

EXCEÇÃO E NORMA. CONSIDERAÇÕES SOBRE NORMATIVISMO E DECISIONISMO EM CARL SCHMITT, ENTRE 1914 E 1921.

DEYVISON RODRIGUES LIMA⁵⁰

Resumo: Neste artigo abordo a relação entre os conceitos de exceção e de norma no pensamento político-jurídico de Carl Schmitt no período pré-weimariano. Para tanto, apresento o desenvolvimento da perspectiva do normativismo no texto *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen* de 1914 para a perspectiva pragmática do decisionismo no texto *Die Diktatur* de 1921; passo depois a uma discussão sobre o termo *Ausnahme* a partir da noção de ditadura e, por fim, procuro apontar a elaboração de uma teoria da decisão como origem da norma.

Palavras-chaves: *Normativismo, Decisionismo, Exceção.*

O problema filosófico moderno mais importante que perpassa o Direito Constitucional, a Teoria do Estado e a Ciência Política é o da fundamentação da norma. Por um lado, pode-se ter uma postura *normativista* ao admitir a validade da norma a partir de uma mediação racionalista que impõe uma relação entre razão e forma política, ou seja, uma perspectiva da teoria do Estado de direito como um processo de juridificação que concede legitimidade à realidade social e política. Por outro lado, pode-se ter uma postura *decisionista* ao propor a validade da norma a partir de uma imediatidade entre direito e realidade, ou seja, uma abordagem concreta da política como momento de exceção que serve de origem ao direito. Nestes termos, a questão que está em jogo é a seguinte: há uma fundamentação normativa do poder ou fundamentação política das normas?

O objeto deste artigo é o desenvolvimento da relação entre os conceitos de exceção e de norma nos escritos pré-weimarianos de Carl Schmitt, mais especificamente nos livros *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen* (O valor do Estado e a importância do Indivíduo), de 1914 – no qual desenvolve o problema da relação entre normas de direito (*Rechtsnorm*) e normas de realização do

⁵⁰ Doutorando em “Filosofia” pelo Instituto de Filosofia e Ciências Sociais da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Mestre em Filosofia e Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Professor da Faculdade Luciano Feijão (FLF). E-mail: deyvisonrodrigues@yahoo.com.br

ireito (*Rechtsverwirklichungsnorm*) –, e *Die Diktatur*⁵¹ (A ditadura), de 1921 – em que realiza uma virada pragmática e revela uma nova racionalidade jurídica a partir da figura da exceção. Segundo o jurista de Plettenberg, na fase inicial do seu pensamento, a tarefa imposta nesta questão consiste na reflexão sobre uma forma concreta com a exigência da Ideia de direito abstrato a partir de um momento da negatividade. Logo em seguida, nos textos posteriores, a tentativa do autor é pensar a política a partir de uma origem comum que vincule *Macht* e *Recht* sem recair nas unilateralidades representadas seja pelo realismo tradicional (*Machtpolitik*) seja pelo racionalismo (*Normativismus*). Neste sentido, o artigo é composto por três partes: I) análise do normativismo schmittiano expresso no texto de 1914; II) compreensão da virada pragmática representada pelo texto de 1921 e o conceito exceção no decisionismo e, finalmente, III) as consequências e limites da teoria da decisão.

NORMATIVISMO DE CARL SCHMITT EM DER WERT DES STAATES UND DIE BEDEUTUNG DES EINZELNEN

Desde o texto *Über Schuld und Schuldarten*, de 1910, no qual afirma que a culpa, na sua concretude, é alheia ao tratamento de uma dedução idealmente vinculada à norma, e do texto *Gesetz und Urteil*, de 1912, no qual, em polêmica com Kelsen, afirma que o problema central do direito é a relação entre norma e caso concreto, cuja ligação não é estabelecida de imediato através da norma jurídica, mas através da decisão judiciária, Schmitt se aproxima paulatinamente da radical antítese kantiana entre *Sein* e *Sollen*, pelo contexto da reflexão sobre o significado da decisão (*Urteil*) e, por conseguinte, da superação dialética no ato da práxis jurídica. Entretanto, o argumento da *Rechtspraxis* contido nos escritos de 1910 e 1912 ultrapassa o mero interesse metodológico e transforma-se, posteriormente, na preocupação central do livro *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen*, de 1914, sob a denominação filosófico-jurídica da *Rechtsverwirklichung*, com o intuito de dar conta da legitimação racional do poder e elucidar a imbricação entre direito e Estado⁵².

A tese do livro pode ser brevemente exposta na afirmação de que “o direito, como norma pura, possui valor, independentemente de qualquer justificação fática”⁵³. De tal modo, nessa pers-

51 Legendas das obras de Carl Schmitt utilizadas: *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen* – WSBE, *Die Diktatur* – DD. Todas as traduções livres do autor.

52 WSBE, p. 14. Cf. ainda, HOFMANN, 2002, p. 78 et seq.

53 Trecho na íntegra: “Das Recht, als reine, wertende, aus Tatsachen nicht zu rechtfertigende Norm stellt logisch das erste Glied dieser Reihe dar; der Staat vollstreckt die Verbindung dieser Gedankenwelt mit der Welt realer empirisches Einzelwesen, verschwindet, um vom Recht und dem Staat, als der Aufgabe, Recht zu verwirklichen, erfaßt zu werden und selbst seinen Sinn in einer Aufgabe und seinen Wert in dieser abgeschlossenen Welt nach ihren eigenen Normen zu empfangen” (WSBE, p. 10)

