

5

A CRÍTICA DE CARL SCHMITT AO POSITIVISMO JURÍDICO

CRITICISM OF CARL SCHMITT TO THE LEGAL POSITIVISM

Fernando Armando Ribeiro¹

RESUMO

Na presente quadra da História, em que se ensaia e elabora uma série de argumentos e ideias com o fim de combater o positivismo jurídico, faz-se oportuno voltar àquele que foi, no seu tempo, um dos mais importantes críticos dessa mesma escola de pensamento jurídico: Carl Schmitt. Crítico do próprio projeto político da modernidade, Schmitt esboça com a clareza de poucos alguns dos problemas cruciais do pensamento positivista, suas contradições internas e alguns de seus pressupostos equivocados. Todavia, as soluções apontadas pelo controvertido pensador alemão também nos apontam para um caminho que não deve ser trilhado, pois também levariam ao esvaziamento do sentido humano que deve nutrir o Direito. Ademais, deixa-nos ver que a Modernidade, se não é um projeto completo, não deve ser banida por suas falhas, mas reconstruída e aperfeiçoada na dimensão do tempo histórico e como conquista cultural humana.

ABSTRACT

At this moment of History, in which is rehearsed and prepared a series of arguments and ideas in order to combat the legal positivism, it

¹ Juiz togado do TJMMG; *Visiting Scholar da University of California – Berkeley*; *Doutor em Direito pela UFMG*; *Professor Adjunto da PUC-Minas*.

is appropriate to vote what was, at its time, one of the most important critics of that school of legal thought: Carl Schmitt. Critical of the political project of modernity, Schmitt outlines with the clarity of a few some of the crucial problems of positivist thinking, its internal contradictions and some of its erroneous assumptions.

However, the solutions outlined by the contested German thinker also point us to a path that should not be followed as it could also lead to the emptying of the human sense that should nourish the Law. Moreover, let us see that Modernity, if not a complete project, should not be banned due to their failures, but rebuilt and improved in the dimension of historical time and as human cultural achievement.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Soberania e legitimidade; 3. Carisma e violência; 4. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Schmitt pode ser inscrito em uma tradição de pensamento crítico ao projeto da modernidade, e essa crítica se manifesta com mais força na desconstrução que o constitucionalista alemão faz do liberalismo, em suas vertentes política (o Parlamentarismo) e jurídica (o positivismo jurídico). No esteio de Weber, Schmitt enxerga a modernidade como uma época de desencanto causado pelo esvaziamento de sentido gerado pela eleição da racionalidade moderna como paradigma de legitimidade. A racionalidade moderna, essencialmente instrumental, segundo Weber, basear-se-ia no quantificável e manipulável, na redução do conhecimento à técnica e à forma, afastando assim a manifestação de sua real substância.

É preciso retornar ao pensamento de Weber para entender a crítica de Schmitt à modernidade liberal. O pensamento de Weber se mostra extremamente pessimista em relação às conquistas da modernidade. Segundo ele, estaríamos presos à jaula de ferro da racionalidade, forjada pelo esvaziamento da magia e do encanto do mundo pela racionalidade instrumental moderna:

Para o homem civilizado a morte não tem significado algum. Não o tem porque a vida individual do homem civilizado, situado num

“progresso” infinito segundo seu próprio significado imanente, não deveria nunca chegar ao fim, pois há sempre mais um passo a ser dado para aquele que está em meio ao avanço do progresso. E nenhum homem que morre se encontra no ponto culminante que se situa no infinito. Abrão, ou algum camponês do passado, morreu “velho e satisfeito com a vida”, porque permaneceu no ciclo vital orgânico; porque sua vida, em termos de seu significado e no findar de seus dias, havia lhe dado o que a vida tem a oferecer, pois para ele não restava nenhum enigma que ele pudesse querer resolver; e desse modo, ele pôde ter o suficiente da vida. Por outro lado, o homem civilizado, colocado no meio do contínuo enriquecimento da cultura através das idéias, do conhecimento e dos problemas, pode tornar-se “cansado da vida”, mas não “saciado da vida”. Ele só aprende a parte mais ínfima daquilo que a vida do espírito está sempre a recriar, e aquilo que aprende é sempre alguma coisa provisória, não conclusiva; desse modo, a morte é para ele um acontecimento sem sentido. É uma vez que a morte não tem sentido, a vida civilizada enquanto tal tampouco o tem; através de sua própria “progressividade”, ela confere à morte a marca de sua falta de sentido.²

Esse esvaziamento afeta também o direito na substituição de sua relação com um sentido religioso-cultural ou com metanarrativas baseadas num ideal de justiça por formalidades e técnicas em vistas a uma sistematização que eliminaria do ordenamento jurídico suas lacunas, sendo o mesmo capaz de regular todos os fatos pretensamente jurídicos da sociedade. Tal pretensão geraria segundo Weber, uma burocratização das relações jurídicas, baseadas somente nas formalidades que garantiriam a validade do sistema.

Weber identifica duas formas distintas de legitimação da *herrschaft*³ jurídica: a primeira pré-moderna, baseada na inserção de um ato, de um ritual, em uma ordem simbólica que lhe conferiria sentido: a colocação de um selo, uma ordem real, o ritual de um julgamento. A segunda é a forma de legitimação moderna, baseada nas relações lógicas e racionais das normas inseridas em um sistema jurídico.

² WEBER, Max, From Max Weber, org. H. Gerth e C. Wright Mills, Londres, Routledge, citado em MORRISON, Wayne, Filosofia do Direito, dos gregos ao pós modernismo, Martins Fontes, São Paulo, 2006, pág. 325.

³ Mais traduzido como controle imperativo, mas mais próximo da idéia de dominação.

A segunda forma tende a resultar em uma burocratização das relações jurídicas.

Essa burocratização é vista por Schmitt como fruto do tecnicismo instrumentalizante da modernidade liberal e que encontraria sua perfeita representação no positivismo jurídico, nos moldes kelsenianos.

