

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO**

**Alexandre Jaenisch Martini**

**CETICISMO JURÍDICO vs. LEITURA MORAL DO DIREITO:  
Elementos para um Debate sobre a Concretização do Estado  
Democrático de Direito**

**São Leopoldo, 2010**

**Alexandre Jaenisch Martini**

**CETICISMO JURÍDICO vs. LEITURA MORAL DO DIREITO:  
Elementos para um Debate sobre a Concretização do Estado  
Democrático de Direito**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Público.

Orientador: Wladimir Barreto Lisboa, Dr.

**São Leopoldo, 2010**

M386c

Martini, Alexandre Jaenisch.

Ceticismo jurídico vs. leitura moral do direito : elementos para um debate sobre a concretização do estado democrático de direito / Alexandre Jaenisch Martini. – 2010.

193 f. ; 30 cm.

Dissertação (mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2010.

“Orientador: Wladimir Barreto Lisboa”.

1. Direito – Filosofia. 2. Direito – Aspectos morais e éticos. 3. Direito constitucional - Filosofia. 4. Estado. 5. Positivismo jurídico. 6. Poder discricionário. I. Título.

CDD 340.1

CDU 340.12

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS  
CIÊNCIAS JURÍDICAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD  
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: "**O Ceticismo Jurídico VS Leitura Moral do Direito: elementos para um debate sobre a concretização do estado democrático de direito**", elaborada pelo mestrando **Alexandre Jaenisch Martini**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 23 de julho de 2010.

Prof. Dr. André Luis Callegari  
Coordenador Executivo  
do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Wladimir Barreto Lisboa Wladimir Barreto Lisboa  
Membro: Dr. Alfredo Storck Alfredo Storck  
Membro: Dra. Têmis Limberger Têmis Limberger

*À **Laura**,  
pelo amor, pela compreensão, por estar ao meu  
lado em todos os momentos, incondicionalmente.*

*Às minhas filhas, **Manuela e Valentina**,  
por terem nascido em meio à tempestade e terem  
suportado as ausências sem reclamações,  
apenas com sorrisos confortantes.*

*Obrigado pelo porto seguro...*

## AGRADECIMENTOS

*Aos meus pais, **Dianor e Marilena**,  
pelos princípios que regem a minha caminhada;*

*À minha avó, **Amália**,  
por ter estado sempre presente, embora o contrário não seja verdadeiro;*

*Aos meus colegas **Maiquel Wermuth, Graciele Mafalda e Patrícia Maino**,  
pelos valiosos debates, conversas, trabalhos realizados, pela convivência e  
pela amizade criada neste período tão tormentoso de nossas vidas;*

*Ao meu orientador, Prof. Dr. **Wladimir Barreto Lisboa**,  
pelo valioso conhecimento transmitido, pela dedicação das inúmeras horas de  
orientação, pela paciência com as minhas deficiências, pela compreensão nas horas  
difíceis, enfim, por ter sido um orientador no verdadeiro significado da palavra.*

*Sou profundamente grato;*

*Ao **Alfredo Copetti Neto**,  
por ser o responsável por eu ter entrado, e permanecido, neste  
caminho,  
e ao **Marcos Lovato**,  
pelo ombro amigo e pelas inúmeras e relevantes discussões.*

*Sem vocês estes agradecimentos não seriam possíveis;*

*Aos meus sócios e irmãos, **Daniel Tonetto, Luciano de Medeiros e Felipe de Medeiros**,  
pelo suporte nas ausências, pela ajuda constante e incondicional;*

*Aos meus amigos por estarem presentes, mesmo quando não estão!*

*De modo totalmente incompreensível, porém, Musashi disparou em linha reta na direção de uma das fendas...  
Levando-se em consideração que, para agir, um espadachim necessita de um espaço circular cujo centro é o próprio corpo, e cujo raio de comprimento do braço acrescido ao da espada, dois aliados não podiam lutar lado a lado na estreita fenda sem o risco de se ferirem mutuamente...  
A vantagem numérica tinha-se transformado num empecilho...  
Pois lá estavam eles, um contingente numeroso demais para uma fenda estreita, lutando contra um único adversário e atrapalhando-se mutuamente.  
(Eiji Yoshikawa)*

## RESUMO

O presente estudo trata do problema da interpretação na teoria do direito. Tem o intuito de fazer uma reflexão sobre alguns aspectos da teoria positivista e o grau de discricionariedade nas decisões dos casos excepcionais. Parte da exposição do debate travado entre Carl Schmitt e Hans Kelsen sobre quem deve guardar a Constituição e de suas concepções céticas em relação a uma teoria do direito que alie o elemento moral. Passa pela hipótese sustentada por David Dyzenhaus sobre a existência de um mini-estado de exceção nas decisões em casos difíceis e a conseqüente aproximação entre o debate sobre a guarda da Constituição e a crítica de Ronald Dworkin quanto à tese da discricionariedade. Termina, analisando elementos da teoria do direito e da justiça de Dworkin no sentido de desenvolver algumas críticas às teorias positivistas e apontar para uma teoria da interpretação que alie o elemento moral à teoria do direito, no caso, a leitura moral do direito.

**Palavras-chave:** Lei moral do direito; estado de exceção; positivismo jurídico; discricionariedade; integridade.

## ABSTRACT

This study aims at the problem of interpretation in theory of law. Aims to make a reflection on some aspects of positivist theory and the degree of discretion in the decisions of exceptional cases. Part of the exhibition of the discussion between Carl Schmitt and Hans Kelsen on who should guard the Constitution and skeptical of his views in relation to a theory of law that combines the moral element. Passing by David Dyzenhaus supported hypothesis by the existence of a mini-state of exception in the decisions in difficult cases and the consequent approximation of the discussion on safeguarding the Constitution and the critique of Ronald Dworkin's argument as to discretion. It ends by examining elements of the Dworkin theory of law and justice to develop some criticism of positivist's theories and point to a theory of interpretation that combines the moral element to the theory of law, in this case, the moral reading of the law.

**Keywords:** Moral law; exception state; juridical positivism, discretion, integrity.

## SUMÁRIO

<b>CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES</b> .....	10
---	----

<b>CAPÍTULO I – O DEBATE DO POLÍTICO vs. JURÍDICO. QUEM DEVE SER O GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO?</b> .....	17
--	----

1.1 CARL SCHMITT E O SOBERANO EM DETRIMENTO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL .....	17
1.1.1 Alguns conceitos necessários .....	22
1.1.2 A justiça como guardiã da Constituição? .....	30
1.1.3 Pluralismo, policracia e federalismo no ambiente Constitucional .....	41
1.1.4 O Presidente do <i>Reich</i> como guardião da Constituição .....	57
1.1.5 Elementos conclusivos sobre uma teoria <i>cética</i> .....	62

<b>CAPÍTULO II – O DEBATE DO JURÍDICO vs. POLÍTICO. A PRIMAZIA DO DIREITO SOBRE O PODER</b> .....	66
---	----

2.1 A RESPOSTA DE HANS KELSEN: JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ANTE O SOBERANO .....	66
2.1.1 Elementos sobre a teoria democrática kelseniana .....	69
2.1.1.1 O fundamento antropológico da democracia .....	70
2.1.1.2 O fundamento político da democracia: a questão do parlamento .....	83
2.1.1.3 Os fundamentos, ético e epistemológico, da democracia: a questão da moral .....	89
2.1.2 Kelsen e o liberalismo .....	94
2.1.3 Quem deve guardar a Constituição? Um choque entre concepções incompatíveis .....	101
2.1.4 Considerações sobre o direito como guardião da Constituição e seu <i>ceticismo moral</i> .....	116

<b>CAPÍTULO III – O PROBLEMA DA INTERPRETAÇÃO. UMA RESPOSTA MORAL</b> .....	119
---	-----

3.1 O FIO CONDUTOR PROPOSTO POR DAVID DYZENHAUS. ESTADO DE EXCEÇÃO INTERPRETATIVO? .....	123
--	-----

3.2 RONALD DWORKIN E A RESPOSTA À DISCRICIONARIEDADE: A LEITURA MORAL DO DIREITO .....	132
<b>3.2.1 O direito como integridade. Uma crítica ao positivismo jurídico.....</b>	<b>133</b>
3.2.1.1 A desconstrução: A crítica ao positivismo jurídico e à discricionarieidade judicial .....	134
3.3.1.2 A reconstrução: o direito como integridade .....	143
<b>3.2.2 A igualdade liberal. Uma teoria geral da justiça.....</b>	<b>154</b>
<b>3.2.3 A leitura moral do direito. Uma resposta ao ceticismo jurídico .....</b>	<b>165</b>
<b>3.2.4 Por que a leitura moral do direito? Aportes finais .....</b>	<b>179</b>
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>184</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>189</b>

## CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O Estado contemporâneo passa por uma forte crise que afeta diretamente o direito, e, em razão disso, altera substancialmente a sociedade, tornando-a, evidentemente, mais complexa e conflituosa, modificando o *status* social e dificultando o exercício e a concretização da democracia e dos direitos fundamentais.

Em virtude deste cenário, o aumento do exercício jurisdicional é uma consequência diante de questões cada vez mais excepcionais. Este contexto determina que o decisor incorpore um poder interpretativo superior que pode levar ao decisionismo e à discricionariedade. Em virtude desta possibilidade de decisões fora das molduras legais, o poder interpretativo deve ser limitado. Assim, o debate proposto, no presente trabalho, gira em torno da questão das limitações atribuídas ao poder judiciário e à criação de estratégias para que se evitem as discricionariedades.

A ineficácia do padrão vigente no ordenamento jurídico traz a necessidade de uma rediscussão das teorias jurídicas na busca da *melhor resposta* para as controvérsias acerca do direito.

Registra-se, então, que a dissertação terá como limites o debate Carl Schmitt *vs.* Hans Kelsen sobre a quem compete a legitimidade para proteger a Constituição e uma confrontação com a teoria da leitura moral do direito de Ronald Dworkin. A partir destas considerações teóricas, procurar-se-á debater o ponto de ligação entre ambas as teorias, qual seja, o limite da decisão nos casos *excepcionais*.

Neste sentido, se colocará, frente a frente, o que se pode chamar de *ditadura política*, vista na obra de Schmitt, e a *ditadura do julgador*, legitimada por Kelsen nos casos em que há a *indeterminação do direito*, buscando, ao fim e ao cabo, identificar a postura cética de ambos autores.

Como contraponto, então, apresentam-se os argumentos que foram usados por Dworkin, através de sua leitura moral do direito, à teoria da discricionariedade de Hart.

Por óbvio, em um processo de busca de respostas, como ocorrido no tema ora proposto, a dúvida acompanha o dia-a-dia, e, por isso, diversas foram as mudanças desde o início da caminhada dissertativa empreendida na pesquisa, sendo que algumas questões permanecerão abertas à espera de aperfeiçoamentos teóricos.

Desta forma, delimitou-se a dissertação apenas aos debates e aos fundamentos teóricos que deram alicerce a estes debates e não ao estudo de toda história teórica dos autores, o que seria impossível neste momento acadêmico. Assim sendo, estruturou-se o trabalho elegendo-se um *inimigo*, o ceticismo moral na decisão dos casos excepcionais e a inevitável discricionariedade dele advinda.

Em suma, objetiva-se investigar a necessidade da proposição de uma teoria que alie a questão moral ao direito, fazendo-se o contraponto através do debate estabelecido entre dois autores clássicos. É na busca de limites para a decisão do julgador que se percorrerá este caminho.

Para tanto, cumpre ressaltar que a dissertação se estruturará em três capítulos que, a seguir, são descritos e apresentados.

No *primeiro capítulo*, serão trazidas à cena as concepções de Carl Schmitt sobre liberalismo, democracia e positivismo, base teórica para sua defesa acerca de quem deve ser o guardião da Constituição.

Será exposta sua proposta de retorno do poder político através do soberano que decide na exceção. Inicialmente, contudo, se demonstrará a gênese de sua ideia, perpassando suas concepções reconhecidamente antiliberais, contrárias ao parlamentarismo e ao positivismo alemão tradicional, retratando-se sua busca pelo ressurgimento do *político*, através da formulação de seu conceito de direito e democracia como conceitos políticos.

Em um segundo momento, seguindo a obra de Carl Schmitt, será investigada a sua teoria de acordo com três momentos. O primeiro apurará a sua crítica ao judiciário como guardião da Constituição; o segundo momento demonstrará a situação Constitucional da Alemanha nos anos 30; e, por fim, a defesa do Presidente como legitimado para assumir o

papel de guardião, expondo, como consequência, o pensamento *cético* do autor em relação a critérios morais no que se refere ao direito.

No *segundo capítulo*, o enfoque recai sobre a resposta de Hans Kelsen à proposta schmittiana. Demonstrem-se os fundamentos que serviram de base para a consolidação de sua teoria pura através da análise das obras *Teoria geral do direito e do estado* e *A democracia*. Será feito um estudo de suas ideias sobre democracia, liberalismo e parlamentarismo a fim de aprofundar o tema sob um enfoque que fuja do senso comum sobre Kelsen, a mera leitura da Teoria Pura do Direito.

Assim posto, procura-se, então, reconstruir seu raciocínio, primeiramente, no que se refere à sua concepção de democracia e as diferenças com a compreensão de Schmitt. A sua teoria democrática será dividida nos vieses antropológico, político, ético e epistemológico. No primeiro aspecto, será avaliada a ligação da democracia com a ideia de liberdade e a necessidade de uma mudança na configuração de seu próprio conceito; no aspecto político, será trazida a visão kelseniana sobre o parlamentarismo e sua necessidade para a manutenção da democracia; ao termo, os últimos elementos democráticos trarão uma análise sobre a questão da moral e o seu afastamento do direito.

Em um segundo momento, será discutida sua teoria frente ao liberalismo, as aproximações e os pontos divergentes, no sentido de retirarem-se elementos de justificação para sua tese do guardião da Constituição.

Seguindo, se adentrará na resposta de Kelsen a Carl Schmitt e sua defesa jurisdicional da Constituição. Em continuidade, serão traçados os elementos céticos de sua teoria e apresentado o problema da interpretação fora da moldura para os casos excepcionais e seu consequente efeito, a discricionariedade.

O *terceiro capítulo* iniciará com um adendo necessário em que será aprofundada a hipótese de David Dyzenhaus com o objetivo de aproximar o debate Schmitt vs. Kelsen à resposta de Dworkin às discricionariedades. Embora não pareça à primeira vista, se justificará que o debate estabelecido entre os clássicos se aproxima da obra de Dworkin no ponto em que tratam da decisão na situação excepcional. Este cruzamento é reconhecido por David Dyzenhaus quando refere que *há ecos no sentido de que reconheçamos que a penumbra de*

*incerteza [... ] é um tipo de ‘mini’ estado de emergência para a teoria positivista do direito*<sup>1</sup>, o que depõe em favor de que a decisão no caso difícil assemelha-se ao estado de exceção na Alemanha de Weimar.

A assertiva, portanto, foi o marco inicial do trabalho. A partir da hipótese sustentada por Dyzenhaus, iniciou-se a procura pelas aproximações, identificando-se as semelhanças entre as ideias. Considerando-se estas concepções, procurou-se encontrar a teoria que melhor se adequasse ao contexto social e que apresentasse uma a resposta mais satisfatória na busca da efetivação democrática e dos direitos fundamentais.

Neste sentido, serão considerados os pontos de convergência e a necessidade de uma releitura das duas teorias conjuntamente, para, por fim, investigar com mais detalhamento a concepção de Ronald Dworkin, como uma resposta adequada às necessidades contemporâneas.

Pretende-se demonstrar que suas ideias se encaixam e servem de base para que sejam trabalhados ambos os debates estudados, para, a partir de sua teoria moral, chegar-se a uma teoria adequada que incorpore o elemento *moral* ao direito.

Primeiramente, então, desenvolve-se o que se pode chamar de teoria do direito de Dworkin, apresentando suas críticas em relação ao positivismo e a sua conseqüente discricionariedade nos casos difíceis, assim como a construção de sua teoria da integridade.

Em continuidade, será apresentada sua teoria da justiça, a partir da defesa do autor de uma igualdade liberal e de uma concepção de liberalismo progressista, no sentido de construir e justificar uma teoria política liberal superadora do liberalismo “conservador”. Pretende-se resgatar o liberalismo das garras do positivismo jurídico e da filosofia utilitarista. Neste particular, o seu “ataque ao positivismo” é reforçado pelo seu ataque à filosofia utilitarista. A tese dos direitos é um dos instrumentos mais eficientes que usa para evidenciar a debilidade dos argumentos utilitaristas quando se propõe o tema de direitos individuais.

---

<sup>1</sup> DYZENHAUS, David. *Legality and Legimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*. Oxford University Press, 1999. p. 15.

Por fim, tem-se a formulação da teoria jurídica da leitura moral do direito através da interpretação a partir dos princípios. Neste aspecto, será aprofundada a ideia do autor de que, em certas circunstâncias, o direito possa valer como trunfo, retirando o viés de exceção dos casos difíceis e, por consequência, criticando asperamente qualquer tipo de discricionariedade.

Ademais, procura-se expressar a necessidade de uma releitura do paradigma interpretativo a partir da interpretação através de princípios, trazendo-se o aspecto moral para a análise do caso concreto, onde a hermenêutica embasada na integridade e coerência será ponderada como uma resposta frente às posturas céticas de cariz positivistas.

No entanto, é necessário impor mais um limite ao trabalho. A ideia hartiana de discricionariedade apenas será tida desde a perspectiva das críticas de Dworkin a tal problemática. Da resposta de Dworkin, surgirão igualmente elementos que permitirão melhor esclarecer os pressupostos epistemológicos que estavam presentes na questão, o contraponto do jurista norte-americano e o encaixe de sua teoria frente à questão da guarda da Constituição. Por conseguinte, procede-se à busca de elementos para corroborar uma teoria do direito que traga, em seu conteúdo, o viés moral, utilizando-se, como contraponto, o debate estabelecido entre Schmitt e Kelsen.

Com isso, a polêmica acerca da discricionariedade advinda da *exceção* e a proposta de uma leitura moral do direito, nos termos sustentados por Ronald Dworkin, serão o pano de fundo do presente trabalho.

Para a concretização da pesquisa, a metodologia de abordagem utilizada foi a *fenomenologia hermenêutica*<sup>2</sup>, a partir da qual se compreende que a determinação do Direito, ao invés de mero ato passivo de subsunção, é um ato criativo que implica o próprio sujeito. Este horizonte compreensivo foi o que se mostrou suficientemente fértil e adequado para a discussão da temática que é objeto desta investigação.

---

<sup>2</sup> O “método fenomenológico” aplicado ao Direito vem sendo desenvolvido no PPGD da UNISINOS, especialmente na obra *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*, de Lênio Luiz Streck.

Quanto ao procedimento, optou-se pelo método monográfico<sup>3</sup>, uma vez que não se pretendeu um estudo enciclopédico, um manual, mas um estudo direcionado a uma temática bem delimitada e específica, o que proporcionou mais segurança à elaboração da pesquisa. Todavia, o fato de se fazer uso do método procedimental monográfico não significou a não utilização, paralelamente, de uma visão panorâmica de outras temáticas correlatas, pois necessárias e imprescindíveis ao estudo do assunto escolhido, na medida em que informam, justificam, estruturam e dão sentido ao tema central.

Por outro lado, no que diz respeito à técnica de pesquisa, empregou-se a pesquisa bibliográfica, valendo-se da doutrina existente acerca da temática proposta – livros e periódicos –, do fichamento e do apontamento, bem como da legislação. Pelo fato do estudo se tratar de um tema que discute a discricionariedade e seus limites, ele está presente *no* Direito, independente de qual sistema ou país esteja inserido. Por isto, não se descuidou, também, da valorização da dimensão alcançada pelo tema objeto da pesquisa no Direito comparado.

Por fim, é preciso deixar claro que o objetivo do trabalho não é esgotar, ou fazer um estudo aprofundado, sobre as teorias jurídicas dos três autores, o que seria um trabalho impossível para este momento acadêmico, mas tão somente *descrever* e *confrontar* as concepções teóricas sustentadas no debate e rebatidas através de Dworkin, trazendo suas características, pontos centrais, e demonstrando suas semelhanças e aproximações, para, através delas, buscar conclusões acerca da melhor teoria jurídica para a contemporaneidade.

Destaque-se que, obviamente, este trabalho não possui nenhum caráter inovador ou original, o que se pretende é apenas produzir uma pesquisa crítica sobre as teorias céticas, ou, *positivistas*, utilizando como limites teóricos, para tanto, os dois debates identificados. É através desses dois momentos históricos que se procurarão conclusões acerca da necessidade de uma virada teórica para o caminho da hermenêutica. Esta procura visa a contribuir e

---

<sup>3</sup> Segundo Eco “uma monografia é a abordagem de um só tema, como tal se opondo a uma “história de”, a um manual, a uma enciclopédia. [...] quanto mais se restringe o campo, melhor e com mais segurança se trabalha. Uma tese monográfica é preferível a uma tese panorâmica. É melhor que a tese se assemelhe a um ensaio do que a uma história ou a uma enciclopédia. [...] Mas deve-se ter em mente que fazer uma tese rigorosamente monográfica não significa perder de vista o panorama[...]”, pois “[...] uma coisa é usar um panorama como pano de fundo, e outra elaborar um quadro panorâmico [...]”. ECO, Umberto. *Como se faz uma tese*. 14. ed. São Paulo: Perspectiva, 1997. p. 10.

somar-se aos estudos e às pesquisas já desenvolvidas no Programa de Pós-Graduação da UNISINOS, na linha de pesquisa “Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos”.

Sendo assim, será possível fazer uma introdução à teoria dworkiana a fim de demonstrar que, mesmo criada em momento distinto e por motivos, aparentemente, diversos, responde a ambos os debates satisfatoriamente quando se tem como objeto o viés democrático e de concretização de direitos fundamentais.

Com isso, se pretende formatar a resposta para a hipótese sustentada de que a interpretação, através de Princípios – *integridade* e *coerência* – por meio de uma leitura moral do Direito, permite que se concretize um Estado que busque o exercício democrático e a realização dos direitos fundamentais.

## CAPÍTULO I – O DEBATE DO POLÍTICO vs. JURÍDICO. QUEM DEVE SER O GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO?

O presente capítulo tem o escopo de retratar a defesa de Carl Schmitt acerca de quem deve ser o guardião da Constituição. Serão investigados os pontos principais levantados pelo autor para sustentar sua tese e identificadas as características que deram base ao que se pode chamar de *ceticismo jurídico*<sup>4</sup> em suas ideias. A guarda da constituição é o pano de fundo do debate ocorrido em uma Alemanha que se encontrava em crise, mas, inserido em suas linhas, está a busca de legitimação para a discricionariedade político-jurídica na República de Weimar<sup>5</sup>.

### 1.1 CARL SCHMITT E O SOBERANO EM DETRIMENTO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

O debate estabelecido entre Schmitt e Kelsen tem início em 1929 com a publicação da obra *O guardião da Constituição*, ampliada em 1931, quando, a teoria do primeiro autor

---

<sup>4</sup> O termo *ceticismo jurídico* será usado no sentido de identificar as ideias político-jurídicas dos pensadores Carl Schmitt e Hans Kelsen. O primeiro quando demonstra seu ceticismo em relação à democracia, liberalismo e ao próprio normativismo kelseniano, defendendo uma ideia de Estado em que soberania se dá pela decisão na exceção, sem qualquer legitimação na validade da ordem jurídica consensual. O segundo quando defende uma teoria jurídica *pura*, cuja neutralidade das regras não pode ser manchada pela análise moral, *céticos*, portanto, em relação a essa invasão. Embora cada um defenda a sua base teórica, ambos caem, ao fim e ao cabo, em posturas *decisionistas*, e, por consequência, *céticos* em relação a uma leitura moral do direito.

<sup>5</sup> O debate sobre a decisão na exceção, embora travado na década de 1930, ganha ares de modernidade, principalmente se interpretado diante da situação de exceção que vivemos atualmente. Para Bercovici, usando o raciocínio de Agamben, o processo de rompimento com o antigo *nomos* da Terra, vinculado à “tomada da terra”, arrasta à ruína o sistema de limitações recíprocas e das regras do sistema internacional de Estados. O fundamento oculto desse rompimento é a exceção soberana. O que ocorreu, e ainda está ocorrendo, é a irrupção do estado de exceção para fora de seus limites. O estado de exceção está se espalhando por toda a parte, tendendo a coincidir com o ordenamento normal, no qual, novamente, torna tudo possível. Desta forma, o estado de exceção está se tornando uma estrutura jurídico-política permanente com a dissolução do Estado. Esta característica seria, então, o anúncio do novo *nomos* da Terra, que tenderá a se espalhar por todo o planeta. Cf. BERCOVICI, Gilberto. O Estado de Exceção Econômico e a Periferia do Capitalismo. *Pensar (UNIFOR)*, v.11, p.98, 2006. O presente trabalho, contudo, não se atará ao Estado de Exceção econômico tratado pelo autor, mas sim a uma exceção interpretativa, ou seja, a necessidade de se trabalhar uma nova teoria interpretativa que alie à uma teoria do direito o aspecto moral a fim de retirar o viés de exceção e fazer com que o direito responda às questões sem incorrer em discricionariedades e decisionismos.

defende a figura do Presidente como parte legítima para resguardar os direitos constitucionais, negando ao judiciário tal função<sup>6</sup>.

A teoria formulada por Carl Schmitt propõe o retorno do poder político através do soberano que decide na exceção<sup>7</sup>. A gênese de sua ideia, contudo, perpassa por pensamentos reconhecidamente antiliberais<sup>8</sup>, contrários ao parlamentarismo e ao positivismo alemão

---

<sup>6</sup> SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Tradução: Geraldo de Carvalho; coordenação e supervisão Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p.ix.

<sup>7</sup> Olivier Beaud define o período da obra de Schmitt, afirmando que ela espasa, em sentido amplo, a história constitucional do regime de Weimar. Para o autor francês, pode-se dividir este período em três grandes fases distintas: o período inicial de confusões, marcado pelo recurso frequente do Presidente à constituição de reserva (artigo 48 – das circunstâncias excepcionais) e das dissoluções repetidas (1919 a 1924); um período de calma política e de estabilidade constitucional (1925-1929), durante o qual, o Parlamento, os partidos governam; e, enfim, o período de confusão (1930-1933), que vê aparecer uma verdadeira presidencialização do regime e o refluxo inevitável do Parlamento, como consequência da crise econômica que desembocaria na queda do regime. Cf. BEAUD, Olivier. *Les derniers jours de Weimar. Carl Schmitt face à l'avènement du nazisme*. Traduzido por Wladimir Barreto Lisboa. Paris: Descartes & Cie. 1997. p.40.

<sup>8</sup> Sinteticamente, entende-se liberalismo como a doutrina que, embasada nos direitos individuais, busca a realização da liberdade dos indivíduos no campo político, através do controle do poder do Estado mediante a divisão de poderes e controles normativos. Ver, neste caso, ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Tradução da 1ª edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi; revisão da tradução e tradução dos novos textos Ivone Castilho Benedetti. 5.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p.629, Verbetes: Liberalismo. No entanto, embora existam elementos que indiquem suas características, não há definições perfeitas sobre o que é o Liberalismo, pois ele é, antes, uma práxis histórica, continuada ao longo dos anos, do que uma doutrina individual de um autor. Poderia descrever-se o liberalismo como sendo o movimento que enfatizou, em vez da tradição, o contrato sobre o estatuto, o presente e o futuro sobre o passado, o valor e os direitos do indivíduo sobre os poderes. Basicamente, o liberalismo teria sido uma atitude de defesa do indivíduo, homem ou cidadão, desafiando atos arbitrários do governo. A sua luta fazia oposição, inicialmente, à imposição de crenças religiosas, filosóficas e científicas; com a modernidade voltou-se contra o absolutismo político e à sociedade estamental do *ancien regime*, bem como travou combate contra a economia feudal, estática, que eliminava a liberdade de iniciativa econômica e o progresso. Atualmente, seus oponentes mudaram de nome, mas não quanto aos seus efeitos: a falta de liberdade. São eles, o totalitarismo e o autoritarismo político que, ao fim e ao cabo, sufocam a liberdade política e econômica pela exclusão ou severa limitação da iniciativa econômica dos agentes privados em favor do agente público. O Liberalismo, ainda, é distinguido em dois tipos: de um lado, o chamado continental, construtivista e racionalista extremado que, embora de grande atuação no século XIX, hoje, estaria extinto. Depois de se fazer presente no ciclo revolucionário, seus temas e processos sobrevieram nas extintas democracias populares marxistas e no anarquismo esquerdista. A outra família é denominada de Liberalismo clássico, evolucionista ou *whig* inglês. Esta classe é a dominante nos países de língua inglesa e alemã após a Segunda Grande Guerra, espalhando-se, após, por todo o mundo, inclusive na América Latina. Existem diferenças significativas entre as duas formas, apesar do mesmo nome e da busca dos mesmos valores: a liberdade junto com a igualdade e a fraternidade. Para a variante continental, a liberdade se realizaria por meio do Estado, pela vontade unânime de todos os iguais, sem representação diretamente, com menosprezo pelas minorias e oposições. Para a variante clássica, a liberdade é um valor que só se assegura com um governo limitado, preocupado em garantir o direito à existência das oposições e sua possibilidade futura de vir a se transformar em maioria, em Governo. Por isso a institucionalização dos partidos políticos e o bicameralismo. No primeiro liberalismo, há uma hostilidade a partidos políticos e a facções e um entusiasmo imoderado pela unanimidade, pela democracia direta. O sistema representativo é a principal tese do liberalismo clássico, onde o mecanismo eleitoral e seu contínuo aperfeiçoamento, para garantia das oposições e minorias, é o tema. Um racionalismo abstrato define os continentais e um racionalismo moderado evolutivo, atento às peculiaridades locais e nacionais, o segundo. O racionalismo dos continentais é metafísico, isto é a afirmação de que a essência da realidade é a razão, logo não há mistério e tudo é racionalizável. Para os clássicos, o racionalismo é moderado, pois se resume à tese epistemológica de que só dispomos da razão para conhecer a realidade, ainda que ela possa não se conter nos limites da razão. Embora, no século XX, houvesse uma nova diferenciação entre os liberais, estando, de um lado, os neoliberais e, de outro, os liberais sociais, as teses comuns aos

tradicional, cuja neutralidade constituiria um *reflexo disfarçado dos ideais liberais da filosofia política e jurídica visando garantir a segurança e liberdades burguesas*<sup>9</sup>. Através destes pilares é que haverá a restituição do político pela sua ligação com a soberania.

Para o autor, o liberalismo teria perdido sua razão de existir no momento em que, através da democracia parlamentarista, *venceu* a batalha travada frente ao absolutismo monárquico. A partir deste momento histórico, a manutenção de um Parlamento calcado nos ideais liberais perde sua função principal, que seria representada pela discussão pública e pela tomada de decisões legitimadas pelo povo. Assim, na ocasião em que extermina o *inimigo*<sup>10</sup> declarado e não havendo mais uma oposição antagonista a ser rechaçada, ele anula a sua capacidade de fazer frente a uma situação de exceção, neutralizando o conflito político e decaindo, pois, de seu poder de decisão.

