

EPISTEMOLOGIA JURÍDICA E CARL SCHMITT

Vanessa Cristina de Souza¹

Resumo: Este trabalho visa traçar algumas linhas sobre o pensamento político de Carl Schmitt e sua importância para o estudo da ciência jurídica. Seus estudos sobre teoria política trazem críticas à democracia e a teoria de valores que se mostram válidas e atuais, e cujo conteúdo supera o debate ideológico de sua obra e faz com que a sua análise jurídica seja primordial em qualquer estudo epistemológico. Para entender alguns dos fundamentos do pensamento de Carl Schmitt se faz necessário situá-lo dentro da realidade histórica de seu tempo, durante a República de Weimar e o Estado Nazista, para assim compreender a amplitude de seu trabalho, cujos conceitos e análises se mantêm atual ante a realidade dos Estados Democráticos de Direito.

Palavras chave: Direito. Ciência Jurídica. Carl Schmitt. Ideologia. Democracia. Autoritarismo

Abstract: This paper aims to draw some lines on the political thought of Carl Schmitt and its importance for the study of legal science. His studies of critical political theory bring democracy and the theory of values that show current and valid, and whose content exceeds the ideological debate of his work and makes its legal analysis is paramount in any epistemological study. To understand some of the fundamentals of the thought of Carl Schmitt is needed it is situated within the historical reality of his time, during the Weimar Republic and the Nazi State, so as to understand the breadth of his work, whose concepts and analysis keeps current in reality of the Democratic States of Law.

Keywords: Law . Legal Science. Carl Schmitt. Ideology. Democracy. Authoritarianism

¹ Vanessa Cristina de Souza, Delegada de Polícia Civil de São Paulo e mestranda em Direitos Humanos, na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).

Sumário: 1.Introdução 2.Ciência do Direito 3.A Ditadura 4.Teologia política 5. A situação intelectual do sistema parlamentar atual 6.O guardião da constituição e o debate com Kelsen 7. Legalidade e Legitimidade 8.Os três tipos de pensamento jurídico. 9.A tirania dos valores 10.Conclusão

1. Introdução

Uma das dificuldades de se falar de Carl Schmitt está no fato do mesmo ter sido considerado um dos grandes teóricos do estado totalitário nazista, e por tal razão parte de sua obra foi tratada com desprezo durante anos pelos estudiosos do direito, e é de se notar que somente nas últimas décadas que seus estudos voltaram a receber a atenção da comunidade jurídica, em especial pela atualidade de seus escritos.

Carl Schmitt nasceu em 1888 na Vila de Plettenberg, na Westfalen e iniciou seus estudos superiores em direito em Berlim em 1907. Tornou-se um proeminente jurista da República de Weimar e professor, tendo ingressado na vida pública como conselheiro constitucional do governo nos últimos anos de Weimar e posteriormente colaborador do regime nazista entre 1933 e 1936, retornando a universidade onde lecionou até 1945, quando foi afastado. Morreu em 1985 na Alemanha Ocidental.

No livro, “Carl Schmitt e a Fundamentação do Direito”, Ronaldo Porto Macedo desenvolve um trabalho onde procura mostrar a coerência e organicidade da obra schmittiana propriamente jurídica. O projeto político de Schmitt e as alternativas políticas que ele pensava para a República de Weimar, a sua crítica ao parlamentarismo, a sua concepção de democracia, a sua crítica ao romantismo político e seus textos teóricos sobre o Direito, como “Sobre os Três Tipos do Pensamento Jurídico (Über die drei Arten des Rechts-wissens-chaftlichen Denkens) de 1934, Teologia Política (Politische Theologie), de 1922, e Estado, Movimento e Povo (Staat, Bewegung, Volk) de 1934, formam uma unidade sistemática a ser estudada pela ciência do direito.

2. Ciência do Direito

No livro “Introdução à filosofia e à epistemologia jurídica”, de Willis Santiago Guerra Filho, o autor traça um panorama sobre o desenvolvimento da ciência do direito desde a Roma antiga, onde o estudo do direito girava ao redor da palavra *jurisprudencia*, termo designativo da atividade jurídica, ligada a palavra *prudencia* e que remete a teoria da ciência vigente na época, representada pelos ensinamentos dos grandes filósofos.

