2004.

SEITZER, Jeffrey. “Carl Schmitt’s Internal Critique of Liberal Constitutionalism: *Verfassungslehre* as a Response to the Weimar State Crisis”. In: DYZENHAUS, David (org.). *Law as Politics: Carl Schmitt’s Critique of Liberalism*. Durham: Duke University Press, 1998, p.

SGARBI, Adrian. “Kelsen e a interpretação jurídica”. In: *Hans Kelsen: ensaios introdutórios (2001-2005)*. Vol I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 89-103.

SHAKESPEARE, William. *Hamlet*. Trad. Anna Amélia Carneiro de Mendonça. Rio de Janeiro: Lacerda Editores, 2004.

SIEMANN, Wolfram. “The revolutions of 1848-1849 and the persistence of the old regime in Germany (1848-1850)”. In: BREUILLY, John (org.). *Nineteenth-Century Germany: Politics, Culture and Society 1780-1918*. London: Arnold, 2001, pp. 117-137.

SIEYÈS, Emmanuel. *A constituinte burguesa: Qu’est-ce que le Tiers État?* (1788). 4ª ed. Ed. Aurélio Wander Bastos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SIMON, Henrique Smidt. *Direito, hermenêutica e filosofia da linguagem: o problema do decisionismo em Hans Kelsen e Herbert Hart*. Belo Horizonte: Argumentum, 2006.

SKINNER, Quentin. *As fundações do pensamento político moderno*. Trad. Renato Janine Ribeiro e Laura Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

SMEND, Rudolf. “Criterios del derecho electoral en la teoría alemana del Estado del siglo XIX (1912)”. In: *Constitución y derecho constitucional*. Trad. Francisco Rubio Llorente. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985, pp. 1-26.

SMEND, Rudolf. “La transformación del orden constitucional liberal por el sistema proporcional” (1919). In: *Constitución y derecho constitucional*. Trad. José Pérez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985, pp. 27-36.

SMEND, Rudolf. “Constitución y Derecho Constitucional” (1928). In: *Constitución y Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

SMEND, Rudolf. “Integrazione” (1959). In: *Costituzione e diritto costituzionale*. Trad. F. Fiore e J. Luther. Milano: Giuffrè, 1988.

SÓFOCLES. “Édipo em Colono”. In: *A Trilogia Tebana*. Trad. Mário da Gama Kuri. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

SOLON, Ari Marcelo. *Teoria da soberania como problema da norma jurídica e da decisão*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1997.

SORDI, Bernardo. *Tra Weimar e Vienna: Amministrazione Pubblica e Teoria Giuridica nel Primo Dopoguerra*. Milano: Giuffrè, 1987.

- SOREL, Georges. *Réflexions sur la violence*. 5^a ed. Paris: Marcel Rivière, 1921.
- SOREL, Gerges. *Les illusions du progrès*. 3^a ed. Paris: Marcel Rivière, 1921.
- SOREL, Georges. *D'Aristote à Marx: l'Ancienne et la Nouvelle Métaphysique*. Paris: Marcel Rivière, 1935.
- SOSA, Edgar Corzo. *La cuestión de inconstitucionalidad*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.
- SPAEMANN, Robert. "La sfida di Luhmann alla filosofia." In: LUHMANN, Niklas. *Il Paradigma perduto*. Ed. de Gianluca Bonaiuti. Roma: Meltemi, 2005.
- SPENGLER, Oswald. *El hombre y la técnica: contribución a una filosofía de la vida*. 2^a ed. Trad. Manuel Morente. Madrid: Espasa-Calpe, 1934.
- SPENGLER, Oswald. *La decadencia de Occidente: bosquejo de una morfología de la historia universal*. Trad. Manuel Morente. Vol. IV. Madrid: Espasa-Calpe, 1937.
- STAHL, Friedrich Julius. *História de la Filosofía del Derecho*. Trad. Don Enrique Gil y Robles. Madrid: La España Moderna, 1895.
- STARCK, Christian. "La Révolution Française et le Droit Public en Allemagne". In: *Revue internationale de droit comparé*. Año 42, N°1. Paris: Société de Legislation Comparée, janeiro-março de 1990.
- STARCK, Christian. *El concepto de ley en la Constitución alemana*. Trad. Luis Legaz y Lacambra. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1979.
- STOLLEIS, Michael. "Judicial review, administrative review, and constitutional review in the Weimar Republic". In: *Ratio Juris*. Vol. 16, n° 2. Oxford: Blackwell, junho de 2003.
- STOLLEIS, Michael. "Que signifiait la querelle autour de l'État de droit sous le Troisième Reich". In: JOUANJAN, Olivier (org.). *Figures de l'État de droit: Le Rechtsstaat dans l'histoire intellectuelle et constitutionnelle de l'Allemagne*. Strasbourg: Presses Universitaires de Strasbourg, 2001.
- STOLLEIS, Michael. *A History of Public Law in Germany 1914-1945*. Trad. Thomas Dunlap. Oxford: Oxford University Press, 2004.
- STOLLEIS, Michael. *Public Law in Germany 1800-1914*. New York: Berghahn Books, 2001.
- STOURZH, Gerald. "Constitution: changing meanings of the term from the early Seventeenth to the late Eighteenth century". In: BALL, Terence; POCOCK, John Greville Agard (orgs.). *Conceptual change and the Constitution*. Lawrence: University Press of Kansas, 1988.
- TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna: assolutismo e codificazione del diritto*. Bolonha: Il Mulino, 2003.