A crença kelseniana no Direito enquanto um sistema completo de normas transforma o aplicador dessas normas em uma mera função do Estado ou, fazendo-o ponto de imputação normativa, passa a dispensar a própria dimensão hermenêutica e humana ínsita à interpretação, na medida em que os problemas da aplicação apresentam-se desvirtuados em sua natureza de exercício racional.⁴ Fazendo do sujeito mero “ponto de imputação” normativa, esvazia-se o sentido do humano que pode e deve permear o jurídico, uma vez que até mesmo o homem sucumbe a esta notável construção abstrata revelada pelo sistema de normas.⁵

2. SOBERANIA E LEGITIMIDADE

O ponto nodal da crítica de Schmitt é a aplicação da normatividade jurídica. Para Schmitt existe sempre um hiato entre a norma e sua aplicação, o qual só pode ser preenchido pela atuação do jurista. No positivismo esse hiato não existe, ou, se existe, deve ser de todo desconsiderado pela ciência jurídica, que não permite nenhuma reflexão sobre a atividade interpretativa do jurista.

Schmitt opõe ao positivismo seu pensamento decisionista, que, segundo McCormick, é fruto de suas ideias acerca da soberania, assim como opõe suas ideias acerca da tradição e da representação substantiva ao Parlamentarismo liberal:

⁴ MCCORMICK, John P., *Carl Schmitt's Critique of Liberalism Against Politics as technology*, Cambridge University Press.

⁵ Lênio Streck chama-nos atenção para o risco inerente ao fato de, no processo de interpretação, em vez de discutir a lei, passarem os juristas a discutir sobre e a partir da lei, como se esta fosse produto de uma legislador racional. Na sua visão, “esse deslocamento discursivo, de cunho ideológico, é próprio do sentido comum teórico dos juristas (positivistas), que produz os Standards a serem utilizados pela comunidade jurídica. Resulta disso uma interpretação totalmente alienada/afastada das relações sociais” (2007: 74).

If substantive representation is the foil with which Schmitt negatively contrasts parliamentary representation, in *Political Form and Parlamentarismus*, then, as suggested in my earlier analysis of emergency powers, Schmitt's appropriation and reconstruction of the early-modern concept of sovereignty is the standard by which he criticizes liberal jurisprudence most forcefully in *Political Theology* and his subsequent Weimar constitutional writings.⁶

O retorno à ideia de soberania, nesse momento, relacionar-se-ia muito mais com a aplicação real das normas do que com uma relação de poder monárquico ou pessoal como pretende Kelsen. A soberania aqui é vista como fundamental para a aplicação do Direito, uma vez que o aplicador, que deve ser considerado na sua pessoalidade, supre a lacuna que existe entre a norma e a realidade, algo que os formalistas se negam a ver, segundo Schmitt:

O fato da idéia jurídica não poder aplicar-se por si mesma, resulta que ela não dispõe sobre quem deve aplicá-la. Em toda transformação há uma *auctoritatis interpositio*. Uma determinação distintiva sobre a pessoa individual ou que instância concreta pode exigir para si tal autoridade, não pode ser extraída da mera qualidade jurídica de um princípio.⁷

Basear a validade das normas em sua posição dentro de um sistema fechado e hierarquicamente organizado seria criar uma ilusão que afastaria, para Schmitt, a realidade da questão jurídica: que somente uma hierarquia de pessoas, dentro de uma concepção substancial de soberania confere validade à norma e à decisão jurídica:⁸

⁶ MCCORMICK, John P., *Carl Schmitt's Critique of Liberalism Against Politics as technology*, Cambridge University Press, pág. 206. "Se a representação substantiva é a lamina com a qual Schmitt contrasta negativamente a representação parlamentar em *Parlamentarismo e forma política*, então, como sugerido em minhas análises anteriores acerca dos poderes emergentes, a apropriação e reconstrução schmittiana do conceito de soberania do início da modernidade é a base pela qual ele pode criticar a ciência do direito de matiz liberal, de forma ainda mais incisiva na *Teologia Política* e em seus escritos posteriores sobre o constitucionalismo de Weimar".

⁷ SCHMITT, Carl, *Teologia Política*, Del Rey, Belo Horizonte – MG: 2006, pág. 29.

⁸ "This betrays his nostalgia for the concrete domination of persons over persons that is characteristic of traditional politics and part and parcel of his developing neauthoritarianism, as much as it conveys his concern for jurisprudential

Puesto que una ley no puede aplicarse, manipularse o ejecutarse a sí misma; no puede ni interpretarse, ni definirse, ni sancionarse; no puede tampoco por sí sola – si no deja de ser una norma – nombrar o designar a las personas concretas que deben interpretar o manejar la ley. Tampoco el concepto de juez independiente, sometido solamente a la ley, es normativista, sino un concepto de orden, una instancia competente, un miembro de un sistema de orden de funcionarios y administradores. Que esa persona en concreto sea el juez competente no viene dado por reglas o normas, sino por una concreta organización de justicia y de nombramientos selectivos concretos. Así, es cierto lo que Hölderling escribió en una nota a su traducción del *Nomos basileus* de Píndaro: “El *nomos*, la ley, es aquí la medida en tanto que es la figura según la cual el hombre se encuentra a sí mismo y a Dios, a la Iglesia ya al orden estatal y los viejos preceptos heredados que, de modo más estricto que el arte, conservan las relaciones vitales, en las que con el tiempo un pueblo se ha encontrado y encuentra a sí mismo.”⁹

Na verdade, Schmitt critica o papel predominante concedido à forma pelo normativismo positivista. Ele afirma que tal predominância decorre de uma incorporação da pretensa objetividade da técnica e das ciências naturais, somada a uma incompreensão equivocada do pensamento escolástico sobre forma e substância:

O fato de que Kelsen, logo que ele dá um passo adiante além de sua crítica metodológica, opera com um conceito causal próprio às ciências naturais, mostra-se melhor quando ele acredita que a crítica ao conceito de substância, de Hume e Kant, pode ser transposta para a teoria do Estado, sem, no entanto, ver que o conceito de substância do pensamento escolástico é algo bem diferente daquele do pensamento matemático e das ciências naturais. A distinção entre substância e exercício de um direito, que encontrou um significado fundamental na história de dogmas do conceito de soberania, de forma alguma pode ser compreendida com conceitos das ciências naturais e é, obviamente, um momento essencial da argumentação jurídica.¹⁰

praxis.” MCCORMICK, John P., *Carl Schmitt's Critique of Liberalism Against Politics as technology*, Cambridge University Press, pág. 218.