Aristóteles concebia a ciência como o conhecimento da coisa como ela é, isto é, o conhecimento de sua necessidade, de suas causas e relações. Refere-se à prudência como o conhecimento ético e pragmático, ou seja, aquele referido ao valor e utilidade das coisas, destinado a apreender, na mutabilidade constante em que se acham envolvidas, um padrão para avaliar a correção e ajustes do comportamento humano².

Em sentido estrito, a ciência do direito teria por objeto o sistema de normas jurídicas que compõem determinado ordenamento jurídico positivo, constituindo-se assim como dogmática jurídica.

Já na Idade Média, a ciência jurídica européia se forma sob a égide da Igreja, donde advém uma influência marcante da teologia dogmática na metodologia jurídica. No séc. XII as universidades italianas promoveram um renascimento dos estudos do direito romano, através do trabalho dos chamados glosadores. No século XVIII, com o movimento do direito racional jusnaturalista surge a noção de sistema e no século XIX surge a chamada Escola Histórica, a qual emprega pela primeira vez o termo ciência do direito, iniciando-se a oposição entre a concepção sistemática, de caráter formal-dedutivo, representada pelo jusnaturalista racionalista e aquela que acentua a inserção histórica e social do direito, que determina a busca do jurídico onde ele se dê concretamente, ou seja, na experiência jurídica dos povos, confrontando-se a doutrina que enfatiza o aspecto da conceituação abstrata, chamada jurisprudência dos conceitos, e a doutrina que enfatiza o aspecto da concreção histórico-social, a chamada jurisprudência dos interesses.

² Segundo o autor o instrumento básico da praxista prudencial seria a dialética, técnica para confrontar opiniões contraditórias, captando-lhes as verdades parciais e pondo os falseamentos a descoberto pelo exercício da retórica.

De tal forma que a ciência do direito, cuja dogmática jurídica erigiu-se sobre a base fornecida pelas heranças jurisprudências, exegética e sistemática, com o acréscimo da perspectiva histórico social, passou por um reexame, com a teoria crítica do direito com raízes assentadas na concepção jurídica de Marx, que abriu caminho para a jurisprudência das valorações de Dreier/Alexy.

Alexy ao considerar a ciência jurídica distingue três dimensões de estudos. Uma dimensão analítica, onde se realizaria um trabalho de elaboração conceptual e sistemática do direito positivo. Uma dimensão empírica, enquanto momento dedicado a conhecer uma ordem jurídica, objetiva e positivamente dada, para descrevermos leis e decisões judiciais. E por fim uma dimensão normativa, que trata das questões relativas aos valores.

A vinculação entre as três dimensões seria uma condição necessária para se ter uma verdadeira ciência do direito, racional, apesar de dogmática, pronta para cumprir seu papel de disciplina prática, voltada para a solução de problemas e dúvidas sobre o comportamento devido em face das normas jurídicas existentes.

É com esse referencial teórico que se buscará analisar a obra de Carl Schmitt, e suas contribuições para a ciência jurídica.

3. A ditadura

Em 1921, Schmitt se tornou professor da Universidade de Greifswald, onde publicou seu ensaio intitulado "A Ditadura" (*Die Diktatur*)³, tratando da fundação da recém - estabelecida República de Weimar. Para Schmitt, um ditador forte poderia encarnar a vontade popular mais efetivamente que um corpo legislativo.

Todo governo capaz de ação decisiva deve incluir um elemento ditatorial na sua Constituição. Embora o conceito alemão de *Ausnahmezustand* seja melhor traduzido

³ Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf, 1921

para estado de emergência, significa literalmente estado de exceção, no qual Schmitt combate livrar o Executivo de qualquer restrição legal ao seu poder. Schmitt definiu soberania como o poder de decidir a instauração do Estado de Exceção. De acordo com Agamben⁴, a conceitualização de Schmitt para "Estado de Exceção" como pertencente ao conceito essencial de soberania foi uma resposta ao conceito de Walter Benjamin de uma violência "pura" ou "revolucionária".