pectiva, o direito precede o Estado, pois este, ao se manifestar na esfera fática do poder, necessita qualificar-se como legítimo a partir da referência abstrata àquele, alcançando dessa forma sua justificação (*Rechtfertigung*)⁵⁴. Na medida em que sustenta essas duas esferas, Schmitt propõe o Estado como a instância concreta que possui a tarefa da realização do direito, ao captar a ideia de direito e torná-la efetiva na realidade do mundo empírico, de modo que, na série de elementos proposta – Direito, Estado e Indivíduo –, o *medium* estatal articula adequadamente aquelas outras duas esferas: o ideal jurídico e o empírico individual⁵⁵. Assim, Schmitt afirma a tese do primado do direito sobre o Estado ao defini-lo – isto é, justificá-lo – se, e somente se, estiver em relação com a norma pura que o precede⁵⁶. Essa tese racionalista leva a outra ainda mais radical, qual seja a de que haja um *Naturrecht ohne Naturalismus* (direito natural sem naturalismo), como mera estrutura formal carente do poder para a determinação do seu conteúdo⁵⁷. Dessa forma, na filosofia do direito público e do Estado na fase pré-weimariana do jovem Schmitt, há uma tese lógico-normativa problemática a qual assevera que não há Estado que não se configure como Estado de direito⁵⁸, expressando o insuperável abismo entre norma pura e sua realização, entre direito e fato, diferença entre direito e poder como o antagonismo fundamental que permanece estrutural no seu pensamento, mesmo com a mediação do Estado. Entretanto, embora o Estado seja considerado o realizador do direito que possui a função de mediação entre direito e poder, *quaestio facti* e *quaestio juri*, faticidade e validade, ele é compreendido estritamente como organização

54 “Darum gibt es keinen andern Staat als Rechtsstaat und jeder empirische Staat empfängt seine Legitimation als erster Diener des Rechts. Dafür ist er aber auch das einzige Rechtssubjekt im eminenten Sinne, denn er ist der einzige Träger des im Recht zu findenden Ethos” (WSBE, p. 57). “Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen befasst sich hauptsächlich mit der Vermittlungsrolle des Staates zwischen einer überempirischen und einer empirischer Dimension (...) Gegen den Empirismus postuliert Schmitt die Existenz einer nicht-empirischen Dimension, also einer Dimension des Sinne, die sich von der vermeintlichen Welt der reinen empirischen Tatsachen unterscheidet. Zu dieser Dimension gehören die Wert, der Sinn, das Rechts” (Cf. HERRERA, 2010, p. 25).

55 Sobre a reconstrução dos argumentos de Schmitt contidos no texto WSBE, inclusive sobre o paralelismo entre Schmitt e Kelsen, Cf. HOFMANN, 2002, p. 38-46. “Welche Bedeutung dem staatlichen Gesetz dabei zukommt, wird sich aus der Erklärung des Staates ergeben müssen, ebenso wie die Gliederung der Werte, in der Recht, Staat und Individuum durch die zur allgemeinsten Grundlagen genommene Vorherrschaft des Rechts gruppiert werden. In der Mitte dieser Dreiteilung steht der Staat” (WSBE, p. 56).

56 “Das heißt, da eine solche Gesetzlichkeit nur im Recht gefunden werden kann, daß das Recht nicht aus dem Staat, sondern der Staat aus dem Recht zu definieren, der Staat nicht Schöpfer des Rechts, sondern das Recht Schöpfer des Staates ist: das Recht geht dem Staate vorher” (WSBE, p. 50).

57 Essa leitura, embora sob outra tese, também realiza um notório schmittólogo, Cf. SÁ, 2009, p. 100: “Em WSBE, ao atribuir à antecedência do direito face ao Estado não em um sentido material e fático, mas um sentido formal, Schmitt (...) estabelece o direito anterior ao Estado não como um direito capaz de limitar e criticar o exercício do seu poder, mas como a condição formal de possibilidade do aparecimento desse mesmo poder”. (WSBE, p. 76).

58 “Damit ist der Primat des Rechts begründet. Die lediglich faktische Gewalt vermag sich an keinem Punkte zu irgend einer Berechtigung zu erheben, ohne eine Norm vorauszusetzen, an der sich die Berechtigung legitimiert” (WSBE, p. 52).

fática da força que carece *a priori* da autorização da esfera jurídica. Tal postura demonstra que Schmitt partilha da tradicional distinção entre *potestas* e *auctoritas* ao asseverar que “ao conceito de Estado pertence o conceito de poder (*die Macht*), assim como apenas o fenômeno empírico pode vir a comprovar tal poder (...). A autoridade do Estado reside, porém, não no poder, mas sim no direito, que o traz e o realiza (*Ausführung*)”⁵⁹. Assim, Schmitt parte do antagonismo entre essas duas esferas. Porém, almeja a realização da norma pura através de *medium* concreto que representa tal idealidade no ato mesmo da sua legitimação. A unidade entre normatividade e faticidade no Estado por meio do direito positivo resolve o problema da legitimidade por um viés ainda normativista – fundamenta a norma concreta em outra norma ulterior – porém o problema da relação entre realidade racional e existência fática prossegue insolúvel, pois, diferentemente de Hegel, Schmitt, nesta fase, não admite qualquer comunicação substancial entre estas esferas, mas apenas uma forma fenomênica que representa o direito no mundo empírico.

Esses argumentos e teses colhidos no texto de 1914 emprestam às investigações realizadas até aqui a seguinte posição de partida: há, em Schmitt, o reconhecimento da contraposição entre ser e dever-ser, poder e direito, faticidade e norma como instâncias incomunicáveis, separadas de maneira a produzir um dualismo fundamental que concede, no máximo, uma representação do *Sollen* no *Sein*. Entretanto, esta dualidade é parcialmente solucionada pela concessão do primado do direito como idealidade e norma pura diante do momento da negatividade. Tal instância abstrata empresta ao Estado sua *rechtmäßigkeit* (legitimidade), pois a organização do poder fático só alcança sua justificação através da vinculação ao direito como norma pura pré-estatal que, diante do momento da negatividade da decisão concreta estatal sobre a forma jurídica, torna-se efetiva, mesmo que de uma maneira não necessária, pois em Schmitt, diferentemente de Hegel, esta forma jurídica é abstrata, mas sua concretização é um ato de decisão soberano (*Akt souveräner Entscheidung*) de representação desta forma abstrata como forma concreta; porquanto o momento do Estado é marcado pela contingência radical da esfera fática⁶⁰. Neste contexto, assevera Schmitt que “entre cada concreto e cada abstrato há um

59 “Zum Begriffe des Staates gehört daher die Macht, so daß nur die empirische Erscheinung Staat genannt werden darf, die solche Macht bewährt (...) Die Autorität des Staates liegt trotzdem nicht in der Macht, sondern im Recht, das er zur Ausführung bringt” (WSBE, p. 71).