- THALMANN, Rita. *A República de Weimar*. Trad. Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: 1988.
- THOMA, Richard. “On the Ideology of Parliamentarism” (1925). In: SCHMITT, Carl. *The Crisis of Parliamentary Democracy*. Ed. Ellen Kenedy. Cambridge: MIT Press, 1994.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América I: leis e costumes* (1835). 2ª ed. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. *O Antigo Regime e a Revolução* (1856). 3ª ed. Trad. Yvonne Jean. Brasília, São Paulo: Ed. Universidade de Brasília; Ed. Hucitec, 1989.
- TODOROV, Tzvetan. *Benjamin Constant: la passion démocratique*. Paris: Hachette Littératures, 2004.
- TOMMASI, Claudio. “Dal Kaiserreich a Weimar: la forma di governo in Germania e Hugo Preuss”. In: GOZZI, Gustavo. SCHIERA, Pierangelo (orgs.). *Crise istituzionale e Teoria dello Stato in Germania dopo la Prima Guerra mondiale*. Bologna: il Mulino, 1987.
- TREVES, Renato. “Kelsen y la sociología”. In: CORREAS, Óscar (org.). *El otro Kelsen*. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989.
- TREVES, Renato. “Un inédit de Kelsen concernant ses sources kantiennees”. In: *Droit & Societé*. Nº 7. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1987, pp. 319-325.
- TRIBE, Laurence. *American Constitutional Law*. Mineola: Foundation Press, 1978.
- TRIBE, Laurence. DORF, Michael. *Hermenêutica constitucional [On reading the Constitution]*. Trad. Amarilis Birchal. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- TRIEPEL, Heinrich. *Derecho público e política* (1926). Ed. José Luis Carro. Madrid: Civitas, 1974.
- TROPER, Michel. “Contribution à une critique de la conception kelsenienne de la science du droit”. In: *Pour une théorie juridique de l'État*. Paris: Presses Universitaires de France, 1994, pp. 45-55.
- 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.
- TROPER, Michel. “Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique”. In: *Pour une théorie juridique de l'État*. Paris: Presses Universitaires de France, 1994, pp. 85-94.
- TROPER, Michel. “Le positivisme juridique”. In: *Pour une théorie juridique de l'État*. Paris: Presses Universitaires de France, 1994, pp. 27-44.

TROPER, Michel. “Le problème de l’interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle”. In: *Pour une théorie juridique de l’État*. Paris: Presses Universitaires de France, 1994.

TROPER, Michel. “The Logic of Justification of Judicial Review”. In: *International Journal of Constitutional Law*. Vol. 1, N° 1. Oxford, New York: Oxford University Press; New York University School of Law, 2003.

TROPER, Michel. *La séparation des pouvoirs et l’histoire constitutionnelle française*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1973.

ULMEN, G. L. “Introduction”. In: SCHMITT, Carl. *Roman Catholicism and Political Form* (1923). Ed. G. L. Ulmen. Westport: Greenwood Press, 1996, pp. IX-XXXVI.

VATTEL, Emer de. *O direito das gentes* (1758). Ed. de Vicente Marotta Rangel. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão; Editora UnB, 2004.

VERSCHRAEGEN, Gert. “Human rights and modern society: a sociological analysis from the perspective of systems theory”. In: *Journal of Law and Society*. Vol. 29, n° 2. Oxford: Blackwell, Junho de 2002, pp. 258-281.

VEYNE, Paul. *Como se escreve a história*. Trad. Alda Baltar e Maria Kneipp. 4ª ed. Brasília: Ed. UnB, 1998.

VILLALÓN, Pedro Cruz. *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

VILLEY, Michel. “Le droit naturel et l’histoire”. In: *Seize essais de philosophie du droit*. Paris: Dalloz, 1969.