Conforme leciona Giorgio Agamben em "Estado de Exceção", entre 1934 e 1948, diante do desmoronamento das democracias européias, a teoria do estado de exceção – que havia feito uma primeira aparição isolada em 1921, no livro de Schmitt, teve um momento de especial sucesso; mas é significativo que isso tenha acontecido sob a forma pseudomórfica de um debate sobre a chamada "ditadura constitucional".

O autor ressalta a importância de não esquecer esse contemporâneo processo de transformação das constituições democráticas entre as duas guerras mundiais quando se estuda o nascimento dos chamados regimes ditatoriais na Itália e na Alemanha. Sob a pressão do paradigma do estado de exceção, toda a vida político-constitucional das sociedades ocidentais começa a assumir uma nova forma que, talvez, só hoje tenha atingido seu pleno desenvolvimento.

O termo que já era utilizado pelos juristas alemães para indicar os poderes excepcionais do presidente do Reich segundo o art. 48 da Constituição de Weimar registra, pela primeira vez, a transformação dos regimes democráticos em consequência da progressiva expansão dos poderes do Executivo durante as duas guerras mundiais e, de modo mais geral, do estado de exceção que as havia acompanhado e seguido. Ele não se apresenta muito mais como uma técnica de governo do que como uma medida excepcional, mas também deixa aparecer uma natureza de paradigma constitutivo da ordem jurídica.

Nesse sentido, aparece a clara associação entre o político e o jurídico na definição do estado soberano e na decisão fundamental que institui a legalidade e a exceção a ela.

⁴ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004, p.85.

4. Teologia Política

Em sua obra “Teologia Política”⁵, retoma o conceito de soberania, buscando nos momentos de fundação ou refundação dos Estados - revoluções e golpes de Estado, por exemplo - o extrato desse conceito. Uma das marcas essenciais da soberania, quando ela existe de fato, é a possibilidade de o soberano determinar leis sem que ele próprio esteja obrigado a obedecê-las. Sua preocupação era com os rumos do debate constitucional sobre os poderes do presidente da República em seu país.

5. A situação intelectual do sistema parlamentar atual

Em 1923 publica “A situação intelectual do sistema parlamentar atual”⁶, cujo argumento central é que as grandes finalidades que classicamente justificam os sistemas parlamentares, “discussão” e “publicidade”, haviam sido subvertidas pela experiência histórica. Isto é, as democracias de massa realmente existentes, com suas organizações partidárias transformadas em máquinas eleitorais e seus parlamentos em palcos de barganhas de interesses raramente confessáveis, tornaram esses dois objetivos meras peças de ornamento, demonstrando uma crise em suas bases filosóficas.

Sua crítica ao sistema parlamentar remete ao tema da exceção e o apresenta dissociado da acepção de democracia. Sua análise da constituição de Weimar, vista como tentativa de fusão do princípio liberal, condensado no governo parlamentar, com o princípio democrático, expressos nos poderes do presidente da República, uma espécie de porta voz da vontade popular. A polêmica sobre a competência do presidente de suspender temporariamente a constituição em caso de grave ameaça ao Reich residia em saber qual dos dois princípios deveria prevalecer.

⁵ *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, 1922

⁶ *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, 1923

6. O Guardião da Constituição e o debate com Kelsen

Para Schmitt, em obra publicada originalmente em 1929 sob o título "*Das Reichsgerichts als Hüter der Verfassung*", e republicada em uma versão ampliada em 1931, sob o título de "O Guardião da Constituição" (*Der Hüter der Verfassung*), a Guarda da Constituição era uma função de natureza política, e não jurídica, e, portanto, somente o presidente do Reich poderia desempenhar essa função. Ainda no ano de 1931, Kelsen publicou uma resposta com o título "Quem deve ser o guardião da Constituição?".