Schmitt busca o ressurgimento do *político* formulando seu conceito de direito e de democracia<sup>11</sup> como conceitos políticos. A Constituição, portanto, seria derivada de uma

---

diversos tipos de liberalismos seriam: “A – Na concepção da liberdade se aceita a famosa distinção entre liberdade antiga e moderna, ou, positiva e negativa. A função do governo seria manter as liberdades negativas; B – Defesa de um humanismo antropocêntrico; C – Individualismo metodológico e doutrinário; D – Fé no Progresso; E – Distinção entre o público e o privado, e, F – Distinção entre fatos e valores, natureza e cultura”. Já no que se refere às teses políticas, elas buscam a confiança no mercado político. O melhor modo de designar os governantes seria, então, promover mudanças sem violência política, seria a livre escolha do governo pelo povo em eleições periódicas e abertas. As teses sociais, dominadas pela separação entre público e privado, incluem o pluralismo, a tolerância civil, a igualdade substancial entre outros direitos. Por fim, somente admite a intervenção estatal em casos definidos e autorizados pela representação popular, sem substituir o mercado, ou ainda para desempenhar funções de suplência, pelo princípio de subsidiariedade. Este ponto é que consolida a divisão entre liberais sociais, e neoliberais. Em termos gerais, estes são os elementos que formam o conceito, difícil, de liberalismo e que servirão de base para a presente investigação. Cf. BARRETTO, Vicente de Paulo (Org.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.530-4, verbete: Liberalismo. Carl Schmitt, por sua vez, trata o tema com desconfiança, visto que identifica que a tendência rumo à neutralização e à despolitização levará, ao fim e ao cabo, a um estado de caos, colocando por terra a política. Um mundo sem política, por seu turno, conduziria à absolutização da guerra e o liberalismo não teria o poder de decidir na exceção. Por isso, Schmitt acusa-o de incapaz para fazer frente à situação de exceção. Neste ponto, começa a ser tecida sua teoria sobre a guarda da Constituição.

<sup>9</sup> SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Tradução: Geraldo de Carvalho; coordenação e supervisão Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p.xi.

<sup>10</sup> O conceito de político de Schmitt será melhor discutido posteriormente.

<sup>11</sup> Schmitt desenvolve sua teoria da democracia sobre dois níveis argumentativos distintos. No primeiro nível, o qual pode ser chamado de *conceitual* ou *analítico*, Schmitt apresenta aquilo que ele entende ser a essência da noção de democracia. Neste âmbito, ele parte da caracterização e da defesa do *princípio de identidade* como sendo o princípio político-formal fundamental da democracia e estabelece quais as características que correspondem mais adequadamente a esse modelo político. Em um segundo nível, que pode ser chamado de *fenomênico*, Schmitt pretende *descrever* o fenômeno da política e mostrar como todo agrupamento político democrático se sustenta sob aquele princípio de identidade. Neste nível descritivo, ele leva em conta os limites naturais da democracia e as possibilidades efetivas da existência e do fortalecimento de um povo. Democracia é uma forma política, ou seja, constitui-se como uma maneira especial de conformação da unidade de um povo, ou ainda, uma maneira determinada de unificação política de um Estado embasada na identidade e na representação. Muito embora, alguns pontos de seu conceito estejam corretos, chama atenção sua ênfase e

democracia política<sup>12</sup>, uma vez que se tratava do fruto da “*decisión consciente de una unidade política concreta*”<sup>13</sup>. Para o doutrinador, a política está presente no contexto político-jurídico, não podendo ser afastada do crivo de um decisor neutro e imparcial.

---

insistência no caráter autônomo da política. Pode-se dizer que, no pano de fundo de sua teoria, estende-se uma espécie de metafísica da política, isto é, a política coloca-se como o fundamento de todas as esferas práticas da vida humana, na medida em que lhe cabe a legitimidade de fundá-las, fomentá-las ou suprimi-las com base nos seus próprios critérios de avaliação. Além disso, a política se constitui como algo irrefreável, ou seja, se um povo se abstém de seu caráter político ativo, torna-se politicamente passivo em relação a outro povo, mas o fato é que ele sempre se encontra determinado pela esfera política, seja ativa ou passivamente. Neste turbilhão político, a personalidade e a individualidade do ser humano parecem ser colocadas eternamente em um segundo plano. Em suma, pode-se afirmar que, de acordo com Schmitt, a política é elevada a uma condição absoluta e as outras esferas da vida humana são avaliadas, fomentadas ou negadas a partir dela. Neste sentido, Bielefeldt pode ter razão em lembrar Kant, na medida em que aponta para a possibilidade da política poder ser norteada por outra esfera da vida humana, a moral, e, neste aspecto, poder ser regulada e avaliada a partir de uma esfera normativa que garanta a integridade do ser humano como uma pessoa. Cf. KLEIN, Joel Thiago. A teoria da democracia de Schmitt. *Princípios* (UFRN. Impreso), v.16, p.139-41, 2009. Ver também, SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Madrid: Alianza, 1982. p.205-34. É importante ressaltar que a democracia ideal schmittiana, entendida como “la identidad de quienes dominan y los que son dominados, de los gobernantes y de los gobernados, de quienes mandan y de quienes obedecen” não é tão distinta em termos gerais da democracia kelseniana antes deste incluir os elementos limitadores da liberdade (princípio da maioria e representação). Ambas se baseiam na fórmula genérica da identidade entre governantes e governados. Inobstante a isso, a democracia de Schmitt não se funda na liberdade, como em Kelsen, mas sim na igualdade. Para Schmitt a liberdade é um princípio do Estado burguês de direito e não um princípio político-formal como, por exemplo, é o da igualdade, uma vez que está diretamente correlacionado com uma possível desigualdade. Para Schmitt, ainda, a democracia é o governo do povo entendido como um todo orgânico e homogêneo, como uma nação que toma ciência de sua própria existência mediante sua contraposição com outras nações. Para Kelsen isto não passa de uma ficção. Portanto, sinteticamente se apresentem semelhanças e diferenças entre as teorias democráticas dos juristas, entretanto, para o autor alemão, o verdadeiro significado da democracia é retratado por um governo capaz de atuar com força e determinação e que é sustentado incondicionalmente pelas massas que se identificam por ele. A teoria schmittiana se funda na confiança cega do povo em seus governantes. Na democracia schmittiana, então, há a inspiração tanto no princípio da identidade, segundo a qual o povo é concebido como um todo orgânico, como no princípio da representação, no sentido de que os governantes representam simultaneamente a expressão e os agentes desse povo homogêneo, o que, obviamente, pode levar a uma ditadura legitimada. Cf. VIANELLO, Lorenzo Córdova. *Derecho y poder*. Kelsen y Schmitt frente a frente. México: FCE, UNAM, IJ, 2009. p.258-69.

<sup>12</sup> Para Schmitt se quiser se chegar a um conceito de Constituição, há que “limitar la palabra «Constitución» a Constitución *del Estado*, es decir, de la unidad política de un pueblo”. O autor ainda divide o conceito em absoluto e relativo. O primeiro se trata da Constituição como uma situação total da unidade e ordenação política, ou, ainda, como um sistema fechado de normas designando uma unidade. Contudo, em ambos os casos, há uma unidade pensada, ideal. Já o conceito *relativo* entende a Constituição como uma série de leis de certo tipo, ou seja, há a dissolução da unicidade devido a uma pluralidade de leis constitucionais distintas, mas formalmente iguais. Constituição e lei constitucional receberiam, desta forma, o mesmo trato e qualquer lei constitucional apareceria como Constituição. Argumenta-se, então, que se trata de um conceito relativo por não afetar a um todo, a uma ordenação, a uma unidade, senão a algumas, várias ou muitas prescrições de certo tipo. Para o autor alemão, contudo: “Sólo es posible un concepto de Constitución cuando se distinguen Constitución y ley constitucional. No es admisible disolver primero la Constitución en una pluralidad de leyes constitucionales concretas y despues determinar la ley constitucional por algunas características externas acaso el procedimiento de su reforma. De este modo se pierden un concepto esencial de la Teoria del Estado y el concepto central de la Teoria de la Constitución. [...] La distinción entre Constitución y ley constitucional es sólo posible, sin embargo, porque la esencia de la Constitución no está contenida em una ley o em una norma. En el fondo de toda normación reside una *decisión política del titular del poder constituyente*, es decir, del Pueblo em la Democracia y del Monarca em la Monarquía auténtica”. A diferenciação proposta por Schmitt tem importante relação com sua teoria sobre a guarda da Constituição, posto que é nela que o autor fundamenta a possibilidade de suspensão de leis constitucionais durante o estado de exceção e legitima o uso do art. 48, 2º da Constituição de Weimar. Ver SCHMITT. *Ibid.*, p.29-57. Bercovici ratifica o conceito constitucional schmittiano e complementa o inserindo no debate da guarda da Constituição quando aduz que para Schmitt uma Constituição é válida se instituída por um poder constituinte e estabelecida por sua vontade, o que

Sob tal viés crítico ao positivismo liberal da época, o autor inicia a sua preparação para a defesa do soberano refutando a revisão dos atos legislativos por um tribunal. Para ele, tal ato trata-se de uma direta afronta à soberania estatal, e, por isso, atribui este poder ao Presidente, figura representativa do poder do Estado.

Pelo que se vê, neste breve intróito, o debate ora apresentado não se esgota no tema da jurisdição constitucional e de quem decide no caso da *excepcionalidade*, ele vai além, passando por conceitos sobre democracia, política e pelas linhas do liberalismo, constituindo-se em uma importante fonte para que se investigue as teorias políticas de Schmitt e Kelsen e se possa chegar ao caminho comum de ambas, que é o decisionismo da decisão na exceção, tornando necessária uma aproximação com uma teoria do direito aliada à moral, no caso à teoria dworkiana.

Nesta perspectiva, seguindo a obra de Carl Schmitt, a investigação sobre sua teoria será dividida em três momentos. A primeira, quando o autor critica a justiça como guardião da Constituição; um segundo momento em que é demonstrada a situação Constitucional da Alemanha nos anos 1930; e, por fim, a defesa do Presidente como legitimado para assumir o papel de guardião.

Antes, porém, é pertinente a análise de algumas premissas necessárias para a formulação do raciocínio teórico schmittiano.

---

dá validade para a norma positivamente ordenada; sua unidade e ordenação provêm de uma unidade política, no caso, o Estado. Para tanto, contudo, a Constituição não pode ser considerada apenas em sentido formal, eis que estaria se igualando a uma lei constitucional, e, portanto, relativizada. Assim, o conceito de Constituição positiva para Schmitt somente pode ser construído quando surgida por um poder constituinte que, por um único momento de decisão, contém a totalidade da unidade política. Ela provém, em última análise, de uma vontade política, e, por isso, sua essência não está em uma norma jurídica, já que, fundamentando ela está a decisão política do poder constituinte – para Schmitt a lei maior provém de uma decisão política tomada por um poder legitimado pela unidade, Estado. Cf. BERCOVICI, Gilberto. Carl Schmitt, o Estado Total e o Guardião da Constituição. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. São Paulo. n.1, p.196, jan/jun. 2003.

<sup>13</sup> SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Tradução: Geraldo de Carvalho; coordenação e supervisão Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p.xi.

### 1.1.1 Alguns conceitos necessários

A defesa da Constituição por Schmitt vem embasada em conceitos criados e defendidos no decorrer de sua obra. O autor faz a base de seus argumentos desde a gênese de suas ideias sobre *soberania*, *teologia política* e do próprio *conceito de político* que servem para fundamentar as suas críticas ao normativismo liberal e, por consequência, ao Estado de Direito.

A construção da ideia schmittiana tem seu início e seu fundamento na crítica feita pelo autor ao liberalismo. Foi seguindo a concepção de falência da metafísica liberal que o autor construiu seus conceitos de *político* e *soberano* e formou seu pensamento sobre o Parlamento e a democracia.

A sua crítica, entretanto, apresenta um caráter dualista. De um lado, reconhece que o liberalismo aliado à democracia cumpriu seu papel, destruindo o princípio de legitimidade monárquico; por outro, entende que, em não havendo mais o absolutismo, desaparecem também os pressupostos para uma política liberal em decorrência da falta de poderes antagonistas – ou *inimigos*.

Por isso, a sua conceituação de Estado, a partir do conceito de político, torna-se importante, pois demonstra que se está diante de um pensador do Estado que usa seu ponto de partida para pensar o político<sup>14</sup>. Neste sentido, o autor adota o elemento de neutralidade trazido pelo paradigma liberal como causa para que seja formulado um *conceito de político* através do critério diferenciador de *amigos* e *inimigos*<sup>15</sup>, com o político reconhecendo e diferenciando seu opositor, sem qualquer outro critério de análise valorativa quanto a ser mau ou imoral, mas simplesmente o “*outro*”, bastando essa essência de constituir algo distinto e diferente em um sentido existencial substancialmente intenso.

Assim, este critério de identificação do político constitui um conceito-limite que permite conhecer a natureza das formas políticas através de uma perspectiva extrema, no caso

<sup>14</sup> SILVA, Washington Luiz. Carl Schmitt e o conceito limite do político. *Kriterion: Revista de filosofia*, Belo Horizonte, v.49, n.118, p.450, jul./dez. 2008.

<sup>15</sup> SCHMITT, Carl. *O conceito de político*. Teoria do Partisan. Coordenação e supervisão Luiz Moreira; Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p.28.

a guerra<sup>16</sup>. Os conflitos com o *outro*, nesta ótica, se tornam possíveis e não podem ser resolvidos através de normas gerais pré-estabelecidas, tampouco podem ser equacionados por terceiros não envolvidos, mas através dos participantes, que podem (devem) trazer a solução<sup>17</sup>.

A diferenciação do conceito de político demonstra caráter *cético* de Schmitt quanto ao liberalismo, uma vez que o autor alemão acusa este modelo de trazer, no próprio conceito, uma concepção negativa da natureza humana, o que determina a impossibilidade do consenso baseado na ideia de *bondade do homem*. A sociedade possui sua ordem em si mesma e tem o Estado como unicamente um servente que deve ser controlado e mantido dentro de limites precisos<sup>18</sup>.

Para Schmitt, o liberalismo não seria capaz de *pensar* o político, já que não o reconhece como inimigo, e, assim sendo, tenta todos os meios possíveis dentro do diálogo para que não se parta para um enfrentamento direto com o intuito de exterminá-lo. O sistema normativo, por sua vez, não descansa em uma norma, mas na decisão, e o liberalismo, no momento em que se depara com uma situação em que o ordenamento normativo não resolve e necessita de legitimidade política, sucumbe, torna-se inoperante. Por isso, em não diferenciando o *amigo* de *inimigo* não se pode identificar o político, e, sem isso, não há como se falar em política, e, por consequência, retira-se o poder de resolução do Estado<sup>19</sup>.

Pelo que se demonstrou, o seu *ceticismo* em relação ao liberalismo aparece forte e se confunde com a sua crítica ao pensamento jurídico *normativista* e *decisionista*<sup>20</sup> que vigia na Alemanha, o que, segundo o autor, levaria à falência do Estado soberano. Para Schmitt,

enquanto que o puro normativista pensa em regras impessoais e o decisionista realiza, em uma decisão pessoal, o bom direito em uma situação política corretamente avaliada, o pensamento jurídico institucional desenvolve-se em instituições e configurações suprapessoais. E, enquanto o normativista, na sua

<sup>16</sup> SILVA, Washington Luiz. Carl Schmitt e o conceito limite do político. *Kriterion: Revista de filosofia*, Belo Horizonte, v.49, n.118, p.450, jul./dez. 2008. p.452.

<sup>17</sup> SCHMITT, Carl. *O conceito de político. Teoria do Partisan*. Coordenação e supervisão Luiz Moreira; Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p.29.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p.68-9.

<sup>19</sup> A retirada do poder de decisão do Estado dá-se pela penetração do social no político, ocasionando sua neutralização. Ver, SILVA, op. cit., p.451.

<sup>20</sup> A sua crítica ao decisionismo alemão é curiosa, tendo em vista que o autor alemão censura o que, paradoxalmente, defende através da defesa da legitimação do chefe de Estado como guardião da Constituição.

degeneração, faz do Direito um simples modo funcional de uma burocracia estatal e o decisionista sempre corre o perigo de, com a funcionalidade do momento, errar o ser que repousa em todo grande movimento político, um pensamento institucional isolado leva ao pluralismo de um crescimento feudal, sem soberania. O chamado positivismo e normativismo da teoria de Estado alemã do tempo de Weimar é somente um positivismo degenerado e, em si, contraditório, pois, fundamentado em um Direito Natural ou da razão “válido” somente faticamente - , somado a um positivismo que era somente um decisionismo degenerado, mantido em uma “força normativa fraca” em vez de uma decisão real<sup>21</sup>.

Nota-se que o normativismo não assume uma posição adequada às necessidades da época, além de não decidir legitimamente em virtude da existência de um pluralismo político-jurídico<sup>22</sup> que presta validade apenas fática às decisões.

Este diagnóstico, aliado à necessidade de se garantir a ordem e a segurança a um Estado mergulhado em uma profunda crise, faz com que Schmitt chegue a sua definição de soberania, classificando o soberano como sendo aquele que *decide sobre o Estado de Exceção*<sup>23</sup>. A decisão passa a ser portadora de um sentido existencial superior ao da vida cotidiana, libertando-se de qualquer ligação normativa e tornando-se, de certo modo, absoluta.

Identifica-se, neste conceito, toda sua carga anti-normativa, uma vez que, para que se alcance a superioridade existencial com a transformação do *status*, a norma deve ser destruída de todo o seu sentido conceitual para carregar uma decisão embasada na concretude do caso. Tudo dar-se-ia, pois, em nome da auto-conservação do Estado. Por isso, o jurista alemão aduz que, para a decisão na exceção,

precisa-se de uma competência, a princípio, ilimitada, ou seja, a suspensão de toda ordem existente. Entrando-se nessa situação, fica claro que, em detrimento do Direito, o Estado permanece. Sendo o estado de exceção algo diferente da anarquia e do caos, subsiste, em sentido jurídico, uma ordem, mesmo que não uma ordem jurídica. A decisão liberta-se de qualquer vínculo normativo e torna-se absoluta em sentido real<sup>24</sup>.

---

<sup>21</sup> SCHMITT, Carl. *Teologia Política*. Tradução Elizete Antoniuk. Coordenação e supervisão Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p.4-5.

<sup>22</sup> O conceito de pluralismo jurídico será trabalhado e conceituado no item 1.1.3.

<sup>23</sup> SCHMITT, op. cit.. p.7.

<sup>24</sup> Ibid. p.13.

Não há, portanto, como aplicar-se a norma a uma situação caótica, sendo condição de possibilidade para sua aplicação um meio homogêneo. Aqui, entra o papel do soberano para decidir, estabelecer a ordem e, com ela, o sentido da ordem jurídica. Por esta razão, o soberano, paradoxalmente, mesmo situando-se fora da ordem legal vigente, está inserido nela, pois é ele quem decide sobre a suspensão ou não das leis e como se daria o retorno à normalidade. Em outras palavras, embora se liberte do vínculo normativo, ele dita a *nova ordem* de forma absoluta em sentido real<sup>25</sup>, decidindo o que seria ordem legal, o que se constitui, em última análise, em um decisionismo existencial.

Vê-se, neste particular, uma evidente aproximação dos conceitos de Teoria do Estado com conceitos teológicos secularizados que, segundo Schmitt, teriam sido transferidos desta teoria – de um Deus onipotente – para aquela – para um legislador onipotente<sup>26</sup>, com o Estado interferindo diretamente em todos os campos *como um Deus ex machina*<sup>27</sup>. Demonstra-se, então, que a presença desses elementos ultrapassa uma forma apenas linguística para constituírem-se em elementos formadores do próprio Estado.

Talvez, por isso, o autor reforce a importância da introdução do elemento *pessoal* na política moderna, no intuito de retirar-se da decisão o viés moral ou metafísico, para retornar a ser uma decisão niilista<sup>28</sup>, excluindo tudo o que diz respeito a uma ordem legítima.

Verifica-se, nestes conceitos, o viés antinormativo e antiliberal que busca fundamentos para que a decisão do soberano prescindia de legitimação, retirando da sociedade civil toda a potencialidade de oposição e, concretamente, resolve na exceção<sup>29</sup>.

<sup>25</sup> SCHMITT, Carl. *Teologia Política*. Tradução Elizete Antoniuk. Coordenação e supervisão Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p.14.

<sup>26</sup> Ibid. p.35.

<sup>27</sup> Ibid. p.37.

<sup>28</sup> O termo niilismo – do latim *nihil*, nada – indica, em geral, uma concepção ou uma doutrina em que tudo o que é negado ou reduzido a nada. Para aprofundar o tema ver ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Tradução da 1ª edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi; revisão da tradução e tradução dos novos textos Ivone Castilho Benedetti. 5.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p.829, Verbete: Niilismo. No caso da teoria schmittiana, a decisão niilista relaciona-se a uma decisão pela decisão, sem vinculação a uma ordem legítima em face de ser exercida em um *Estado de exceção* e por quem teria a legitimidade para decidir, o soberano.

<sup>29</sup> Bercovici traz elementos que talvez identifiquem as verdadeiras razões para a busca de legitimidade ao presidente para decidir na exceção. Segundo o autor quem melhor reconhece os equívocos de interpretação da Constituição de Weimar é Hermann Heller. O teórico alemão “afirma o equívoco dos críticos, de direita e de esquerda, da Constituição de Weimar, que a reprovam por não ter tomado as decisões políticas fundamentais, sendo cheia de contradições. A Constituição de Weimar, constata Heller, é justamente a expressão das relações sociais fáticas de poder. Poderia ter sido decretado com facilidade a economia socialista ou uma economia de livre mercado, mas esta decisão não sairia do papel. As contradições não se devem ao legislador constituinte,

Para o autor alemão, a atuação do soberano enfrenta o que ele chama de *eterno diálogo*, ou seja, o debate liberal<sup>30</sup> que visa a tão somente protelar decisões em virtude de interesses<sup>31</sup>. Por este motivo, o jurista afirma que não há como fazer frente à situação excepcional através do debate racional, pois, quando o enfrentamento é político e se dá em um ambiente pluralista, a oposição funda-se em termos existenciais e não normativos.

Em outras palavras, sem que se decida na *exceção*, o caminho natural é o caos e a guerra. Um sistema baseado nos ideais normativos e individuais, em momentos limítrofes, em que a soberania está em jogo, não será eficaz, uma vez que não pode sobrepor-se ao sistema jurídico legitimado pelo *povo*.

Seguindo este raciocínio, Schmitt busca, na sua distinção entre *Parlamentarismo e Democracia*<sup>32</sup>, elementos que iluminem sua crítica ao Liberalismo. Assim posto, o autor identifica que a *crítica al Liberalismo tomará aqui la forma de crítica del Parlamentarismo*

---

mas estão presentes na situação social e histórica dos alemães. Obviamente, estas contradições devem ser eliminadas e a forma constitucional de Weimar concede essa possibilidade. Esta é a maior qualidade da Constituição de Weimar para Hermann Heller: ela deixou aberta às forças sociais vivas as válvulas jurídicas que permitem a supressão, pela democracia, das contradições sociais. Não por outro motivo Heller afirma: ‘Nós celebramos a Constituição de Weimar, não porque ela, para nós, esteja realizada, mas porque ela possibilita a nossa missão. Nós a defendemos e reivindicamos para ela respeito, porque ela nos dá a liberdade de, no futuro, realizar uma forma mais elevada e homogênea. Na visão de Heller, a abertura da Constituição de Weimar permitiria a transição ao socialismo. A Constituição é uma plataforma para o futuro, possibilitando a realização pacífica do programa de transformações sociais, garantida também, no plano formal, pela igualdade de direitos políticos que favoreceria a formação de uma maioria proletária de esquerda. [...] O óbice ao socialismo não estava na forma política, mas na falta de poder dos socialistas. E é esta abertura da Constituição de Weimar, de acordo com Heller, que irrita os seus críticos, que a qualificam de um compromisso corrupto’. Cf. BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e estado de exceção permanente*. Rio de Janeiro: Azougue, 2004. p.136-7. Portanto, se identifica que a abertura permitida pela Constituição de Weimar aliada à ascensão dos partidos de esquerda na Alemanha fazem com que Schmitt, um jurista que se demonstrou extremamente comprometido com a direita, teorizou justamente no sentido de garantir o poder às classes dominantes à época, e, sua defesa na guarda da Constituição deve ser vista também por este viés ideológico.

<sup>30</sup> O jurista acusa que há um entrecruzamento entre a matriz liberal e a própria idéia do Estado de Direito que, por sua vez, ocupa-se com o *deísmo*. Esta doutrina repele o milagre do mundo e recusando o rompimento das leis naturais contidos no conceito de milagre, que seria o instituidor de uma exceção através de uma intervenção direta. O deísmo, portanto, não aceita uma modificação advinda de intervenção, como a do soberano na ordem jurídica vigente, sendo, segundo Schmitt, justamente este o elemento que leva a debilidade do liberalismo. Sobre o conceito de deísmo, Abbagnano define, em síntese, como a doutrina de uma religião natural ou *racional* não fundada na revelação histórica, mas na manifestação natural da divindade à razão do homem. Ver, ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Verbete: Deísmo. p.275-6.

<sup>31</sup> Esta talvez seja a maior crítica de Schmitt ao parlamentarismo embasado nos ideais liberais. Para ele a busca de um consenso em um ambiente pluralista onde as questões de política são tratadas por intermédio de interesses de grupos e negociadas de acordo com fins econômicos e particulares é uma busca impossível. Por isso conceitua como um eterno diálogo, que nunca tem fim, que não decide. Ver, SCHMITT, Carl. *Teologia Política*. Tradução Elizete Antoniuk. Coordenação e supervisão Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p.56-7.

<sup>32</sup> Sobre o tema ver SCHMITT, Carl. *Sobre el parlamentarismo*. Madrid: Alianza, 1990.

*que, si bien acompaño a la democracia em su lucha contra el absolutismo principiesco, no necesariamente se encuentra vinculado com ella*<sup>33</sup>.

Deste modo, embora reconheça que o Parlamentarismo teve importante função como sistema que procurou, através da discussão pública, legislar na busca do *verdadero* e *correcto*<sup>34</sup> em contraposição ao absolutismo monárquico. Por outro lado, Schmitt entende que, uma vez deposto o monarca, o modelo perdeu sua legitimidade, já que não mais teve um antagonista. Segundo o autor, o Parlamento passou a representar o povo contra o próprio povo, frente a seus próprios eleitores, perdendo, evidentemente, seu poder de representação<sup>35</sup>. Desta forma, o Parlamento converte-se em um mero balcão de negócios e intercâmbio de interesses, o que é contrário à própria tradição democrática<sup>36</sup>. Com isso, o filósofo alemão acresce que

El Parlamento [...] ha quedado despojado de su propio fundamento espiritual, perdiendo por completo su *ratio* todo el sistema de libertad de expresión, reunión y prensa, debates públicos e inmunidades y privilegios parlamentarios [...] Si la publicidad y la discusión se han convertido, con la dinámica misma del Parlamento, en una vacía y fútil formalidad, el Parlamento, tal y como se ha desarrollado en el siglo XIX, ha perdido su anterior fundamento y sentido<sup>37</sup>.

Com base na diferença entre democracia e liberalismo imposta por Schmitt, pode-se concluir os motivos que levam o pensador a defender a ineficácia do Parlamento. Enquanto

<sup>33</sup> SIRCZUK, Matías. La crítica al liberalismo: Carl Schmitt y Donoso Cortés. *Politeia*, v.27, n.32-3, p.194, 2004.

<sup>34</sup> Sirczuk identifica como fundamento intelectual do Parlamentarismo a busca, através do debate racional, do *verdadero* e do *correcto*. Para alcançar esse fim deve respeitar as exigências típicas do Liberalismo, a *publicidade* – para que se evitem atos secretos e os abusos de poder – e a separação de poderes – a fim de evitar-se a concentração de poder no monarca absoluto. Ver, SIRCZUK. *Ibid.*, p.194.

<sup>35</sup> *Ibid.*, p.195-6.

<sup>36</sup> Sirczuk faz uma importante síntese da idéia schmittiana do que é democracia e o que a diferencia do Liberalismo. O autor sintetiza estes conceitos aduzindo que, para Schmitt, a democracia tem como princípio uma série de identificadores (Estado e Lei, Governantes e governados, dominadores e dominados) em que as decisões tomadas somente têm legitimidade para o interior de uma comunidade política que faz parte do *locus* e que a lei represente a vontade desse povo. Já o princípio liberal não se preocupa com a representação da vontade, mas com a busca da *verdade* e da *justiça*. Seguindo o mesmo caminho, a democracia parte do pressuposto de que o povo tem uma homogeneidade que, ao lado de uma igualdade política substancial, contém uma desigualdade por não pertencerem à comunidade. Para o Liberalismo, há uma igualdade entre todos os homens que, mais do que um conceito político, forma parte da concepção individualista e moral humanitária que este professa. Ver, SIRCZUK. *Ibid.*, p. 196-7. Para aprofundar sobre democracia e igualdade e as diferenças entre uma igualdade formal e substancial em relação à democracia e ao liberalismo, ver, BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2000. p.37, ss.

<sup>37</sup> SCHMITT, Carl. *Sobre el parlamentarismo*. Madrid: Alianza, 1990. p.64.

este tem identificado um *inimigo* que exerce um poder absoluto e que demanda um enfrentamento, ele absorve a legitimidade para representar o outro pólo, ou seja, o povo. Aqui, há presente a identificação da igualdade substancial democrática. O debate e a decisão parlamentar representam a vontade do povo e buscam, nos ideais liberais, os fundamentos para a derrubada do monarca. No momento, contudo, em que se suprime o *inimigo*, não há mais sustentabilidade na busca da verdade e da justiça em virtude da vontade do povo não estar mais inserida em seu amálgama. Os debates passam a ser contra o próprio povo e isso retira o poder de representatividade.

Todavia, é com sua *Teoria da Constituição* que Schmitt aponta os princípios liberais inseridos no Estado Moderno junto dos princípios políticos limitando o exercício da soberania e da própria política<sup>38</sup>.

Para Schmitt, as constituições modernas apresentam um caráter dual e distinto, abarcando o elemento liberal e o elemento político no mesmo corpo normativo. Segundo ele,

La tendencia del Estado burgués de Derecho va en el sentido de desplazar lo político, limitar en una serie de normaciones todas las manifestaciones de la vida del Estado y transformar toda la actividad del Estado en competencias, limitadas en principio, rigurosamente circunscriptas. De aquí resulta ya que lo característico del Estado burgués de Derecho sólo puede integrar una parte de la total constitución del Estado, mientras que la otra parte contiene la decisión positiva acerca de la forma de la existencia política. Las constituciones de los actuales Estados burgueses están, pues, compuestas de dos elementos: de un lado, los principios del Estado de Derecho para la protección de la libertad burguesa frente al Estado; de otro, el elemento político del que ha de deducirse la forma de gobierno propiamente dicha<sup>39</sup>.

É em decorrência dos dois elementos inseridos conjuntamente à Constituição que se vê a impossibilidade do liberalismo ter eficácia. Schmitt credits isso ao fato de que, no caso excepcional, o sistema legal baseado nos fundamentos liberais não exercerá uma política positiva, mas um controle das atribuições do Estado em privilégio dos direitos e da proteção dos indivíduos. Portanto, o Estado burguês de direito não decidirá quando necessário, pois

<sup>38</sup> SIRCZUK, Matías. La crítica al liberalismo: Carl Schmitt y Donoso Cortés. *Politeia*, v.27, n.32-3, p.199, 2004.

<sup>39</sup> SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Madrid: Alianza, 2009. p.62.

tem que respeitar os princípios liberais inseridos em suas Constituições determinando um obstáculo a sua própria conservação<sup>40</sup>.

Esta linha de raciocínio faz com que a crítica ao liberalismo tome a forma da crítica ao próprio positivismo jurídico<sup>41</sup>. O fato de o positivismo ensinar que o critério de legitimidade do direito é a legalidade faz com que a decisão, no molde schmittiano, perca espaço para um sistema fechado de normas jurídicas.