⁹ SCHMITT, Carl, *Sobre los três modos de pensar la ciencia jurídica*, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, Espanha, 1996, pág. 16.

¹⁰ SCHMITT, Carl, *Teologia Política*, Del Rey, Belo Horizonte, MG: 2006, pág. 39. Schmitt pretende que seu decisionismo trate da forma correta o problema

Para Schmitt, a forma é importante, pois é ela que faz o conteúdo se revelar, mas, assim como não pode existir forma pura, apartada de conteúdo, nem conteúdo que se revele totalmente informe, o pensamento que se foque somente em uma dessas categorias seria incompleto e incapaz de solucionar os problemas que ele mesmo vier a propor. O pensamento positivista, ao reduzir o Direito à norma, enquanto ordem abstrata, gera, segundo Schmitt, uma série de ilusões e más compreensões acerca do Direito. A primeira é a do mando impessoal da norma, combatido ferrenhamente por Schmitt. Segundo ele, os normativistas não percebem que esse “fetiche” legislativo ou “autoritativo” gera uma crença na honra e virtude do legislador ou da autoridade, identificados teologicamente com Deus, enquanto ordenador da realidade. Todos os conceitos de honra e dignidade, fundamentais para se manter a legitimidade do mando, passam para a figura do legislador/autoridade, considerado em sua abstração, que acaba exercendo uma soberania velada e ilegítima:

Se o conceito de lei se apropriar de toda e qualquer relação para com a razão e com a justiça, e se, ao mesmo tempo, for mantido o Estado legiferante com seu conceito específico de legalidade, que concentra na lei a grandeza e a dignidade do Estado, toda determinação de qualquer tipo, toda ordem e medida, todo comando dirigido a qualquer oficial ou soldado e toda instrução individual endereçada a um juiz poderão ser realizados, de forma legal e legítima, por meio de uma resolução do Parlamento ou de qualquer uma das outras instâncias envolvidas no procedimento legiferante, por força do “domínio da lei”. O “puramente formal” reduz-se então à palavra vazia e à etiqueta “lei”, revelando sua relação com o Estado de Direito. De forma exclusiva e direta, toda a dignidade e toda a grandeza da lei estão ligadas- e, mais precisamente, com significado e efeito imediatamente jurídico-positivo – a essa confiança na justiça e na razão do próprio legislador e de todos os participantes do processo de legiferação.

entre substância e forma jurídica: “The difference between the respective uses of distinction in question, for Schmitt, lies in decisionism’s ability to bring substance alive through the formal act of a decision rather than letting it lie stillborn in the letter of the law or the phraseology of the constitution. As he often states, forms or functions per se are not dangerous, they necessary to make ideas realities.” MCCORMICK, John P., *Carl Schmitt’s Critique of Liberalism Against Politics as technology*, Cambridge University Press, pág. 220.

Transferem-se todas as garantias e assegurações jurídicas, bem como toda a proteção contra abusos, para a pessoa do legislador onipotente ou para a qualidade do processo legiferante. Para que não seja algo desprovido de razão nem puramente arbitrário, urge que esse processo seja dominado pela precondição da confiança supramencionada, que será a força propulsora da congruência do Direito e da lei formal. Esse sistema de legalidade não existe, em absoluto, de maneira incondicional. Um equacionamento incondicional do direito com o resultado de um procedimento formal qualquer seria apenas uma submissão incondicional, ou seja, cega, à decisão tomada por instâncias encarregadas de legislar sem nenhuma vinculação com o conteúdo do Direito e da Justiça. Nada mais seria que uma renúncia incondicional a qualquer tipo de resistência. Seria apreender o *sic volo sic jubeo* em sua forma mais ingênua e meramente psicológica, a partir de rudimentos de alguma superstição ou a partir dos resíduos de alguma religião jurídica anterior mais plena de conteúdo. Pode-se chamar a isso de “positivismo”, só que, hodiernamente, essa palavra não mais logra ocultar que aquele formalismo incondicional consiste em uma pretensão de submissão conduzida por motivos puramente políticos e acompanhada de uma negação, também conduzida por motivos puramente políticos, de todo e qualquer direito de resistência.¹¹

Problema de grave intensidade que traria o formalismo, na visão de Schmitt, seria ainda o da relativização do conceito de Constituição. A relativização do conceito de Constituição consiste, assim, em fazer sinonímia das expressões “Constituição” e “lei constitucional”. Dessa forma, em vez de se fixar o conceito unitário de Constituição, fixa-se apenas o de lei constitucional concreta, o qual, por sua vez, só se estabelece a partir de características exteriores, alcunhadas de *formais* pela doutrina tradicional (1996: § 2, I).