O histórico embate entre Kelsen e Schmitt retoma seu destino justamente sob a crise do legislativo e sob a crítica à neutralidade e à despolitização formuladas por Schmitt. Ante o constante distanciamento existente entre a realidade constitucional e a realidade política no século XIX e, no início do século XX, a crise do sistema político liberal e de sua organização constitucional que se recoloca a necessidade de um Guardião da Constituição.

Ante a possibilidade de corrupção do legislativo (em crise) e os abusos do poder executivo Kelsen propõe o primeiro Tribunal Constitucional, visando garantir o sistema de liberdades e o cumprimento da Constituição – de modo a não perder o seu papel de Lei Maior do ordenamento jurídico. Schmitt é contra esta tentativa de Kelsen de racionalizar o Estado de Direito, ao converter a Justiça Constitucional em guardião da Constituição.

Defende a figura do Chefe de Estado como verdadeiro defensor da Constituição pelo fato de este ter passado pelo crivo da eleição popular, aspecto que o legitimaria a atuar com independência em relação aos partidos e como instância verdadeiramente suprema e neutra. Contudo, a conversão do Chefe de Estado em Guardião da Constituição guarda uma opção ideológica bastante nítida, pois ao invés de contribuir na defesa do sistema constitucional, possibilita a sua violação sob uma base argumentativa de legitimação.

Outra questão suscitada por Schmitt versa sobre o princípio geral de legalidade e, sobre a legalidade constitucional, a qual não constituiria, por si mesma, uma instância especial. Em sentido inverso, defende que cada organismo público e, por isso, cada cidadão poderia ser considerado como um potencial guardião dos valores constitucionais, questão

que até mesmo foi positivada em algumas constituições como no caso da Constituição da Grécia de 1927, que dizia que a guarda da constituição era confiada ao patriotismo dos helenos.

Desta potencial organização dos indivíduos como protetores da Constituição, resultaria um direito à desobediência que, se apresenta como uma espécie de “direito revolucionário” em casos de necessidade. Motivo pelo qual, em certas constituições este apareceria como um direito positivado. Mas para Schmitt, a função constitucional do protetor da Constituição se radica precisamente em suprir e fazer supérfluo este geral e eventualíssimo direito à desobediência e à resistência.” Apenas com esta ação seria possível dizer que existe um efetivo guardião da Constituição, de acordo com o “espírito” das instituições.

7. Legalidade e Legitimidade

Como mostra em *Legalidade e Legitimidade* (Legalitat e Legimitat), publicado em 1932, o estado concebido de acordo com sua teoria da soberania e do guardião da constituição não é um estado totalitário embora total nos termos da teoria das ordens concretas (família, religião, exército e burocracia). Schmitt tinha em vista o estado alemão de seu tempo, institucionalizado pela Constituição de Weimar e a sua experiência democrática a partir da unidade do povo alemão. Na sua concepção o estado fundado no princípio da igualdade é um Estado Democrático, pois para ele se trata da igualdade de cidadãos, portanto um estado da liberdade, se se entende o cidadão como livre, na medida em que exerce a liberdade como autonomia pública da vontade, pela participação na criação da lei que o rege. Trata-se por, do exercício da liberdade, como direitos políticos.

Vale notar, todavia, que Schmitt não entende o Führerprinzip numa acepção estritamente decisionista, mas, sim, numa concepção sincrética na qual o direito é um conjunto de instituição, norma e decisão que formam um ordenamento concreto. Na ideia do Führer como encarnação do ordenamento concreto, percebe-se com clareza o otimismo ingênuo de Schmitt em admitir que o presidente efetivamente tivesse condições de exprimir o equilíbrio interno das instituições.

8. Os três tipos de pensamento jurídico

Em “Sobre os Três Tipos do Pensamento Jurídico”⁷ o jurista alemão afirma que há três tipos básicos de pensamento jurídico: “Cada jurista que supõe em seu trabalho, consciente ou inconscientemente, um conceito de ‘direito’, compreende esse direito como uma regra ou como uma decisão, ou ainda como um ordenamento e uma configuração concretas”.

Vê-se, pois, conforme é confessado pelo próprio Schmitt, que até 1933 este distinguia apenas dois tipos de pensamento jurídico, a saber, o normativismo, que encontrava no pensamento de Hans Kelsen o seu melhor paradigma, e o decisionismo, que encontrava em Bodin, Hobbes e no próprio Schmitt os seus melhores representantes.