A sua ideia é baseada no fato de que o império das leis não deixa espaço para o poder soberano. É a lei, criada através do debate e vinculada aos ideais liberais da razão e da justiça, que domina o ambiente social, engessando qualquer tipo de interpretação e, por consequência, decisão que atinja situações externas à previsão do ordenamento jurídico. Um sistema mantido nestes termos iria de encontro à figura do soberano, uma vez que não estaria apto a decidir contrariamente à ordem preestabelecida. Com isso, não pode ser outra a lição de Schmitt senão a crítica ao positivismo jurídico, herdeiro do liberalismo.

---

<sup>40</sup> SIRCIK, Matías. La crítica al liberalismo: Carl Schmitt y Donoso Cortés. *Politeia*, v.27, n.32-3, p.199-200, 2004.

<sup>41</sup> Muito embora não se possa aprofundar o tema em razão dos limites do trabalho, sinteticamente traz-se alguns elementos para que se tenha uma leitura correta sobre o *positivismo jurídico*. Para tanto, deve-se levar em consideração as sete premissas definidas por Bobbio e que serviram de pilar para a teoria. 1) A primeira refere-se ao *modo de abordar* o direito, considerando-o como *um fato e não como um valor*. Assim, retira-se qualquer elemento moral, restando uma teoria formalista do direito; 2) a segunda premissa diz respeito à *definição do direito* tendo como base a teoria da coatividade. A sanção passa a ser elemento essencial para a definição do direito; 3) o terceiro problema tem relação com as *fontes do direito* e a legislação como fonte preeminente do direito; 4) o quarto ponto refere-se a própria *teoria da norma jurídica*, caracterizando-se como uma teoria imperativista do direito, em que cada norma tem definida uma natureza de destinatários e tem, como natureza, postulados positivos ou negativos, autônomos ou heterônomos, técnicos ou éticos; 5) seguindo, há que se ter o entendimento do que se trata a *teoria do ordenamento jurídico*, com as normas jurídicas vistas como um conjunto coerente, único e completo de regras; 6) o sexto ponto refere-se ao *método da ciência jurídica*, ou com o problema da interpretação. Esta deve ser sustentada no mecanicismo, limitando-se a uma atividade declarativa e reprodutiva do direito, proibindo-se qualquer juízo avalorativo; 7) e, por último, a *teoria da obediência*, quando se verifica a necessidade de obediência absoluta à lei. O autor, contudo, reconhece que para ser um positivista jurídico não é necessário acolher as premissas acima indicadas em sua totalidade. Ver BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito*. Compilado por Nello Morra; tradução e notas Márcio Publesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p.131-4. Portanto, quando se aborda *positivismo jurídico*, no decorrer do trabalho, se estará tratando de uma teoria explicativa do fenômeno jurídico fundamentada na objetividade e no estudo de fatos mediante observação. Uma teoria formalista, produto dos atos de vontade socialmente identificados, que têm, na validade legal, seu fundamento, afastando o elemento moral de sua interpretação, não dependendo a validade do sistema jurídico de sua conformidade a critérios sobre o justo e o correto. Trata-se, pois, de uma teoria pura, que não tem interesse pelo valor, mas pela validade do direito. DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo Jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006. p.66-100. Sobre o positivismo e sua definição ver, também, KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. 8.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. Cap.I.

Vislumbra-se, na teia teórica tecida por Schmitt, sua busca pela legitimação de uma decisão desvinculada politicamente<sup>42</sup>. Por isso, pode-se dizer que o autor é *cético* em relação à política, ou ao Parlamento, e, por conseguinte, crítico dos princípios liberais que embasam o parlamentarismo.

A sua ideia de decisão na excepcionalidade vem sendo construída desde a criação de seus conceitos de político, soberano, democracia e termina em sua crítica ao positivismo jurídico. Observa-se, pois, que, desde cedo, o autor alemão procura fundamentos para sua teoria da guarda da Constituição e todos os seus postulados levam ao caminho de que a decisão política embasada na normatividade pré-estabelecida não enfrentará e responderá aos casos de exceção, e, assim sendo, estará deslegitimada. É nesse sentido que toma forma sua assertiva de que é a decisão imposta por um soberano, na exceção, a que tem validade e eficácia concreta no afastamento dos problemas e na criação de leis.

Paradoxalmente, Schmitt critica o positivismo jurídico, mas defende uma decisão com características positivistas, uma deliberação que, embora seja sustentada em norma positivada, prescinde de freio moral. Afasta, assim, qualquer vinculação moral da decisão do *soberano*.

Uma vez trazidos alguns elementos fundadores da teoria schmittiana, muito embora, em razão do objeto do trabalho, eles não tenham sido detalhadamente aprofundados, passa-se à análise do *Guardião da Constituição*. As ideias desenvolvidas anteriormente facilitarão a compreensão da proposta de Schmitt por tecerem caminho natural e consequente para a apreciação da figura do político e seu espaço no Estado.

### **1.1.2 A Justiça como guardião da Constituição?**

Na região de Compiègne, naquele dia 7 de novembro de 1918, a chuva não parou. Os soldados franceses dos pontos avançados da 16ª Divisão permaneceram tensos e vigilantes até a noite, na expectativa. De repente, uma mancha de luz surge ao longe, na direção de La Chapelle. Eles estão agora certos de que a espera não vai durar a noite toda: eis a delegação alemã que lhes foi anunciada. Pouco a pouco, através do

---

<sup>42</sup> A decisão schmittiana pode ser identificada com uma decisão nihilista, ou, a decisão por decisão.

nevoeiro, o comboio de automóveis se torna visível. Presa ao primeiro carro, flutua a bandeira branca<sup>43</sup>.

O fim da Primeira Grande Guerra foi o estopim para a instauração de uma crise sem precedentes na Alemanha, gerando a necessidade de uma reformulação do país ou pelo menos uma tentativa neste sentido. A situação de caos em que se encontrava o *Reich* não permitia a continuação do antigo sistema imperialista, o que fez com que o movimento republicano tomasse força e culminasse com a criação da República de Weimar.

A República recém chegada detinha a esperança do povo alemão de que a situação do país se reequilibraria e ele retornasse a crescer. A Alemanha implorava por restabelecer sua dignidade e a República seria o início. Doce ilusão. A história mostraria o contrário.

A Alemanha passou por um período de 14 anos (1919-1933) entre altos e baixos sem que sua situação político-econômica se reequilibrasse consideravelmente. Desde sua gênese, a República do pós-guerra sofreu com dificuldades que se constituíram, ao final, nas mesmas causas que culminaram com a sua queda e a ascensão de um regime totalitário que trouxe consequências desastrosas para todo o mundo.

Inserido neste contexto e escorando-se em toda sua tradição teórica, Schmitt formula a teoria sobre quem deveria ser *O Guardião da Constituição*<sup>44</sup>. O texto percorre o contexto histórico da Alemanha e coloca sua teoria à prova quando questiona sobre quem deve decidir na exceção vivida à época. O escrito é dividido em três partes: o primeiro capítulo analisa a função da justiça na guarda da Constituição; o segundo expõe o sistema constitucional alemão; e, por fim, pondera a figura do Presidente como soberano e decisor.

Obedecendo ao texto original, seguir-se-á a análise da primeira parte do livro dedicada por Schmitt à tentativa de desqualificar o Poder Judiciário como guardião da Constituição<sup>45</sup>.

---

<sup>43</sup> RICHARD, Lionel. *A República de Weimar (1919-1930)*. 1.ed. São Paulo: Companhia das Letras. Círculo do Livro, 1988. p.13.

<sup>44</sup> SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Tradução: Geraldo de Carvalho; coordenação e supervisão Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

<sup>45</sup> É necessário ressaltar que o debate sobre a guarda da Constituição não é novo e foi travado em vários ordenamentos jurídicos. Já em suas primeiras aparições na Alemanha (desde 1818 na Baviera, 1831 na Saxônia, 1909 na Alemanha) em virtude do sentimento de segurança política e bem-estar da proteção, o debate foi considerado meramente *político*, e, por isso, menosprezado. Tal artifício demonstrou-se especialmente

O jurista alemão inicia seu ensaio reconhecendo no poder judiciário alemão, através de seus tribunais (civis, penais e administrativos), um papel importante no exame da Constitucionalidade das leis ordinárias<sup>46</sup> através do exercício de um controle difuso que decide sobre aplicabilidade ou não destas normas ao caso concreto.

Schmitt, contudo, não define tal papel como uma defesa à Constituição, para ele esta função constitui-se em um mero *exame judicial material*, não se tratando de um controle constitucional que examine a validade da lei<sup>47</sup>. Portanto, o ponto importante de sua teorização é relativo à competência do Tribunal alemão que, segundo Schmitt, não tem poderes para decidir sobre a validade das leis, mas apenas sobre sua aplicabilidade, *difusamente*.

Segundo o autor, não há previsão de que o Tribunal do *Reich* examine leis ordinárias no tocante a sua concordância com princípios gerais da Constituição, restringindo-se apenas a análise dos fatos típicos que permitam subsunção. Com isso, um poder legislativo pluralista, como o Parlamento alemão, pode cometer abusos normativos sem que exista a possibilidade de uma defesa constitucional por uma justiça independente.

Da mesma forma, não há qualquer exame judicial de uma lei no tocante a sua concordância com princípios jurídicos gerais como boa-fé, direito certo, razoabilidade, abstraindo-se, com isso, o valor moral da interpretação sob o argumento de que o poder judiciário estaria se colocando acima do “legislador soberano”. Não há, por fim, um direito de

---

político, uma vez que se considera a própria concepção apolítica, enquanto a do opositor seria política, como se em questões de ciências políticas e teoria constitucional os problemas se resolvessem com uma mera negação. Por isso, desde a Constituição de Weimar, há o interesse e a necessidade de um debate sobre o guardião e o defensor da Constituição que se sobreponha a uma análise simplesmente ideológica. Ver SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Tradução: Geraldo de Carvalho; coordenação e supervisão Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p.3-4.

<sup>46</sup> Decisão proferida pelo Tribunal do *Reich* em quatro de novembro de 1925 (*Jurisprudência civil do Reich* 111, p.320), declarando-se autorizado a examinar a coerência de leis ordinárias em face da Constituição. *Ibid.*, p.19.

<sup>47</sup> Schmitt faz a diferenciação entre o Tribunal Constitucional Norte-Americano e o Tribunal Alemão. Enquanto o primeiro desenvolveu-se nos moldes de um *Estado Judicial* – que subordina a totalidade da vida pública ao controle dos tribunais ordinários recusando pareceres políticos ou legislativos, tampouco administrativos – , cuja função era decidir através de princípios e conceitos e exercer o controle concentrado da constitucionalidade, atingindo a *validade* de leis ordinárias conflitantes; o segundo faz apenas um controle *incidental*, o que não atinge a validade, somente a aplicação da norma no caso concreto. Giza-se que o Tribunal Constitucional Norte-Americano foi usado como exemplo pelos constituintes da assembléia nacional de Weimar na formulação da Constituição. *Ibid.*, p.20-2.

exame judicial (defensivo) para salvaguardar a posição constitucional da justiça, inexistindo qualquer tipo de autoproteção dos Tribunais<sup>48</sup>.

Assim, são impostos *vários limites ao papel dos Tribunais, como o fato de todo o controle judicial ser um controle ‘a posteriori’, e acessório, exercido de maneira incidental pelas sentenças*<sup>49</sup> que não passam de uma interpretação dedutiva de subsunção do fato à norma. Logo, o judiciário não pode estar acima da lei, e, assim sendo, não há como uma norma jurídica ter atestada sua validade por uma norma jurídica hierarquicamente superior, como quer a lógica abstrata do normativismo. O problema, para Schmitt, é de conteúdo das normas, de sua determinação, deste modo, o problema é da legislação, não da justiça.

A declaração de não aplicabilidade de uma norma, deste modo, não torna a justiça uma guardiã da Constituição, pois ela não pode exercer tal função em um Estado que não fosse um puro *Estado de justiça*. Se ocorresse o contrário, a Alemanha correria o risco de ver qualquer departamento público, ou, qualquer cidadão exercendo a função de guardião constitucional, uma vez que todas as instâncias teriam tal direito, o que levaria, em última instância, ao que se pode chamar de direito de insubordinação e, por fim, à resistência passiva ou ativa, o que vai de encontro à própria função constitucional de um guardião da Constituição<sup>50</sup>.

Resta saber o que a justiça pode fazer para a proteção da Constituição e até onde pode criar instituições para tal fim?

Para Schmitt, a questão fica sem explicação pela ideia mal compreendida e abstrata do que é Estado de Direito<sup>51</sup> e o entendimento da decisão judicial como resolução de todas as questões políticas, o que levaria à politização da justiça.

---

<sup>48</sup> SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Tradução: Geraldo de Carvalho; coordenação e supervisão Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p.26-7.

<sup>49</sup> BERCOVICI, Gilberto. Carl Schmitt, o Estado Total e o Guardião da Constituição. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. São Paulo. n.1, p.195-6.

<sup>50</sup> A sua função constitucional “reside justamente no fato de substituir esse direito de insubordinação e de resistência geral e ocasional, e torná-lo supérfluo. Só então passa a existir um guardião da Constituição no sentido institucional”. Cf, SCHMITT. *Ibid.*, p.31-2.

<sup>51</sup> Para o autor, entender que a resolução judicial seja a resposta para todas as questões políticas, como ideal para o Estado de Direito, é uma interpretação errada, pois levaria a uma inequívoca *politização da justiça*. De acordo com Schmitt, trata-se de uma visão ingênua. Eleger um único tribunal para decidir questões excepcionais, retiraria do juiz ordinário uma das suas mais importantes tarefas. Portanto, ante a ambiguidade do conceito de Estado de Direito, Schmitt argumenta no sentido de que sejam empregados conceitos e diferenciações de uma teoria constitucional concreta. *Ibid.*, p.36.

Um dos problemas principais para o enfrentamento judicial de assuntos políticos continuava sendo a necessidade de previsão legal e a obrigatoriedade da subsunção do fato concreto à norma. Seria impossível para um Tribunal especial decidir em casos excepcionais<sup>52</sup> que envolvessem questões políticas, já que a *criação* da resolução fugiria do que lhe é permitido formalmente, ou seja, tratar de questões de direito<sup>53</sup>.

É evidente o caráter problemático da relação, uma vez que, em alguns casos, em que a questão não se encontra clara e legalizada a fim de que permita uma mera subsunção, a decisão sairá da esfera da justiça para uma esfera política – como o caso do uso do art. 48 da Constituição do *Reich*. A independência judicial perde, portanto, seu embasamento constitucional, pois, nos casos fáceis a saída seria, também, fácil; já em casos duvidosos torna-se evidente a impossibilidade de se decidir corretamente em face da incompatibilidade entre a independência judicial e a obrigatória vinculação a uma lei que contém em si vinculações materiais<sup>54</sup>. A justiça, em última análise, chegaria tarde politicamente.

Diante disso, não há como se falar em uma justiça ilimitada. A justiça *estatal* ou *constitucional* somente deveria ser aplicada contra violações legais da Constituição, não ultrapassando os limites do executivo ou do legislativo. Diante dessa limitação funcional em seus objetivos, sem que possa influir nas outras esferas ou onde a lei não determina, conclui-se que a justiça não pode ser taxada de guardiã da Constituição por si só. Neste ponto, percebe-se o viés antiliberal que critica o parlamentarismo como ineficaz quando se trata de mecanismo de decisão, linha que o autor segue desde o início de seus escritos e que desencadeará a figura de um *soberano* com poder de decisão suprema.

---

<sup>52</sup> Neste ponto, aparece o exemplo do uso do art. 48 da Constituição do *Reich*, quando o Presidente dissolveu o Parlamento alemão com base no art. 25 da Constituição em decorrência deste ter exigido a retirada de efeitos de vários decretos promulgados com base naquele artigo. Então, no decreto de 26 de julho de 1930, publicado com base no artigo, 48, o governo do Reich repetiu, em grande parte, aqueles decretos, cuja supressão fora exigência do Parlamento dissolvido – o soberano usou do expediente constitucional para dissolver o Parlamento e aprovar, discricionariamente, os mesmo decretos rechaçados pelo Parlamento. Resta, pois, saber se tal ato foi inconstitucional ou necessário pelo fato do governo não ter conseguido a maioria do governo. Enquanto, para uns, o governo fez uso do expediente para manter-se no poder sem, sequer, tentar ganhar a maioria parlamentar; para outros, foi uma medida imprescindível e, em nome da governabilidade, foi necessário o uso da regra. Isto demonstra o grau de subjetividade e de incompatibilidade de se chegar a um consenso, tanto em relação ao fato em si, quanto aos fins do poder executivo para tal. SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Tradução: Geraldo de Carvalho; coordenação e supervisão Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p.42-6.

<sup>53</sup> *Ibid.*, p.46.

<sup>54</sup> *Ibid.*, p.46-8.

Por outro lado, essa diferenciação objetiva entre os poderes é o que sustenta o Estado de Direito. Para Schmitt, porém, o Estado de Direito inexistiria sem uma justiça autônoma que dependesse necessariamente da vinculação material a uma lei e, por consequência, da diversidade entre lei e sentença judicial<sup>55</sup>.

Em outras palavras, esta diversidade fica evidente quando se tem consciência de que a lei é criação do poder legislativo, enquanto a sentença é apenas uma interpretação subsuntiva da lei ao caso concreto, não se tratando, pois, de uma criação. A partir disso, o autor alemão reconhece que se pode dar certa liberdade ao juiz, contudo não pode uma sentença criar uma lei, pois, nesta situação, se estaria outorgando uma decisão política, o que é incumbência tão somente do legislador. Conclui-se, então, que não havendo diferenciação entre os poderes, não há Constituição no sentido do Estado de Direito burguês<sup>56</sup>.

Percebe-se de maneira muito forte uma visão de cariz procedimental<sup>57</sup> na teoria schmittiana, uma vez que, embora reconheça algum entrecruzamento entre os poderes, o autor não admite a ultrapassagem dos limites entre os sistemas. Em virtude disso, considera necessária a diferenciação entre lei e sentença judicial, bem como entre legislador e juiz. Assim:

Uma lei não é uma sentença judicial, uma sentença judicial não é uma lei, e, sim, decisão de um ‘caso’ com ‘base em uma lei’. A posição especial do juiz no estado de direito – sua objetividade, seu posicionamento acima das partes, sua independência e sua inamovibilidade – baseia-se no fato de que ele decide

<sup>55</sup> SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Tradução: Geraldo de Carvalho; coordenação e supervisão Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p.55.

<sup>56</sup> *Ibid.*, p.56.

<sup>57</sup> É necessário ressaltar que, quando se menciona visão *Procedimentalista*, quer-se fazer uma analogia à teoria procedimental defendida, entre outros, por Habermas. Contudo, trata-se de uma semelhança parcial, ou seja, no que se refere à não invasão dos poderes, à negação da judicialização da política e politização do judiciário, e, à defesa de que se respeitem os procedimentos. Por outro lado, embora não se possa fazer aqui uma ampla explicação sobre a teoria de Jürgen Habermas, se pode afirmar, sinteticamente, que, quando se trata de matriz habermasiana, se faz referência à sua teoria discursiva, cujo mote é assegurar que a formação democrática da vontade não tira sua força legitimadora da convergência preliminar de convicções éticas e consuetudinárias, mas de pressupostos comunicativos e procedimentos, os quais permitem que, durante o processo deliberativo, venham à tona os melhores argumentos, através de uma situação ideal de fala que coloca todos os agentes em mesmas condições de debate. Para um aprofundamento sobre o tema ver HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*. Entre a faticidade e validade. Volume I. Trad. Flávio Beno Siebeneicler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Vê-se, portanto, que, embora a visão de Schmitt tenha um viés *procedimental*, ela não comunga com o cerne democrático habermasiano, visto que sua teoria é baseada no debate realizado através do Parlamento, e, como se sabe, Schmitt é *cético* em relação ao poder de decisão do Parlamento e seus ideais liberais.

justamente com base em uma lei e de que sua decisão, em seu conteúdo, é derivada de uma outra decisão de modo mensurável e calculável já contida na lei<sup>58</sup>.

Eventualmente, pode ocorrer que um órgão legislativo identifique novas ou outras funções no ato legislativo. A isso, Schmitt chama de “*legislação formal*”. Esta invasão pode, também, ocorrer no âmbito do direito quando se ultrapassa o território objetivo da justiça, denominando-se “*conceito formal de justiça*”. Entretanto, isso não faz com que se possa classificar de jurídico tudo aquilo que o legislativo realize na forma de legislação, tampouco de justiça todos os atos de um tribunal<sup>59</sup>.

Esta lógica traz problemas para a definição do *guardião da constituição*, pois não há maneira de uma lei poder ser guardiã de outra lei. O que se dá é, através de uma lógica normativa e formalística, a proteção de uma norma mais forte perante uma mais fraca. No entanto, nada disso se trata de *justiça constitucional*, pois se essa justiça fosse determinada pelo tipo de lei (constitucional) utilizada como embasamento da decisão, todo e qualquer processo decidido com base em uma norma constitucional seria *justiça constitucional*.

Aliás, a *aplicação de uma norma a uma outra norma é algo qualitativamente diferente do que a aplicação de uma norma a um fato e a subsunção de uma lei a uma outra lei*. Schmitt, com isso, afirma que *a primazia tipicamente judicial da decisão judicial obtida por uma subsunção não existe de forma alguma na decisão de uma colisão de normas*<sup>60</sup>. É apenas averiguada uma contradição e, depois, decidida qual das normas deve ser mantida e qual não aplicada.

O interesse prático em uma decisão sobre colisão de normas reside na pergunta de quem tem o poder de interpretar a norma, reconhecer as contradições e impor os limites de aplicação, ou, em outras palavras, quem decide casos excepcionais? Desta forma:

<sup>58</sup> SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Tradução: Geraldo de Carvalho; coordenação e supervisão Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p.56.

<sup>59</sup> Esta lógica é refutada por Schmitt que lembra a chamada *lógica do ganso*, silogismo criado por Schopenhauer: “o homem tem duas pernas, assim, tudo que tem duas pernas é um homem, então, o ganso é um homem, etc”. Portanto, para o autor, não se pode fazer um raciocínio nestes termos, pois, caso contrário, se poderia chegar a um conceito errôneo sobre o que é justiça constitucional. Veja-se: “justiça é o que um juiz faz, ou seja, tudo que um juiz faz é justiça, o juiz é independente, ou seja, toda pessoa que é independente é um juiz, assim, tudo o que um órgão independente faz sob a proteção de sua independência é justiça, por conseguinte, só se precisa fazer com que todos litígios constitucionais e divergências de opiniões sejam decididos por juízes independentes e tem-se uma ‘justiça constitucional’”. Ver, SCHMITT. *Ibid.*, p.57.

<sup>60</sup> *Ibid.* p.60-4.

Mesmo no caso de decisão de dúvidas e diversidades de opinião a respeito de existir ou não uma contradição entre duas normas, não se aplica uma das normas às outras, e, sim, - pelas dúvidas e divergências de opinião só dizerem respeito ao conteúdo da norma constitucional – na verdade um conteúdo normativo duvidoso é colocado fora de dúvida e fixado de forma autêntica<sup>61</sup>.

Esta interpretação leva à retirada de uma obscuridade, conduz a uma definição de legislação ou até da própria Constituição, contudo, não se trata de justiça. Aqui, aparece a crítica de Schmitt sobre a guarda da constituição através do poder judiciário, pois, segundo seu raciocínio, o tribunal não faria justiça, somente aplacaria as dúvidas entre colisões de normas, e, por conseguinte, estaria atuando como legislador, no caso, um legislador constitucional.

Unida a uma atuação legislativa, a decisão prestada pelo tribunal para sanar as dúvidas ultrapassaria a contudística da norma para se constituir em um *decisionismo* que buscaria uma eliminação autoritária das dúvidas como se um perito fosse<sup>62</sup>. Paradoxalmente, Schmitt acusa os tribunais de, na dúvida, recorrerem a *decisionismos* e *decisões altamente políticas*, mas, posteriormente, defenderá o *decisionismo político* do Presidente.

Neste panorama, Schmitt postula que, antes de entrar no debate acerca das funções das instâncias superiores no estabelecimento do conteúdo de leis constitucionais obscuras e indeterminadas, se deve identificar certos conceitos objetivos e materiais. Nesta ótica, não se pode formalizar um conceito de *divergência constitucional* retirando da divergência seu sentido para, depois, qualificar todos os casos que contenham em seu debate uma disposição constitucional como tal, permitindo, em outras palavras, que o próprio Tribunal decida sobre sua competência.

Apesar da possibilidade de um Tribunal do Estado desenvolver-se como um Tribunal político (constitucional) aquele deve, como condição primeira, definir um conceito de divergência que tenha uma relação diretamente objetiva com a Constituição a fim de que se

---

<sup>61</sup> SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Tradução: Geraldo de Carvalho; coordenação e supervisão Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p.65-6.

<sup>62</sup> *Ibid.*, p.69.

coloquem parâmetros ou delimitações em sua atuação<sup>63</sup>. Caso não exista um procedimento delimitado para a atuação do Tribunal *constitucional*, se estaria, perigosamente, abrindo a possibilidade para que ele atue discricionariamente em todos os casos que entender divergentes, abandonando a justiça e agindo como político<sup>64</sup>.

O conceito de *divergência* é o ponto chave para uma *justiça constitucional*, apesar disso, somente poderá ser verdadeiramente definido a partir de um reconhecido *conceito de Constituição*. Esta consolidação conceitual somente se dará quando a Constituição for um contrato – com características de bi ou pluralidade de partes – ou for concebida como tal. A partir de uma essência de contrato é que se poderá responder se a pergunta central sobre o que é uma divergência constitucional e quem pode ser parte dela, retirando-se do tribunal qualquer poder discricionário sobre isso. Assim, da mesma forma que contendas resultantes de um contrato são aquelas contendas que surgem entre as partes do contrato sobre o conteúdo dele, as divergências constitucionais seriam aquelas envolvendo as partes do mesmo contrato ou acordo constitucional e o conteúdo de suas estipulações<sup>65</sup>.

A natureza contratual da carta alemã – governo e representação popular – em um ambiente federativo leva à necessidade de formação de uma instância que solucione as divergências ocasionais entre os membros da federação ou entre os Estados. Contudo, isso não deve determinar a confusão de expansão da competência de um tribunal do *Reich* para resoluções dentro do *Reich*, pois entre este e o tribunal do Estado há uma essência diversa. Enquanto o primeiro tem natureza federativa, o segundo funciona sob a forma unitária<sup>66</sup>.

Por isso, um tribunal federal que decida divergências constitucionais dentro de um Estado membro é um guardião tanto da constituição estadual quanto da federal. Isso é

---

<sup>63</sup> SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Tradução: Geraldo de Carvalho; coordenação e supervisão Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p.71-3.

<sup>64</sup> Schmitt traz o exemplo da decisão de 17 de fevereiro de 1930 sobre a constitucionalidade da lei eleitoral prussiana, quando o Tribunal do Estado para o *Reich* recusou-se em tratar determinações da lei eleitoral do estado da Prússia de 1920/1924 como anticonstitucionais. A fundamentação baseou-se na questão da legitimidade do Tribunal para tanto. O entendimento foi de que questões onde existam subjetivismos e indecisões, a competência para decidir é do próprio legislador ordinário. O Tribunal somente irá manifestar-se quando não houver uma clara justificação interna para o assunto. A decisão traz a evidência de que o Tribunal do Estado somente tem o interesse em opor-se a violações constitucionais claras, ou seja, não discutíveis, passando a ser o contrário de uma instância convocada para a decisão de dúvidas e incerteza. Portanto, o próprio tribunal impõe limites a seu alcance, afastando o viés político de suas decisões. *Ibid.*, p.75-7.

<sup>65</sup> O jurista alemão argumenta que se fosse alargado o poder dos tribunais para que pudessem definir o que é divergência constitucional, tal procedimento o faria passar de *guardião* a *senhor* da Constituição. *Ibid.*, p.78.

<sup>66</sup> *Ibid.*, p.81-3.

fundamentado no fato da existência de uma homogeneidade constitucional essencial de toda federação, ou seja, quando se decide divergências constitucionais dentro de um Estado não se pode ignorar a Constituição do *Reich*.

No entanto, nem toda divergência entre determinações da Constituição do *Reich* dentro de um Estado trata-se de divergência constitucional, uma vez que a Constituição do *Reich* não vigora dentro de um Estado como parte da Constituição estadual, mas autonomamente. Desta maneira, não há uma obrigatoriedade hierárquica. Destarte, o objetivo que se busca com o art. 19 da Constituição do *Reich*<sup>67</sup> não é a transferência de competência do *Reich* para o Estado, mas tão somente dirimir conflitos que surgem a partir da Constituição estadual dentro do estado<sup>68</sup>.

Todavia, o próprio tribunal do Estado deu uma dimensão maior para sua competência quando seu texto estiver divergente das normas contidas na Constituição do *Reich*. Segundo Schmitt, a expressão ‘*divergências constitucionais dentro de um estado*’ fica, assim, desligada da relação rigorosamente federal. O limite não mais é visível<sup>69</sup>, possibilitando-se tornar o tribunal do Estado a mais alta instância controladora do *Reich*. Desta forma, faz-se que divergências entre este e um Estado possam ser divergências constitucionais dentro de um Estado e vice-versa. O governo parece fazer uso do Tribunal do Estado para escapar de um posicionamento político próprio<sup>70</sup>.

Esta ponderação faz Schmitt questionar a legitimidade do tribunal em atuar como o *guardião*, uma vez que estará interpretando questões em que o *soberano* não tenha interesse de levar adiante. Há uma evidente perda de soberania, entregando-se a decisão em mãos de um terceiro poder que ditará a decisão política através de uma divergência que tenha relação direta e específica com a Constituição.

Considerar a Constituição como contrato traz, ainda, uma segunda consequência. Se o Estado não for concebido como uma unidade realizada e fechada em si mesma – seja por

---

<sup>67</sup> O debate sobre a transferência de competências entre os tribunais é sustentado por Schmitt a partir do art. 19 da Constituição do *Reich* que assegura que o tribunal do Estado é competente apenas para divergências constitucionais dentro de um estado, não para aquelas dentro do *Reich*.

<sup>68</sup> SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Tradução: Geraldo de Carvalho; coordenação e supervisão Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

<sup>69</sup> *Ibid.*, p.85.

<sup>70</sup> *Ibid.*, p.88.

meio do poder de um monarca ou de um grupo dominante, seja por intermédio de uma homogeneidade do povo em si uniforme –, ele soçobrará como um ente dualístico ou pluralista no contrato e no acordo de várias vontades<sup>71</sup>.

Embora o jurista alemão considerasse que a Constituição do *Reich* fora outorgada a partir de uma ideia democrática de unidade homogênea e indivisível legitimada pelo poder de todo povo alemão, através do poder constituinte, o que lhe retira o viés contratual, ele reconhece, na manutenção de uma organização federativa, a conservação de relações típicas de um contrato. Porém, existe ainda outro elemento análogo ao contratual inserido na carta maior, um elemento *pluralista*<sup>72</sup>.

O elemento pluralista toma corpo quando a própria Constituição e a vontade estatal surgem como acordo entre os vários titulares do pluralismo do Estado, transformando, com seus métodos de negociação o próprio Estado em um *construto pluralista*. Isso se reflete nas divergências jurídicas que se passam diante dos Tribunais, onde se constata que as partes são construtos sociais de poder. Suas colisões partidárias e o simples fato destas divergências terminarem em acordos comprovam que os partidos políticos tratam o objeto do litígio constitucional como algo suscetível a seu entendimento e acordo<sup>73</sup>.