60 Acerca da aproximação entre Schmitt e Hegel, KERVÉGAN, 1992, p. 143, quando ele afirma que “la référence à la philosophie hégélienne joue un rôle déterminant dans la constitution même de la problématique de Carl Schmitt et dans la définition de ses lignes de force. Il n’est pas question de faire de Schmitt un ‘hégélien’. Il se réclame plutôt de Hobbes (...) En revanche, on peut considérer que l’appropriation critique des outils que la conceptualité hégélienne peut offrir à une théorie positive du droit et de l’État est, du point de vue même de Schmitt, partie intégrante de son travail de juriste”; porém, mais adiante, o autor arremata ao assinalar, por outro lado, a distinção entre o jurista e o filósofo: “l’oeuvre de Schmitt vise à être l’accomplissement, sur le terrain de la positivité et dans des conditions éthico-politiques profondément modifiées, des position fondamentales de la philosophie hégélienne du droit et de l’Etat” (KERVÉGAN, 1992, p. 145). A rigor, para além de Hegel, Schmitt elabora um pensamento capaz de sustentar a distinção entre imediatidade e mediação,

abismo insuperável”⁶¹. Como consequência, Schmitt admite que a realidade fática seja conformada de acordo com o imperativo da realização do direito, sobretudo, no que concerne à ordem pública, sua constituição conforme a regra universal e abstrata que deve, necessariamente, conduzir-se como mediador e garantidor do direito.

No entanto, ainda perseguindo o tema da realização do direito, Schmitt arrola em sua reflexão um argumento elegante que, ao final, provoca uma radical transformação no seu pensamento, pois, ao investigar a forma concreta através da qual o direito pode ingressar na realidade empírica dotando-lhe de ordem, ele argumenta que essa tarefa da realização do direito, conforme descrita acima, é possível apenas em uma situação de relativa estabilidade da ordem pública. Ora, precisamente neste momento da sua argumentação, há a inversão para sua tese exposta posteriormente em *Die Diktatur* e, de forma definitiva, em *Politische Theologie*, uma vez que destruída as condições para a constituição da ordem jurídica na realidade concreta, fazer-se-ia mister que a organização fática do poder pusesse de lado a medida ideal, portanto: o imperativo das normas de realização do direito, para intervir na situação desordenada com o intuito de reconstituir a segurança e a ordem pública, inclusive utilizando, se necessário, mecanismos de violência. Nesse sentido, a contraposição entre norma jurídica e norma de realização de direito transforma-se em uma contraposição entre norma jurídica e norma de ação técnica com o intuito de criar a ordem fática na qual, eventualmente, a ordem jurídica pudesse ser aplicada.

A partir de então, ao contrário do texto de 1914, Schmitt deixa de enfatizar o momento ideal da norma e volta-se para a decisão estatal que ordena a realidade de modo a possibilitar a *Rechtsverwirklichung*. A transformação, embora sutil, é relevante o suficiente para alterar o enquadramento teórico dado à questão, pois se no texto de 1914 o jurista desenvolve uma teoria do Estado como mediador necessário entre a norma pura e a realidade concreta e, portanto, portador da tarefa de realizar o universal no particular que o torna necessariamente Estado justificado pelo direito, no texto *Die Diktatur*⁶² de 1921, Schmitt preocupa-se ainda com o problema da contraposição entre normas jurídicas (ideal) e normas de realização de direito (positivas), porém, a partir de uma atenção maior ao Estado como instância empírica de organização do poder fático, ou seja, a ênfase recua da norma abstrata para a realidade empírica, compreendida agora como condição de possibilidade da realização do direito, ex-

entre contingência e absoluto, pois a estrutura teórica da mediação em Schmitt rejeita a relação necessária entre ideia e contingência: se para Hegel a Ideia dá-se através da contingência, para Schmitt, ao contrário, a Ideia não se encontra no processo de mediação concreta, mas sim é capturada por um momento da contingência.

61 “Zwischen jedem Konkretum und jedem Abstraktum liegt eine unüberwindliche Kluft” (WSBE, p. 80).

62 No ensaio *Diktatur und Belagerungszustand* de 1917, Schmitt já avistara a dimensão do problema entre normas de direito e normas de realização de direito que pressuporiam uma situação fática propícia ao ordenamento pelo Estado a partir daquelas normas. Entretanto, quando há uma situação de sítio ou de exceção não é possível seguir tal regra racionalista, mas sim criar as condições fáticas que possibilitariam a *Rechtsverwirklichung*.

pressa neste texto de 1921 como decisão política – não meramente decisão jurídica – sobre a situação concreta. O agente desta decisão é, conforme Schmitt, o soberano que se constitui como estrutura originária concreta da ordem, exposto ao problema da exceção, que põe em dilema a opção nova entre normas de realização de direito e normas de ação técnica. Essa transformação inverte o primado do ideal ao real. Em outras palavras: a instância determinante da constituição da ordem jurídica é, a partir de então, concreta, entretanto, a exigência da forma continua referindo-se à esfera abstrata.