O autor Ronaldo Porto Macedo concluiu em seu trabalho supramencionado que Carl Schmitt, já em seu prefácio à segunda edição de *Teologia Política* (1933), alertava para os perigos das concepções puras fundadas exclusivamente na norma, decisão ou instituição. Para ele, os três tipos de pensamento derivados de cada um desses pontos de partida constituíam-se em tipos ideais. O seu pensamento do ordenamento concreto é uma forma de decisionismo institucionalista, procurando estabelecer o momento decisório como aquele no qual a constituição catalisa em torno de si a união e a unidade do esforço comum na sociedade.

Prossegue dizendo que para Schmitt, a decisão instaura uma ordem, propõe um ponto fixo para a sociedade e instituições que se organizaram, reportando-se sempre a esta decisão primeira. O soberano determina a possibilidade da regra de direito, decidindo na situação de exceção: “Para uma ordem legal fazer sentido, a situação normal deve existir e é o soberano quem definitivamente decide se esta situação normal realmente existe”. A decisão soberana instaura o jogo político do próprio pensamento do ordenamento concreto. A decisão como ponto de referência poderá até mesmo ser negada, servindo sempre,

⁷ *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, 1934

todavia, como ponto de referência para a instauração de uma normalidade das ordens concretas.

Na teoria do “ordenamento concreto”, Schmitt advoga um tipo especial de ditadura durante o Estado de exceção: a ditadura comissária, que age para restaurar a Constituição. Neste tipo de ditadura, o ditador tem um ofício constitucional. Ele age em nome da Constituição, mas toma medidas para preservar a ordem. Estas medidas não são limitadas pelo direito, elas são extralegais. Por tal motivo, a doutrina de Schmitt envolve um aparente paradoxo. Apesar de toda a sua ênfase na relação amigo-inimigo, na decisão final, na situação de crise, de exceção, de caos, o seu objetivo é a manutenção da ordem. Ele fundamenta-se na política sem direito para combater a ausência do direito.

Para Schmitt, é difícil prever e definir com clareza quais são os limites do Estado de exceção. É certo que uma Constituição pode até mesmo prever a competência do governante durante o período de exceção. Todavia, não pode determinar com toda precisão o limite deste poder soberano. O soberano decide tanto sobre a ordem que subsiste no caso extremo de emergência quanto sobre as ações que devem ser realizadas para superar o caos, trazendo de volta a normalidade. Ele está fora do ordenamento jurídico normalmente vigente e, entretanto, pertence a este, posto que cabe a ele a competência para decidir se a Constituição “in toto” pode ser suspensa.

9. A tirania dos valores

Em 1960, Schmitt escreveu o texto "A Tirania dos Valores" (Die Tyrannei der Werte), texto que aborda questões relativas a uma filosofia dos valores na ética e a hierarquização de valores. Para ele, o que está em questão nesse espaço intersubjetivo, é a dignidade dos inimigos, a qual está sempre ameaçada pela específica lógica que os valores têm e o conteúdo dado a eles em um determinado contexto histórico. Nesse texto, Schmitt critica o aumento de importância de valores equívocos, excludentes, de flutuação livre, nos níveis jurídico, político e ideológico.

De acordo com Schmitt, a lógica dos valores levou a uma guerra de todos contra todos, na qual os valores funcionam como os espectros de deuses desencantados: o seu caráter absoluto gera inimigos absolutos, pois ninguém pode falar de valor sem implicar em um não-valor. Um juízo de valor implica um juízo de ausência de valor. A lógica do valor é, portanto, "a lógica da falta de valor, e a destruição do portador dessa falta de valor". As pessoas têm de "considerar o outro lado como inteiramente criminoso e desumano, como totalmente sem valor. Caso contrário, eles próprios são criminosos e desumanos". Os valores subjetivos são objetivados, os seus portadores ocultados. Qualquer um pode se apropriar deles em suas lutas.