A consequência disso desemboca na dificuldade em conceituar a *divergência constitucional*, levando-se em conta o conceito de direito subjetivo. Segundo o autor alemão, o Tribunal não quer ver em toda violação constitucional uma violação a um direito subjetivo que legitime uma ação judicial. Contudo, ante a evidência pluralista, abre-se a possibilidade do grande rol de órgãos estatais reclamarem contra as organizações hostis, também, pela via processual. A volição estatal, portanto, se tornaria um acordo, cujos detentores sociais do poder, de acordo com a situação da coisa, fariam uso de órgãos estatais por eles mesmos

---

<sup>71</sup> SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Tradução: Geraldo de Carvalho; coordenação e supervisão Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p.89.

<sup>72</sup> Schmitt começa a debater o caráter pluralista inserido na formação da Constituição, elemento que o autor aprofunda no segundo capítulo do livro. Para ele, a divisão pluralista do Estado, e que aparece, ao fim e ao cabo, nas linhas constitucionais, é uma das fontes da crise parlamentar que atingiu a Alemanha, afetando diretamente a governabilidade do país. Ibid. p.90-1, e, Segunda Parte.

<sup>73</sup> O autor traz, como exemplo, “o famoso acordo entre o conselho de estado prussiano e o ministério de estado prussiano sobre um ajuste entre ambos os cargos sobre a interpretação e aplicação do art. 40 da Constituição da Prússia”. Segundo Schmitt, “este caso mostra o quanto as partes de um litígio constitucional ‘dentro de um estado’, sob a participação do tribunal do Estado, consideram o objeto do litígio constitucional algo suscetível a seu entendimento e acordo”. Mas, conforme o autor, neste caso, o objeto é o “exercício de poderes e competências constitucionais”. Ibid., p.95, nota 25.

construídos para obter a detenção do poder, o que faria com que a Constituição deixasse de ser tratada como decisão política da totalidade do povo em virtude de uma situação pluralista<sup>74</sup>.

Assim, Schmitt termina sua análise de tribunal como guardião da Constituição aduzindo que:

Em minha teoria constitucional, contrapõe a tais tendências o sistema de um Estado constitucional democrático com um conceito positivo de Constituição. Caso se perseverar no fato de que a Constituição de Weimar signifique uma decisão política do povo alemão em sua homogeneidade como o detentor do poder legislativo constitucional e, em virtude dessa decisão, o Reich alemão seja uma democracia constitucional, a pergunta pelo guardião da Constituição pode ser, então, respondida de forma diferente do que por meio de estruturas fictícias<sup>75</sup>.

Schmitt propõe que as estruturas até agora apresentadas em sua obra não são palpáveis e sustenta outra teoria, que não sucumbe à abstração de conceitos de *divergências constitucionais*, em que decisões de um terceiro poder estariam ditando a política, onde fossem impostos limites ao pluralismo e um soberano tivesse o poder de decidir na exceção, legítima e competentemente.

### 1.1.3 Pluralismo, policracia e federalismo no ambiente Constitucional

No campo político o Partido Social-Democrata suportou em seu seio a prova desta divisão. Com a maioria do Parlamento os sociais-democratas detinham o *poder* ou a possibilidade de trabalhar na formação do futuro sistema democrático de governo que a maioria do país apoiava. No entanto, em decorrência de relevantes marxistas terem rechaçado o modelo democrático e manifestando apoio à ditadura do proletariado, há a cisão dos sociais-democratas em três partidos socialistas. Os que permaneceram no antigo partido passaram a ser chamados de majoritários; de outro lado, como oposição ao continuísmo dos sociais-democratas e partidários de um parlamentarismo com ares socialistas, criou-se o Partido Socialista Independente; além de uma terceira força denominada Liga Spartakista<sup>76</sup>.

<sup>74</sup> SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Tradução: Geraldo de Carvalho; coordenação e supervisão Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p.100.

<sup>75</sup> Ibid., p.101-2.

<sup>76</sup> Esta passagem demonstra a fragmentação do Parlamento alemão no pós-guerra, o que antecedeu a teoria de Schmitt. Vislumbra-se o nítido caráter plural dos partidos e de seus consequentes interesses. Ver RICHARD, Lionel. *A República de Weimar (1919-1930)*. 1.ed. São Paulo: Companhia das Letras. Círculo do Livro, 1988. p.109.

A segunda parte da defesa schmittiana acerca da guarda da constituição é dirigida à situação constitucional alemã da época e ao contexto social, político e econômico que serviu de base para a teoria legitimadora do Presidente.

O autor desenha a situação constitucional alemã por meio de três conceitos: o *pluralismo*, a *policracia* e o *federalismo*<sup>77</sup>. Para ele, os fenômenos impõem a necessidade de que se classifique um guardião constitucional, tendo em vista que eles aparecem no contexto político e social juntos a um ou dois dos outros, podendo ser individualmente considerados, por vezes usando e aproveitando-se uns aos outros, por outras, minando, combatendo o(s) outro(s) sempre no intuito do favorecimento próprio. Portanto, sua atuação é sempre no sentido de satisfazer interesses definidos de determinados grupos ou segmentos. É entre essa confusão de forças que se encontra o *Reich* alemão<sup>78</sup>.

---

<sup>77</sup> Em conformidade com o autor, o *Federalismo* procura expressar a justaposição e a cooperação dentro de um Estado, uma pluralidade de formas estatais sobre base estatal. *Pluralismo* designa uma maioria de complexos sociais de poder organizados, eles se apoderam do ato de vontade do Estado, sem deixar de ser um produto social. Já, na *Policracia*, tem-se uma maioria de detentores da economia pública, juridicamente autônomos, que detém uma força manipulativa sob o Estado, impondo um limite em sua atuação. Portanto, estes agentes atuam de forma combinada no intuito de conduzir o Estado conforme os seus interesses econômicos. Como diferença básica se tem: *o pluralismo designa o poder de várias grandezas sociais sobre a volição estatal; a policracia é possível com base em uma retirada do Estado, em uma autonomização perante a vontade estatal; no federalismo reúnem-se ambos*. Ver SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Tradução: Geraldo de Carvalho; coordenação e supervisão Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p.105-6.

<sup>78</sup> A situação de pluralismo, na Alemanha, teve seu início antes ainda do final da 1ª guerra, quando aconteceram as mudanças na organização da nação em virtude de inúmeras necessidades, iniciando-se pelo vertiginoso aumento do número de soldados que levou à falta de mão de obra, conduzindo mulheres e crianças às fábricas e ocasionando uma queda de poder aquisitivo, de industrialização têxtil, alimentícia e de desenvolvimento, à exceção da indústria bélica. Tais fatos determinaram a precariedade dos bens e serviços básicos como alimentação, vestuário, carvão, dentre outros, atingindo, enfim, todos os escalões da sociedade. Já, aqui, o campo político passou por uma crise, sendo que o Partido Social-Democrata suportou, em seu seio, a prova desta divisão. Com a maioria do Parlamento, os sociais-democratas detinham o *poder* ou a possibilidade de trabalhar na formação do futuro sistema democrático de governo que a maioria do país apoiava. No entanto, em decorrência de relevantes marxistas terem rechaçado o modelo democrático e manifestado apoio à ditadura do proletariado, há a cisão dos sociais-democratas em três partidos socialistas. Os que permaneceram no antigo partido passaram a ser chamados de majoritários; de outro lado, como oposição ao continuísmo dos sociais-democratas e partidários de um parlamentarismo com ares socialistas, criou-se o Partido Socialista Independente; além de uma terceira força denominada Liga Spartakista. O partido mais importante para o movimento pós-guerra foi a Liga Spartakista, a formada pelos membros dissidentes dos outros dois partidos e que seria o embrião do futuro Partido Comunista. Este grupo iniciou o movimento organizado contra a guerra, através de violentas greves, encontros intelectuais, boletins clandestinos, como o *Spartacus*, e discussões políticas que envolveram o final do combate, defendendo a revolução socialista como saída para o caos vivido. Diante deste embate de forças e face à estagnação do país, já que, desde a Constituição de 1871, nada se alterava na Alemanha, o momento exigia mudanças. O país era um Estado Federal presidido por um imperador que detinha o poder executivo, dando ao Parlamento uma função secundária de apenas propor leis. Até mesmo o Conselho Federal, órgão representativo dos Estados membros, que não era composto por deputados eleitos, detinha um poder maior, podendo, inclusive, destituir o Parlamento com o aval do Imperador. Devido a esta pressão, os políticos compreenderam, de imediato, que a guerra estava perdida e que os militares haviam

O panorama existente no século XIX modificou-se e, com ele, a sua fórmula principal, a diferenciação entre *Estado* e *sociedade*. Enquanto tal divisão teve um objetivo definido, já que era imprescindível no intento de retirar-se poder do monarca e repassá-lo aos representantes do povo, foi uma arma importante e defensável. Após alcançar seu intento e derrubar a monarquia absolutista no século XVIII, contudo, perdeu a finalidade, assim como seus ideais liberais. Em razão disso, restou o questionamento: Como avaliar *Estado* e *sociedade* se ambos se opõem reciprocamente e são dependentes entre si?<sup>79</sup>

Deve-se observar que, naquele tempo, diante de um *Estado* monárquico e militar, tudo que a ele não pertencia se chamava *sociedade*. Embora sendo forte o suficiente para se opor e impor-se ante a eventuais forças sociais contrárias, mantinha-se, por outro lado, neutro em assuntos como religião e economia. Assim, embora absoluto e forte, não o era a ponto de tornar sem significado tudo que não fosse Estado, permitindo, deste modo, um equilíbrio e um dualismo, contudo, continuava sendo o ponto de referência. No século XVIII grupos como o Parlamento, a corporação legisladora e a própria representação popular foram imaginados como cenário em que a sociedade aparecia e se confrontava com o *Estado*. Naquele momento, ela (sociedade) teria que se integrar nele (Estado), ou vice-versa<sup>80</sup>.

Este dualismo nada mais é do que a união entre dois tipos de Estado: um *Estado dirigente* e um *Estado legiferante*<sup>81</sup>, definido segundo a área de sua atuação. Portanto, há

---

tentado, até aquele momento, ocultar. Em poucos dias, organizou-se um novo governo parlamentar, nomeando-se, então, Maximilian Von Baden, conhecido liberal e pacifista, como novo chanceler, iniciando-se as negociações pela pessoa de Matthias Erzberger. A libertação de Karl Leibknecht, um dos líderes dos Spartakistas, dava indícios de que a paz estava próxima. No mesmo dia (26 de outubro de 1918), uma série de leis modificava a Constituição de 1871. As atribuições do Parlamento eram ampliadas e as decisões dos militares passavam por seu crivo. A Alemanha se transformava numa Monarquia Parlamentar. Houve, em três de novembro, como resposta à ordem do Alto Comando da Marinha para que a esquadra mantivesse um último ataque à Esquadra Real, um levante de marinheiros em Kiel, denominado Revolução de Novembro, em que eles amotinaram-se e renderam seus oficiais, negando-se a obedecer a ordem e exigindo melhores condições. O motim de Kiel acendeu a revolução em toda Alemanha, chegando, em nove de novembro, a Berlim e levando o *Reich* a seu fim, quando Max von Baden anunciou a abdicação do Kaiser, sendo nomeado seu sucessor o social-democrata Friedrich Ebert. Ver RICHARD, Lionel. *A República de Weimar (1919-1930)*. 1.ed. São Paulo: Companhia das Letras. Círculo do Livro, 1988. p.13-30. Este conjunto de acontecimentos levaria, por fim, à assinatura do armistício devido às pressões em todos os campos. Neste momento, o Parlamento alemão demonstrava sinais do pluralismo que será veementemente criticado por Schmitt.

<sup>79</sup> SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Tradução: Geraldo de Carvalho; coordenação e supervisão Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p.107-8.

<sup>80</sup> Ibid., p.108-9.

<sup>81</sup> O Estado legiferante tem como característica um Parlamento, como corporação legisladora, superior ao governo, ou, em outras palavras, a sociedade se demonstrando superior ao próprio Estado. Ver SCHMITT. Ibid., p.111.

Estados judicantes (jurisdicionais)<sup>82</sup>, isto é, Estados que são essencialmente governo e executivo<sup>83</sup> e, por fim, Estados legiferantes<sup>84</sup>. Tais classificações são, de certa forma, utópicas, sendo pouco provável que haverá um Estado puramente legiferante<sup>85</sup>, meramente judicante ou governo e administração, ele é, sim, um *mix* de todos<sup>86</sup>.

É interessante, para a teoria schmittiana e para a própria questão da guarda da Constituição, qualificar o Estado do século XIX como um Estado legiferante, e, por ter essa característica, não conter nenhuma justiça constitucional ou jurisdição estatal ocupando aquele posto. Neste Estado, não há legitimidade para a justiça decidir questões constitucionais e legislativas pelo fato destas serem deliberadas por um poder legislativo que, no mais das vezes, tem convicção de que a lei está de acordo com a constituição. Segundo Schmitt, *isso é condição para que a corporação legislativa seja o portador do Estado e o próprio Estado um Estado legiferante*, o Parlamento, pois, como representação popular, torna-se o guardião e o garantidor da Constituição<sup>87</sup>.

Entretanto, este cenário de cunho liberal do século XIX alterou-se por completo na medida em que as dualidades – Estado/sociedade; governo/povo – perderam suas tensões, permanecendo um cenário em que o Parlamento discutia com o próprio povo, tornando-se o

---

<sup>82</sup> Como exemplo, traz-se o Estado medieval, que parte do princípio, segundo o qual, o núcleo do poder público é a *jurisdição*. Ver SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Tradução: Geraldo de Carvalho; coordenação e supervisão Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p.111.

<sup>83</sup> O Estado absolutista, que vem desde o século XVI, originou-se do colapso e da dissolução deste Estado medieval, pluralista, feudal-estamentário e de sua *jurisdição*. É, por isso, essencialmente um Estado do poder executivo e do governo. O Estado, aqui, coloca um fim à causa de toda desordem e guerras civis e à luta pelo normativamente correto. Ver SCHMITT. *Ibid.*, p.111.

<sup>84</sup> Somente com o Estado estabelecendo a “ordem e a segurança públicas” é que aflorou o Estado legiferante, uma vez que foi necessária a intervenção do Parlamento no intuito de afastar o poder unitário e absoluto para trazê-lo ao povo. Ver SCHMITT. *Ibid.*, p.111.

<sup>85</sup> Giza-se que o conceito de Estado legiferante, ou legislativo, está diretamente ligado a seu conceito de estado de direito, que, segundo o autor, é construído sobre o princípio da legalidade. Este Estado trata-se de um tipo de sistema político particular, cuja peculiaridade consiste no fato de que a mais alta e decisiva expressão de vontade coletiva se manifesta em elementos normativos que pretendem ser direito e que, por esta razão, pretendem que todas outras funções, competências e atividades públicas devam estar a ele subordinados. A crítica de Schmitt se dá fundamentada em que eventuais decisões que são tomadas pelos juízes, pelo governo e pela administração não tem o caráter de verdadeiras e próprias decisões políticas, dotadas de autonomia, uma vez que devem ajustar-se aos conteúdos e procedimentos legais. Para o autor alemão no Estado legislativo não são os homens que governam, mas sim normas e conclui dizendo que “*toda la vida estatal consiste en el hecho de que al fin y al cabo ya no se gobierna o manda más*, dado que son hechas valer solamente normas vigentes e impersonales”. As concepções defendidas por Schmitt identificam seu Estado legislagivo ao Estado de direito entendido como governo das leis. Contudo, além disso não se deve esquecer que sua crítica vai além, vai pesar sobre a democracia parlamentar e sua desvinculação de todo controle de legitimidade constitucional. Neste ponto se vê a crítica schmittiana à falta de decisões na exceção pelo legislativo. Cf, VIANELLO, Lorenzo Córdoba. *Derecho y poder*. Kelsen y Schmitt frente a frente. México: FCE, UNAM, IJ, 2009, p.237.

<sup>86</sup> SCHMITT, op. cit., p.112.

<sup>87</sup> *Ibid.*, p.114.

que Schmitt chama de *autoorganização da sociedade*. Com isso, há o desaparecimento do Estado legiferante, com todos os problemas sociais e econômicos tornando-se problemas diretamente estatais, não mais podendo ser feita a diferenciação entre matérias político-estatais das de cunho social e apolítico<sup>88</sup>.

O afastamento do viés dualista e a consequente auto-organização da sociedade faz com que o Estado perca sua característica de neutralidade, a partir de seu modelo liberal (século XIX) para um Estado total<sup>89</sup>. Tal perspectiva não deve ser estranha, já que é a partir desta formulação que Schmitt pretende fundamentar a necessidade da decisão do soberano em face de um Tribunal ou do próprio Parlamento.

Somado à mudança política, há uma evidente expansão econômica, social, assistencial e de bem estar, não podendo o Estado manter-se na neutralidade. Por isso, os partidos principiaram a organizar-se e a defender interesses pré-determinados. Isso demanda a necessidade do Estado proteger-se contra o próprio legislador, contudo, como exercer tal medida se o poder legiferante era o poder superior, e, paradoxalmente, negava os próprios pressupostos que lhe deram a vitória ante o Estado absolutista?

Neste ponto, presentifica-se o problema de governabilidade existente na Alemanha naquela época. Os partidos lutando de modo fragmentado<sup>90</sup> cada um de acordo com seus

---

<sup>88</sup> SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Tradução: Geraldo de Carvalho; coordenação e supervisão Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p.115.

<sup>89</sup> Para Schmitt, a transformação para o Estado total perpassa três estágios: “do Estado absolutista dos séculos XVII e XVIII, passando pelo Estado neutro, do liberal século XIX, para o Estado total da identidade entre Estado e sociedade”. Ver, SCHMITT. *Ibid.*, p.117. Isso ocorreria porque, no século XIX, com a distinção entre Estado e sociedade, o Estado era forte para se opor às demais forças sociais e se tornar a referência destas forças sociais. Este Estado, separado da sociedade, era um Estado neutro e não intervencionista, portanto, não buscava suprimir o não político. Esta situação mudou radicalmente quando desapareceu a antítese da estrutura dualista de Estado e sociedade e o Estado se converteu em auto-organização da sociedade. Todos os problemas sociais e econômicos se convertem, assim, em problemas políticos. Este Estado resultante da auto-organização da sociedade não pode ser realmente separado dela e engloba tudo o que guarda relação com a convivência humana. O Estado interfere em todos os setores da vida social, não existindo nada que não seja estatal e político. Este é o Estado Total. Para aprofundar o conceito ver BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e estado de exceção permanente*. Rio de Janeiro: Azougue, 2004. p.65 e ss. Importante ressaltar que este desaparecimento da oposição entre Estado e sociedade é um dos fundamentos usados por Schmitt para fundamentar a guarda da Constituição pelo Presidente, uma vez que este fato depõe em favor da neutralidade do Presidente, eis que não teria o Estado como um inimigo.

<sup>90</sup> A crise parlamentar alemã, como já referido, vinha ocorrendo muito antes do final da 1ª Guerra. Contudo, após o armistício, o país passou por um período de 14 anos (1919-1933) de altos e baixos sem que a sua situação econômica e política se reequilibrasse consideravelmente. Desde sua gênese, a República do pós-guerra sofreu com dificuldades que, ao fim e ao cabo, constituíram-se nas mesmas causas que culminaram na sua queda e a ascensão de um regime totalitário, liderado por Adolf Hitler, que trouxe consequências desastrosas para todo o mundo. Schmitt, como um observador privilegiado e um ator engajado, teve a oportunidade de colocar sua

objetivos e interesses. A pergunta que fica é se um Estado, como uma auto-organização da sociedade que é, chega à unidade?

O autor conclui, aduzindo que

a presente situação do parlamentarismo alemão caracteriza-se pelo fato de que a volição estatal depende de maiorias parlamentares de numerosos partidos heterogêneos em todos os aspectos, maiorias estas instáveis e alternantes de caso a caso. A maioria é sempre uma maioria de coalizão e, de acordo com as várias áreas da luta política muito diferente. Esse Estado partidário democrático-parlamentarista é, numa palavra, um ‘instável Estado partidário de coalizão’(...) mesmo os partidos que, com uma franca atitude político-estatal, queiram colocar o interesse do todo acima dos objetivos partidários, são forçados, em parte por consideração a sua clientela e a seus eleitores, mas ainda mais pelo imanente pluralismo de tal sistema, ou a ajudar a impelir o contínuo movimento compromissário ou, porém, a ficar, insignificamente, à parte e, no final, encontram-se na situação daquele conhecido cachorro da fábula de La Fontaine, o qual guarda com a melhor das intenções o assado de seu senhor, mas, quando vê outros cachorros caírem sobre o mesmo, também passa a participar, finalmente, da refeição<sup>91</sup>.

Schmitt observa que um Estado partidário-parlamentar com partidos livres é substancialmente diferente de um partidário-pluralista, pois, estes fazem uso do Parlamento em facções como um espelho do pluralismo do Estado. Nem mesmo a famosa ‘*solidarité parlementaire*’ dos políticos de carreira que usam seus interesses particulares em negociações são mais suficientes na situação pluralista e de rigidez das organizações porque passava a Alemanha. O Parlamento, pois, antes um formador de unidade entre os “livres”, torna-se um cenário de repartição pluralista das forças sociais organizadas – pode-se dizer que o pluralismo fez com que a unicidade do Parlamento sucumbisse<sup>92</sup>.

---

teoria jurídica à prova dos fatos, já que conseguiu introduzir-se no meio em que circulavam os dirigentes da república e passou a influenciar as decisões políticas, não mais de modo doutrinário, mas através de conselhos e ações. De opositor ao Nazismo (período anterior a 1933), Schmitt passou a seu conselheiro, podendo, finalmente, desempenhar o papel de legista do sistema, função que aspirou. Neste viés demonstra-se a importância do jurista constitucionalista em uma situação de crise política e constitucional. Se ele deve manter-se neutro face ao direito positivo e contentar-se com sua legalidade, da qual o estrito respeito pode conduzir o regime à sua derrocada, ou se ele pode ou deve propor soluções constitucionais “não habituais”, que o conduziram a derrogar a letra da constituição para salvar seu espírito e regime. Ver, BEAUD, Olivier. *Les derniers jours de Weimar. Carl Schmitt face à l'avènement du nazisme*. Traduzido por Wladimir Barreto Lisboa. Paris: Descartes & Cie, 1997. p.21-3.

<sup>91</sup> SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Tradução: Geraldo de Carvalho; coordenação e supervisão Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p.129-30.

<sup>92</sup> *Ibid.*, p.130-1.

O que se vê, nesta quadra da história, é que há uma transformação do Estado em um produto plural, alterando-se, também, a lealdade das decisões em face das vinculações morais e negociais *intra-grupos*. Vislumbra-se, com isso, uma desestabilização cada vez maior da unicidade estatal em razão dos interesses privados e de grupos heterogêneos<sup>93</sup>, e, ao lado disso, um enfraquecimento da própria Constituição<sup>94</sup>.

---

<sup>93</sup> SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Tradução: Geraldo de Carvalho; coordenação e supervisão Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p.131-2.

<sup>94</sup> Beaud faz uma importante retrospectiva sobre o contexto de crise na Alemanha do pós-guerra, o pluralismo do Parlamento e o uso indiscriminado do art. 48, § 2º, da Constituição por parte do chefe de Estado, o que ocasionou, ao fim e ao cabo, a ascensão do regime totalitário no país. Para o autor, não obstante ser em 1932 que a crise se agravou, o ano da virada foi 1930, com a vinda à tona de um inédito governo presidencial em resposta à crise econômica. Esta virada se deu com a formação do governo de Heinrich Brüning, em substituição ao Chanceler Hermann Müller que pediu demissão em 27 de março de 1930. Mesmo que o novo governo não apresentasse diferenças ante seus precedentes, uma mudança substancial que se evidenciou foi a perda, por parte do governo, da maioria no *Reichstag*. Segundo o autor francês, a mudança foi de crucial importância para o debate teórico entre Schmitt e Kelsen, já que a formação deste *gabinete minoritário* significou, em última análise, o fim do regime parlamentar e o início do agravamento autoritário, que se consolidou com o uso indiscriminado do art. 48, § 2º, da Constituição do *Reich*. Embora tivesse havido gabinetes minoritários no primeiro período de Weimar, em 1930, a formação política dos líderes eram outros. Quando antes, Ebert e seu gabinete defendiam uma República Parlamentar, o novo chanceler, Brüning, apoiava incondicionalmente o Presidente do *Reich*, Hindenburg, e sua expressa oposição ao Parlamento. Portanto, Brüning apareceu como um adversário do Parlamento, já que, apoiado nos dispositivos colocados à sua disposição pela Constituição do *Reich*, sentia-se forte o suficiente para frear todos os tipos de ameaça, assim como governar sem, ou até, se fosse necessário, contra o Parlamento. Com isso, o governo Brüning evidenciou uma presidencialização do regime, funcionando de maneira mais independente possível do *Reichstag*, atuando como um poder executivo legislador. O chanceler atuava, deste modo, como o próprio legislador ordinário, governando através do uso reiterado do art. 48, § 2º, da Constituição em todas as matérias, até mesmo naquelas em que a Constituição não previa, como no caso de sua tentativa de legislar através de decreto em matéria orçamentária. O chanceler fez uso abusivo de outro aparelho que lhe era conferido pela Constituição do *Reich*, o poder de dissolver o Parlamento. Brüning fez uso do poder de dissolução em réplica à anulação de alguns decretos presidenciais por parte do *Reichstag*, quando, através do uso dos poderes conferidos pelo art. 48, III, caçou decretos relativos à matéria financeira. Muito embora houvesse sido usado outras vezes, o poder de dissolução, naquele momento, tinha um viés diverso. Ao invés de servir para reconstruir uma maioria, foi usado como sanção a um Parlamento recalcitrante, privando-o de suas funções legislativas e de controle, rompendo com o dualismo que caracterizava a Constituição de Weimar em proveito do monopólio do poder pelo Executivo. Para Beaud, Brüning deixava cada vez mais claro seu objetivo, levando o governo em uma situação de risco, pois diante da iminência de eleições o Partido Nacional Socialista, progredia, consideravelmente, o que se confirmou nas eleições para o *Reichstag*, em 14 de setembro de 1930, quando obteve 18% dos votos, com os partidos governistas perdendo a maioria. Como consequência lógica não mais se pode contar com um governo de maioria. Aproveitando-se desta mudança, Brüning intensificou sua luta contra a câmara e colocou o SPD (Partido Social-Democrata), partido que governava, sob pressão. Embora ainda fosse o maior partido alemão, ele não mais participava do governo, e, ao mesmo tempo, não pode se aliar com os extremistas, chegando ao seguinte dilema: *seria preciso abandonar a república ou abandonar o partido ele mesmo?* Diante desta situação paradoxal o SPD capitulou diante do governo, passando a aprovar, implicitamente, os decretos e, conseqüentemente, a política de Brüning. A manobra acabou por abrir as portas para um governo de caráter presidencial, já que, com a política de tolerância do SPD, tampouco o poder de veto conferido pelo art. 48, III, voltou a ser utilizado, abrindo-se o caminho para Brüning usar e abusar dos decretos presidenciais, constituindo-se no legislador principal. Segundo o jurista francês, estes fatos marcaram a história da Alemanha, pois, inauguram a política dos governos presidenciais. A partir deste ponto, a política se passou a fazer na chancelaria do *Reich*. Enquanto a classe política se desagregava, o poder encontrava-se em um poder que envolvia o Presidente. Cf. BEAUD, Olivier. *Les derniers jours de Weimar. Carl Schmitt face à l'avènement du nazisme*. Traduzido por Wladimir Barreto Lisboa. Paris: Descartes & Cie. 1997. p.23-32.

Diante deste panorama, Schmitt tece uma forte crítica ao que se pode chamar de *soberania parlamentar*, uma vez que, diante de um sistema fragmentado e com interesses conflitantes em detrimento de benefícios de grupos, não há como outorgar poderes irrestritos de decisão, fato que corrobora a tese schmittiana de falência do Parlamento e fortalece sua visão de amplos poderes ao Presidente.

Como se observa, o autor, teoricamente, procura se afastar do *decisionismo* do Parlamento e se encaminha para um *decisionismo* do soberano. No entanto, em ambos os casos, no momento da exceção, o elemento *cético* aparece com força, afastando da teoria qualquer elemento moral ou de princípios.

Paralelamente ao *pluralismo*, ocorre, na Alemanha, a transformação para um Estado econômico<sup>95</sup>. Isso se dá em face de que todo Estado baseado na economia necessita de um plano econômico que viabilize seu progresso<sup>96</sup>.

---

<sup>95</sup> Quando se refere a um *Estado Econômico* Schmitt propõe uma transformação da sociedade no próprio Estado, tornando-se, assim, econômico, cultural, assistencial, preocupado com o bem-estar-social, como fornecedor da previdência social, enfim, um Estado auto-organizado juntamente com a sociedade, não mais ao seu largo. O Estado, então, deixa de ser neutro para ser interventivo para assuntos sociais. Ver, SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Tradução: Geraldo de Carvalho; coordenação e supervisão Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p.116. Tem-se, aqui, a demonstração nítida da passagem de um Estado embasado nos ideais liberais para um Estado social. Por questões de delimitação do tema não será abordado no presente trabalho a conceituação exaustiva do que é Estado de bem-estar social, tampouco um aprofundamento sobre o tema. Contudo, para uma melhor compreensão sobre o *Welfare State*, sua conceituação, elementos e até mesmo diferenciação ao próprio Estado social recomenda-se a leitura das obras de Pierre Rosanvallon e Manuel García-Pelayo. O primeiro autor defende, em síntese, que não há como formar um perfil do Estado-Providência em cima de uma história curta, como a relação apenas aos movimentos de capitalismo e socialismo dos séculos XIX e XX. Para ele o fator preponderante é o próprio movimento do Estado-nação moderno (séculos XIV ao XVIII), com os conceitos protetivos do indivíduo, efetivados pelo Estado, embora reconheça o caráter bem mais complexo do Estado-providência do que o trinômio indivíduo, propriedade e Estado-protetor. O autor faz a identificação dessa passagem (estado protetor/estado-providência) em 5 proposições: 1. Estado moderno como Estado-protetor; 2. Estado-providência como uma radicalização do Estado-protetor; 3. A passagem se dá quando a sociedade deixa de pensar como um corpo para pensar sob modo do mercado; 4. O Estado Providência visa substituir a incerteza da religião pela certeza estatal. 5. Tem a probabilidade estatística como parte integrante. Para tanto ver, ROSANVALLON, Pierre. *A crise do Estado-providência*. Tradução de Joel Pimentel Ulhoa – Goiânia: Editora UFG; Brasília: Editora UnB, 1997. p.17-26. Ver também, PELAYO, Manuel García. *Las transformaciones Del Estado contemporâneo*. 2.ed. 10.reimpr. Madrid: Alianza Universidad, 1996. p.13-82.

<sup>96</sup> Beaud ressalta a importância que se entenda que o “estado de exceção econômica” não seria apenas o produto conjectural da crise mundial de 1929, mas a expressão de algo mais profundo, ele corresponderia “à virada que faz do estado legislativo para um estado econômico, virada que um Parlamento esfacelado entre forças pluralistas não pode se situar. O Estado de exceção revela, então, o núcleo do Estado em sua concreta particularidade”. A tese do guardião da constituição, atualizada pela preeminência presidencial, traduzirá, ao mesmo tempo, esta mudança política e econômica e a necessidade de reencontrar o estado neutro que, sem isto, seria minado pelo pluralismo partidário. Para o jurista, o processo sempre recomeçado do estado de partidos desembocava, naqueles anos, sobre uma apologia do guardião da constituição, isto é, da função presidencial. O Presidente do Reich era considerado como único capaz de defender a neutralidade do estado diante dos partidos e, portanto, de salvar o Estado de Weimar de um “pluralismo que seria contrário à constituição”. Cf. BEAUD, Olivier. *Les derniers jours de Weimar. Carl Schmitt face à l'avènement du nazisme*. Traduzido por Wladimir Barreto Lisboa. Paris: Descartes & Cie. 1997. p.45-6.