Assim, surge o realismo político schmittiano baseado nos conceitos de soberania e de ditadura ou decisão. Entretanto, por conta desta exigência contínua e incessante da norma de direito ideal diante da norma de realização do direito, mesmo num caso de exceção concreta que exige normas de ação técnica, pode ser denominado, nesta pesquisa, por tal postura nem como um normativismo nem como um decisionismo ou realismo clássico, mas sim como um *decisionismo ou realismo fraco*. Schmitt inverte o primado da norma para a realidade, isto é, do direito para a decisão sobre o direito e, ao realizar essa manobra, tem o intuito de escapar tanto do normativismo abstrato quanto como positivismo trivial, pois a ordem jurídica que analisa tem uma origem concreta, mas também corresponde a uma instância ideal, configurando uma *Kehre* fundamental no seu pensamento ao apontar a origem não racional da ordem política como co-pertencimento entre violência e forma que, afinal de contas, possibilitaria a ordem jurídica⁶³.

Nesse sentido, após a investigação da consistência da mediação racionalista do normativismo e a reprovação da sua capacidade de elaborar em uma forma jurídica a articulação entre concretude e Ideia, a rigor, a estrutura moderna estaria obliterada precisamente nesta clivagem originária; ao invés, segundo Schmitt, seria necessário buscar em uma forma concreta o nexos entre particularidade e universalidade que conforme os textos da *Die Diktatur* e, mais tarde no *Politische Theologie*, estão co-implicados naquilo que se pode denominar de excesso e exceção através da figura da *Souveränität* (soberania), pois em contraposição ao dualismo entre transcendentalismo e historicismo, na sua teoria da soberania Schmitt propõe o nexos entre faticidade e validade a partir da relação entre decisão sobre o caso de exceção concreta e representação da ideia de direito⁶⁴. Assim, consegue superar a tese positi-

63 A compreensão da tese da separação entre as duas instâncias na obra de juventude de Schmitt já era bastante trivial desde os primeiros estudos sobre sua obra, cf. SCHNEIDER, Peter. *Ausnahmenszustand und Norm*. Stuttgart: Deutsche Verlag-Anstalt, 1957, p. 259: “In dem Schriften ‘Gesetz und Urteil’, ‘Die Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen’ und auch in der Diktaturstudie geht Schmitt von der scharfen Unterscheidung zwischen Recht, Naturrecht, Gerechtigkeit, Wert, Norm und abstraktem Gedanken einerseits und Wirklichkeit, Tatsache, menschlichen Zwecken, der empirischen Welt des einzelnen Konfliktsfälle, der Vielfalt der Pareilziele, der Wollens, der Realität und der Macht andererseits aus. Zwischen beiden Bereich keiner Verbindung zu bestehen”.

64 Para Carlo Galli, a relação entre poder e normas ou exceção e forma é co-originária e, por conseguinte, tanto a “origem excessiva” quanto a “exigência da forma” constituem para o autor italiano a estrutura originária da teoria do político de Schmitt, pois interpreta o conceito de decisão ou exceção como origem do Direito originalmente vinculado à exigência

vista ao articular uma forma jurídica política, pois vincula ideia de direito e realidade concreta a partir da negatividade do momento da exceção como a seguir se demonstra.

PRAGMATISMO DE CARL SCHMITT EM *DIE DIKTATUR*

A partir da elaboração da teoria da *Entscheidung* nos primeiros escritos, Schmitt desenvolve a teoria da *Ausnahmenszustand* perseguindo o problema da mediação (*Vermittlung*) entre ideia de direito e realidade concreta, isto é, sua proposta que inicialmente é esboçada por meio de uma mediação racionalista e encontra no Estado a principal expressão de realização do direito rejeita o paradigma individualista e jurídicista das teorias modernas, mesmo prosseguindo com a tese da incomunicabilidade entre esfera do direito ideal e esfera da realidade empírica, esfera da validade e esfera da faticidade. O que está em jogo para Schmitt durante a década de 1910 não é tanto a resolução do abismo entre *quaestio facti* e *quaestio iuris*, entre ser e dever-ser, mas sim a proposta de uma mediação que torne possível uma forma concreta e, dessa maneira, uma organização do poder político que se compreenda como legítimo. Por isso, a permanência da descontinuidade entre faticidade e validade no *Rabmentheorie* schmittiano é, pois, no fundo, segundo o autor, por conta de não haver uma vinculação necessária entre as esferas do dever-ser e do ser, sendo a realidade empírica marcada por um desamparo normativo originário, isto é, pelo domínio da contingência e da não-juridicidade.

Nos textos posteriores ao de 1914, Schmitt continua o esforço na proposta de uma teoria jurídico-política (filosofia do Estado e do direito e teoria do poder) que realize a ideia de direito e consiga auferir sua legitimidade a partir da idealidade abstrata das normas, porém com algumas modificações fundamentais que vão configurar um novo *topoi*: o novo argumento desloca a investigação da norma abstrata e da norma de realização do direito para a consideração das situações fáticas que permitem tal realização. De fato, apoia-se em uma concepção carregada por um *realismo* ou *decisionismo*, porém *moderado ou fraco* e adquire significado e relevância na elaboração do texto de 1921 *Die Diktatur* sobre o conceito de ditadura (comissária e soberana) e, depois, no texto da *Politische Theologie* de 1922.