É o erro recorrente de se atribuir caráter “formal” à Constituição pelos critérios de ser a Constituição *escrita* ou estar sua *reforma ligada a procedimentos de maior dificuldade*. Ao assim proceder, não se busca outra coisa senão enunciar que Constituição é equivalente a uma série de leis constitucionais escritas (Constituição = *lex scripta*) (1996: § 2 II), bem como vincular o conceito de Constituição à previ-

¹¹ SCHMITT, Carl, *Legalidade e Legitimidade*, Del Rey Editora, Belo Horizonte, MG: 2007, págs. 21-22.

são de reforma dificultada. E adverte *Schmitt* que considerar somente o requisito sobre a reforma constitucional (como, v.g., o art. 76 da Constituição de Weimar) é renunciar por completo a busca da significação definitiva de Constituição. É depositar todo o conteúdo de uma Constituição em um único dispositivo, passando a ser ela uma espécie de “lei em branco” que, em cada caso, possa ser preenchida segundo as prescrições de reforma constitucional (SCHMITT, 1996: § 2, III). As leis constitucionais não recebem sua força do procedimento previsto para sua eventual reformabilidade, senão que as prescrições sobre reforma, como outras prescrições legal-constitucionais, recebem sua força da Constituição.

A outra ilusão gerada pela ordem jurídica formal é de uma relação de causa e efeito entre as atuações do jurisdicionado e do Estado, de forma que, se aquele segue as normas, pode-se esperar que este atue de determinada maneira. *Schmitt* precisa atacar essa concepção, pois a mesma jogaria por terra toda sua ideia acerca da soberania, baseada justamente na ideia de exceção à ordem regular. A ideia de causalidade como consequência e base do Estado de Direito é também destacada por Weber:

O Direito prevê uma estrutura formal que faz exigências bastante precisas e, se administrada racionalmente, assegura que possamos prever o resultado de nossa obediência ou desobediência a tais exigências. Assim, essa estrutura jurídico – racional sanciona o elemento de cálculo na autoridade jurídico-racional. A coerência na tomada de decisões é crucial. Comparado a um direito substantivo baseado em “princípios materiais”, e a uma justiça que seria substancial e, desse modo, *ad hoc*, “o direito formalista é previsível” (Weber, 1966:252). O direito, por sua vez, necessita do Estado burocrático moderno para prestar a “garantia formal confiável de todos os contratos pela autoridade política” (*idem*).¹²

Essa crença numa pretensa causalidade do real foi alvo preferencial de muitos pensadores críticos da modernidade, como Nietzsche.¹³

¹² MORRISON, Wayne, *Filosofia do Direito, dos gregos ao pós-modernismo*, Martins Fontes, 2006, pág. 332.

¹³ “Sabeis vós também o que é para mim o “mundo”? Devo mostrá-lo em meu espelho? Este mundo: uma imensidão de força, sem começo, sem fim, uma firme, brônzea grandeza de força, que não se torna maior, não se torna menor,

Mas, para Schmitt, essa ordem ameaçaria a própria ideia de soberania que ele defende de forma tão ferrenha. Ele afirma que o “Soberano é aquele que decide sobre o estado de exceção”.¹⁴ O que caracteriza a soberania não é o mando de acordo com as normas, mas sim, o poder de suspendê-las em uma situação excepcional. Para o citado autor, o momento da decisão se mostra em toda força na decisão sobre a exceção. A exceção não é um simples estado de necessidade, mas um estado limítrofe, que não pode ser previsto ou abarcado por nenhuma ordem normativa.¹⁵ O normativismo positivista não considera a

não se consome, só se transforma e, como um todo, é de imutável grandeza, um orçamento doméstico sem gastos e sem perdas, mas, do mesmo modo, sem crescimento, sem ganhos, encerrado pelo “nada” como por seu limite, nada que se desvaneça, nada desperdiçado, nada infinitamente extenso, mas sim, como força determinada, posto em um determinado espaço, não em um lugar que fosse algures “vazio”, antes como força em toda parte, como jogo de forças e ondas de força, ao mesmo tempo uno e vários, acumulando-se aqui e ao mesmo tempo diminuindo acolá, um mar em forças tempestuosas e afluentes em si mesmas, sempre se modificando, sempre refluindo, com anos imensos de retorno, com vazante e montante de suas configurações, expelindo das mais simples às mais complexas, do mais calmo, mais inteiriçado, mais frio ao mais incandescente, mais selvagem, para o que mais contradiz a si mesmo e depois, de novo, da plenitude voltando ao lar do mais simples, a partir do jogo das contradições de volta até o prazer da harmonia, afirmando a si mesmo ainda nessa igualdade de suas vias e anos, abençoando a si mesmo como aquilo que há de voltar eternamente, como um devir que não conhece nenhum tornar-se satisfeito, nenhum fastio, nenhum cansaço -este meu mundo dionisíaco do criar eternamente a si mesmo, do destruir eternamente a si mesmo, este mundo misterioso da dupla volúpia, este “meu além do bem e do mal”, sem fim, se não há um fim na felicidade do círculo, sem vontade, se não há boa vontade no anel que torna a si mesmo – vós quereis um nome para este mundo? Uma solução para todos os seus enigmas? Uma luz também para vós, ó mais esconsos, mais fortes, mas desasombrados, mais ínsitos à meia noite? *Este mundo é a vontade de poder – e nada além disso!* E também vós sois vontade de poder – e nada além disso! NIETZSCHE, Friedrich, *Vontade de Poder, Contraponto*, Rio de Janeiro: 2008, págs. 512-513.

¹⁴ SCHMITT, Carl, *Teologia Política*, Del Rey Editora, Belo Horizonte, Minas Gerais: 2006, pág. 09.