Já um Estado ancorado em um Parlamento plural e desinteressado com os ditames estatais não pode fornecer tal planejamento. A essa situação de desordem, independência e emancipação dos grupos dominantes, e, por consequência, do planejamento que deles decorre para a economia pública se denomina *policracia*<sup>97</sup>.

Para Schmitt, o fato de o Estado tornar-se uma auto-organização, e, após, sofrer a ocupação do pluralismo, deixou a autonomia administrativa com problemas, e, assim sendo, toda tentativa de impor uma política econômica uniforme e com diretrizes estabelecidas sucumbe diante da policracia, o que, ao final, seria uma ameaça ao povo alemão e à própria democracia<sup>98</sup>. Neste sentido, Schmitt sustenta a incompatibilidade de um Estado econômico ancorado em um parlamentarismo *pluralista*.

Através deste raciocínio, o autor traz ao debate se há compatibilidade do sistema parlamentarista plural com uma organização federal.

Como resposta, reconhece, no federalismo, um importante contrapeso para as estruturas pluralistas de poder e seus métodos partidários, uma vez que, em primeiro lugar, o federalismo impõe uma descentralização territorial, e, em segundo, através dessa descentralização, pode se criar um antídoto contra os métodos do pluralismo político-partidário<sup>99</sup>.

Para a sustentação do Estado Alemão, então, torna-se pertinente o diálogo sobre uma reforma Constitucional, superando-se, principalmente, a sua neutralidade ante a economia. Há uma evidente discrepância em se viver um Estado econômico e não uma Constituição econômica, e, por isso, há a necessidade de harmonizarem-se as direções em dois sentidos: ou se limpa o Estado de todos os elementos econômicos, deseconomizando-o, ou, inversamente, substituindo uma Constituição – vigente – política por uma econômica, economizando-o totalmente<sup>100</sup>.

---

<sup>97</sup> SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Tradução: Geraldo de Carvalho; coordenação e supervisão Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p.133-4.

<sup>98</sup> Ibid., p.136.

<sup>99</sup> Ibid., p.140.

<sup>100</sup> Ibid., p.143-4.

O primeiro caminho, embora pudesse ser tentado de diversas maneiras, encontra amparo na tentativa de colocar-se um freio moral na vida estatal, introduzindo-se *incompatibilidades* ao exercício dos parlamentares. Dentre estes contrapesos se elenca, além das incompatibilidades tradicionais<sup>101</sup>, as econômicas, proibindo-se o mandato parlamentar enquanto mantiver-se em alguns postos estatais ou econômicos<sup>102</sup>. Porém, esta possibilidade se apresenta um tanto utópica, eis que não poderia eliminar o sistema de estreita relação entre Estado e economia como um todo. As alianças continuariam sem que nenhuma mudança legislativa pudesse modificar este *status* e a estrutura da vida estatal se manteria, havendo somente um novo sistema de encobrimentos<sup>103</sup>.

O outro caminho leva à transformação do Estado em um Estado econômico, lhe conferindo uma Constituição, também, econômica. Entretanto, mesmo esta exigência não encontraria um resultado útil, posto que o seu cumprimento não reforçaria a unidade da vontade estatal, mas apenas tornaria os antagonismos econômicos e sociais mais abertos e desconsiderados, pois, os grupos não mais necessitariam da legitimação popular para agirem, e, diante disso, não se alcançaria o progresso industrial e o desenvolvimento econômico almeçados por um Estado econômico<sup>104</sup>.

Ambos os sentidos não oferecem uma resposta adequada aos métodos pluralistas do Estado partidário. Diante deste cenário, surgem instâncias e procedimentos *neutros*, ou, *independentes* dos poderes majoritários que compõem o quadro pluralista, como uma reação que objetiva, em última análise, a não dissolução da unidade estatal. Esta ação neutra é evidenciada como um contrapeso à instabilidade trazida pelo Estado de coalizão partidária e busca, em uma conceituação de Estado-funcionário, mudanças pontuais em funções e em readaptações de tarefas para os funcionários, tentando, em última instância, que os

---

<sup>101</sup> O autor entende como incompatibilidade tradicional aquela entre mandato parlamentar e posto de funcionário, por exemplo. Cf. SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Tradução: Geraldo de Carvalho; coordenação e supervisão Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p.145.

<sup>102</sup> Como, por exemplo, mandato aliado à função de síndico, secretário de associação ou partido, membro do conselho administrativo, banqueiro, fornecedores de materiais para o Estado. Cf. *Ibid.*, p.145.

<sup>103</sup> *Ibid.*, p.145.

<sup>104</sup> Neste sentido, Schmitt demonstra que os únicos países que tinham Constituições econômicas eram a Rússia Comunista e a Itália fascista. Contudo, a constituição se mantinha à sombra de um sistema unipartidário e centralizado, e tinha como objetivo, ao invés do progresso econômico, deixar a economia na mão do Estado. Essa era a maneira de se impedir uma divisão pluralista do estado. Assim, a transformação da Constituição em econômica, se não realizada com fins buscados pelos países unipartidários, não impediria o pluralismo partidário, e, assim, não seria sinônimo de progresso e desenvolvimento. Cf. *Ibid.*, p.146.

funcionários modifiquem seu pensamento, transformando-se de servidores de partido em servidores de Estado<sup>105</sup>.

Mesmo que este sistema possa ser considerado favorável por trazer consigo um fator objetivo imparcial, desvinculado de interesses (político-partidários), ele não conseguirá sanar o principal problema do Estado de coalizão partidária que é *a falta de um governo estável e capaz de governar*. Por ser restrito à justiça e a administração, e vinculado às diretrizes e às normatizações legislativas, ele é incapaz de decidir politicamente. Inobstante o fato de poder agir com neutralidade, não decidirá e governará no sentido verdadeiro da palavra<sup>106</sup>.

O jurista alemão aproveita as deficiências do conceito de Estado-funcionário para reforçar sua defesa à impossibilidade de conceder o poder de decisão aos tribunais ou juízes de carreira, uma vez que estaria sendo ameaçado o elemento da objetividade imparcial. Em contrapartida, o autor reconhece inúmeras reações que procuram o resultado de assumir funções de um Estado político-partidariamente neutro<sup>107</sup>, sem que, contudo, atinjam o fim de uma mudança estrutural estatal.

A frustração da imparcialidade e da objetividade do Estado teria como elemento condicional a confusão entre os conceitos de *neutralidade, despolitização e imparcialidade*<sup>108</sup>, o que faz com que os remédios se paralitem mutuamente.

---

<sup>105</sup> SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Tradução: Geraldo de Carvalho; coordenação e supervisão Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p.148-9.

<sup>106</sup> *Ibid.*, p.149.

<sup>107</sup> Dentre os exemplos trazidos por Schmitt está o grande esforço do círculo jurídico para “criar uma espécie de estado ‘pericial e parecerista (expert) neutro’, no qual as decisões políticas sejam cedidas aos especialistas de cada matéria em particular, especialmente aos peritos administrativos, técnico-financeiros ou econômicos”. Schmitt usa como exemplo a instituição do ministro das finanças do Reich, sujeito que teria em seus pareceres, embora uma subordinação a deveres objetivos, uma neutralidade garantida por meio de sua posição e personalidade. Registra, ainda, que este cargo não acarreta um poder de comando autônomo e próprio, já que sua influência é exercida pelo peso de seus pareceres, não atuando como poder político. Na esfera da jurisdição podem ser mencionados os membros peritos do tribunal econômico do Reich, que estão ao lado dos membros juristas e são nomeados pelo Presidente a partir de uma lista de candidatos, onde, geralmente são nomeados um Presidente e quadro adjuntos peritos. Continua o autor indicando que embasado no Estado “obrigado a reparações de guerra (plano Young)”, originaram-se no Reich alemão dois institutos, “cujo objetivo reside justamente em serem, contrariamente ao Estado de coalizão partidário, grandezas independentes e neutras, o banco e a companhia ferroviária do Reich”, como instituições autônomas e separadas do governo e administração (caráter de neutralidade) e equipadas com amplas proteções contra a influência político-partidária. Schmitt ainda traz que os próprios Estados alemães podem ser titulares de certa situação neutralizadora, inobstante também sendo partidários governados parlamentarmente, contudo governando a partir de coalizões compostas de formas diferentes. “A simples diversidade é um contrapeso”, sentencia o autor. Ver, *Ibid.*, p.150-6.

<sup>108</sup> *Ibid.*, p.157.

Neste aspecto, enquanto o Estado de coalizão partidária leva a uma real ingovernabilidade, seja em decorrência da falta de decisão política, seja como resultado da parcialidade dos grupos partidários, a confusão conceitual determina uma situação paradoxal que desemboca, no mesmo sentido, à impossibilidade de governar. Enquanto a primeira assertiva depõe contra a falta de decisão imparcial, a segunda traz o raciocínio de que, para uma decisão nestes moldes, há que haver a despolitização. A lógica desenhada seria a busca da imparcialidade através de uma decisão neutra<sup>109</sup>, o que se daria pela despolitização.

Esta ocorrência, entretanto, é impossível, uma vez que todo e qualquer interesse público é político e nada do que diga respeito ao Estado pode ser despolitizado. Para Schmitt,

---

<sup>109</sup> No intuito de dirimir a ambiguidade do conceito de neutralidade, Schmitt propõe a sistematização dos diversos significados da palavra, cujo resultado é o afastamento ou a aproximação de uma decisão política. Neste particular, o autor inicia demonstrando os significados negativos, que se afastam da decisão política. São eles: 1. Neutralidade no sentido da não-intervenção, do desinteresse, da tolerância passiva, etc. Essa significação tem como neutralidade do Estado perante religiões e confissões, tem que levar a uma neutralidade geral perante todos os problemas e as concepções imagináveis e a uma igualdade absoluta de tratamento. Para Schmitt, este tipo de Estado neutro é o relativístico estado neutro e agnóstico que nada mais diferencia, o Estado vazio ou restrito a um mínimo de conteúdo. A sua Constituição é, sobretudo, também neutra perante a economia no sentido da não-intervenção. Pode, contudo, se tornar político. 2. Neutralidade no sentido de concepções instrumentais de Estado, para as quais o Estado é um recurso técnico que deve funcionar com objetiva calculabilidade e dar a todos a igual chance de uso. Tratam-se de ideias instrumentais de Estado como base para expressões como aparelho judiciário e administrativo, máquina governamental, etc. A neutralidade, neste sentido, é imaginável para a área do executivo e talvez para que o aparelho judiciário ou administrativo funcione da mesma maneira e esteja à disposição de todos os usuários em igualdade, com a mesma objetividade e tecnicidade. Tal Estado seria completamente despolitizado e não mais poderia diferenciar entre amigo e inimigo. 3. Neutralidade no sentido de chance igual na volição estatal. Aqui, neutralidade obtém um significado que está na origem de interpretações liberais do direito de eleição e voto geral e igual, assim como da igualdade universal perante a lei. Tais ideias de neutralidade de igual chance na volição estatal estão também na origem, mas sempre de forma pouco consciente, na concepção do art. 76 da Constituição do Reich. Neste artigo, se expressa o dever de dar a todos os partidos, equitativamente, a chance incondicionalmente igual de conseguirem as maiorias necessárias para, com a ajuda do procedimento válido para emendas constitucionais, alcançarem seu objetivo pretendido e outra Constituição. 4. Neutralidade no sentido de paridade, isto é, admissão igual de todos os grupos e orientações de interesse, sob condições iguais e com igual tratamento na contemplação com vantagens ou demais prestações estatais. Por outro lado, traz os significados positivos da palavra, que levam a uma decisão política. Dentre eles, estão: 1. Neutralidade no sentido da objetividade e da imparcialidade com base em uma norma reconhecida. Trata-se da neutralidade do juiz enquanto decidir com base em lei conhecida. É a vinculação à lei que possibilita a objetividade e, assim, neutralidade e autonomia judicial. Embora esta neutralidade leve a uma decisão, ela não conduz à decisão política. 2. Neutralidade com base em um conhecimento *expert* não egoísta e interessado. Aqui, estaria presente o ato do parecerista ou consultor, não representante de interessados e expoente do sistema pluralista. 3. Neutralidade como expressão de uma unidade e totalidade que abrange os agrupamentos opostos e, destarte, relativiza em si todas estas oposições. É a neutralidade da decisão estatal de antagonismos internos de um Estado perante a fragmentação de um Estado em partidos e interesses especiais, quando a decisão torna válido o interesse do todo estatal. 4. Neutralidade do estrangeiro que se encontra de fora e que, na qualidade de terceiro, provoca, de forma e em caso de necessidade, a decisão e, com isso, uma unidade. É a objetividade do protetor perante o Estado sob protetorado e seus antagonismos de política interna, do conquistador sobre os grupos de uma colônia, enfim. Assim, Schmitt procura desmistificar o conceito de neutralidade como um conceito ambíguo e demonstrar suas várias faces, evidenciando, também, a possibilidade de sua incidência positiva para que se chegue à decisão política. Ver SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Tradução: Geraldo de Carvalho; coordenação e supervisão Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p.162-7.

a política é inevitável e inextermível<sup>110</sup> e qualquer tentativa de fuga dela seria uma fuga do próprio Estado.

O apolitismo, nos termos propostos por Schmitt, conduz a um contínuo enfraquecimento do Estado, o que não traz nenhuma solução para as dificuldades, mas, ao contrário, uma vez que afasta a neutralidade por não permitir a robustez e a força necessárias para que se resista aos agrupamentos e interesses pluralistas. Para que se construa um Estado governável, em que as decisões sejam imparciais, deve-se ter como base uma política objetivamente informada e que tenha uma visão do interesse do todo.

Como o objetivo de toda Constituição é dar um sistema organizacional que possibilite a governabilidade, a carta do *Reich* não é diferente e propõe isso através de um governo eficiente, baseado em seus institutos da democracia parlamentar e plebiscitária. Ela parte do princípio que um governo apoiado em camadas populares e com anuência do povo tem mais força que os demais tipos de governo. Por essa razão, a parte organizacional da Constituição do *Reich* contém um equilíbrio entre estas democracias, tendo, no centro da parte constitucional plebiscitária, o Presidente do *Reich*<sup>111</sup>. Neste ponto, começa a aparecer a figura do soberano schmittiano e sua localização no sistema constitucional alemão.

Porém, a questão que merece um aprofundamento é a dúvida de quais remédios são constitucionalmente possíveis perante as dificuldades e os métodos destrutivos da Constituição do sistema pluralista<sup>112</sup>? Schmitt aponta, como condição, o afastamento das decisões e autonomizações levadas adiante pelo Estado de coalizão partidária e indica a prática das *leis de plenos poderes*, mostrando que é possível um afastamento do Parlamento nos casos extremos. Observa-se que toma corpo sua defesa ao uso do art. 48 da Constituição do *Reich*<sup>113</sup> como ponto decisivo para a governabilidade alemã e a legitimação da decisão pela pessoa do Presidente.

---

<sup>110</sup> SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Tradução: Geraldo de Carvalho; coordenação e supervisão Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p.161.

<sup>111</sup> Ibid., p.168.

<sup>112</sup> Ibid., p.169.

<sup>113</sup> Texto do artigo 48 da Constituição de Weimar: Quando um Estado não cumpre os deveres que lhe são impostos pela Constituição ou pelas leis do Reich, o Presidente do Reich pode obrigá-lo com ajuda da força armada. Quando, no Reich alemão, a ordem e a segurança públicas estão consideravelmente alteradas ou ameaçadas, o Presidente do Reich pode adotar as medidas necessárias para o restabelecimento da segurança e ordem públicas, inclusive com ajuda da força caso necessário. Para tanto, pode suspender temporariamente, em todo ou em parte, os direitos fundamentais consignados nos artigos 114, 115, 117, 118, 123, 124 e 153.

Neste particular, entrevê-se que toda teia teórica construída ao longo do tempo por Schmitt e aprofundada, em 1922, com sua *Teologia Política* principia a desembocar na questão da legitimação do soberano para a decisão na exceção como um contrapeso às perturbações jurídico-constitucionais trazidas pelo *pluralismo*.

O desenvolvimento das questões jurídico-constitucionais é, para Schmitt, a gênese para algumas questões pontuais como *Estado de exceção* e o *direito de baixar decretos de emergência*.

A necessidade de aprofundamento destes conceitos é imprescindível para uma boa interpretação e, em decorrência, a aplicação do art. 48 da Constituição, considerando-se que há toda uma questão subjetiva sobre a existência ou não da ameaça à ordem pública e do conteúdo dos poderes e autorizações do Presidente contidos no art. 48, § 2º. O autor, no entanto, afirma que, ao lado desta dificuldade conceitual, há uma praxe que perdurou por cerca de dez anos quando se desenvolveram preceitos que impõem o reconhecimento geral da decisão excepcional, pelo menos em duas questões principais: *O poder do Presidente do Reich em promulgar decretos substitutivos de leis segundo o artigo 48, § 2º e o desenvolvimento de um Estado de emergência e de exceção ‘especificamente econômico e financeiro’*<sup>114</sup>.

Quanto à primeira, o Tribunal do *Reich* homologou-a e passou a tratar o Presidente do *Reich* como o próprio legislador, no sentido da ressalva da lei. Os decretos presidenciais poderiam prescrever ou proibir através de decisões com força de lei, posto que todo decreto publicado extraordinariamente pode ser qualificado como emergencial, e, por isso, teria ampla abrangência<sup>115</sup>.

Já a segunda questão foi reconhecida como admissível sempre que acontecerem situações excepcionais – que caracterizem ameaça e perigo – de cunho econômico e financeiro. A condição para sua aplicação pode fundamentar-se em uma situação de emergência econômica e financeira, ou de perigo que advenha da situação econômico-

---

<sup>114</sup> SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Tradução: Geraldo de Carvalho; coordenação e supervisão Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p.171.

<sup>115</sup> *Ibid.*, p.171-3.

financeira. Em ambos os casos, haverá o direito de publicarem-se decretos substitutivos de lei<sup>116</sup>.

Assim posto, evidencia-se que a evolução interpretativa que aprimorou o uso do art. 48, reforçando a defesa do Presidente soberano, derivou de quatro fatores precípuos:

1. A concepção do art. 48, § 2º a qual equipara o Presidente do Reich ao ‘legislador ordinário do Reich’; 2. Os numerosos precedentes da praxe do governo [...]; 3. As numerosas decisões, nesse aspecto, totalmente claras e seguras, do tribunal do Reich, da corte de finanças e dos outros supremos tribunais, as quais homologaram o caráter econômico dos poderes de exceção e o poder do governo de recorrer, no caso de um Parlamento incapaz, aos poderes extraordinários [...]; 4. O ‘reconhecimento’ dessas praxes pelo Parlamento, eis que não pediu sua revogação [...]<sup>117</sup>.

A grande questão é saber se os decretos baseados nos poderes excepcionais são admissíveis em conteúdos financeiros inobstante as ressalvas de direito financeiro da lei<sup>118</sup>.

A equiparação do poder do Presidente ao poder de criar leis ordinárias derrubou qualquer exigência de ressalva de lei, uma vez que o decreto poderia substituí-la, tendo em vista que contém caráter jurídico diretamente com base em uma determinação constitucional. Assim sendo, não há limitação formal para a atuação do Presidente em assuntos financeiros e econômicos, do mesmo modo em procedimentos análogos (contratos de empréstimo, fianças, plano orçamentário, autorizações de crédito, entre outros).

Este poder de legislar sobre lei orçamentária e concessões de crédito provoca uma indagação sobre o poder de controle do Parlamento (art. 48, § 3º), visto que, em caso de autorização presidencial nestes assuntos, uma eventual anulação chegaria tarde, o que, em outras palavras, faria o Parlamento perder sua função controladora por configurar-se inócua.

<sup>116</sup> SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Tradução: Geraldo de Carvalho; coordenação e supervisão Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p.174-5.

<sup>117</sup> Ibid., p.175-6.

<sup>118</sup> A Constituição do *Reich* continha ressalvas à legislação sobre questões financeiras – para impostos e taxas, artigo 134 da Constituição do Reich, para lei orçamentária, artigo 85 da Constituição do Reich, para autorizações de crédito e prestações de caução, artigo 87 da Constituição do Reich – sendo que havia uma dúvida se estas ressalvas atingiam, também, os casos excepcionais, ou, se não se poderia legislar através de decretos em relação a estes assuntos. Ver Ibid., p.178.

Schmitt, contudo, aduz que a decisão nestes assuntos é imprescindível para a governabilidade e nada impede que seja considerada inconstitucional ou validada através de uma análise *a posteriori*. Aliás, caso se desse o contrário, o art. 48, § 2º, não cumpriria seu objetivo, porque somente tomaria medidas ineficazes e inoperantes, eis que poderiam ser constantemente revogadas<sup>119</sup>.

A questão relativa ao aspecto formal da lei provém de um contexto histórico anterior a Alemanha de Weimar, ou seja, ela possui uma determinação inteiramente política no intuito de limitar-se o poder da monarquia constitucional e repassá-la ao povo através do Parlamento. O respeito a procedimentos formais está embasado na necessidade de ser inserido um freio ao governo monárquico constitucional, principalmente em assuntos de especial relevância como o caso da economia e das finanças<sup>120</sup>. Neste ponto, nota-se o fundamento liberal na necessidade de assegurar-se a estrutura dualística e o equilíbrio entre o Estado e a sociedade.

O momento constitucional, porém, é diferente daquele<sup>121</sup> e um conflito constitucional naqueles termos é tão impossível e inimaginável quanto são intransferíveis os argumentos e os conceitos de semelhante conflito.

Portanto, há, sim, a admissibilidade de o Presidente baixar decretos substitutivos de lei e, antecipando-se a qualquer crítica acerca de eventual discricionariedade ilimitada por parte do soberano, Schmitt impõe limites a partir do poder de controle do Parlamento, concluindo que:

na presente situação constitucional da Alemanha, se formou justamente uma praxe do estado de exceção econômico-financeiro com um direito de baixar decretos substitutivos de leis, isso, então, não é arbitrariedade nem acaso, nem mesmo

<sup>119</sup> SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Tradução: Geraldo de Carvalho; coordenação e supervisão Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p.184.

<sup>120</sup> *Ibid.*, p.188.

<sup>121</sup> Schmitt elenca quatro fundamentos que diferenciam a situação constitucional do século XIX da Alemanha de Weimar. *Primeiramente*, o estado de hoje não se baseia em um contrato entre representação popular e governo e a lei orçamentária não é nenhum ‘acordo’ entre Parlamento e governo. *Em segundo lugar*, o governo não é mais um poder independente do Parlamento, sendo os meios de influência e controle do Parlamento - quando atinge a maioria - tão fortes que é impossível reivindicar os pontos de vista que faziam sentido no governo anterior; *Em terceiro*, o Presidente do Reich é eleito pela totalidade do povo alemão, constituindo-se em verdadeiro representante do povo, caindo o monopólio do Parlamento. Finalmente, *em quarto lugar*, a Constituição de Weimar é democrática e baseia-se em um equilíbrio de elementos parlamentares e plebiscitários, sua estrutura é essencialmente determinada pelo fato de que o povo decide da mesma forma perante o Parlamento quanto diante do governo e o Presidente como terceiro superior. Cf. *Ibid.*, p.188-9.

ditadura, mas a expressão de uma relação profunda e integralmente legal. Corresponde ao rumo que um Estado legiferante toma para o Estado econômico e que não mais pode ser executado por um Parlamento pluralista. O Estado de Exceção revela o núcleo do Estado em sua particularidade concreta e o Estado judicante desenvolve a lei marcial e seus acessórios. O direito econômico-financeiro de baixar decretos substitutivos de lei da atual praxe do art. 48 procura salvar o Estado legiferante de um contexto pluralista inconstitucional. Todo este movimento de salvação somente pode ser empreendida pelo Presidente do Reich. O Presidente do Reich precisa, portanto, ser visto como guardião de toda essa ordem constitucional<sup>122</sup>.

#### 1.1.4 O Presidente do *Reich* como guardião da Constituição

O conjunto do território alemão era um Estado Unitário, mas sem a supressão do regime federalista, que fora simplesmente readaptado. As 25 províncias do Império tinham sido reduzidas a 17 regiões, com uma autonomia limitada a certas competências legislativas e administrativas. As finanças daí em diante dependeriam do governo central, um governo que resultaria de um Parlamento eleito por sufrágio universal e por escrutínio proporcional, mas que podia ser também de natureza presidencial. O Presidente da República seria, com efeito, também eleito para um período de sete anos, por sufrágio universal. Em caso de crise ou de ausência de maioria parlamentar, teria a possibilidade de dissolver o Parlamento e de designar, a seu critério, um chanceler. [...] Curiosamente, o próprio termo democracia fora cuidadosamente evitado ao longo do texto. Apenas se designava a Alemanha como uma República cujo poder político emanava do povo. Quanto ao Parlamento, certamente direitos lhe foram conferidos, mas pelo artigo 48, o Presidente da República estava autorizado a retirá-los, para governar com plenos poderes. Grande era o risco de ver esse sistema elaborado em Weimar – as circunstâncias mostraram no fim dos anos 20 – gerar a ineficácia, a impotência parlamentar e a ditadura. Foi recorrendo ao artigo 48 que o marechal Hindenburg, Presidente da República, nomeou Hitler para o posto de chanceler a 30 de janeiro de 1933<sup>123</sup>.

A defesa incondicional dos poderes presidenciais na decisão em situação excepcional e da inexistência de decisionismos são os motes schmittianos para legitimar suas ideias sobre a guarda da Constituição. A prática, contudo, demonstrou que o Parlamento não conferia forças para impor limitações em face de sua situação fragmentada e a legitimação da decisão pelo soberano demonstrou-se arbitrária e desvinculada de qualquer freio moral, prova disso são os inúmeros decretos baixados e as dissoluções do Parlamento no período de crise<sup>124</sup>.

<sup>122</sup> SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Tradução: Geraldo de Carvalho; coordenação e supervisão Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p.190.

<sup>123</sup> RICHARD, Lionel. *A República de Weimar (1919-1930)*. 1.ed. São Paulo: Companhia das Letras. Círculo do Livro, 1988. p.54-5.

<sup>124</sup> As inúmeras dissoluções do Parlamento e o uso indiscriminado do art. 48, § 2º, foram, em última análise, as principais causas da legitimação do Presidente como guardião constitucional e, ao fim e ao cabo, serviram de fundamento procedimental para a tomada do poder pelo nazismo. Beaud identifica estas ações quando, já em 1930, a partir do governo de Brüning, fez-se uso deste artifício dando ao Presidente os poderes de um legislador ordinário. Em julho de 1930, o chanceler cria uma legislação orçamentária por decreto sob a

Inobstante a isso, o ponto central de sua teoria postula que as divergências não podem ser decididas *sempre* judicialmente, e, para tanto, propõe duas opções: ou a divergência deve ser decidida através de um poder político mais forte, um terceiro superior – soberano –, ou através de um órgão com poderes de coordenação, um terceiro neutro localizado ao lado dos outros poderes constitucionais, mas com poderes autônomos<sup>125</sup>.

O fundamento principal do *poder neutro* seria retirar dos poderes já existentes a possibilidade deles tornarem-se senhores da Constituição, atribuindo ao terceiro neutro os poderes reguladores embasados na imparcialidade.

---

justificativa da crise econômica, enquanto que o artigo 48 não previa, absolutamente, tal hipótese. Outra manifestação aguda da presidencialização do regime foi a utilização abusiva do direito de dissolução. Diante da extensão do poder governamental, o *Reichstag* se revolta, anulando, em 18 de julho de 1930, alguns decretos presidenciais em matéria financeira, conforme o poder que lhe era conferido pelo artigo 48, alínea III. Brüning replicou imediatamente, exercendo seu direito de dissolução. Não foi a primeira dissolução sob esse regime, mas sua significação foi diferente das dissoluções anteriores. Desta vez, teve como intenção calar e sancionar o Parlamento recalcitrante. Ela privou o Parlamento não apenas de sua função legislativa, mas também de sua função de controle. Do ponto de vista institucional, Brüning conseguiu “dissociar a responsabilidade do governo no processo de decisão parlamentar”. A dissolução de 18 de julho de 1930 marcou, pois, uma segunda ruptura importante. O fato de o governo correr um risco enorme devido as recentes eleições regionais e municipais que revelavam uma inquietante progressão do partido nacional socialista deram a decisão uma amplitude imensa, porque deliberadamente eliminou o Parlamento para que se impusesse o regime presidencial. Com efeito, a consequência da dissolução não tardou. Nas eleições do *Reichstag*, de 14 de setembro de 1930, o partido nacional socialista obteve 18% dos votos. Os partidos próximos do governo, pertencendo, pois à família republicana democrática, perderam a maioria, no âmbito da Câmara dos Deputados, e o partido ultra-conservador, o DNVP, grande vencedor nas eleições, formou uma oposição sem compromisso com os ministérios, notadamente em relação ao ministério Brüning. Consequentemente, viu-se aí a formação de governos de minorias. Seguindo o detalhamento, Beaud aduz que Brüning se reconduziu em um segundo governo, intensificando a luta contra a Câmara e colocando o SPD em uma posição delicada. Ele fez promulgar, novamente por decreto-lei, medidas recusadas precedentemente pela Câmara. Os partidos extremistas (NSDAP, DNVP e KPV) reclamam ao *Reichstag* para que este *ab-rogue* as novas medidas. O SPD ficou, então, em uma posição impossível. Ele era o maior partido em Weimar, mas não participava mais do governo Brüning, e, por outro lado, não poderia se aliar com os partidos extremistas opostos a Weimar, como o partido comunista KPV, e o partido nazista NSDAP. No dia 18 de outubro de 1930, o SPD se recusou a associar-se a demandas de partidos extremistas e, assim, aprovou implicitamente os decretos presidenciais, isto é, a política do governo Brüning. Deste modo, o Parlamento tolerou os avanços sucessivos do Chanceler, e capitulou diante do governo. Ele sancionou a transição já realizada pelos fatos de uma república parlamentar para um governo de caráter presidencial. A política da tolerância do SPD que, a partir deste momento, passou a ser oficial, tornou inútil o veto legislativo do artigo 48, alínea III, e deixou o governo livre em sua ação paralegislativa. Usando e abusando dos decretos-presidenciais do artigo 48, o executivo se tornou então o legislador principal. Em conclusão, o governo Brüning ofereceu o paradoxo de ser um governo presidencial explicitamente anti-parlamentar, se apoiando, entretanto, na maioria parlamentar de tolerância, marcando uma política presidencial. Cf. BEAUD, Olivier. *Les derniers jours de Weimar. Carl Schmitt face à l'avènement du nazisme*. Traduzido por Wladimir Barreto Lisboa. Paris: Descartes & Cie. 1997. p.28-33. Pela exposição tecida pelo jurista francês, verifica-se que houve, em diversos momentos, a dissolução do Parlamento pluralista frente à alegação de ingovernabilidade. Ironicamente, o próprio Parlamento tolerou tal atuação e avalizou a tomada de poder e legitimação do Presidente.

<sup>125</sup> SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Tradução: Geraldo de Carvalho; coordenação e supervisão Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p.193.

Assim posto, o chefe de Estado assume um papel determinante no exercício do poder, tendo como valor prático a resposta à pergunta sobre qual o significado do chefe de Estado em um Estado civil de direito e qual o sentido de seus poderes, ou seja, se ele *reina e governa*<sup>126</sup>.