Schmitt conduz suas discussões até a elaboração do conceito de exceção (*Ausnahme*), isto é, uma situação onde fático e normativo se indistinguem, tornando-se, entretanto, a condição de possibilidade concreta para a efetivação da ordem. Na medida em que se utiliza este termo, o conceito de *Entscheidung* sofre um deslocamento semântico, pois a partir de então possuiria um duplo significado de origem da ordem e de manutenção da ordem, pois é inserido no interior do direito

normativa de constituição da ordem, ou como o autor denomina de “coazione ordinativa, tanto originaria quanto, d’altro lato, lo è l’eccezione, il disordine”. O âmbito da negatividade é denominado por Galli de exceção enquanto a instância ideal do direito, como excesso. A tese de Galli propõe uma co-originariade entre excesso e exceção tornando assim a decisão vinculada necessariamente à medida ideal do direito. GALLI, Carlo. *Genealogia della politica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno*. Bolonha: Il Mulino, 2010, pp. XV-XVI.

como um dispositivo mediador entre norma e realidade que desempenha tanto a função de mediação originária não normativa que captura o ideal jurídico para realizá-lo no mundo empírico quanto a função de manutenção ou criação da ordem concreta no caso crítico (Ernstfall), uma vez que Schmitt sustenta a tese da relação entre normatividade e normalidade, ou seja, a norma jurídica pressupõe a normalidade fática. Apesar de solucionar a questão da mediação entre ser e dever-ser ao propor um nexos constitutivo originário entre forma jurídica e realidade concreta (konkreten Wirklichkeit), a teoria schmittiana da exceção revela, para todos os efeitos, o conceito de Entscheidung como algo que estabelece a ordem jurídica, no interior do direito, porém fora da história. Embora não seja deduzível racionalmente de um fundamento normativo-abstrato – pois a exceção significa uma situação fática de indistinção entre situação de fato e situação de direito, quaestio iuris e quaestio facti, a partir da qual requer-se a decisão e através da qual se dá a legitimidade fática do poder – esta se mostra exterior à imanência da constituição e da experiência histórico-política, pois em última instância deve sua configuração jurídica à ideia de direito. E mais: a justificação da validade da ordem nunca dá-se a partir da esfera fática – pressuposto – mas apenas da relação que ainda perdura entre normas de direito e normas de realização de direito que, afinal, emprestam sua legitimidade, no fundo, ainda racionalista. Assim sendo, a seguir analisam-se as teses do autor em relação ao seu realismo fraco ou moderado⁶⁵.

No texto *Die Diktatur*, Schmitt investiga o significado deste conceito central da teoria do Estado e da teoria da Constituição designado como “o problema da exceção concreta”⁶⁶. A ditadura consistiu da era da República romana até o século XVIII como um mecanismo legítimo para o reestabelecimento ou preservação da ordem jurídico-política, tendo em vista o exercício do poder excepcional autorizado pelas instituições em apuros. Se a tese levantada no texto *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen* põe a relação entre normas de direito e normas de realização de direito, o texto de 1921 colocou em questão essa tese ao arguir, precisamente, o pressuposto fático desta efetivação do direito e demonstrar a contingencialidade originária da ordem jurídica, isto é, transforma a contraposição anterior em outra: a oposição entre normas estatais de realização do direito e normas de ação técnica (sachtechnische Aktionsregel). A ditadura é, segundo Schmitt, o conceito jurídico que permite reconhecer uma Aktionskommission que consiste numa autorização limitada para executar aquilo que for necessário desde que se alcance determinado fim na realidade empírica⁶⁷.

65 Faz-se necessário que o leitor tenha em mente que a obra de Carl Schmitt possui, pelo menos, quatro momentos bastante distintos: 1º legitimidade racionalista, 2º existencialismo político, 3º legitimidade racial e, por fim, 4º legitimidade histórica. Para uma periodização do pensamento de Carl Schmitt nestes termos, cf., HOFMANN, idem, et al e, a partir de uma perspectiva bibliográfica, MEHRING, Reinhard. Carl Schmitt: Aufstieg und Fall. Eine Biographie. Munique: Verlag C.H. Beck, 2009.

66 DD, p. XVIII: “Abstrakt gesprochen, wäre das Problem der Diktatur das in der allgemeinen Rechtslehre bisher noch wenig systematisch behandelte Problem der konkreten Ausnahme”.

67 DD, p. XVIII: “Gerade aus dem, was sie rechtfertigen soll, wird die Diktatur zu einer Aufhebung des Rechtszustandes

Em geral, conforme a distinção schmittiana, o ditador tem a autorização de infringir as limitações que são lhe postas pela ordem jurídica e constitucional desde que sua ação seja dirigida para restaurar a ordem pública e tornar a realidade empírica estável para que possa haver uma ordem jurídica e, dessa forma, o direito seja efetivado quando do afastamento do perigo, da conturbação ou crise fática, por exemplo, uma guerra ou crise econômica que coloque a ordem sob risco. A partir de então, a ação no caso concreto orientado por um determinado objetivo empírico (a reconstituição da ordem fática) é considerada o pressuposto ou o fundamento da ordem jurídica que, a contrario sensu, precisa pressupor sua suspensão mediante a ação técnica do ditador para ser conservada e reestabelecida⁶⁸. A eliminação dos obstáculos à realização do direito é o objetivo a que se presta a ditadura, porém a ação do ditador não é, por si, fundamentada por nenhuma norma, mas apenas pela necessidade fática do caso concreto. Dessa argumentação decorre o paradoxo da exceção o qual afirma que para a realização das normas de direito é necessário a ação soberana na realidade empírica que suspende as normas de direito para torná-las efetivas em um momento posterior depois do reestabelecimento da ordem fática. O problema da ditadura torna-se, portanto, o problema da exceção concreta (DD, p. XVII).