¹⁵ “A decisão sobre a exceção é, em sentido eminente, decisão, pois norma geral, como é apresentada pelo princípio jurídico normalmente válido, jamais pode compreender uma exceção absoluta e, por isso, também, não pode fundamentar, de forma completa, a decisão de um caso real, excepcional. IDEM.

exceção, essencialmente irracional e não jurídica para ele, transferindo a soberania do soberano para a ordem normativa. No pensamento schmittiano, isso decorre de uma crença metafísica na ordem legal como análoga a uma pretensa ordem normativa da natureza, identificadas através de uma postura metafísica que os positivistas, e sobretudo Kelsen, insistiriam em negar:

Schmitt locates the source of what he has thus far identified as Kelsen's jurisprudential rigidity: "At the foundation of his identification of state and legal order rests a metaphysic that identifies the lawfulness of the nature and the normative lawfulness. This pattern of thinking is characteristic of the natural sciences. It is based on the rejection of all 'arbitrariness,' and attempts to banish from the human mind every exception" (*PT*, 41). Kelsen and the legal theory he represents are a manifestation of Enlightenment thought's increasing indifference and even antagonism to the idea of the exception. But any attempt to draw attention to the exception – whatever form it takes, beneficial, banal, or, most important, dangerous – is considered irrational from the standpoint of the Enlightenment.¹⁶

Para que o método¹⁷ kelseniano, baseado no método das ciências naturais, funcione, é preciso que o objeto tratado por ele seja passível dessa mesma identificação, a qual só pode se dar em um plano essencialmente metafísico. Não há como negar que a "depuração" científica que o austríaco pretende é baseada no mesmo procedimento

¹⁶ MCCORMICK, John P., *Carl Schmitt's Critique of Liberalism Against Politics as technology*, Cambridge University Press, pág.223. "Schmitt localiza a fonte do que ele então identificara como a rigidez científica de Kelsen: "Na raiz da identidade por ele vista entre o Estado e a ordem legal residia a metafísica que identifica a juridicidade da natureza e a juridicidade normativa. Esta forma de pensar é característica das ciências naturais. É baseada na rejeição de toda arbitrariedade e visa banir do espírito humano toda exceção. Kelsen e a teoria do direito que ele representa são manifestações do pensamento iluminista de crescente indiferença e mesmo antagonismo para com a idéia de exceção. Mas qualquer esforço para descrever a exceção – seja qual for a forma em que seja descrita, favorável, banal, ou, sobretudo, perigosa – será considerada irracional do ponto de vista do Iluminismo".

¹⁷ Conforme nos ensina Alexandre Travessoni "o método é, para Kelsen, ponto central na criação da Ciência Jurídica. O método, o caminho para se conhecer o direito é, na teoria kelseniana, o modo particular pelo qual o jurista conhece o direito." (2000:118)

“purgativo” e reducionista pelo qual as ciências naturais passaram na modernidade. Em verdade, na sua ânsia de revelar e identificar as leis naturais¹⁸ – um projeto que fracassou, devemos ressaltar – as ciências da natureza instituíram que as únicas manifestações da realidade consideradas dignas de reflexão e estudo seriam as regidas por essas leis, num reducionismo científico e metodológico que viria desaguar no positivismo científico e estender seus tentáculos sobre o Direito, já fagocitado pelo tecnicismo. É que, como nos ensina Marcelo Galuppo, “o compromisso metodológico da Ciência do Direito engendrada por este paradigma (seria o de) estabelecer a adoção do modelo das ciências naturais como modelo apropriado ao conhecimento jurídico” (2005: 199). O mais surpreendente é que esse método, na sua crença na realidade como um dado, ignora a verdade, em um sentido mais profundo:

Max Planck ha demostrado cómo el positivismo de las ciencias naturales, en su interés por alcanzar una seguridad incondicionada solo tiene en cuenta la impresión de los sentidos y, en consecuencia, no puede distinguir las percepciones engañosas e ilusorias de las otras; por eso en una física positivista no caben ilusiones de los sentidos. El destino del positivismo de la ciencia del derecho, interesado solamente en la seguridad y en evitar la arbitrariedad subjetiva, tiene cierta semejanza con esse mismo hecho. Si falla la normalidad de la situación concreta que la norma positiva presupone, pero que, si se considera positivo –jurídicamente, es imperceptible, entonces caería con ella posibilidad firme, previsible e inquebrantable de aplicación de la norma. También la “justicia de la positividad”, de la que habla Erich Jung, cesaría. Sin el sistema de coordenadas de un orden

¹⁸ “Num certo canto remoto do universo cintilante, vertido em incontáveis sistemas solares, havia um astro onde animais inteligentes inventaram o conhecimento. Foi o minuto mais soberbo e hipócrita da “história mundial”, mas foi apenas um minuto. Depois de a natureza ter respirado umas poucas vezes, o astro enregelou e os animais inteligentes tiveram de morrer. Assim, alguém poderia inventar uma fábula como esta e, no entanto, não ficaria suficientemente esclarecido quão lastimável, quão obscuro e fugidio, quão desprovido de finalidade e arbitrário se apresenta o intelecto humano no interior da natureza.” NIETZSCHE, Friedrich, *Acerca da Verdade e da Mentira*, Editora Rideel, São Paulo: 2005, pág.7.

concreto, el positivismo jurídico no consigue distinguir entre justicia e injusticia, ni entre objetividad e arbitrariedad subjetiva.¹⁹

Em nome dessa pretensa objetividade e segurança jurídica, o positivismo jurídico prefere esvaziar o Direito de seu conteúdo de justiça, alegando ser este um conceito subjetivo, incapaz de ser apreendido pela ciência.²⁰ Como observa Fernando Armando Ribeiro, “é notável o esgarçamento de uma leitura meramente positivista das Constituições – a qual não confere a possibilidade de compreensão do texto constitucional como um momento de afirmação do próprio *ethos* de um povo –, garantidor de uma vida gregária minimamente estabilizada e, ao mesmo tempo, articulada com um amplexo sempre aberto de posições pluralistas e antagônicas no quadro social” (Ribeiro, 2004: 200). Qualquer soberania que não seja a da norma seria, do ponto de vista positivista, arbitrária, gerando insegurança jurídica, como no momento das monarquias absolutistas europeias. Contudo, ao transferir a soberania para as normas, transfere-se um poder

¹⁹ SCHMITT, Carl, Sobre los três modos de pensar la ciencia jurídica, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, Espanha, 1996, pág. 44.