Para Schmitt, o chefe de Estado representa a permanência e a continuidade da unidade estatal e seu funcionamento uniforme, tendo, por isso, uma autoridade especial que transcende as competências normais, tornando o poder e o poder de comando diariamente ativos. Esta assertiva é de extrema importância para a teoria do poder neutro, uma vez que a função do terceiro neutro não consiste apenas em uma atividade de comando, mas, antes disso, intermediária, defensora e reguladora. A ação somente torna-se ativa em caso de emergência, sem, com isso, concorrer com os outros poderes no sentido de uma expansão do próprio poder. Isso fez com que a maioria dos chefes de Estado dos séculos XIX e XX soubesse ficar atrás de seus ministros, sem, no entanto, perder sua autoridade<sup>127</sup>.

Na Alemanha de Weimar, diante da pluralidade de jurisdições, somente se chegaria à unidade com a presença do Presidente e sua posição se constroi com base em uma teoria com estas características, porque, embora tenha seu campo de atuação autônomo, por vezes, deve ser vinculado a ministros e ao Parlamento, mas, governando através da decisão<sup>128</sup>, constituindo-se o poder neutro, em condição de possibilidade para o exercício da presidência.

A função intermediária e reguladora do poder neutro adquire um papel importante no Estado Alemão. A justiça passa a ser exercida pelo soberano, não mais ficando atrelada a formalismos subalternos ou argumentos baseados no monarquismo do pré-guerra. Assim, a posição ocupada pelo Presidente passa a ser explicada por esta fórmula.

Schmitt, contudo, vê na neutralidade um novo problema: o Parlamento sendo tomado pela pluralidade de complexos sociais de poder organizados. As partes vinculadas seriam *senhores da Constituição* e, de acordo com seus interesses, através de alianças, poderiam

---

<sup>126</sup> SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Tradução: Geraldo de Carvalho; coordenação e supervisão Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p.197-9.

<sup>127</sup> *Ibid.*, p.200-1.

<sup>128</sup> *Ibid.*, p.203.

modificar o *status*. Para Schmitt, isto seria uma verdadeira *guerra civil* entre os agrupamentos<sup>129</sup>.

O autor faz uma análise comparativa do Estado com os conciliadores e os juízes, que atuam como intermediadores, operando, em um primeiro momento, negativamente no auxílio da composição, buscando antes o consenso do que decidindo, analogicamente ao que ocorre no Parlamento. Já em um segundo momento, uma vez não ocorrendo o acordo, o conciliador decide, almejando sempre o equilíbrio, o que o torna um terceiro formador de maioria. Cai, aí, o Estado como axioma democrático fundamental, não existindo uma *vitória por maioria de votos*, mas apenas um *acordo* dado desde o início, sem qualquer vinculação moral, somente critérios táticos<sup>130</sup>.

O poder neutro inserido em um contexto plural retira do Estado seu poder de decidir soberanamente, eis que as decisões passam a ser tomadas de acordo com as maiorias, tornando-o um mero terceiro formador de maiorias. Portanto, há necessidade de que o Estado possua forças diversas daquelas que são colocadas a serviço da organização partidária, que, no caso, advenham da decisão do soberano<sup>131</sup>.

O mesmo soberano decisor é quem, para Schmitt, tem uma importante função de nomear e exonerar os funcionários do *Reich*, como são os juízes e os conciliadores. O chefe de Estado independente e desvinculado do Parlamento e, teoricamente, de partidos trata-se, talvez, da única possibilidade imaginável de uma instância *independente*, e é importante lembrar que independência é condição de possibilidade para que se fale em um guardião da constituição. A ideia do jurista alemão baseia-se em criar uma instância *independente e neutra*<sup>132</sup>.

---

<sup>129</sup> SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Tradução: Geraldo de Carvalho; coordenação e supervisão Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p.208.

<sup>130</sup> Ibid., p.212-7.

<sup>131</sup> Ibid. op. cit., p.218.

<sup>132</sup> Ibid. op. cit., p.221.

Ocorre que, na vida estatal alemã, existem inúmeras “independências”<sup>133</sup>, o que demonstra que a judicial é apenas uma delas. Por tratar-se de um caso composto, ela interligada a dois tipos de independência: a judicial, propriamente dita – que vale para juízes não funcionários públicos – e a reforçada do funcionário público judicial – onde se encontram os juízes de carreira e afins, com cargos vitalícios – a independência judicial não aparece como garantia fundamental de neutralidade e de independência. Há uma evidente necessidade de se reforçar as garantidas do funcionalismo de carreira judicial, posto que um tribunal do Estado ou constitucional deveria ser protegido contra intromissões políticas (negociações político-partidárias), seja em seu corpo, seja em suas decisões, no intuito de se criar uma instância neutra e independente e com certa garantia de manutenção, sem que possa ser influenciada por mudanças legislativas<sup>134</sup>.

Schmitt defende que o guardião da constituição deve ser independente e político-partidariamente neutro a fim de constituir-se em um contrapeso para o Parlamento, e, como demonstrado, a criação de um Tribunal que atendesse a todos os conflitos constitucionais levaria a um instrumento de natureza altamente política e legisladora. “*Do ponto de vista democrático, seria praticamente impossível transferir tais funções a uma ‘aristocracia de toga’*”<sup>135</sup>. A independência dos juízes somente teria o condão de delimitar e garantir uma esfera da justiça à lei dentro de um contexto estatal, jamais criar um titular da correta vontade política.

É nesse ponto que se chega à conclusão de que é o Presidente do *Reich* que se encontra no centro do sistema de neutralidade e independência político-partidárias, uma vez que é sustentado por uma base plebiscitária. Em virtude disso, antes que se busque em um Tribunal que decida questões de política, há que se atentar que já existe o verdadeiro guardião, o próprio *Presidente*. O conteúdo positivo da Constituição<sup>136</sup> dá amparo a que, em

---

<sup>133</sup> São demonstrados vários “tipos” de independência no funcionamento político-partidário e do sistema pluralista. Os exemplos vão desde o juiz, do funcionário de carreira e uma independência composta das duas do funcionário de carreira judiciário e inúmeras outras como o deputado parlamentar, do professor da escola superior, do parecerista e perito, chegando, por fim, ao chefe de Estado, todas devidamente reconhecidas e previstas constitucionalmente. Ver SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Tradução: Geraldo de Carvalho; coordenação e supervisão Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p.221-3.

<sup>134</sup> Ibid., p.225.

<sup>135</sup> Ibid., p.228.

<sup>136</sup> Quando se fala em conteúdo constitucional refere-se, por exemplo, ao conteúdo estático e permanente (eleição por sete anos), quanto aos seus poderes (as competências segundo os artigos 45 e 46 da Constituição, dissolução do Parlamento do Reich segundo o artigo 25 e instituição de plebiscito segundo o artigo 73 da Constituição, assinatura e promulgação das leis segundo o artigo 70, execução pelo Reich e proteção da

casos de exceção, o chefe do poder executivo seja dotado de poderes eficientes para a efetiva proteção da Constituição<sup>137</sup>.

Aliado a questão de poder está o princípio democrático da Constituição de Weimar, uma vez que o Presidente é eleito pela totalidade do povo alemão, sendo que seus poderes se constituem em apelos do povo. É através desses princípios que se forma um contraponto ao pluralismo e se busca defender a unidade Estatal<sup>138</sup>.

A Constituição de Weimar, através de meios democráticos, pressupõe:

todo povo alemão como uma unidade capaz de ação direta, não mediada só por organizações sociais em grupos, que pode expressar sua vontade e que, no momento, da decisão, despreza as divisões pluralistas, possa se eximir e se fazer respeitar. A Constituição busca, em especial, dar à autoridade do Presidente do Reich a possibilidade de se unir diretamente a essa vontade política da totalidade do povo alemão e agir, por meio disso, como guardião e defensor da unidade e totalidade constitucionais do povo alemão<sup>139</sup>.

É com esse fundamento que Schmitt embasa sua teoria sobre o guardião da Constituição, sendo que coloca na figura do Presidente o grande elo de decisão nos casos excepcionais, elevando o chefe de estado a poder máximo, a soberano, a um semideus, que decidirá como e de que maneira serão as respostas em questões emergenciais e, porque não, normais. Afinal, há um limiar muito tênue entre a decisão na exceção e a decisão discricionária, usando-se como fundamento uma eventual exceção. Quem decide é o próprio decisor.

### 1.1.5 Elementos conclusivos sobre uma teoria *cética*

---

Constituição segundo o artigo 48). O próprio artigo 42 dispõe que o Presidente do Reich “defenderá a Constituição”. Portanto, está evidenciado, para Schmitt, que o verdadeiro e legítimo guardião da Constituição é o Presidente.

<sup>137</sup> SCHMITT, op. cit., p.232-3.

<sup>138</sup> SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Tradução: Geraldo de Carvalho; coordenação e supervisão Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p.233.

<sup>139</sup> Ibid., p.234.

A busca por uma teoria jurídica que responda às necessidades decorrentes de um contexto de crise levou Schmitt a formular sua ideia em torno de um soberano que decida nos casos de exceção.

Como se observa em seus escritos, muito antes de teorizar sobre o guardião da Constituição o autor já formava a base de sua proposição. Com uma visão anti-liberal e anti-positivista sustentou o fim de um Estado dual que, a partir da queda da monarquia, passou a depender de decisões que fugiam do contexto parlamentar e judicial. Para tanto, busca na figura do Presidente o refúgio para o fundamento de suas ideias.

Em última análise, a tese schmittiana se refere à decisão na exceção, uma vez que, na normalidade, o próprio autor admite uma leitura judicial. Contudo, em casos raros, onde a política é colocada em xeque, não há como admitir que o poder judiciário atue, uma vez que não pode substituir o legislador.

Paradoxalmente, o autor é contrário ao positivismo alemão em virtude deste modelo levar à decisionismos, entretanto, defende a decisão excepcional por parte do soberano nestes mesmos moldes, ou seja, desvinculada de qualquer elemento moral. O soberano decide em termos niilistas e cria a resposta, para Schmitt, correta.

Assim, se colocada frente à proposta problematizada no presente trabalho, a teoria schmittiana peca por seu fundamento – o soberano como decisor –, e pelos seus resultados práticos – o decisionismo e a discricionariedade – que propiciaram uma situação de totalitarismo.

Uma breve análise sobre o uso do art. 48 da Constituição do *Reich* nos últimos meses da República<sup>140</sup> demonstra que a teoria de Schmitt abriu um espaço muito grande à discricionariedade e permitiu um governo por decretos, quebrando-se, constantemente, a legitimidade parlamentar em face de situações excepcionais.

---

<sup>140</sup> Em 1930, o Reichstag votou 98 leis e aceitou cinco ordens. Em 1931, leis e decretos se equilibram: 34 leis contra 44 ordens. Em 1932, Von Papen e Schleier, cinco leis apenas foram elaboradas pelo Parlamento, 66 ordens lhe foram impostas. Cf. BEAUD, Olivier. *Les derniers jours de Weimar. Carl Schmitt face à l'avènement du nazisme*. Traduzido por Wladimir Barreto Lisboa. Paris: Descartes & Cie. 1997, p.29.

É bom lembrar que a discricionariedade ocorre em dois momentos: primeiramente, quando se conceitua a situação excepcional, define-se quando e como ocorre a *exceção*; e, um segundo momento, quando cria a resposta de acordo com sua vontade, desvinculada de qualquer padrão moral.

É inserido nesse contexto que Carl Schmitt formulou e trabalhou sua teoria constitucional. Pode-se dizer que suas ideias legitimaram o uso indiscriminado do *direito constitucional da exceção*, direito que deu poderes irrestritos ao Presidente e tornou-o, de fato, o guardião da Constituição<sup>141</sup>.

---

<sup>141</sup> É bom lembrar que a elevação do Presidente a guardião da Constituição foi o fundamento que serviu de base para que a atuação nazista tivesse legitimidade no sistema constitucional alemão, demonstrando toda carga ideológica do autor alemão. Beaud identifica esta característica em sua obra no momento em que Schmitt se engaja em favor dos governos da direita nacionalista. Segundo o francês, “Schmitt se torna ‘conselheiro jurídico do governo, uma posição que ele ocupou oficiosamente, desde a nomeação de Brüning ao posto de chanceler’. Entretanto, contrariamente ao que se pode acreditar, ele não foi conselheiro de Pope e do ministro do interior Gayl, mas, antes, do general Schleicher. Por intermédio de seu grande amigo, Johannes Popitz, ele entrou em contato com o general e com seus conselheiros militares, os coronéis Marcks e Eugen Otto. Ele pode, assim, ascender ao topo do poder, aos “círculos influentes do governo” e, portanto, agir sob a política ativa. Sua influência oblíqua ou indireta é atestada pelo fato de que suas teses jurídicas são retomadas pelos conselheiros militares de Schleicher e, indiretamente, pelos ministros. Em nenhum outro momento de sua existência, as ideias de Schmitt serão tão instrumentalizadas pelos homens políticos. Recebendo a brochura legalidade e legitimidade, Erich Marcks lhe escreve: “O caráter fortemente científico de sua construção e a riqueza de seu conteúdo fazem para nós um arsenal de escolha na luta futura. Eu sei que não prestaremos justiça suficientemente às suas idéias, vulgarizando-as com objetivo político, mas eu espero que essa utilização política não lhe seja antipática”. A questão permanece: saber se as ideias de Schmitt não eram, de antemão, instrumentalizáveis, isto é, se elas não eram, nesta época, destinadas a serem utilizadas pelos homens do governo. Esta é, em todo caso, a nossa hipótese. Naquela época, Schmitt desenvolveu um pouco mais suas ideias políticas, pois ele sabia que o governo é composto por homens suscetíveis de colocá-las em operação. Naquela ocasião, ele multiplica as consultas jurídicas feitas em proveito do governo, em vista de defender “constitucionalmente” a virada presidencialista, isto é, a inflexão do regime em direção a um sistema de ditadura presidencial. A primeira consulta, que data de 30 de julho de 1930, é feita pelo secretário de Estado Dorn e é endereçada ao Chanceler. Ela diz respeito “à questão da aplicação do artigo 48 da constituição e à dissolução do Parlamento”. A segunda consulta trata da questão de saber se o Presidente do Reich pode tomar, dentre as medidas de urgência, medidas de ordem econômica e financeira por decretos presidenciais, em substituição às leis. Schmitt responde pela afirmativa e reivindica, pois, uma extensão das competências do Presidente do Reich, mas sua intervenção como conselheiro jurídico oculto não cessará até 30 de janeiro de 1933. Cf. BEAUD, Olivier. *Les derniers jours de Weimar. Carl Schmitt face à l'avènement du nazisme*. Traduzido por Wladimir Barreto Lisboa. Paris: Descartes & Cie. 1997. p.36-8. Herrera complementa esta afirmação conceituando Schmitt como um pensador reacionário que apoiou, em diversos graus, os governos conservadores de H. Brüning, de F. Von Papen e do general Schleicher. Foi, portanto, um dos representantes jurídicos do *Reich* na causa pela destituição do governo social-democrata da Prússia no governo de Von Papen. No mesmo ano de 1932, sugere a proibição dos socialistas e dos nazistas e participa no projeto de golpe de Estado; neste sentido, se poderia pensar que Schmitt jogava mais as cartas de uma ditadura do que a de Hitler. Inobstante, em maio de 1933, o jurista alemão se filia ao partido Nazista e, após a *noite das facas longas*, escreveria um artigo afirmando que Hitler protege o direito com esta medida. Discussões internas impedem que Schmitt avance no círculo de poder e, em 1936, inicia-se a sua retirada do partido. Para Herrera, se as ideias schmittianas expressam as concepções oficiais do nazismo, ou se há, nelas, uma grande dose de oportunismo guiando suas concepções políticas, ao menos não comunga com o entendimento de alguns autores que afirmam que Schmitt não havia sido um nazista, ou que não era hostil à política de Weimar. Para o francês, estão claras suas intenções de fundamentar e legitimar juridicamente o totalitarismo nazista. Cf. HERRERA. Carlos Miguel. Carl Schmitt, el marxismo. Puntos de encuentro y de ruptura en torno de realismo político. *Res publica*, v.2, p.35, 1988.

Ressalte-se que a mesma teoria foi usada por todo o período nazista, legitimando o governo pela mão de ferro do *Führer*, questiona-se se realmente o Presidente deveria ser o guardião da Constituição. É diante deste dilema que Hans Kelsen lança sua crítica à teoria schmittiana e ao próprio sistema alemão.

## **CAPÍTULO II – O DEBATE DO JURÍDICO vs. POLÍTICO. A PRIMAZIA DO DIREITO SOBRE O PODER**

O segundo capítulo da investigação traz a teoria kelseniana acerca da guarda da constituição. O autor austríaco tece uma importante crítica à teoria do soberano como guardião da Constituição. Seguindo o que foi analisado na primeira parte do trabalho, aqui, serão traçados os pontos que embasam o fundamento teórico da defesa do Tribunal Constitucional como guardião da Constituição, perpassando, inicialmente, sobre o que Hans Kelsen entende sobre democracia, parlamentarismo, liberalismo, para, depois de amalgamada sua teoria, adentrar-se no debate entre o jurista austríaco e o jurista alemão.

### **2.1 A RESPOSTA DE HANS KELSEN: JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ANTE O SOBERANO**

A resposta kelseniana a Schmitt vem alicerçada nos fundamentos que serviram de base para a consolidação de sua própria teoria. A construção de seu raciocínio deriva desde sua concepção de Constituição, de democracia, de parlamentarismo e de liberalismo até a defesa do poder judiciário como poder legítimo para custodiar a Constituição. Seguindo os passos de Carl Schmitt, muito embora com outra proposta, Hans Kelsen traz toda a carga de sua teoria embasada na pureza do direito a partir de um sistema hierárquico de normas como ordenador da política para fomentar sua defesa do Tribunal como guardião da Constituição<sup>142</sup>.

---

<sup>142</sup> A teoria kelseniana apresenta alguns pontos pacíficos que merecem ser trazidos, uma vez que eles delimitam todo o arcabouço de ideias e fundamentos que embasam, ao fim, sua análise sobre a guarda da Constituição. Para isso, há que se identificar que sua doutrina da teoria pura foi ponto de referência obrigatória para a realização da leitura de sua obra como teoria jurídica. Tais pontos podem ser caracterizados, sinteticamente, a partir da “identificação do Estado com o direito (ou, se preferirmos, a dissolução daquele neste); em segundo lugar, a exclusão (ou, se preferirmos, a expulsão) da noção de direito (e portanto de Estado) de qualquer referência a valores, em especial aos de justiça, por serem considerados postulados irracionais; a elaboração, enfim, de um modelo normativo geral (e de submodelos) válido para todas (ou quase todas) as ordenações jurídicas”. A leitura das características principais de sua doutrina da pureza deve ser feita paralelamente a suas ideias sobre democracia, parlamento, liberalismo a fim de que se alcance um entendimento de suas ideias como uma teoria geral. Ver, KELSEN, Hans. *A democracia*. Tradução Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla, Vera Barkow. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p.1-2.

Mais do que uma simples discussão sobre justiça constitucional, o debate em tela representa o desenvolvimento das respectivas teorias políticas defendidas por Kelsen e Schmitt<sup>143</sup>, e, conseqüentemente, desemboca em um campo que, embora não pareça ligado ao tema, está diretamente relacionado, a saber, a decisão na exceção e seu grau de discricionariedade.

A resposta de Kelsen à proposta schmittiana traz, em sua essência, a busca da concepção de ordenamento jurídico como um sistema hierárquico de normas, cujo vértice é representado pela Constituição<sup>144</sup>. É ela quem estabelecerá os procedimentos que deverão nortear a criação legislativa, assim como os conteúdos fundamentais que deverão ser respeitados pelas normas inferiores.

Diante disso, o sistema jurídico deve ter uma regularidade, ou seja, uma relação de correspondência entre o grau inferior e o grau superior do ordenamento, sob pena de constituir-se em uma inconstitucionalidade. Assim, em última análise, para Kelsen, a chamada *garantia da Constituição* está baseada na preservação da regularidade do ordenamento através da tarefa de verificar-se a correspondência entre as leis e a Constituição. A função de garantir-se a Constituição seria a manutenção da coerência formal e substancial do ordenamento jurídico, anulando-se as inconstitucionalidades ou as normas e atos incoerentes<sup>145</sup>.

Já Schmitt apresenta uma ideia radicalmente distinta sobre o conceito de Constituição. Ter claro este fato é fundamental para a investigação, uma vez que se trata do ponto inicial de suas controvérsias e, como consequência, pauta a formatação de ambas as teorias. Enquanto o autor austríaco defende a Constituição como norma que estabelece os princípios fundamentais que dão a base de regulação da vida social, constituindo-se no vértice do ordenamento jurídico, Schmitt, por ter uma concepção organicista da sociedade, a vê como a expressão de unidade presumida de um povo que adquire consciência de sua existência coletiva. Por isso, para este autor a Constituição é a “*decisão total sobre a espécie e a forma da unidade política de um povo*”<sup>146</sup>.

---

<sup>143</sup> VIANELLO, Lorenzo Córdova. *Derecho y poder. Kelsen y Schmitt frente a frente*. México: FCE, UNAM, III, 2009. p.271.

<sup>144</sup> A Constituição aqui vista como norma fundamental em sentido jurídico-positivo. *Ibid.*, p.274, nota 8.

<sup>145</sup> *Ibid.*, p.277.

<sup>146</sup> *Ibid.*, p.277.

A distinção conceitual do que é Constituição demonstra bem mais do que uma simples divergência entre os juristas

Por lo demás, el distinto significado de Constitución sostenido por cada uno de los dos autores es la consecuencia natural de dos modos totalmente opuestos de concebir al derecho, a la política y, sobre todo, a la sociedad. Por una parte encontramos una visión, la de Kelsen, abiertamente declarada como relativista, para la cual el pluralismo es un dato de hecho en las sociedades modernas que debe ser reconocido, pero además representa al mismo tiempo un valor que debe custodiarse. La Constitución en estas condiciones representa el conjunto de las reglas que permiten la convivencia pacífica entre los individuos, que son diversos en sus opiniones políticas, filosóficas y religiosas, en el marco de derecho. En este caso, la política es concebida como la constante búsqueda de la convivencia pacífica, que para ello hace uso del instrumento jurídico por excelencia: las normas.

Por otro lado encontramos la posición de Carl Schmitt, para quien el pluralismo representa una especie de enfermedad que corrompe y disuelve la unidad del pueblo. [...] Es justamente en esa diferenciación frente a los otros – diferenciación que constituye el punto de partida para una contraposición y para el combate a los contrarios – lo que define a juicio de Schmitt a la política<sup>147</sup>.

Pelo que se vê, o debate travado entre os juristas perpassa o que cada um entende sobre direito, sociedade, democracia, governo, liberalismo e, principalmente, sobre seus conceitos de Constituição. Assim sendo, não se trata apenas da questão sobre quem deve custodiar a Constituição, mas sobre qual modelo político-jurídico prestaria a melhor resposta no caso da exceção, o que é, em última análise, a questão central da investigação.

Na busca da resposta sobre qual o modelo apresenta a melhor decisão na exceção será seguida a defesa de Hans Kelsen em sua obra *Quem deve ser o guardião da Constituição?*, trazendo ao enfoque sua base teórica e os fundamentos que levam a sua conclusão de que o direito tem primazia sobre o poder e, de certo modo, refazer na Alemanha o trabalho de

---

<sup>147</sup> Cf. VIANELLO, Lorenzo Córdova. *Derecho y poder. Kelsen y Schmitt frente a frente*. México: FCE, UNAM, IJ, 2009. p.278-9. Herrera comunga do mesmo entendimento sobre o objeto da controvérsia perpassar a diferenciação dos conceitos de Constituição. Vejamos: “Asimismo, de manera más específica, el objeto mismo de la controversia, y en particular el concepto de «Constitución», sobre el cual se apoyan los argumentos de uno y otro, como ya hemos tenido oportunidad de remarcar, es radicalmente diferente. En ese sentido, Kelsen construye desde la primera línea toda su réplica como una polémica de «política del Derecho», sobre la institución más idónea para llevar a cabo el control de constitucionalidad, cuando lo que el jurista vienes entiende por Constitución (*Verfassung*), correspondería a lo que Schmitt considera en su teoría una «ley constitucional» (*Verfassungsgesetz*); y sin detenerse, más que para minimizarla, en la distinción schmittiana (en verdad, poco desarrollada) entre «control» y «defensa». Ver HERRERA, Carlos Miguel. La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución. *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, nueva época, n.86, p.221, 1994.

criação e concretização de um Tribunal Constitucional nos moldes já engendrados através da Constituição austríaca de 1920<sup>148</sup>.

Para que se alcance um bom entendimento sobre as questões defendidas na obra de Kelsen sobre a guarda da Constituição, há a necessidade de se buscar os elementos que serviram de base para sua teoria, conforme se procede a seguir.

### 2.1.1 Elementos sobre a teoria democrática kelseniana

Os fundamentos teóricos acerca da democracia kelseniana constituem-se pontos chave para o entendimento de sua teoria, e, posteriormente, de sua defesa sobre a guarda da Constituição.

A premissa de sua teoria democrática é dividida em quatro fundamentos: um antropológico; um político; um ético; e, por fim, um epistemológico. São esses os elementos que dão forma as ideias de Kelsen sobre política, governo e direito.

O trabalho seguirá a ordem de fundamentos indicada acima para, após, descritas suas diferenças e características, adentrar-se no debate sobre a guarda da Constituição.

---

<sup>148</sup> A Constituição austríaca de 1920 previa a defesa da Constituição através de um Tribunal Constitucional. Kelsen foi um dos redatores desta carta, que trazia em seu título VI, alínea *b*, o Tribunal Constitucional, que era competente para: “1) decidir sobre la *legalidad* de las ordenanzas de las autoridades federales o estatales y, em caso de que fueran ilegales, anularlas (artículo 139); 2) pronunciarse sobre la *constitucionalidad* de las leyes federales y estatales y anular aquellas que fueran consideradas inconstitucionales (artículo 140); 3) recibir y resolver las impugnaciones que fueran presentadas en contra de las elecciones del Consejo Nacional, del consejo Federal, de las directas y las otras asambleas representativas, y decidir también sobre la revocación del mandato de alguno de sus miembros (artículo 141); 4) pronunciarse sobre la eventual responsabilidad jurídica del presidente de la Federación, de los miembros del gobierno federal, del jefe de un estado y de los miembros del gobierno de un estado (artículo 142); y 5) dar respuesta, una vez agotada la via gubernamental, a los recursos impuestos por la violación de los derechos garantizados por la Constitución provocada por decisiones o actos administrativos (artículo 144)”. É interessante recordar que ele mesmo, Kelsen, foi um dos membros do Tribunal Constitucional austríaco, o que pode explicar sua tese em defesa deste instrumento. Ver, VIANELLO, Lorenzo Córdova. *Derecho y poder. Kelsen y Schmitt frente a frente*. México: FCE, UNAM, IJ, 2009. p.272-3, nota 5.

### 2.1.1.1 O fundamento antropológico da democracia

O fundamento antropológico da democracia defendida por Kelsen assenta-se no individualismo. Para o autor austríaco, o homem é anti-social e auto-interessado e, por isso, necessita da democracia<sup>149</sup>, vista como *um conjunto de procedimentos voltados à tomada de decisões no âmbito político tendente a preservar a maior liberdade individual possível dos cidadãos*<sup>150</sup>, para exercer sua plena liberdade. A democracia, assim, conforma-se em um mecanismo que lhe preserva a liberdade em relação à sociedade, através de um processo de acomodação de interesses<sup>151</sup>.

A democracia kelseniana, portanto, está diretamente ligada à ideia de liberdade, o que fica mais claro a partir da análise da passagem da metafísica clássica para a moderna. Na antropologia clássica, sustentava-se uma concepção teleológica do ser humano a partir de uma essência baseada na racionalidade e na sociabilidade que definia a sua finalidade (*telos*): a vida. Nesta busca, as formações sociais procuram alcançar a realização do *telos* humano e o faziam através de um conjunto de condições materiais e morais que serviam de base para o desenvolvimento pleno do objetivo final. A estas condições se deu o nome de “*bem comum*”<sup>152</sup>. As formações sociais, portanto, adquiriam seu sentido na medida em que favoreciam seus membros na busca deste bem comum e isto se exercitava através do convívio.

Com a passagem para a metafísica moderna, perde-se a concepção finalística do homem. Passa-se a sustentar que não há um único fim, mas uma pluralidade deles, determinados por cada indivíduo<sup>153</sup>. Assim, ao invés de um convívio em busca do bem

---

<sup>149</sup> O conceito kelseniano de democracia pode ser encontrado em suas obras, como: KELSEN, Hans. *A democracia*. Tradução Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla, Vera Barkow. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000; e, KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. [segunda parte, capítulo IV].

<sup>150</sup> BARZOTTO, Luis Fernando. *Modernidade e Democracia. Os fundamentos da teoria da democracia em Kelsen. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito*. Mestrado e Doutorado 2001. Centro de Ciências Jurídicas UNISINOS. Organização Leonel Severo Rocha/Lenio Luiz Streck. São Leopoldo: UNISINOS, 2001. p.139.

<sup>151</sup> *Ibid.*, p.142.

<sup>152</sup> *Ibid.*, p.140.

<sup>153</sup> A evidência dessa transformação pode ser vista quando Kelsen refere que “a discordância entre a vontade do indivíduo, ponto de partida da exigência de liberdade, e a ordem estatal, que se apresenta ao indivíduo como vontade alheia, é inevitável. E num estado democrático, onde esta discordância é reduzida a um mínimo aproximativo, verifica-se a nova transformação na idéia de liberdade política. A liberdade do indivíduo, a qual, em última análise, se revela irrealizável, acaba por ficar em segundo plano, enquanto a liberdade da coletividade passa a ocupar o primeiro plano”. Ver, KELSEN, 2000, p.32-3.

comum, há uma arena onde os indivíduos são livres para se autodeterminarem, escolhendo seus valores e buscando seus fins particulares de modo competitivo<sup>154</sup>. A sociedade não passa, pois, de um agregado de indivíduos sem qualquer bem comum que seja assumido por todos<sup>155</sup>.

Barzotto identifica que a *passagem da concepção teleológica de ser humano para a concepção individualista, implica assim passagem de uma sociedade entendida como comunidade para uma sociedade entendida como mercado*<sup>156</sup>, onde os indivíduos competem na busca de fins solipsistas. Isso leva o homem a enxergar no outro não a indicação de realização, mas de limitação de sua própria liberdade, uma vez que ele passa de colaborador a adversário.

Por essa característica do homem, como ser autônomo<sup>157</sup> e anti-social, torna-se essencial pensar a democracia como o regime de governo em que os indivíduos se submetem à ordem social<sup>158</sup> dispondo de maior liberdade possível para satisfazer seus próprios interesses. É possível sustentar que esta transformação antropológica representa apenas a primeira fase da metamorfose que a ideia de liberdade deve sofrer para que se torne plenamente compatível com a ordem social<sup>159</sup>.

---

<sup>154</sup> BARZOTTO, Luis Fernando. Modernidade e Democracia. Os fundamentos da teoria da democracia em Kelsen. *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito. Mestrado e Doutorado 2001*. Centro de Ciências Jurídicas UNISINOS. Organização Leonel Severo Rocha/Lenio Luiz Streck. São Leopoldo: UNISINOS, 2001. p. 139-164. p.141.

<sup>155</sup> Ibid., p.142.

<sup>156</sup> Ibid., p.143.

<sup>157</sup> A liberdade e autonomia do homem moderno determinam a necessidade do regime democrático, uma vez que se questiona: “Como é possível estar sujeito a uma ordem social e permanecer livre? [...] Um sujeito é politicamente livre na medida em que sua vontade individual esteja em harmonia com a vontade ‘coletiva’ expressa na ordem social. Tal harmonia da vontade ‘coletiva’ com a individual é garantida apenas se a ordem social for criada pelos indivíduos cuja conduta ela regula. [...] A liberdade política, isto é, a liberdade sob a ordem social, é a autodeterminação do indivíduo por meio da participação na criação da ordem social. A liberdade política é liberdade, e liberdade é autonomia”, Cf. KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p.408. A resposta para exercer-se a liberdade política, para Kelsen, é, portanto, a democracia.