A ditadura não se confunde com despotismo ou tirania: os poderes extraordinários exercidos objetivam a criação da situação fática na qual possibilite a vigência do direito. Apesar da contraditória característica de não possuir circunscrição legal, a ditadura recebe uma tarefa, qual seja, a construção das condições nas quais o direito possa ser efetivado. No entanto, por esse motivo, não é possível definir juridicamente as ações do ditador nessas condições, pois a delimitação jurídica neste caso faz-se insuficiente, já que a ditadura é uma “comissão de ação determinada pela situação das coisas (Sachlage)”⁶⁹, por isso, a ação do ditador é determinada pela natureza das coisas e não por normas de direito, ou seja, rege-se pela necessidade imediata que se depara para eliminar a obliteração ao direito. Qualquer recurso ou meio pode ser utilizado para afastar a perturbação da ordem fática – verdadeiro pressuposto das normas de direito – o que caracteriza uma postura que se denomina aqui de cratológica, embora mitigada, pois enfatiza as relações de ação e de poder fáticos, porém com um horizonte jurídico, já que, por um lado, a ditadura é compreendida por Schmitt como um instituto de direito público não determinado juridicamente, mas sim baseado na natureza das coisas ou dos fatos

überhaupt, denn sie bedeutet die Herrschaft eines ausschließlich an der Bewirkung eines konkreten Erfolges interessierten Verfahrens, die Beseitigung der dem Recht wesentlichen Rücksicht auf den entgegenstehenden Willen eines Rechtssubjekts, wenn dieser Willen dem Erfolg hinderlich im Wege steht; demnach die Entfesselung des Zweckes vom Recht”.

68 DD, pp. XVIII-XIX: “weil alles berechtigt wird, was, unter dem Gesichtspunkt des konkret zu erreichenden Erfolges betrachtet, erforderlich ist, bestimmt sich bei der Diktatur der Inhalt der Ermächtigung unbedingt und ausschließlich nach Lage der Sache; daraus entsteht eine absolute Gleichheit von Aufgabe und Befugnis, Ermessen und Ermächtigung, Kommission und Autorität”.

69 O trecho inteiro é DD, p. 134: “Gerade solche Ausnahmen aber gehören zum Wesen der Diktatur und sind möglich, weil es sich bei ihr um eine nach der Sachlage bestimmte Aktionskommission handelt”.

com que se depara; por outro lado, tal ação estabelece como objetivo a ordenação fática, uma vez que a “noção de um adversário concreto, cuja eliminação é o que há de mais próximo de uma delimitação do objetivo da ação (...) a delimitação de que se trata aqui não é uma apreensão dos fatos através dos conceitos de direito, mas uma determinação puramente fática”⁷⁰. Isso significa que não é possível enquadrar a realidade concreta dentro de normas e institutos legais, pois na ditadura há uma suspensão do direito com o intuito de garantir os pressupostos fáticos da validade do próprio direito: a ditadura faz referência apenas à realidade concreta, aos fatos que determinam a autoridade na execução das medidas marcadas pela necessidade, pois se justifica tudo que é necessário do ponto de vista do resultado concreto a ser alcançado que caracteriza fundamentalmente a ação ditatorial como uma ação técnica visando um fim determinado.

No entanto, o significado da ditadura sofreu transformações a partir da Revolução francesa e na teoria marxista-leninista, pois passou a designar o fundamento da única ordem legítima. Neste mesmo texto, atento às transformações semânticas, Schmitt utilizou uma distinção fundamental entre ditadura comissária e ditadura soberana (*kommissarischer und souveräner Diktatur*)⁷¹ para esclarecer essa situação. Enquanto a ditadura comissária recebe a tarefa de restituir a ordem pública existente diante de um caso de ameaça interna ou externa (por exemplo, uma guerra civil ou uma invasão das fronteiras por outro Estado) que, por isso, provoca a suspensão da ordem jurídica e os poderes extraordinários do ditador para a proteção da ordem, a ditadura soberana obedece outra lógica: é sua função, ou melhor, sua finalidade a constituição de uma nova ordem, pois se, por um lado, a ditadura comissária é uma instituição, depende de uma constituição já existente e, por conseguinte, é estabelecida a partir da ordem pré-existente, embora dela não receba legalidade, mas apenas a previsão ou reconhecimento legal de que a norma é incapaz de agir no caso concreto e, por isso mesmo, autoriza a ação ditatorial para sanar a situação problemática, por outro, a ditadura soberana possui plena liberdade de proceder de maneira efetiva na criação de um novo ordenamento constitucional tal como um *pouvoir constituant*. O ditador soberano, segundo Schmitt, dita ao povo as leis sem estar

70 DD, p. 132: “Aber ihm fehlt das, was der Aktion ihren präzisen Inhalt gibt, nämlich die Vorstellung eines konkreten Gegners, dessen Beseitigung das nächstumschriebene Ziel der Aktion sein muß. Die Umschreibung, um die es sich hier handelt, ist keine tatbestandsmäßige Erfassung durch Rechtsbegriffe, sondern eine rein tatsächliche Präzisierung”.

71 Sobre o conceito de ditadura comissária, cf. SCHWAB, George. *The Challenge of the Exception. An Introduction to the political Ideas of Carl Schmitt between 1921 & 1936*. 2ª ed. New York: Greenwood, 1989, p. 82: “The essential points of a commissarial dictatorship which emerge are: (1) that it occurs at the moment when an established state of affairs is sufficiently threatened to warrant the appointment of a dictator, (2) the dictator is appointed by the sovereign to accomplish a specific mission, and when it has been accomplished the dictator’s task ceases, (3) in order for the mission to be successful, Schmitt said, the commissarial dictator may temporarily suspend or make extreme inroads into the constitution and the domain of ordinary legislation, but he may not abrogate existing laws from the statute books”. Sobre a relação entre Democracia e Ditadura, cf. o imprescindível livro de AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004, pp. 81-98.

vinculado a limites normativos quaisquer, porém apesar disso não carece de legitimidade, pois sua legitimidade é engendrada a partir da sua ação na situação concreta⁷².

O que torna semelhantes ambos dispositivos é que há uma relação com o direito, ou seja, a decisão nestes casos se revela enquanto elemento constitutivo da ordem, e mais: a exceção torna-se articulada ao momento da realização do direito (*Rechtsverwirklichung*) e a tese segundo a qual uma norma para ser válida deve assumir um caráter geral e juridificar a realidade empírica explicita sua necessidade de que a situação a ser governada possua certa previsibilidade e regularidade, pois

se, em tempos normais, o meio para alcançar um resultado concreto pode ser calculado com uma certa regularidade, no caso de necessidade, pode-se apenas dizer que o ditador está autorizado a fazer precisamente tudo o que é necessário conforme a situação das coisas. Aqui não importam mais as considerações jurídicas, mas apenas o meio adequado para um resultado concreto no caso concreto (...) aqui também o procedimento pode ser falso ou correto, mas essa apreciação refere-se apenas ao fato de se as medidas (*Maßnahme*) são corretas em um sentido técnico-objetivo (*sachtechnischen*), isto é, se elas são adequadas ao fim (*zweckmäßig*)⁷³.