²⁰ “O discurso político é conduzido essencialmente do ponto de vista filosófico e com isto se configura uma parte decisiva como crítica ética da dominação e funda, nesta forma, uma ética filosófica do direito e do Estado. Esta tradição, entretanto, se interrompe durante o século XIX. Sobretudo, os grandes filósofos dedicam, quando muito, atenção secundária ao discurso do direito e do Estado. Mais interessados em teoria social, hermenêutica, fenomenologia e teoria da ciência, deixam aos juristas o estudo da teoria do direito e do Estado. Estes não perdem certamente o contato com a filosofia; assim, por exemplo, a escola histórica do direito (F.K.Savigny, Jacob Grimm, R.Von Jhering, O.von Gierke) se inspirará em Herder e Hegel; Hans Kelsen é inspirado pelo neokantismo e H.L.A. Hart se situa na tradição britânica de Hobbes, no utilitarismo (Bentham) e na filosofia analítica do direito. Mas os estímulos filosóficos praticamente não incluem impulsos éticos. Dominam nas ciências do direito e do Estado o historicismo e o positivismo, ambos descrendo da perspectiva ética, e em parte, até recusando essa perspectiva. Com a alienação da filosofia das ciências do direito e do Estado se desenvolve uma alienação em ambos, da ética, perdendo-se com isto a ética do direito e do Estado. Passageiramente, o discurso do direito e do Estado poderá tornar-se, desta maneira, mais concreto do ponto de vista histórico e jurídico. E além disto se liberta do risco de um moralismo precipitado. Perde, entretanto, também a perspectiva da justiça e com ela a crítica discursiva da dominação.” HÖFFE, Otfried, Justiça Política, Martins Fontes, São Paulo: 2006.

indevido, segundo Schmitt, ao legislador, bem como se fragmenta a soberania pelos vários órgãos responsáveis pela aplicação da norma, gerando assim mais arbitrariedade, disfarçada, desta feita, sob o manto da objetividade jurídica.

Essa fragmentação da soberania seria uma das faces de uma incrementação ostensiva da burocracia estatal, formada nos meandros dos pontos de imputação da teoria kelseniana, na qual a vontade é desconsiderada e existe somente a subsunção de determinados fatos a determinadas normas. O desenvolvimento de um pensar estratégico em uma situação dessas chega a ser quase inevitável, o que explicaria o fato do Estado ver em seus jurisdicionados nada mais do que números em tabelas e estatísticas:

Sem dúvida, Foucault está certo em afirmar que as ciências sociais embotaram a fibra moral de nossos governantes. Algo acontece com políticos que se veem expostos a infinitas tabulações de níveis de renda, índices de reincidência, eficácia de custo de armas de fogo para a artilharia e coisas do gênero – mais ou menos o que acontece com os guardas dos campos de concentração... Os governantes das democracias liberais passam a crer que nada importa além do que é mostrado pelas previsões dos especialistas. Eles param de ver seus concidadãos como concidadãos.²¹

Schmitt considera que o normativismo impede a real aplicação do Direito, só possível por meio de uma decisão que preencha o hiato entre a norma e a realidade.²² O retorno à soberania é fundamental para que isso aconteça. McCormick pergunta se a crítica de Sch-

²¹ RORTY, Richard, *Method and Modernity*, apud MORRISON, Wayne, *Filosofia do Direito, dos gregos ao pós-modernismo*, Martins Fontes, São Paulo: 2006, pág. 336.

²² Lúcidas, neste sentido, são as considerações de Marcelo Cattoni, ao mostrar-nos que, “para Kelsen, a concepção presente na jurisprudência tradicional de que a indeterminação do ato jurídico prescrito pela norma aplicanda pode ser superada pelo simples conhecimento do Direito existente é uma autocontradição em face da pressuposição de que pode haver interpretação. Pois se pode haver uma interpretação de uma norma, então, a questão de qual seria a escolha “correta” entre as possibilidades dadas dentro de uma moldura da norma é dificilmente a questão da cognição direcionada ao Direito positivo: é um problema não de teoria do Direito mas de política do Direito” (2004: 126).

mitt ao normativismo positivista visa trazer de volta a substância do Direito ou, em verdade, criar as condições jurídicas apropriadas para a dominação nos moldes que Schmitt entende corretos.²³ Por mais que a relação de Schmitt com o nacional socialismo tenha levado a um abandono indevido de suas considerações sobre Direito e Política durante um tempo considerável, seria uma ingenuidade perigosa não relacionar suas posturas científicas com suas posturas político-ideológicas. Na análise da função do carisma para o mando soberano, tais posturas transparecem melhor.

3. CARISMA E VIOLÊNCIA

Novamente influenciado por Weber, Schmitt trabalha as formas de mando e representação. No resgate da soberania, o pensar sobre o carisma do governante personalizado se mostra fundamental.²⁴ Nos seus estudos constitucionais, vemos Schmitt destacar a importância da tradição para fomentar uma representatividade real, acusando as contradições do sistema eleitoral e da concepção da escolha majoritária. Para ele, o voto representa uma vontade individual, convertida, por meio da quantificação matemática latente, na ideia de “maioria”, em vontade pública. Afirma ainda que essa conversão é enganosa,

²³ “More specifically than I could in the chapter on emergency powers, I will attempt to confront the Schmittian constitutional democracy that he offers as an alternative to the so-called empty, mechanical formalism of the liberal variety. I will ask whether Schmitt assails the abstractness of positivist jurisprudence because it allows concrete political reality to elude theoretical analysis or because it acts as a normative obstruction to his designs for a new form of concrete domination adequate to the twentieth-century state/society relationship.” MCCORMICK, John P., *Carl Schmitt’s Critique of Liberalism Against Politics as technology*, Cambridge University Press, pág. 207.