<sup>158</sup> A ordem social é um postulado que determina a conduta humana em relação a um ou vários indivíduos, prescrevendo sanções ou proibições, de natureza normativa (relativa ao Direito) ou moral (relativa às leis de convívio, religiosas e da tradição). Ver, KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. 8.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p.25-32.

<sup>159</sup> VIANELLO, Lorenzo Córdova. *Derecho y poder. Kelsen y Schmitt frente a frente*. México: FCE, UNAM, IJ, 2009. p.117.

A consequência dessa alteração de paradigma é a imprescindibilidade de mudança, também, na concepção de liberdade, que passa de natural *ausência de governo*, e torna-se política, de *participação no governo*, conforme indica Kelsen:

Se deve haver sociedade e, mais ainda, Estado, deve haver um regulamento obrigatório nas relações dos homens entre si, deve haver um poder. Mas, se devemos ser comandados, queremos sê-lo por nós mesmos. A liberdade natural transforma-se em liberdade social ou política. É politicamente livre aquele que é submetido, sim, mas à vontade própria e não alheia<sup>160</sup>.

A concepção de liberdade política passa a ser a representação ou o critério utilizado pelo autor austríaco para classificar analiticamente as diversas formas de governo e também julgá-las axiologicamente. O valor de uma Constituição depende, assim, do grau com que atua o princípio da liberdade política<sup>161</sup>.

Não se pode, contudo, confundir a autodeterminação política<sup>162</sup> dos indivíduos na criação da vontade coletiva com a noção de unanimidade das vontades, pois se estaria igualando autodeterminação com estado de anarquia<sup>163</sup>. Diante disso, para que a liberdade política possa ser materializada em um ordenamento realmente concreto, em que a sociedade em geral e o Estado em particular tornem-se possíveis, esta liberdade deve ser limitada, e isto se dá através da introdução dos princípios da maioria e da representação<sup>164</sup>.

<sup>160</sup> KELSEN, Hans. *A democracia*. Tradução Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla, Vera Barkow. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p.28.

<sup>161</sup> VIANELLO, Lorenzo Córdova. *Derecho y poder. Kelsen y Schmitt frente a frente*. México: FCE, UNAM, IJ, 2009. p.115.

<sup>162</sup> A liberdade política é definida por Vianello como “la capacidad que tiene cada uno de formar libremente su voluntad em relación com los problemas colectivos y de verla reflejada, de alguna manera, em los contenidos de las decisiones comunes que son vinculantes para todos”. Ver, VIANELLO. *Ibid.*, p.120.

<sup>163</sup> Para Kelsen o “ideal de autodeterminação exige que a ordem social seja criada pela decisão unânime de todos os sujeitos. [...] e somente pode ser modificada com a aprovação de todos os sujeitos. [...] Onde prevalece a autodeterminação na sua forma pura e irrestrita, não pode haver nenhuma contradição entre a ordem social e a vontade de qualquer sujeito. Tal ordem não poderia ser ‘violada’ por qualquer um dos sujeitos. A diferença entre um estado de anarquia, onde nenhuma ordem social é válida, e uma ordem social cuja validade se baseia no consentimento permanente de todos os sujeitos existe apenas na esfera das idéias. Na realidade social, o grau mais alto de autodeterminação política, isto é, um estado onde não é possível nenhum conflito entre a ordem social e o indivíduo, é praticamente indistinguível de um estado de anarquia. [...] Uma ordem social genuína é incompatível com o grau máximo de autodeterminação. Cf. KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p.408-9.

<sup>164</sup> VIANELLO, op. cit., p.121.

A metamorfose ocorrida no princípio da liberdade, diretamente relacionada à autonomia e a necessidade de restrição à autodeterminação pura trazem o princípio da maioria como fator determinante para que se possibilite a organização da ordem social. A introdução deste princípio pode ser considerada a segunda fase da transformação da ideia da liberdade.

A liberdade política, portanto, determina a necessidade de se criar uma ordem que atinja o consenso, contrariando o mínimo possível de pessoas. Esse fim é alcançado através da ordem democrática por se tratar de um regime que concorda com o maior número de vontades individuais, atingindo o maior grau de liberdade dos indivíduos, e, por consequência, a coerção será imposta contrariando o menor número possível de indivíduos<sup>165</sup>.

O princípio da maioria representa um limite à liberdade originária, por outro lado, é ele também que permite realizar o maior grau possível de liberdade individual, ou seja, a maior aproximação possível com o ideal de autodeterminação compatível com a existência de uma ordem social<sup>166</sup>.

Uma vez estabelecido que o princípio da maioria é o mecanismo que possibilita o maior grau de liberdade em um grupo social quando prefere sacrificar a liberdade da minoria para salvaguardar a liberdade dos demais, resta enfrentar o problema de decidir qual dos diversos tipos de maioria é o mais democrático? Kelsen confronta entre si as três formas possíveis de maioria: a *maioria qualificada*, a *maioria relativa* e a *maioria absoluta*<sup>167</sup>.

A maioria qualificada consiste em requerer um número ou porcentagem predeterminada de indivíduos que participam do processo para aprovação da decisão. Esta forma de decidir traz dois problemas em que o primeiro diz respeito à dificuldade que pode ser imposta pela minoria que, embora se constitua na parte com menor poder de aprovação de suas ideias, neste caso, pode evitar a modificação. Em decorrência da qualificação do quorum, uma ordem seguida pela maioria poderá não ser aprovada em face de uma minoria que deterá o poder, senão de aprovar, pelo menos de não permitir a sua legitimação<sup>168</sup>, o que demandará

---

<sup>165</sup> BARZOTTO, Luis Fernando. Modernidade e Democracia. Os fundamentos da teoria da democracia em Kelsen. *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito. Mestrado e Doutorado 2001*. Centro de Ciências Jurídicas UNISINOS. Organização Leonel Severo Rocha/Lenio Luiz Streck. São Leopoldo: UNISINOS, 2001. p.144.

<sup>166</sup> VIANELLO, Lorenzo Córdova. *Derecho y poder. Kelsen y Schmitt frente a frente*. México: FCE, UNAM, IIIJ, 2009. p.122.

<sup>167</sup> Ibid., p.123.

<sup>168</sup> Ibid., p.123.

um número maior de indivíduos não-livres<sup>169</sup>. Por outro lado, se estabelece uma discriminação entre *maioria* e *minoría*, uma vez que os primeiros terão que ser algo mais do que simplesmente maioria, e os de minoría terão que ser menos, o que implica uma maior dificuldade no caso de mudança de ideia, já que o número de adeptos que terá que alcançar para migrar do estado de não-liberdade para o de liberdade será maior, e, portanto, mais difícil de ser atingível<sup>170</sup>.

As decisões em que fosse necessária menos do que a maioria absoluta para a criação da ordem podem ser classificadas de princípio da maioria relativa, visto que não segue números preestabelecidos de vontades coincidentes<sup>171</sup>. Neste caso:

Haveria a possibilidade de que a vontade estatal, no momento da sua criação, se encontrasse, não de acordo, mas em oposição ao número maior de vontades individuais e que, por conseguinte, ocorrida a modificação da ordem social, houvesse um menor número de indivíduos livres, porque de vontade concordante com a ordem social, e um maior número de indivíduos não-livres, porque em desacordo com a própria ordem social<sup>172</sup>.

Desse ponto de vista, o princípio da maioria absoluta, dentre os três possíveis, é o que melhor representa a aproximação da ideia democrática de liberdade pura. Os limites por ele requeridos levam a que sejam livres, se não todos os indivíduos, pelo menos o maior número possível deles<sup>173</sup>. Ademais, este modelo é benéfico também em relação à minoría que se encontra em uma situação de heteronomia, já que representa um limite menos exigente para que ela possa converter-se em maioria<sup>174</sup>.

Essa possibilidade de conversão se revela o meio adequado para o exercício da liberdade, uma vez que, a qualquer momento, os sujeitos podem passar de minoría para maioria, deixando uma situação de heteronomia para exercer a autonomia política, posto que fará parte da nova ordem<sup>175</sup>.

<sup>169</sup> KELSEN, Hans. *A democracia*. Tradução Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla, Vera Barkow. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p.128.

<sup>170</sup> KELSEN, Hans. *A democracia*. Tradução Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla, Vera Barkow. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p.9, 67-79.

<sup>171</sup> VIANELLO, Lorenzo Córdova. *Derecho y poder. Kelsen y Schmitt frente a frente*. México: FCE, UNAM, IJ, 2009. p.124.

<sup>172</sup> KELSEN, op. cit., p.128.

<sup>173</sup> Ibid., p.128.

<sup>174</sup> VIANELLO, op. cit., p.125.

<sup>175</sup> Ibid., p.126-7.

Por isso, Kelsen associa o princípio da maioria com o valor da democracia, resultando, por sua vez, em uma síntese das ideias de liberdade e igualdade<sup>176</sup>.

Por outro aspecto, o princípio da maioria pressupõe não somente a existência de uma minoria, mas que esta minoria tenha o *direito de existência*<sup>177</sup>. Daqui, resulta a necessidade de proteção da minoria contra a maioria que se dá através do mecanismo dos direitos fundamentais, garantidos pelas Constituições modernas das democracias parlamentares<sup>178</sup>. Assim, tem-se o rol de direitos e liberdades fundamentais e os direitos do homem e do cidadão como normas com função essencial de proteção, enquanto que o mecanismo para exercer-se esta proteção é a da jurisdição constitucional. Neste aspecto, sempre que as minorias quiserem garantir a sua existência ou ação política é nela que devem socorrer-se<sup>179</sup>.

Os mecanismos protetores têm grande importância no sentido de incluir, ou manter incluída, a minoria no processo de decisão no sentido de impedir o despotismo da maioria. A eventual exclusão da minoria do processo de elaboração do ordenamento, certamente, a fará retirar-se do jogo político, o que além de trazer um desequilíbrio à ordem social e, por conseguinte, ao próprio Estado, constitui-se em medida que atenta contra a democracia<sup>180</sup>.

Como caminho natural do que até o momento foi visto, Vianello deduz a existência de três *regras da minoria* que são paralelas, complementares e coexistem harmonicamente com as *regras da maioria* no sentido de manter o caráter democrático do sistema político<sup>181</sup>. A primeira diz respeito ao *direito da minoria existir*, seja no sentido de impedimento da maioria decidir a supressão física daquela, quanto à impossibilidade de exclusão do processo de

<sup>176</sup> KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p.411.

<sup>177</sup> KELSEN, Hans. *A democracia*. Tradução Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla, Vera Barkow. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p.129.

<sup>178</sup> BARZOTTO, Luis Fernando. Modernidade e Democracia. Os fundamentos da teoria da democracia em Kelsen. *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito*. Mestrado e Doutorado 2001. Centro de Ciências Jurídicas UNISINOS. Organização Leonel Severo Rocha/Lenio Luiz Streck. São Leopoldo: UNISINOS, 2001. p.151.

<sup>179</sup> Kelsen expõe a importância da jurisdição constitucional já aqui, em sua defesa do parlamento e da democracia, o que demonstra a base de sua teoria para a formação de sua ideia sobre a guarda da constituição: “Por isso, a minoria – se quiser garantir a sua existência e sua ação política, tão importantes para a democracia, e se a constituição não representar uma *lex imperfecta* – deverá ter a possibilidade de recorrer, direta ou indiretamente, à jurisdição constitucional”. Cf. KELSEN, op. cit., p.84.

<sup>180</sup> VIANELLO, Lorenzo Córdoba. *Derecho y poder. Kelsen y Schmitt frente a frente*. México: FCE, UNAM, IIIJ, 2009. p.271. p.129-30.

<sup>181</sup> *Ibid.*, p.130.

decisão, propriamente dito<sup>182</sup>. A segunda regra dita que *a minoria tem que ter a possibilidade de converter-se em maioria*, seja por seus argumentos adquirirem maior peso, seja pela mudança de entendimento político<sup>183</sup>. E, por fim, a terceira regra define que *a minoria tem que ter o direito de ver suas manifestações levadas em conta* no momento da interação do jogo democrático, permitindo-lhe opinar e confrontar argumentos com os grupos de maioria, independentemente do resultado final do debate<sup>184</sup>.

Esse acoplamento entre maioria decisora, limitado e moderado pelos princípios da minoria, o que poderia chamar-se *princípio da maioria-minoria*, cria a possibilidade de chegar-se a um compromisso<sup>185</sup>, e, a partir disso, garantir a liberdade política não somente à maioria, mas a um grupo mais amplo. Essa garantia constitui-se através da contínua discussão democrática entre os grupos o que propicia uma atmosfera favorável a um compromisso entre ambos, o qual deve ser acordado em cada contrato. Esta concepção da vida democrática como orientada de maneira natural para o acordo mediante a discussão se funda claramente em uma concepção de política como resolução de conflitos<sup>186</sup>.

Portanto, o primeiro freio limitativo imposto à ideia de autonomia política mostrou ter extrema importância para formar-se uma ordem social baseada no exercício democrático de seus indivíduos. Contudo, o princípio da maioria não esgota o problema, pois, embora tenha

---

<sup>182</sup> O princípio do direito da minoria existir implica no primeiro e mais importante limite para as decisões que pode tomar a maioria. Há a proibição de supressão da minoria por parte da maioria. Muito embora se aceite que a vontade da maioria prevaleça, ela não supõe que essa vontade tenha um peso ou um valor absoluto que desvalorize as posturas minoritárias. Aceitar o contrário desembocaria na eliminação sistemática da dissidência, e, logo, da própria minoria do procedimento de decisão do Estado. Como visto, o direito de existir garante o impedimento de que haja uma supressão física e política da minoria e a prevenção a tais abusos se dá através dos direitos e garantias fundamentais. Cf. VIANELLO, Lorenzo Córdova. *Derecho y poder. Kelsen y Schmitt frente a frente*. México: FCE, UNAM, IJ, 2009. p.130-1.

<sup>183</sup> A segunda regra trazida por Vianello indica a garantia de participação da minoria no jogo democrático através da possibilidade de conversão de lado. O eventual cancelamento desta possibilidade condenaria a minoria a permanecer em uma situação de heteronomia constante, o que vai de encontro aos ideais democráticos. Cf. VIANELLO. *Ibid.*, p.132.

<sup>184</sup> A última regra complementa o fato da impossibilidade de exclusão da minoria do processo de decisão. O direito de opinar e confrontar argumentos coloca a minoria em uma situação que, se não conseguir substituir a maioria e impor seus pontos de vista, seus argumentos, defendê-los e, eventualmente, chegar a incidir de alguma maneira na decisão final. Esse procedimento parlamentar de discussão, análise, ponderação e avaliação de posturas distintas são o próprio fundamento da democracia. Cf. VIANELLO. *op. cit.*, p.132-3.

<sup>185</sup> Para Kelsen “o compromisso significa a solução de um conflito por meio de uma norma que não se conforma inteiramente aos interesses de uma parte, nem contradiz inteiramente aos interesses da outra”. Em virtude do alcance do compromisso, “a sujeição voluntária de todos os indivíduos à ordem jurídica é mais facilmente possível que em qualquer outra organização política. Precisamente por causa dessa tendência rumo ao compromisso, a democracia é uma aproximação do ideal de autodeterminação completa”. Cf. KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p.412.

<sup>186</sup> Vianello diferencia, portanto, a concepção política kelseniana que se funda na resolução de conflitos da concepção pensada por Carl Schmitt, baseada na luta e na subordinação. Ver, VIANELLO. *op. cit.*, p.134.

se previsto a formação do ordenamento a partir do debate entre os grupos de cidadãos, ficou em aberto a forma para se exercer a autodeterminação de forma plena: Seria exercida de maneira direta ou através de intermediários, representantes?

Para Vianello, a completa redefinição da noção de liberdade somente se dará com a passagem da democracia direta à democracia representativa e, por isso, considera esta a terceira fase desta transformação conceitual<sup>187</sup>.

Kelsen identifica como o mais alto grau de aproximação de um tipo ideal de democracia o modelo onde os cidadãos participam diretamente das funções legislativas, assim como das principais funções executivas e judiciárias. O exercício pleno pode ocorrer em assembleias primárias ou populares, onde os próprios indivíduos decidem e formam o ordenamento<sup>188</sup>.

Por outro lado, muito embora para o jurista austríaco a *democracia direta* seja o modelo ideal, ele reconhece a impossibilidade prática de realizar-se no cenário político do mundo moderno. Somente seria possível exercer-se este modelo em comunidades pequenas e sob condições sociais simples, o que não é o caso do panorama vivido pela sociedade ocidental<sup>189</sup>.

Diante do problema de impossibilidade material na realização de uma democracia direta, torna-se necessária a criação de uma forma de escolha em que o indivíduo não atue mais de forma direta, mas que atribua a determinados órgãos ou grupos os poderes para que atuem em sua representação. Neste ponto, introduz-se o princípio da representação, instituindo o ordenamento denominado *democracia indireta ou representativa*<sup>190</sup>.

---

<sup>187</sup> Para o autor “Los principios de mayoría y de representación consituyen, de esta manera, las dos principales restricciones que el ideal democrático de libertad padece como consecuencia de su materialización: con base en el primero de dichos principios, no todas las voluntades de los individuos sometidos al ordenamiento social se reconocen en la voluntad general; con base em el segundo, la autodeterminación del cuerpo politico no ocurre ya de manera directa sino a través de intermediário”. Ver, VIANELLO, Lorenzo Córdova. *Derecho y poder*. Kelsen y Schmitt frente a frente. México: FCE, UNAM, IJ, 2009. p.119.

<sup>188</sup> Uma democracia direta, para o vienense, “caracteriza-se pelo fato de que a legislação, assim como as principais funções executivas e judiciárias, é exercida pelos cidadãos em assembléia popular ou assembléia primária”, e continua, “o tipo ideal de democracia é concretizado pelas diferentes constituições em diferentes graus. A chamada democracia direta representa comparativamente o mais alto grau”. Cf. KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p.412.

<sup>189</sup> Ibid., p.412.

<sup>190</sup> VIANELLO, op. cit., p.138.

Baseado nesta impossibilidade material de realização da democracia direta e, por outro lado, na necessária divisão de trabalho no campo da criação do direito, insere-se a representação<sup>191</sup>. A sua introdução, contudo, atenua consideravelmente o grau de autodeterminação política dos cidadãos, que se limitará ao procedimento pelo qual os órgãos decisores serão nomeados, no caso o procedimento eleitoral<sup>192</sup>.

A escolha dos eleitos por parte dos indivíduos impõe a responsabilidade aos representantes de que atuem segundo a vontade do povo e sejam responsáveis perante ele<sup>193</sup>. Segundo Kelsen, essa é a verdadeira representação, ou seja, a existência de um *mandato imperativo* e a possibilidade de *revogação do mandato* quando os eleitos não refletirem a vontade popular<sup>194</sup>.

Julgadas por este teste, entretanto, nenhuma das democracias modernas pode ser denominada representativa, tendo em vista que, na maioria delas, os membros do judiciário e dos administrativos não são eleitos e os parlamentares selecionados desta maneira não são responsáveis juridicamente perante o eleitorado, dever que, de acordo com Kelsen, seria uma condição fundamental para o exercício pleno da representação<sup>195</sup>.

Em virtude disso, o jurista austríaco reconhece que muito embora os eleitos e os chefes de Estado possam ser retirados do cargo por meio dos Tribunais em casos especiais, eles não possuem qualquer obrigação jurídica de representação de seus eleitores, o que faz do princípio do mandato imperativo<sup>196</sup> uma ficção política.

---

<sup>191</sup> VIANELLO, Lorenzo Córdova. *Derecho y poder. Kelsen y Schmitt frente a frente*. México: FCE, UNAM, III, 2009. p.138.

<sup>192</sup> Kelsen identifica como forma democrática de escolha dos órgãos decisores a eleição, contudo, reconhece que “trata-se de um enfraquecimento considerável do princípio de autodeterminação política”. Cf. KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p.413.

<sup>193</sup> KELSEN. *Ibid.*, p.413-4.

<sup>194</sup> VIANELLO. *op. cit.*, p.141.

<sup>195</sup> KELSEN, *op. cit.*, p.414.

<sup>196</sup> Em virtude dessa característica, Kelsen aduz que “os membros eleitos de um parlamento moderno não estão juridicamente obrigados por qualquer instrução de seus eleitores. O seu mandato legislativo não possui caráter de um ‘mandat impératif’, como os franceses denominam a função de um deputado eleito, caso ele seja juridicamente obrigado a executar a vontade de seus eleitores”. Com isso, o autor reconhece que os Parlamentos modernos exercem uma representação política ficcional, pois não atendem nenhum dos requisitos necessários para a verdadeira representação: o mandato imperativo e a possibilidade de revogação de mandato. Cf. KELSEN. *Ibid.*, p.415; ver, também, VIANELLO, *op. cit.*, p.141.

Assim, conclui-se que o uso da expressão de que o membro do parlamento exerce a *representação do povo* tem uma conotação ideológica cuja finalidade é legitimar o Parlamento do ponto de vista da soberania popular. O autor, por seu turno, entende-a como uma forma equivocada de defender o Parlamentarismo e propõe sua superação<sup>197</sup>.

A figura do mandato imperativo, que está diretamente ligada ao tema da possibilidade de revogação do mandato, se exercida, poderia promover um vínculo mais estreito entre os representantes e os representados<sup>198</sup> que se traduziria, por fim, em uma maior capacidade democrática. Entretanto, na prática dos países modernos, não se vê esta cumplicidade, o que afasta qualquer caracterização de uma representatividade total por parte dos eleitos.

Nem mesmo a crítica recorrente à teoria kelseniana de que esta possibilidade de revogação dar-se-ia através da reeleição – ou, melhor dizendo, da não reeleição dos descumpridores da vontade dos indivíduos – pode ser levada adiante, pois, para Kelsen, esta forma de responsabilidade fica adstrita ao campo político e não jurídico, e, por isso, não assegura a dependência permanente entre as partes<sup>199</sup>.

O caráter democrático da representação tem um elemento chave que já foi referido alhures, a eleição realizada com base no sufrágio universal e igual. São estas as características que constituem a essência democrática da representação, permitindo uma aproximação da ideia democrática de liberdade.

---

<sup>197</sup> O tema do parlamentarismo e seus problemas serão tratados adiante. Contudo, cabe trazer uma passagem em que Kelsen retrata os motivos pelos quais entende que a dita fórmula não passa de uma bruta ficção: “dada a fórmula ‘democracia é governo do povo’, e se o povo é o conjunto dos titulares dos direitos políticos, então ‘povo’ é o conjunto dos titulares políticos que efetivamente os exercem. Se assim fosse, ‘democracia’ no sentido genérico de ‘governo do povo’ seria o atributo de qualquer sistema político que se apresentasse como ordenação jurídica. É uma questão de maior ou menor número de titulares dos direitos políticos – muitos, poucos, em última instância um –, mas, segundo este critério, sempre democracia. A conclusão é indubitavelmente paradoxal, se não absurda, e por isso Kelsen a rejeita. Portanto, que não se fale de povo como titular de uma soberania cujo exercício pode ser pessoal ou ser mais ou menos delegado. Esse é o caminho que não leva a nenhum esclarecimento sobre a idéia de democracia, ou melhor, que identifica democracia com autocracia, como resulta da fácil substituição da fórmula ‘governo do povo’ pela fórmula ‘governo para o povo’”. Cf. KELSEN, Hans. *A democracia*. Tradução Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla, Vera Barkow. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p.11, 45, ss. Ver também VIANELLO, Lorenzo Córdova. *Derecho y poder. Kelsen y Schmitt frente a frente*. México: FCE, UNAM, III, 2009. p.142.

<sup>198</sup> Kelsen faz uma analogia entre a representação política e a representação jurídica de representação civil para que se possa entender os papéis entre representante e representado. Para tanto, usa a terminologia de mandante e mandatário, em que não existiria uma relação de representação entre os pólos se a responsabilidade dos mandatários não pudesse ser invocada coativamente pelos mandantes. Cf. VIANELLO, op. cit., p.142; ver também KELSEN, op. cit., p.416-8.

<sup>199</sup> KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p.416-7; e, VIANELLO. op. cit., p.143.

A característica de universalidade está fundada na ideia de que o número de indivíduos excluídos deve ser o mínimo aceitável, assim como a idade mínima deve ser a mais baixa possível<sup>200</sup>. Já o critério de igualdade é alcançado a partir da possibilidade que cada eleitor atinja com igual influência no resultado da eleição, ou seja, o peso do voto deve ser igual<sup>201</sup> entre todos os eleitores<sup>202</sup>. É pela soma de ambos que se atingirá o real significado de democracia como a possibilidade dos indivíduos se autodeterminarem pelo direito de criação das normas do ordenamento através da eleição de seus representantes<sup>203</sup>.

Isso leva à necessidade de se identificar o sistema eleitoral que deve ser adotado: *sistema majoritário* ou *sistema proporcional*. Enquanto o primeiro se caracteriza por eleger somente um representante por circunscrição, o segundo, ao contrário, pode ser aplicado somente em uma circunscrição em que são eleitos vários representantes.

Portanto, surge o questionamento de quem deve ser considerado eleito?<sup>204</sup> Se for eleito apenas um representante, nesse caso, será aquele que obtenha um número de votos absolutamente maior para que se evite, em caso de maioria relativa, permitir o domínio da minoria sobre a maioria, o que vai de encontro a toda base teórica defendida por Kelsen<sup>205</sup>.

Mesmo nesse modelo, porém, o jurista austríaco entende que há a imprescindibilidade de imporem-se limitações aos votantes, a fim de que a maioria absoluta não seja posta em risco, e conclui: *uma maioria é o resultado de certa integração. A integração de indivíduos é a função dos partidos políticos*<sup>206</sup> que são instrumentos que propiciam a associação de indivíduos que coadunem das mesmas opções políticas e possam influenciar efetivamente

---

<sup>200</sup> KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p.419.

<sup>201</sup> São trabalhados, aqui, os prejuízos que afetam a igualdade em caso da proporção entre o número de votantes e o número de eleitos mudar de um corpo eleitoral para outro. Para tanto, usa-se como exemplo “dois corpos eleitorais – um com 10.000 votantes e outro com 20.000 votantes – elegem o mesmo número de delegados, o peso do voto de um votante pertencente ao primeiro corpo é duas vezes maior do que um votante pertencente ao segundo”. Assim, o jurista demonstra um problema que desembocará na escolha entre uma representação majoritária ou proporcional como melhor representação da democracia. Cf. KELSEN. *Ibid.*, p.420.

<sup>202</sup> *Ibid.* p.420.

<sup>203</sup> VIANELLO, Lorenzo Córdova. *Derecho y poder. Kelsen y Schmitt frente a frente*. México: FCE, UNAM, IJ, 2009. p.144.

<sup>204</sup> KELSEN, op. cit., p.420.

<sup>205</sup> VIANELLO. op. cit., p.146.

<sup>206</sup> KELSEN, op. cit., p.421.

sobre a gestão dos assuntos públicos<sup>207</sup>, tornando-se essencial para a formação da vontade pública<sup>208</sup>.

Diante da dificuldade do indivíduo isolado em influenciar a criação da ordem social, faz-se necessária sua associação a outros que compartilham de mesmas ideias com o propósito de utilizar o poder político para a satisfação de seus interesses<sup>209</sup>. Em uma democracia parlamentar, o veículo essencial para a formação da vontade pública é, então, o partido político<sup>210</sup>.

No entanto, o sistema majoritário não é a garantia absoluta de liberdade, nem mesmo se existirem apenas dois partidos na competição<sup>211</sup>. Basta um número considerável de eleitores não optar por nenhum deles, anulando o voto, que a escolha se dará em resposta à vontade da minoria<sup>212</sup>.

É por isso que, embora Kelsen não negue o caráter democrático do sistema eleitoral majoritário, ele afirma, inobstante, que é o sistema proporcional o que tem uma maior conformidade com a ideia de democracia<sup>213</sup>.

---

<sup>207</sup> KELSEN, Hans. *A democracia*. Tradução Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla, Vera Barkow. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p.12, 39, ss.

<sup>208</sup> VIANELLO, Lorenzo Córdova. *Derecho y poder. Kelsen y Schmitt frente a frente*. México: FCE, UNAM, IJ, 2009. p.147.

<sup>209</sup> KELSEN, op. cit., p.146.

<sup>210</sup> KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p.421.

<sup>211</sup> O exemplo da inobservância da busca democrática no princípio majoritário é trazido por Kelsen quando refere que “se os votantes estiverem divididos em certo número de distritos eleitorais, o resultado da eleição pode não refletir a estrutura política do eleitorado total. Suponhamos, por exemplo, que mil votantes estão divididos em dez distritos de cem votantes, e que cada distrito deve eleger um delegado. Suponhamos, ainda, que existem dois partidos antagônicos, A e B. Em quatro distritos, A tem noventa membros e B tem apenas dez. Mas nos seis distritos restantes, B tem sessenta membros, ao passo que A tem quarenta. Assim, no eleitorado total, A conquista a maioria com seiscentos votantes, enquanto que B reúne uma minoria de quatrocentos votantes. Contudo, o partido A consegue eleger apenas quatro candidatos, enquanto B consegue seis. O partido que é a maioria entre os votantes torna-se a minoria entre os delegados, e vice-versa. Desse modo, a divisão em distritos eleitorais pode ameaçar seriamente, e até mesmo eliminar por completo, o princípio do voto majoritário e levar ao seu oposto, a um domínio da maioria”. Portanto, para o jurista o princípio do voto majoritário não é garantia absoluta de liberdade da maioria, o que o motiva a preferir o modelo do voto proporcional. Cf. KELSEN. *Ibid.*, p.422.

<sup>212</sup> VIANELLO, op. cit., p.147.

<sup>213</sup> Este é um sistema que somente pode ser aplicado em caso de escolha de mais de um delegado. No exemplo acima, o sistema proporcional teria resultado na escolha de seis delegados para o partido A e quatro para o partido B. Para Kelsen, a eleição proporcional assegura que a força relativa dos partidos no corpo representativo seja a mesma que no corpo eleitoral. Cf. KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p.423.

O autor esclarece, contudo, que o sistema de representação proporcional é aplicável à eleição do corpo representativo, e apenas a ele. Já as decisões desse corpo seguirão o sistema do princípio da maioria. Com isso, identifica-se o ponto central como sendo o afastamento da relação maioria-minoria do âmbito do processo de eleição, uma vez que cada grupo estará representado, independente de ser maioria, de acordo com sua força numérica e a divisão do eleitorado em corpos eleitorais. Esta estratégia oferece a possibilidade de uma minoria conquistar uma representação mais forte que a correspondente à sua força numérica<sup>214</sup>, o que representa uma evidente superioridade sobre o sistema majoritário.

A finalidade do sistema proporcional, desse modo, não é determinar um ganhador ou um perdedor, mas estabelecer a porcentagem de consensos que recebe cada postura política, para que esteja representada na busca da criação da vontade coletiva. Este fato revela o caráter da concepção kelseniana de política:

La política no es esencialmente contraposición (como veremos ocurre en el caso de Carl Schmitt), sino, por el contrario, es composición de los contrastes y de los conflictos; no busca el sometimiento del vencido, sino el compromiso entre posiciones que no pueden aspirar a tener validez absoluta<sup>215</sup>.

Para o autor, portanto, a necessidade de participação da minoria no processo decisório é essencial, e alcançar esse compromisso de inclusão requer que todas as orientações políticas estejam representadas na medida proporcional de suas forças. Isso somente se alcançará através do sistema proporcional, residindo, neste fato, o valor democrático deste modelo de representação<sup>216</sup>.