No primeiro caso, a exceção funciona como o mecanismo que suspende a ordem jurídica até então vigente, porém mesmo desimpedido para agir e extirpar os obstáculos para o reestabelecimento da normalidade e, por conseguinte, a posterior realização do direito, o ditador comissário não pode revogar nem as normas vigentes nem os poderes constituídos. Por outro lado, no segundo caso, a ditadura soberana não é imbuída da salvação da ordem, mas sim da criação de uma nova constituição. Nesse caso, exceção significa abrogação e não apenas suspensão da ordem jurídica, uma vez que

a ditadura soberana vê no conjunto da ordem existente a situação que ela quer eliminar através da sua ação. Ela não suspende uma constituição existente graças a um direito fundado nela – portanto, graças a um direito constitucional –, mas busca criar uma situação, em que seja possível uma constituição que ela considera como verdadeira constituição. Não invoca uma constituição existente, mas uma constituição a implementar⁷⁴.

72 De modo geral, o conceito de ditadura significa a ação que visa a um fim, no caso, ao estado de direito, mesmo que tal estado seja a negação a posteriori desse meio.

73 As traduções foram realizadas por mim sob a supervisão do Prof. Dr. José Maria Arruda. O texto original, DD, p. 11: “Denn wenn das konkrete Mittel zur Erhaltung der öffentlichen Sicherheit tun darf, in normalen Zeiten mit einer gewissen Regelmäßigkeit berechnet werden kann, so läßt sich für den Notfall nur sagen, daß der Diktator eben alles tun darf, was nach Lage der Sache erforderlich ist (...) Auch hier kann das Vorgehen falsch oder richtig sein, aber diese Beurteilung bezieht sich nur darauf, ob sie zweckmäßig sind”.

74 DD, p. 134: “Die souveräne Diktatur sieht nun in der gesamten bestehenden Ordnung den Zustand, den sie durch ihre Aktion beseitigen will. Sie suspendiert nicht eine bestehenden Verfassung kraft eines in dieser begründeten, also verfassungsmäßigen Rechts, sondern sucht einen Zustand zu schaffen, um eine Verfassung zu ermöglichen, die sie als

A ditadura soberana, ao contrário, é a expressão mais radical do poder que consitui uma nova configuração fática e torna o estado de exceção o locus onde é constituída a ordem jurídica. Nessa perspectiva, o poder constituinte (pouvoir constituant) é, na verdade, uma espécie de força originária (Urkraft) da ordem jurídica que constitui toda ordem, porém que não é constituído, nem pode ser configurado como uma instância organizada. Assim, Schmitt embora não seja defensor da arbitrariedade e do domínio da força bruta sobre o direito, reconhece a existência de um elemento não racional que, contraditoriamente, revela-se como pressuposto da norma: a racionalidade de uma ordem normativa necessita de algo não normativo ou não racional, precisamente, o fundamento ou pressuposto concreto da ordem normativa que demonstra já neste ponto a preocupação com a relação entre ser e dever-ser, uma vez que ele, por um lado, não reduz direito à força; nem, por outro, subordina a força ao direito, porém estabelece uma imbricação entre o universal e o particular que, afinal de contas, mostra tais elementos em recíproca dependência. O problema da ditadura revela ainda o fundamento concreto da ordem: as condições efetivas pressupostas pela ordem jurídica uma vez que, paradoxalmente, a ditadura ignora o direito para realizá-lo (DD, p. XVIII).

A origem da ordem de direito e sua aplicação na realidade concreta levanta outro problema ainda mais fundamental, qual seja, a relação entre forma e violência para a constituição de uma ordem normativa. A origem não racional da ordem resultaria, inclusive, na radical afirmação de que, necessariamente, caso se queira efetivar uma justiça normativa na realidade concreta, deve-se agir contra o direito: a realização do direito pressupõe sua própria negação/suspensão. Nesse ponto, ao invés de relações estritamente jurídicas, tem-se relações políticas, pois já no texto de 1921, segundo Schmitt, o estado de exceção é um estado do conflito que inviabiliza qualquer contexto normativo, pois corresponde a um nada de direito. Na ditadura, portanto, há o paradoxo de que a validade da ordem jurídica pressupõe uma situação de fato na qual regras de direito não se aplicam, pois justamente através dessa situação de exceção há a possibilidade de efetivação concreta do direito, já que como exceção, ela se mantém em uma dependência funcional em relação àquilo que nega. Se é correto, como Schmitt afirma, que a ditadura soberana provoca ruptura e criação da ordem, uma vez que ignora, é certo, o direito, mas apenas para realizá-lo, por outro lado, tal situação não é propriamente a-jurídica, pois “a ditadura é um problema da realidade concreta sem deixar de ser um problema jurídico”⁷⁵ e, assim, a ação do ditador é legitimada pela existência de uma autoridade capaz de suspender o direito e, por conseguinte, estabelecer a exceção concreta, portanto, seria justificada por uma grandeza política (fático-existencial) e não por uma norma, pois a dimensão política desempenha a função de fundamento último de validade da ordem jurídica. Entretanto, como esse poder constituinte é

wahre Verfassung ansieht. Sie beruft sich also nicht auf eine bestehende, sondern auf eine herbeizuführende Verfassung”.