²⁴ “Rather Schmitt’s critique of formalist jurisprudence is generated by his engagement with Max Weber’s sociology of Law as it is eventually published in Weber’s massive *Economy and Society*. Of the work, Schmitt wrote, “the enormous sociological material for the conceptual development of jurisprudence in Max Weber’s *magnus opus posthumum* has still to be tested”; of the man himself, Schmitt later remarked, he was “an historian engaged in political theology,” because of his analysis of the phenomenon of charisma. MCCORMICK, John P., *Carl Schmitt’s Critique of Liberalism Against Politics as technology*, Cambridge University Press, pág. 208.

uma vez que o conjunto de vontades individuais não gera uma vontade pública, mas essa é construída por uma tradição que determine ideais políticos e possibilite uma homogeneidade social, requisito primordial para a democracia.

“La igualdad democrática es, em essência, homogeneidad, y, por cierto, homogeneidad del pueblo. El concepto central de la Democracia es *Pueblo* y no *Humanidad*. Si la Democracia ha de ser una forma política, hay solo Democracia del Pueblo y no Democracia de la Humanidad. Ni siquiera el concepto de *clase* puede substituir, para la Democracia, al concepto de pueblo. Siendo clase un concepto puramente econômico, sobre base puramente econômica, no da lugar a ninguna homogeneidad sustancial.”²⁵

Segundo Schmitt, essa homogeneidade é a substância da ordem política democrática e base para a representação soberana real. E essa substância não pode ser matematizada ou quantificada por meio do voto majoritário. Fica claro que, para o referido autor, o poder relacionado ao carisma não é tão instável quanto para Weber, uma vez que existe uma tradição que o sustenta. O poder carismático é também uma forma pré-moderna de poder, que não busca legitimidade na razão ou em uma organização normativa, mas no próprio reconhecimento, pelos dominados, de sua existência.²⁶

²⁵ SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, Alianza Editoria, S.A. Madrid: 1996, pág. 230

²⁶ “Em contraste radical com a organização burocrática, o carisma não conhece admissão ou demissão formal, carreira, adiantamento ou salário, supervisores ou sistemas de apelação, jurisdição local ou puramente técnica, assim como desconhece instituições permanentes à maneira das agências burocráticas, que independem dos que exercem um cargo e de seu carisma pessoal. O carisma é autônomo e estabelece seus próprios limites. Aquele que o possui assume a tarefa da qual foi incumbido e exige que os outros o obedeçam e sigam em virtude de sua missão. Se aqueles dos quais ele se sente representante não o reconhecem como tal, sua pretensão cai por terra; se o reconhecem ele será seu mestre enquanto conseguir “provar” que o é. Todavia, ele não extrai suas pretensões da vontade de seus seguidores, como acontece nas eleições, em vez disso, cabe a eles reconhecer seu carisma. (...) A autoridade carismática é naturalmente instável. WEBER, Max, *Economy and Society*, citado em MORRISON, Wayne, *Filosofia do Direito, dos gregos ao pós modernismo*, Martins Fontes, São Paulo, 2006, pág. 341.

O espírito é ditadura. Reciprocamente, a ditadura, que é a essência do poder como violência (*Gewalt*), é de essência espiritual. O espiritualismo fundamental dessa afirmação está em consonância com aquilo que concede a autoridade (legitimada ou legitimadora), ou a violência do poder (*Gewalt*), a uma decisão instituinte que, não tendo, por definição, de justificar sua soberania diante de nenhuma lei preexistente, apela somente para uma “mística” e só pode anunciar-se sob a forma de ordens, de ditos, de ditados prescritivos ou de performativos ditatoriais.²⁷

Schmitt não trata propriamente da ditadura quando trabalha a ideia de representação e de carisma, mas Derrida, em comentário a um texto de Benjamin²⁸ nos mostra que o poder soberano não se condiciona pela vontade popular, nem por uma normatividade pré-existente. Seu fundamento é espiritual (*Geist*) ou num termo caro a Derrida, fantasmagórico (*gespenstische*).

Na sua luta contra o racionalismo iluminista, segundo ele, essencialmente técnico e instrumental, Schmitt se posiciona ao lado do irracionalismo da representação carismática em seus moldes pré-modernos, apesar de insistir que, em verdade, busca resultados científicos mais completos que os possíveis de se atingir com o positivismo jurídico. Na realidade, em muitos pontos as teorias de Schmitt e de Kelsen se encontram. É discutível a afirmação habermasiana²⁹ de que Kelsen e Schmitt representariam lados opostos da mesma moeda, uma vez que existe um voluntarismo real na base da teoria de Kelsen (ainda que a ordem normativa tenha como função a supressão dessa

²⁷ DERRIDA, Jacques, Prenome de Benjamin, in *A força da lei, o fundamento místico da autoridade*, Martins Fontes, São Paulo: 2007, pág. 107.

²⁸ *Zur Kritik der Gewalt*, texto muito elogiado por Schmitt, amigo de Benjamin, mas os comentários de Derrida se baseiam na análise do seguinte parágrafo de *Ursprung der deutschen Trauerspiel*:

O espírito (*Geist*) – tal é a tese da época – manifesta-se no poder (*weist sich aus in Macht*); o espírito é a faculdade de exercer a ditadura (*Geist ist das Vermögen, Diktatur auszuüben*). Essa faculdade exige uma disciplina interior rigorosa, assim como uma ação interior desprovida de escrúpulos (*skrupelloseste Aktion*)

Citado em DERRIDA, Jacques, Prenome de Benjamin, in *A força da lei, o fundamento místico da autoridade*, Martins Fontes, São Paulo: 2007, pág. 107.

²⁹ MCCORMICK, John P., *Carl Schmitt's Critique of Liberalism Against Politics as technology*, Cambridge University Press, pág. 218.

vontade), e um formalismo vazio no decisionismo de Schmitt, porque seria necessária uma performatividade formal para se manter a soberania; mas que existe uma intrigante relação entre os dois pensamentos é inegável.