10. Conclusão

Carl Schmitt é, acima de tudo, um pensador católico conservador, que defende as instituições tradicionais alemãs (exército, funcionários públicos, família etc.). Nesse sentido, ele não foi o grande teórico do “decisionismo ditatorial ad hoc” nazista, embora tenha aderido formalmente ao nacional-socialismo em 1933. O seu pensamento político não pode, tampouco, ser identificado com os resultados atingidos pela barbárie nazista, especialmente durante o período de guerra. Ainda que alguns de seus textos mais panfletários tenham tido algum impacto na luta ideológica de defesa do nazismo, a adesão de Schmitt a este movimento político deveu-se mais ao oportunismo, à crença de que poderia influenciar os rumos do novo movimento em direção ao “Estado Total” que se formava e à identidade formal do decisionismo institucionalista com este movimento do que à afinidade intelectual com os conteúdos nazistas, como o racismo biológico.

Ao final de sua vida, em 1963, no prefácio à 3ª edição de *O Conceito do Político*, Schmitt reconhece que a era do Estado como detentor do monopólio da decisão está acabando. É chegado o momento em que a decisão é “socializada”, no sentido de que ela agora é social. Assim, as próprias distinções entre paz e guerra, direito estatal e direito internacional vão perdendo a sua validade. O direito passa, cada vez mais, a ser visto como um direito interplanetário, e a unidade política como um “Superestado”.

O avanço da tecnoburocracia, dos critérios econômicos fundadores da racionalidade administrativa e econômica são, talvez, os principais responsáveis pela perda do monopólio do político por parte do Estado. “A degradação do Estado, a guerra civil, passam através do exaurimento do poder decisional, o qual, por sua vez, vem a depender de uma multiplicação de instâncias que pretendem autonomia decisional”.

Na Teoria da Constituição, é afirmado que a degradação do Estado é um tema recorrente no pensamento político germânico. Para Schmitt, o federalismo, policracia e pluralismo degradam a vida política, transformando-a numa trama de contratos e negociações que dissolvem qualquer conteúdo público da vida política. Tal fato é hoje muitas vezes reconhecido por “privatização do Estado”.

Por fim, em ao buscar uma decisão fundamental por uma ordem substancial dentro do Estado Democrático de Direito, o autor visa evitar a destruição da própria legalidade e legitimidade. Ao término do livro “Teoria Processual da Constituição”, Willis Santiago Guerra Filho ressalta que a simples elaboração de um texto constitucional, por melhor que ele seja, não é suficiente para que o ideário que o inspirou se introduza efetivamente nas estruturas sociais, passando a reger com preponderância o relacionamento político de seus integrantes.

E o Estado Democrático de direito depende essencialmente de procedimentos, não só legislativos e eleitorais, mas também judiciais, para que se dê a sua realização. Não basta a previsão constitucional para que os direitos sejam efetivos. O compromisso básico desse Estado é a harmonização de interesses que se situam em três esferas fundamentais: a pública (Estado), privada (indivíduo) e a esfera coletiva (considera os indivíduos enquanto membros de determinados grupos, formados para realização de objetivos econômicos, políticos, culturais, etc.). Esse parece ser o caminho para se chegar a um Estado de Direito que se diga realmente democrático.

Referências Bibliográficas

Agamben, Giorgio. Estado de Exceção. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

Guerra Filho, Willis Santiago. Introdução à filosofia e à epistemologia jurídica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

Guerra Filho, Willis Santiago. Teoria Processual da Constituição. 3ª Ed. São Paulo: RCS Editora, 2007.

Guerra Filho, Willis Santiago. Processo Constitucional e Direitos Fundamentais. 5º ed. Rev. e Ampl. São Paulo: RCS Editora, 2007.

Schmitt, Carl. A crise da democracia parlamentar. Trad. Inês Lohbauer. São Paulo: Escrita. 1996.

Schmitt, Carl. Legalidade e legitimidade. Trad. Tito Livio Cruz Romão, Coord. e supervisor Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

Porto Macedo Jr. Carl Schmitt e a fundamentação do direito. 2ª Ed. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Saraiva, 2011.