75 DD, pp. 133-134: “Infolgedessen ist die Diktatur ein Problem der konkreten Wirklichkeit, ohne aufzuhören, ein Rechtsproblem zu sein”.

institucionalizável – isto é, ao mesmo tempo que estabelece e funda a ordem, permanece subjacente à ordem criada e possui, na verdade, uma potência constituinte inesgotável – torna a ordem instável e sempre contingente em sua matriz originária mesmo que se refira em última instância à realização do direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O problema do texto de 1914 entre normas de direito e normas de realização do direito, pressupondo o Estado como mediador, resulta no texto de 1921 na solução através da qual o pressuposto agora é o ditador soberano que encerra a discussão entre direito e poder. Assim, percebe-se o desenvolvimento germinativo de 1914 a 1921 entre legitimidade do Estado e organização fática do poder que dá origem à *Politische Theologie* e a sua específica teoria da soberania revisitada como decisão sobre o estado de exceção.

Assim, concorda-se com FERREIRA (2004, p. 120) quando afirma que “a decisão não extrairia a sua autoridade de uma verdade prévia, justificando-se, antes de tudo, em virtude da sua capacidade de criação de uma ordem concreta na qual a própria verdade pode adquirir uma validade pública”⁷⁶. Entretanto, apesar da ênfase da realidade concreta na constituição da ordem não se pode afirmar que tal ordem partilhe uma legitimidade existencialista, pois, como demonstrado, embora a exceção seja concreta e a decisão sobre a exceção constitua o pressuposto ou o fundamento fático para a validade das normas, a legitimidade do Estado advém da relação deste poder com a esfera das normas de direito e não da ação fática constituidora da normalidade. Este é o ponto fraco da teoria do jovem Schmitt que, posteriormente na década de 1920, receberia diferente formulação. Assim, em relação à *Ausnahmentheorie*, “ela não resulta de uma norma antecedente, mas da existência da unidade política e da sua capacidade de decidir a respeito da sua própria forma de vida” (FERREIRA, *ibid*). Entretanto, não há ainda o pensamento do existencialismo político nem a tese da co-originariedade entre fato e direito, entre ato de conformação jurídica da realidade (fático) e condições de legitimidade da ordem concreta pelo direito, pois embora haja nesta fase de Schmitt, certamente, a virada em direção ao primado do concreto sobre o normativo, a anterioridade existencial da unidade política normalizada serve de fundamento concreto da vigência da ordem normativa, tornando a norma posterior às determinações existenciais da exceção, porém esta ainda vinculada à forma racional normativa.

A consequência da autocrítica da sua teoria da exceção traz à tona alguns déficits, inconsistências e limites, mas também aponta para possibilidades de ultrapassamento dos parâmetros modernos. Para Schmitt, os conceitos de direito e de ordem constituem elementos fundamentais, por exemplo, na sua

76 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.

teoria da exceção que mesmo afirmando o primado das relações imediatas na estrutura da decisão soberana ao instituir as condições para a efetivação da ordem normativa abstrata e, dessa maneira, estabelecer uma relação entre o particular e o geral a partir da categoria da decisão como medium concreto, não abandona critérios de validação de normas visto que rejeita a opção entre uma pura racionalidade normativa e uma mera efetividade fática das relações de poder. O elemento fundamental na interpretação do autor é a questão da mediação entre ideia de direito abstrata e forma política concreta, que serve aqui como o principal argumento na proposição de uma teoria política que articula elementos dos paradigmas anteriores, porém que possui neste momento inicial uma proposta entre cratologia e normativismo que, por infelicidade, fica pelo meio do caminho o que torna inadequada e traz em si algumas inconsistências e limites que seriam superados progressivamente até a consequente formulação de um pensamento pragmático que, pelo menos de alguma forma, já pode ser percebido na sua obra de juventude.

EXCEPTION AND NORM. CONSIDERATIONS ABOUT NORMATIVISM AND DECISIONISM IN CARL SCHMITT' THEORY BETWEEN 1914 AND 1921

Abstract: In this paper, I deals the concepts of the exception and norm in Carl Schmitt's political thinking. For that purpose, I begin with an account the development of the point of view normative as presented in the book *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen* (1914) for a pragmatic paradigm of the decisionism in the book *Die Diktatur* (1921); after this I discuss the term *Ausnahme* from the concept of Dictatorship and, at the end, I intend to present the theory of Decisionism as origin of the Law.

Key-words: *Normativism, decisinism, exception.*

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004.

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.

GALLI, Carlo. *Genealogia della politica*. Carl Schmitt e la crisi del pensiero político moderno. Bolonha: Il Mulino,

2010.

HERRERA, Hugo Eduardo. *Carl Schmitt als politischer Philosoph*. Versuch einer Bestimmung seiner Stellung bezüglich der Tradition der praktischen Philosophie. Berlin: Duncker & Humblot, 2010.

HOFMANN, Hasso. *Legitimität gegen Legalität*. Der Weg der politischen Philosophie Carl Schmitts. Berlin: Duncker und Humblot, 2002.

KERVÉGAN, Jean-François. *Hegel, Carl Schmitt*. Le politique entre spéculation et positivité. Paris: PUF, 1992.

MEHRING, Reinhard. *Carl Schmitt*: Aufstieg und Fall. Eine Biographie. Munique: Verlag C.H. Beck, 2009.

SÁ, Alexandre de. *O poder pelo poder*. Braga: Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa, 2009.

SCHMITT, Carl. *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen* (1914). 5. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 2004.

_____. *Die Diktatur*. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankes bis zum proletarischen Klassenkampf (1921), 7. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 2006.

SCHNEIDER, Peter. *Ausnahmestund und Norm*. Stuttgart: Deutsche Verlag-Anstalt, 1957.

SCHWAB, George. *The challenge of exception*. An Introduction to the political Ideas of Carl Schmitt between 1921 & 1936. 2ª ed. New York: Greenwood, 1989.

Recebido em 23/08/2012. Aprovado em 15/10/2012.