VOEGELIN, Erich. “Kelsen’s Pure Theory of Law”. In: *Political Science Quarterly*. Vol. XLII, n°2. New York: Academy of Political Science, Columbia University, junho de 1927, pp. 268-276.

VON BEYME, Klaus. “The genesis of constitutional review in Parliamentary systems”. In: LANDFRIED, Christine (org.). *Constitutional Review and Legislation: an international comparison*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1988.

VON FOERSTER, Heinz. “Visão e conhecimento: disfunções de segunda ordem”. In: SCHITMAN, Dora Fried (org.). *Novos paradigmas, cultura e subjetividade*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1996.

VON GERBER, Carl Friedrich. “Lineamenti di Diritto Pubblico Tedesco” (1880, 3ª ed). In: *Diritto Pubblico*. Ed. Pier Luigi Lucchini. Milano: Giuffrè, 1971.

VON GERBER, Carl Friedrich. “Sui diritti pubblici” (1852). In: *Diritto Pubblico*. Ed. Pier Luigi Lucchini. Milano: Giuffrè, 1971.

VON GIERKE, Otto. “German constitutional law in its relation to the American Constitution”. In: *Harvard Law Review*. Vol. XXIII, n° 1-4. Cambridge: The Harvard Law Review Association, 1909-1910.

- VON JHERING, Rudolf. *El fin en el derecho*. Buenos Aires: Ed. Atalaya, 1946.
- VON JHERING, Rudolf von. *O espírito do Direito Romano*. Trad. Rafael Benaion. Rio de Janeiro: Alba, 1943.
- VON SAVIGNY, Friedrich Carl. *Sistema del derecho romano actual I*. Madrid: F. Góngora y Compañía, 1878.
- VON WRIGHT, Georg Henrik. “Ser e Deber-ser”. In: AARNIO, Aulis *et alli* (orgs.). *La normatividad del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1997, pp. 87-110.
- WALTER, Robert. “La dottrina del diritto di Hans Kelsen”. In: *La teoria di Kelsen: contributi alla dottrina pura del diritto*. Ed. Antonino Scalone. Torino: Giappichelli, 2005, pp. 3-40.
- WALTER, Robert. “Origine e sviluppo dell’idea di norma fondamentale”. In: *La teoria di Kelsen: contributi alla dottrina pura del diritto*. Ed. Antonino Scalone. Torino: Giappichelli, 2005, pp. 41-62.
- WARAT, Luis Alberto. *A pureza do poder: uma crítica da teoria jurídica*. Florianópolis: Ed. UFSC, 1983.
- WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2ª ed. aumentada. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1995.
- WEBER, Max. “A ciência como vocação”. In: *Ciência e política: duas vocações*. Trad. Leônidas Hegenberg e Octany da Mota. Brasília; São Paulo: Universidade de Brasília, Cultrix, 1983, pp. 17-52.
- WEBER, Max. *Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Vol. I. Trad. Gabriel Cohn. 4ª ed. Brasília: Editora UnB, 2000.
- WEBER, Max. *Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Vol. II. Trad. Gabriel Cohn. Brasília: Editora UnB, 1999.
- WEHLER, Hans-Ulrich. *The German Empire 1871-1918*. Trad. Kim Traynor. Leamington Spa: Berg Publishers, 1985.
- WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Trad. António Manuel Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.
- WILK, Kurt. “La doctrine politique du national-socialisme de Carl Schmitt: exposé et critique de ses idées”. In: *Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*. N° 3-4. Paris: Recueil Sirey, 1934, pp. 169-196.
- WINDSCHEID, Bernhard. *Diritto delle Pandette*. Trad. Carlo Fadda e Paolo Bensa. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese: 1925.
- WOLIN, Richard. “Carl Schmitt, Political Existencialism, and the Total State”. In: *Theory and Society*. Vol. 19, N° 4. Amsterdã: Kluwer Publishers, agosto de 1990, pp. 389-416.

WOOD, Gordon S. "The origins of the judicial review revisited, or how the Marshall Court made more out of less." In: *Washington and Lee Law Review*. Vol. 56. Lexington: Washington and Lee University, Verão de 1999.

WOOD, Gordon S. *The creation of american republic 1776-1787*. New York: W. W. Norton & Company, 1972.

ZIMMER, Willy. "Une conception organiciste de l'État de droit: Otto Bähr et Otto von Gierke". In: JOUANJAN, Olivier (org.). *Figures de l'État de droit : le Rechtsstaat dans l'histoire intellectuelle et constitutionnelle de l'Allemagne*. Strasbourg : Presses Universitaires de Strasbourg, 2001.