Na realidade política alemã, esse encontro foi mediado pelo nacional socialismo, abraçado por Schmitt e condenado por Kelsen. Apesar das posições distintas sobre o problema, as posturas teóricas de ambos ajudaram a fundamentar as ações do *Reich*. Se, por um lado, a defesa da soberania carismática realizada por Schmitt reflete bem a ascensão e o uso de poder por parte de Hitler, o tecnicismo que transcende do normativismo kelseniano serve de base para a organização burocrática e administrativa da máquina de violência do governo nazista. Morrison nos dá base para essa conclusão:

O Holocausto é tanto um reflexo de tendências da modernidade quanto um evento ímpar. Enquanto fenômeno único, não poderia ter ocorrido sem condições sociológicas específicas nas quais as modernas técnicas e tecnologias de administração racional fossem auxiliadas por um imaginário institucional político e jurisprudencial específico. Em parte, esse imaginário institucional foi fornecido por narrativas de construção social, auxiliadas por teses de teoria jurídica específicas sobre liderança, democracia e crise do liberalismo.³⁰

Se, por um lado, o carisma de Hitler fortaleceu o *Reich* e possibilitou o uso da solução final,³¹ foi preciso um dilúvio de “quase 2 mil leis e normas administrativas (...) criadas para degradar e tornar ainda mais miseráveis os judeus alemães”.³² Lançaram mão desse artifício porque a Alemanha partilhava a crença moderna na capacidade legitimadora da legalidade, que Schmitt denuncia em *Legalidade e Legitimidade* e que é fruto do tecnicismo normativo. Esse tecnicismo é característica comum em todos os aspectos da *solução final*, seja o

³⁰ MORRISON, Wayne, *Filosofia do Direito, dos gregos ao pós-modernismo*, Martins Fontes, São Paulo: 2006, pág. 358.

³¹ “Relatos de alemães “comuns”, bem como de nazistas convictos, mencionam freqüentemente a crença em que o *Führer possuía atributos mágicos, o que era reforçado pelo “princípio do Führer” da teoria jurídica.*” *Idem*, pág. 357.

³² *Idem*, pág. 362.

aspecto legal, administrativo, ou mesmo o da consecução prática das medidas responsáveis pela eliminação dos judeus:

(Auschwitz) era também uma extensão rotineira do sistema fabril moderno. Em vez de produzir bens, a matéria-prima eram seres humanos e o produto final era a morte; o número de unidades diárias era cuidadosamente registrado nos gráficos de produção. As chaminés, símbolos do sistema fabril moderno, lançavam uma fumaça acre, produzida por carne humana queimada. A perfeita organização da moderna rede ferroviária europeia levava um novo tipo de matéria-prima para as fábricas. E o fazia como se transportasse qualquer outro tipo de carga. Nas câmaras de gás, as vítimas inalavam um gás venenoso que em geral provinha de cápsulas de ácido cianídrico produzidas pela indústria química alemã avançada. Engenheiros projetaram os crematórios, administradores conceberam o sistema burocrático que funcionava com um dinamismo e uma eficiência que deixariam com inveja as nações mais atrasadas. O próprio plano geral era um reflexo do moderno espírito científico às avessas. O que ali se via era nada menos que um gigantesco esquema de engenharia social.³³

O esvaziamento do Direito era claro, fruto do casamento entre o carisma fanático de Hitler e da monstruosidade técnica da engenharia social nascente. Durante anos, discutiu-se se o positivismo ou se o decisionismo representava a forma jurídica daqueles anos. Mas, em verdade, a união de ambos permitiu uma estetização da política e uma fé nas técnicas de controle social sem precedentes, bem como um esvaziamento moral da realidade política. Mas ambas as teorias não podem ser responsabilizadas, são frutos de sua época. Uma época que paira sobre nós como uma ameaça constante, de um retorno à violência divinizada e racionalizada, uma época que marcou nossas narinas com o cheiro indelével de carne humana queimando e nossas consciências com a dúvida perene sobre os limites da racionalidade estatal. Uma época em que o mistério e o desencanto se uniram num abraço incestuoso que esmagou milhares de vidas.

³³ FEINGOLD, apud BAUMAN, apud MORRISON, Wayne, *Filosofia do Direito, dos gregos ao pós-modernismo*, Martins Fontes, São Paulo: 2006, pág. 367.

4. BIBLIOGRAFIA

CATTONI, Marcelo. Jurisdição e hermenêutica constitucional. Belo Horizonte: 2004.

DERRIDA, Jacques, Prenome de Benjamin, *in* A força da lei, o fundamento místico da autoridade, Martins Fontes, São Paulo: 2007

GALUPPO, Marcelo. *A epistemologia jurídica entre o positivismo e o pós-positivismo*. In: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, v. 1, n. 3, 195-206.

GOMES, Alexandre Travessoni. O fundamento de validade do direito: Kant e Kelsen. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

HÖFFE, Otfried, Justiça Política, Martins Fontes, São Paulo: 2006.

MCCORMICK, John P., Carl Schmitt's Critique of Liberalism Against Politics as technology, Cambridge University Press.

MORRISON, Wayne, Filosofia do Direito, dos gregos ao pós modernismo, Martins Fontes, São Paulo, 2006.

NIETZSCHE, Friedrich, Vontade de Poder, Contraponto, Rio de Janeiro: 2008.

NIETZSCHE, Friedrich, Acerca da Verdade e da Mentira, Editora Ride-el, São Paulo: 2005.

RIBEIRO, Fernando Armando. Conflitos no Estado constitucional democrático, Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

SCHMITT, Carl, Teologia Política, Del Rey, Belo Horizonte – MG: 2006.

SCHMITT, Carl, Sobre los três modos de pensar la ciencia jurídica, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, Espanha, 1996.

SCHMITT, Carl, Legalidade e Legitimidade, Del Rey Editora, Belo Horizonte, MG: 2007.

SCHMITT, Carl, Teoría de la Constitución, Alianza Editoria, S.A. Madrid: 1996.

STRECK, Lênio L. Hermenêutica jurídica e(m) crise. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

Recebido em 19/5/2016

Aprovado em 22/6/2016