Impõem-se, assim, limitações imprescindíveis à liberdade coletiva, constituindo-se os princípios da maioria e da representatividade em pontos-chave para que se alcance a autodeterminação. Esta concepção, também, começa a dar os argumentos para a defesa

<sup>214</sup> KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p.424.

<sup>215</sup> VIANELLO, Lorenzo Córdova. *Derecho y poder. Kelsen y Schmitt frente a frente*. México: FCE, UNAM, IJ, 2009. p.148-9.

<sup>216</sup> *Ibid.*, p.149. Kelsen reafirma esse ponto quando aduz: “Em uma democracia representativa, o sistema de representação proporcional é a aproximação máxima possível do ideal da autodeterminação, sendo, portanto, o sistema eleitoral mais democrático”, pois, não é necessária a competição entre candidatos de diferentes partidos, mas a eleição com os votos de seu próprio grupo, não dependendo dos votos dos grupos, ou grupo, antagonicos. Cf. KELSEN, op. cit., p.425.

kelseniana quanto ao guardião da Constituição e demonstra sua diferença conceitual de política e direito em relação a Carl Schmitt.

Os elementos trazidos neste ponto se inserem no próprio fundamento político da democracia kelseniana, que será adiante delimitado, assim como perpassam os demais fundamentos democráticos levantados pelo autor. O racionalismo do poder, assim como a autodeterminação, deve ser considerado a partir de limites, e, alguns deles, já foram demonstrados como limitadores da própria liberdade coletiva. Assim, como ponto seguinte, traz-se elementos da democracia como forma de racionalização do poder.

#### 2.1.1.2 O fundamento político da democracia: a questão do parlamento

A impossibilidade, no horizonte político moderno, de que cada indivíduo busque seu *telos* determina que se pense diferente também os mecanismos propostos para a busca da dominação estatal de acordo com o contexto social moderno. Assim, esta construção inicia-se com a ideia de Estado não definido segundo seu fim, mas pelo meio que adota para alcançar qualquer fim que se proponha, a coerção<sup>217</sup>.

O Estado, então, reclama para si o monopólio da coerção e, com isso, chega à dominação de seus membros<sup>218</sup>. A dominação produzida se manifesta como administração<sup>219</sup>

<sup>217</sup> BARZOTTO, Luis Fernando. Modernidade e Democracia. Os fundamentos da teoria da democracia em Kelsen. *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito. Mestrado e Doutorado 2001*. Centro de Ciências Jurídicas UNISINOS. Organização Leonel Severo Rocha/Lenio Luiz Streck. São Leopoldo: UNISINOS, 2001. p.146.

<sup>218</sup> O conceito de dominação utilizado por Barzotto é baseado na obra de Max Weber. Este autor, por sua vez, conceitua dominação como um sentido geral de poder, isto é, “de possibilidade de impor ao comportamento de terceiros a vontade própria”, dividindo em dois tipos opostos, por um lado ela pode aparecer com uma “dominação em virtude de interesses (especialmente em virtude de uma situação de monopólio), e, por outro, a dominação em virtude da autoridade (poder de mando e dever de obediência). O tipo mais puro da primeira é a dominação monopolizadora do mercado, e, da última, o poder do chefe de família, da autoridade administrativa ou do príncipe. A primeira, em seu tipo puro, fundamenta-se exclusivamente, nas influências que pode fazer valer, em virtude de uma propriedade garantida de alguma forma, e que exerce sobre a ação formalmente ‘livre’ e aparentemente voltada para interesses próprios dos dominados, enquanto a última se baseia num dever de obediência, sem mais, que é considerado sem atenção a quaisquer motivos e interesses”. Cf. WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; Revisão técnica de Gabriel Cohn, Brasília, DF: Ed. UnB; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2004. p.187-8. v.2.

<sup>219</sup> Weber conecta a dominação à administração, pois entende que “toda dominação manifesta-se e funciona como administração. Toda administração precisa, de alguma forma, da dominação, pois, para dirigi-la, é mister que certos poderes de mando se encontrem nas mãos de alguém”. Cf. WEBER, *Ibid.*, p.193.

que, embora possa aparecer de vários modos, tem sua face mais eficiente na burocracia. Como decorrência, a burocracia e o Estado moderno aparecem como produto de um processo de racionalização, ou seja, que os processos e as atividades nas várias esferas da vida social tenham sido submetidos à lei obtendo sua titularidade e exercício com fundamento na ordem normativa. Por isso, o tipo de dominação exercido nesta fase pode ser denominado de *dominação legal* ou *dominação racional-legal*, pois, *o poder é racionalizado na medida em que sua submissão à lei o torna calculável e previsível, excluindo o arbítrio e fornecendo segurança e certeza aos dominados*<sup>220</sup>.

Assim sendo, a burocracia torna-se um destino inevitável da sociedade racionalizada moderna e, por ter essa importância, deve trazer algum tipo de legitimação e controle, sob pena de ver-se como um fim, aproximando-se, perigosamente, da eficiência totalitária.

Na busca do controle burocrático, o Estado moderno implantou a democracia parlamentar. Dessa forma, pelo parlamento se terá a representação dos indivíduos e, por conseguinte, se legitimará a burocracia através da aprovação dos dominados. Este modelo legitima e limita ao mesmo tempo, tornando-se condição de possibilidade para que a administração burocrática não se esvaia na heteronomia<sup>221</sup>.

Como a democracia é um método de criação da ordem social, considera-se que os indivíduos, mesmo tendo direitos políticos, não alcançam uma relevância política em termos de decisão. Por isso, Kelsen identifica a necessidade deles associarem-se através do *partido*, cujo *locus* de atuação é o parlamento. Portanto, em uma democracia moderna não é o povo que governa, mas os partidos presentes no parlamento<sup>222</sup>.

Neste contexto, Kelsen analisa a questão do Parlamento e seus problemas perpassando as críticas feitas ao modelo e indicando as possíveis maneiras de manutenção, eis que se trata do sistema democrático que oferece a mecânica para a autodeterminação. Esta reflexão toma relevância neste ponto da investigação e será aprofundada antes de seguir-se na apresentação dos demais fundamentos democráticos kelsenianos.

---

<sup>220</sup> BARZOTTO, Luis Fernando. Modernidade e Democracia. Os fundamentos da teoria da democracia em Kelsen. *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito. Mestrado e Doutorado 2001*. Centro de Ciências Jurídicas UNISINOS. Organização Leonel Severo Rocha/Lenio Luiz Streck. São Leopoldo: UNISINOS, 2001. p.146-7.

<sup>221</sup> *Ibid.*, p.148.

<sup>222</sup> *Ibid.*, p.159-60.

O parlamentarismo inicia através da luta travada, no fim do século XVIII e no início do século XIX, contra a autocracia. Partiu-se de uma constituição que concedia à representação popular um papel decisivo na formação da vontade estatal e pôs-se fim à ditadura do monarca absoluto ou aos privilégios de uma organização jurídica por castas. Buscou-se, com a Constituição, o progresso político centrado em uma organização social baseada na justiça<sup>223</sup>.

O modelo democrático parlamentar resultou, portanto, em uma completa emancipação da classe burguesa em face da nobreza, antes dominante e, mais tarde, o crescimento político do proletariado o que determinou, em última instância, à sua emancipação moral e econômica diante da classe capitalista<sup>224</sup>.

Com o decorrer do tempo, as críticas ao Parlamento chegaram a declarar-lhe falência, tendo sido entendido como um sistema fracassado diante da pluralidade e da ineficácia nas decisões<sup>225</sup>. Em pleno sistema republicano democrático-parlamentar, o problema do inimigo do Parlamento dá-se por um problema existencial, pois atinge diretamente o cumprimento ou não de seu papel em resolver os problemas sociais de seu tempo, do que depende a própria existência da *democracia* moderna<sup>226</sup>.

Para Kelsen, uma das causas da crise do Parlamento e refere-se à verdadeira natureza dessa forma política. Tal afirmação resulta de seu próprio princípio dominante, que é a *liberdade*, a autodeterminação democrática<sup>227</sup>. A luta pelo Parlamentarismo foi uma luta pela liberdade política que, depois de alcançada, deixou de ser motivo para a sua manutenção.

---

<sup>223</sup> KELSEN, Hans. *A democracia*. Tradução Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla, Vera Barkow. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p.111.

<sup>224</sup> Ibid., p.111.

<sup>225</sup> Vide críticas de Carl Schmitt ao parlamentarismo no capítulo I.

<sup>226</sup> Embora Kelsen entenda que o funcionamento do parlamento será resultado da democracia moderna, ele admite que ambos institutos não são a mesma coisa. Pode haver democracia sem parlamento (democracia direta), contudo, tal fato ocorrer na modernidade seria uma busca utópica, e, por ser impossível este tipo de democracia, não se pode duvidar que o parlamentarismo não seja a única forma de realização da ideia de democracia, motivo pelo qual “condenar-se o parlamentarismo seria condenar a democracia”. Cf. KELSEN, op. cit., p.112.

<sup>227</sup> A crítica tecida ao parlamentarismo vincula-se a seu próprio conceito de “formação da vontade normativa do Estado mediante um órgão colegiado eleito pelo povo com base no sufrágio universal e igual para todos, isto é, democraticamente, portanto segundo o princípio de maioria”. Portanto, um sistema formado para a efetivação da liberdade teria perdido seu objeto após ver seu intento atingido. Porém, a teoria kelseniana não vê a política como um antagonismo amigo/inimigo, por isso, entende que o Parlamento continua sendo a máxima realização da liberdade através da busca pelo consenso. Cf. Ibid., p.113.

Contudo, inobstante a isso, Kelsen reconhece, no Parlamentarismo, a forma de governo que melhor garante a realização da idéia de liberdade<sup>228</sup>.

Conforme se verifica, as críticas ao ordenamento parlamentar são construídas a partir dos elementos trazidos no item precedente e que resultam do processo de transformação da ideia de liberdade, ou seja

En el sistema parlamentario, em efecto, um órgano constituido por los representantes del pueblo elegidos por los ciudadanos, preferiblemente mediante un sistema proporcional, decide a través de la aplicación de la regla de la mayoría, el contenido de las normas que componen el ordenamiento jurídico. El principio de representación y el principio de mayoría son, por lo tanto, el fundamento del sistema parlamentario que, de esta manera, no es otra cosa sino el resultado de “un compromiso entre la exigencia democrática de libertad y el principio – causal de diferenciación y condicionante de todo proceso técnico-social – de la distribución del trabajo”<sup>229</sup>

Somem-se, ainda, aos elementos acima definidos a ficção representacional e a eleição fundada no sistema proporcional<sup>230</sup>, que objetiva a representação da maioria e da minoria na tomada de decisões. As ideias trazidas por Kelsen vão ao encontro de suas raízes que defendem o alcance do consenso através da assembleia de todos os cidadãos com direito a voto.

---

<sup>228</sup> VIANELLO, Lorenzo Córdova. *Derecho y poder. Kelsen y Schmitt frente a frente*. México: FCE, UNAM, IJ, 2009. p.156.

<sup>229</sup> *Ibid.*, p.156-7.

<sup>230</sup> Importante ponto foi acrescido por Vianello quando expôs as críticas tecidas a Kelsen sobre sua defesa ao sistema proporcional. Gianfranco Miglio, citado por Vianello, chegou a chamar o autor austríaco de “padre del consociativismo”, entendendo-se este por um sistema político degenerado, onde a fragmentação política existente nos espaços representativos de decisão coletiva colocava os partidos pequenos, aqueles com menor representatividade, em uma posição de ser o fiel da balança, o que lhes daria um peso desproporcionado. Segundo seus opositores, este modelo era visto, então, como uma situação de corrupção dos princípios democráticos. Conforme Gaetano Pecora, também citado por Vianello, este modelo coloca a maioria como refém da minoria provocando uma situação de não-liberdade, precisamente visão contrária ao que Kelsen buscou. Ver, VIANELLO. *Ibid.*, p.158-9, nota 19. O autor austríaco, porém, traz a resposta às objeções à proporcionalidade referindo que o modelo foi criticado “em particular [...] por estimular a formação de partidos pequenos e minúsculos e, por conseguinte, implicar o perigo de um excessivo *fracionamento* dos próprios partidos. Isso é exato [...]. Mas, se considerarmos o problema mais de perto, veremos que a proporcionalidade, sob esse aspecto, apenas transfere da esfera dos eleitores à do parlamento a necessidade de *coalizões partidárias*, isto é, a necessidade para os partidos de colocarem em segundo plano as diferenças de menor monta que os dividem para estarem em acordo sobre os interesses de maior importância. A *integração política* implica na coalizão partidária e tornada necessária pelo princípio de maioria não é, do ponto de vista da técnica social, um mal, mas ao contrário, assinala um progresso. E todos vêem que é mais oportuno que essa integração se realize no seio do parlamento do que entre as massas eleitorais”. Cf. KELSEN, Hans. *A democracia*. Tradução Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla, Vera Barkow. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p.130-1.

As objeções à ideia ficcional da representação são admitidas por Kelsen, uma vez que o Parlamento não seria, então, uma representação da vontade do povo em face da inexistência de um mandato imperativo, contudo, o autor entende que a crítica somente teria sentido caso se procurasse legitimar o Parlamento apenas na soberania popular. Entretanto, segundo o autor, o Parlamentarismo pode ser definido sem a necessidade de se recorrer à ficção da representação, mas como *meio técnico e social* específico para a criação da organização estatal. Basta que seja visto como um instrumento indispensável entre a liberdade política e a divisão do trabalho<sup>231</sup>.

É importante ressaltar que os diversos ensaios dedicados ao problema do Parlamentarismo, em sua maior parte, foram criados em meio à crise da República de Weimar e, implícitas em suas linhas, carregam toda uma carga ideológica onde *derechas extremas e izquierdas extremas se pronunciam, de manera cada vez más decidida contra esta forma política, y la invitación a una dictadura o a una organización corporativa es cada vez más insistente*<sup>232</sup>. No sentido de enfrentar esta suposta crise e afastar a possibilidade da instauração de uma ditadura através da proteção da democracia parlamentar, Kelsen sustenta a necessária reforma do Parlamento.

Kelsen objetiva a reconciliação do povo com o ordenamento político de maneira ainda maior do que a simples intervenção através do ato eleitoral. Para tanto, o autor defende a introdução de elementos que elevem os indivíduos a partícipes do poder, aumentando, desse modo, o ideal democrático<sup>233</sup>. Tais elementos são: o *referendo*, a *iniciativa popular*, a *revogabilidade do mandato dos deputados* e a *eliminação da imunidade parlamentar*<sup>234</sup>.

Estes elementos corretivos têm como objetivo aproximar os indivíduos da possibilidade de decisão, mas também da fiscalização sobre os parlamentares, concretizando formas de *regulação* ou *controle* do povo aos eleitos. Portanto, desde a possibilidade de ser

<sup>231</sup> KELSEN, Hans. *A democracia*. Tradução Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla, Vera Barkow. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p.115-6.

<sup>232</sup> KELSEN, Hans. Difesa della democrazia. *Sociologia della democrazia*. Nápoles: Schientifiche Italiane, 1991. p.42-3, apud, VIANELLO, Lorenzo Córdova. *Derecho y poder. Kelsen y Schmitt frente a frente*. México: FCE, UNAM, IJ, 2009. p.160.

<sup>233</sup> VIANELLO. *Ibid.*, p.161.

<sup>234</sup> Para analisar-se separadamente cada um desses institutos propostos por Kelsen. Ver, KELSEN, Hans. *A democracia*. Tradução Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla, Vera Barkow. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p.116-20.

exercido o referendo para a confirmação de leis ou opinar sobre projetos e a iniciativa popular com o intuito de proposição de criação de leis, até a abolição da imunidade parlamentar na busca de responsabilização do parlamentar por seus atos antiéticos, são medidas indicadas para que o sistema parlamentar se robusteça e modernize o elemento da autodeterminação com uma atuação mais direta do indivíduo, fundamentando a manutenção do parlamentarismo frente ao contexto complexo da modernidade<sup>235</sup>.

Assim sendo, o período vivido na Alemanha, em que havia uma evidente ascensão e o auge dos movimentos antidemocráticos, e, ao mesmo tempo, a preocupação do jurista austríaco em dissipar a hostilidade frente ao parlamentarismo, levou-o a sustentar estas reformas no sistema com a finalidade de melhorar sua qualidade democrática, porque entendia que seria a única estratégia para resolver os problemas reais da sociedade, assim como reconquistar o consenso das massas em torno da democracia<sup>236</sup>.

Esta busca de uma “nova” legitimação para o Parlamento, em que a finalidade essencial é o consenso entre maioria e minoria, traz, em seu interior, a procura pelo compromisso entre os grupos. Ao fim e ao cabo, verifica-se que esse compromisso se manifesta através da lei, através da “juridificação do poder”, o que representa um ganho para a liberdade individual, permitindo aos particulares preverem as consequências das próprias escolhas<sup>237</sup>.

A submissão do exercício do poder às normas, portanto, imprime um caráter racionalista à democracia repercutindo no exercício da dominação através do direito. Para Kelsen:

Existe uma clara intenção de determinar, mediante uma lei preestabelecida, os atos individuais dos tribunais e órgãos administrativos, de modo a torná-los – o máximo possível – calculáveis. Há uma franca necessidade de racionalizar o processo no qual o poder do Estado se manifesta. É esse o motivo pelo qual a legislação é vista como

<sup>235</sup> KELSEN, Hans. *A democracia*. Tradução Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla, Vera Barkow. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p.117-20.

<sup>236</sup> VIANELLO, Lorenzo Córdova. *Derecho y poder. Kelsen y Schmitt frente a frente*. México: FCE, UNAM, IJ, 2009. p.164.

<sup>237</sup> BARZOTTO, Luis Fernando. *Modernidade e Democracia. Os fundamentos da teoria da democracia em Kelsen. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito. Mestrado e Doutorado 2001*. Centro de Ciências Jurídicas UNISINOS. Organização Leonel Severo Rocha/Lenio Luiz Streck. São Leopoldo: UNISINOS, 2001. p.152.

base das outras funções do Estado. [...] A segurança jurídica, em vez da justiça absoluta, ocupa o primeiro plano da consciência jurídica<sup>238</sup>.

Através da lei preexistente, intenta-se tornar os atos individuais dos tribunais e dos órgãos administrativos o máximo possível calculáveis. Portanto, conforme já mencionado, existe uma limitação racional do exercício do poder de dominação através da lei, refletindo, assim, o melhor modo de garantir que a vontade da maioria expressa em lei seja implantada, ou seja, organizando-a burocraticamente através do princípio da legalidade<sup>239</sup>.

Desta forma, tem-se que, no momento da criação da norma individual por parte do administrador e do judiciário, eles devem vincular-se à norma geral estabelecida pelo Parlamento, garantindo a vontade coletiva e a previsibilidade (racionalidade) de sua decisão. Tendo como base este entendimento, Kelsen aponta que o sistema burocrático deve ser introduzido para a manutenção da democracia, porque, segundo o autor, eles opõem-se apenas do ponto de vista ideológico, enquanto que, na realidade, eles se aproximam<sup>240</sup> e, até certo ponto, são dependentes.

### 2.1.1.3 Os fundamentos, ético e epistemológico, da democracia: a questão da moral

Os terceiro e quarto fundamentos da democracia kelseniana se perpassam, uma vez que tratam da questão do sistema jurídico e da ética, assim como dos pontos de encontro e desencontro de ambos. Estes são os pontos em que se aborda a questão da moral.

Antes de adentrar na análise de seus elementos, Kelsen retorna às diferenças entre a metafísica clássica e moderna. Enquanto naquela a ética continha uma característica teleológica, ou seja, elegia o ato que levava o homem a realizar as ações na busca de seu *telos*,

<sup>238</sup> KELSEN, Hans. *A democracia*. Tradução Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla, Vera Barkow. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p.185.

<sup>239</sup> BARZOTTO, Luis Fernando. Modernidade e Democracia. Os fundamentos da teoria da democracia em Kelsen. *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito. Mestrado e Doutorado 2001*. Centro de Ciências Jurídicas UNISINOS. Organização Leonel Severo Rocha/Lenio Luiz Streck. São Leopoldo: UNISINOS, 2001. p.,152.

<sup>240</sup> *Ibid.*, p.152; e, KELSEN, Hans. *A democracia*. Tradução Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla, Vera Barkow. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p.82.

a boa vida. Na metafísica moderna, a ética reduziu-se apenas à experiência de seguir as regras que permitem a cada um buscar seu próprio fim. A questão passa de *que tipo de pessoa devo ser?* para *qual é a regra que devo seguir?*<sup>241</sup>.

Sendo assim, a busca de uma justificação racional das regras morais foi direcionada para os mais diversos caminhos, levando a um verdadeiro pluralismo moral, com inúmeras justificações. Para Barzotto, *uns colocaram o fundamento na razão (Kant); outros na utilidade (Bentham, Stuart Mill); atualmente, alguns buscam o fundamento na teoria do discurso (Habermas, Apel)*<sup>242</sup>, fatos que desencadearam um ceticismo quanto a existência de fundamentos racionais para a moral, que passou a ser tratada como um conjunto de convenções irracionais.

A consequência desse afastamento conduziu ao abandono da tentativa de aproximação da moralidade e da racionalidade, pois enquanto esta seria algo universal possuindo critérios estabelecidos universalmente para a resolução de divergências, aquela, devido a sua pluralidade, leva à relatividade, inexistindo em seu conteúdo qualquer validade universal ou racional<sup>243</sup>.

O debate sobre a moral, então, é travado no âmbito da subjetividade, em que reinam as preferências, os sentimentos e as escolhas arbitrárias, não havendo um discurso racional-objetivo que imponha procedimentos comuns na busca de soluções<sup>244</sup>.

Kelsen, dessa forma, mostrou-se adepto ao relativismo moral<sup>245</sup>. Registre-se, neste particular, que esta característica permeou toda a sua obra, constituindo-se em base para sua

---

<sup>241</sup> BARZOTTO, Luis Fernando. Modernidade e Democracia. Os fundamentos da teoria da democracia em Kelsen. *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito. Mestrado e Doutorado 2001*. Centro de Ciências Jurídicas UNISINOS. Organização Leonel Severo Rocha/Lenio Luiz Streck. São Leopoldo: UNISINOS, 2001. p.153.

<sup>242</sup> Ibid., p.154.

<sup>243</sup> Por isso, para Barzotto, a moral dos modernos é advinda de escolhas arbitrárias de grupos, elites e culturas, que resultam, em última análise, da escolha dos indivíduos, inexistindo qualquer critério racional que possa elevar a moral a um elemento que transmite a certeza e a segurança. Cf. BARZOTTO. Ibid., p.154.

<sup>244</sup> Ibid., p.156.

<sup>245</sup> Na sua teoria geral, Kelsen indica a impossibilidade da fundamentação da justiça por tratar-se de relativismo emotivista. “Um julgamento de valor é a afirmação pela qual algo é declarado como um fim, um fim último que, em si, não é um meio para o fim posterior. Tal julgamento é sempre determinado por fatores emocionais. Uma justificação da função emocional pela racional, porém, está excluída em princípio, na medida em que se trata de uma questão de fins últimos que, em si, não são meios para fins posteriores”. Cf. KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p.11.

teoria. Isso se demonstra quando o jurista define que o direito deve ser totalmente desvinculado de uma filosofia da justiça, pois não haveria a possibilidade de uma teoria pura do Direito dar respostas se dada lei é justa ou injusta por não se tratarem de questionamentos que possam ser respondidos cientificamente<sup>246</sup>.

Qualquer ideia acerca de justiça, liberdade e segurança baseia-se, sob esta ótica, em sentimentos. A afirmação de uma pessoa sobre qualquer desses valores não se demonstra através de elementos racionais, mas, sim, através do que cada indivíduo emotivamente valora de cada um deles<sup>247</sup>.

A concepção kelseniana sobre os valores morais e políticos atinge a democracia em dois pontos cruciais que servem tanto para fundamentar sua teoria pura, quanto como a base para suas críticas a ideia schmittiana da guarda da Constituição.

Em primeiro lugar, o autor refuta toda e qualquer possibilidade de que um indivíduo ou grupo possa exercer o poder por possuir o conhecimento dos valores absolutos, ou mesmo, no caso da teoria de Schmitt, decidir na exceção sob a bandeira de estar defendendo o bem comum, o justo, como realidade absoluta. Qualquer manifestação neste sentido seria falsa por se tratarem de valores subjetivos que podem diferir fundamentalmente entre si<sup>248</sup>, pois cada

---

<sup>246</sup> KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p.8-9.

<sup>247</sup> BARZOTTO, Luis Fernando. *Modernidade e Democracia. Os fundamentos da teoria da democracia em Kelsen. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito. Mestrado e Doutorado 2001*. Centro de Ciências Jurídicas UNISINOS. Organização Leonel Severo Rocha/Lenio Luiz Streck. São Leopoldo: UNISINOS, 2001. p.157.

<sup>248</sup> Neste ponto, Kelsen diferencia o absolutismo filosófico do relativismo filosófico. O jurista vincula o primeiro à autocracia e o segundo à democracia. Para ele, “o absolutismo filosófico é a concepção metafísica da existência de uma realidade absoluta, isto é, uma realidade que independe do conhecimento humano. [...] O relativismo filosófico, por outro lado, defende a doutrina empírica de que a realidade só existe na esfera do conhecimento humano e que, enquanto objetivo do conhecimento, a realidade é relativa ao sujeito cognoscitivo. [...] Ao pressuposto da existência absoluta corresponde a possibilidade da verdade absoluta e valores absolutos, negados pelo relativismo filosófico, que só admite uma verdade relativa e valores relativos. [...] A personificação do absoluto, sua apresentação como o onipotente e absolutamente justo criador do universo, cuja vontade é a lei da natureza e do homem, é a consequência inevitável do absolutismo filosófico. Sua metafísica [...] é essencialmente ligada à concepção de que o valor é imanente à realidade como uma criação ou emanção do bem absoluto. Essa metafísica tende a identificar a verdade, isto é, a conformidade com a realidade, com a justiça, no sentido da conformidade com um valor. Segue-se que um juízo sobre o que é justo ou injusto pode ser tão absoluto quanto um juízo sobre o que é verdadeiro ou falso. [...] O relativismo filosófico, por outro lado, [...] insiste em uma clara separação entre realidade e valor e faz uma distinção entre proposições sobre a realidade e juízos de valor genuínos que, em última instância, não são baseados em um conhecimento racional da realidade, mas nos fatores emocionais da consciência humana, nos desejos e temores do homem. [...] Uma filosofia é decididamente empirista e racionalista e, em decorrência disso, tem uma franca inclinação ao ceticismo”. Cf. KELSEN, Hans. *A democracia*. Tradução Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla, Vera Barkow. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p.164-5. Essa

indivíduo é dono de sua própria verdade, e, assim sendo, pode criar a ordem social que melhor lhe agradar.

Inserese, aqui, o elemento cético que levou Hans Kelsen a formular sua teoria definindo direito como norma e demonstrando a necessidade de se diferenciar o direito e a moral<sup>249</sup>. Seu fundamento assenta-se sobremaneira no fato de não existir uma moral absoluta que possa embasar a suposição de que o Direito é, por sua essência, moral, pois, segundo o autor:

Quando uma teoria do Direito positivo se propõe distinguir Direito e Moral em geral e Direito e Justiça em particular, para os não confundir entre si, ela volta-se contra a concepção tradicional, tida como indiscutível pela maioria dos juristas, que pressupõe que apenas existe *uma única* Moral válida – que é, portanto, *absoluta* – da qual resulta uma Justiça absoluta. A exigência de uma separação entre Direito e Moral por excelência, e *a* Moral. [...] a validade de uma ordem jurídica positiva é (portanto) independente da sua concordância ou discordância com qualquer sistema de Moral<sup>250</sup>.

Portanto, o teor relativista dos postulados de Kelsen encaixa-se em sua teoria democrática, uma vez que o reconhecimento do relativismo moral impõe a necessidade de que seja avaliada a norma diante de inúmeros e diversos sistemas morais, podendo ser

---

diferença conceitual fundamentará a sua teoria pura, em que o autor afasta o direito da moral, o que, para o presente trabalho, se constitui no “Calcanhar de Aquiles” de suas ideias, uma vez que leva ao decisionismo e à discricionariedade no momento da interpretação do direito.

<sup>249</sup> Para Kelsen “na medida em que a Justiça é uma exigência da moral, na relação entre a Moral e o Direito está contida a relação entre a Justiça e o Direito”, e, com isso, “a pureza do método da ciência jurídica é então posta em perigo, não só pelo fato de se não tomarem em conta os limites que separam esta ciência da ciência natural, mas – muito mais ainda - pelo fato de ela não ser, ou de não ser com suficiente clareza, separada da Ética: de não se distinguir claramente entre Direito e Moral”. O jurista continua seu raciocínio no sentido de que embora sejam sistemas diversos de normas, podem ser relacionados entre si, seja com o direito trazendo em sua essência a moral, ou, podendo não ter necessariamente que trazer. Contudo, traz ao debate a questão central da impossibilidade de se crer em valores absolutos em geral e valores morais absolutos em particular, e, por consequência, não se pode agregar o elemento moral como condição de possibilidade do direito, ou vice-versa, pois, nem sempre a norma jurídica poderá se definida como justa ou injusta, boa ou má. Isso faz com que a afirmação de que o Direito é, por sua essência, moral não significa então que a relação Direito/Moral seja referente ao conteúdo do direito, mas sim uma questão sobre a sua formal. Portanto, não se poderá dizer que o Direito não é apenas norma, mas também constitui um valor, pois aceitar essa assertiva seria pressupor um valor divino absoluto. Conclui então o jurista que “não se aceita de modo algum a teoria de que o Direito, por essência, representa um mínimo moral, que uma ordem coercitiva, para poder ser considerada como Direito, tem de satisfazer uma exigência moral mínima. Com esta exigência, na verdade, pressupõe-se uma Moral absoluta, determinada quanto ao seu conteúdo, ou, então, um conteúdo comum a todos os sistemas de Moral positiva. Do exposto resulta que o que aqui se designa como valor jurídico não é um mínimo moral neste sentido, e especialmente que o valor de paz não representa um elemento essencial ao conceito de Direito”, Cf. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. 8.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p.67-74.

<sup>250</sup> *Ibid.*, p.76.

considerado justo ou injusto, dependendo do sistema adotado pelo observador. Com isso, o jurista conclui que há a necessidade de distinguir-se o Direito da Moral e a ciência jurídica da ética. Sob este prisma, demonstra, pois, que a legitimação de um pelo outro é irrelevante, visto que a ciência jurídica não tem que aprovar ou desaprovar seu objeto, mas apenas conhecê-lo e descrevê-lo<sup>251</sup>. Portanto, a ciência jurídica não tem que legitimar o Direito, não tem que justificar de forma alguma a ordem normativa que lhe compete conhecer e descrever<sup>252</sup>.

A impossibilidade de existência de uma moral absoluta determina a não legitimação de qualquer decisão baseada em fundamentos subjetivos, posto que, além de tratarem de elementos estranhos ao princípio democrático kelseniano, compõem uma atmosfera específica para que prosperem as mais variadas formas de autocracia.

Em segundo lugar, toma relevância a tolerância como valor central do convívio. Neste sentido, nenhum grupo poderia invocar a correção de seus valores sem que antes passasse por um juízo de consenso através do espaço público ou o Parlamento. Nesta perspectiva, vê-se que a tolerância pressupõe relatividade e, por isso, permite que as ideias, por mais diversas, sejam colocadas à discussão e decididas através do acordo, concretizando o fundamento do procedimento parlamentar, e, por consequência, a própria democracia defendida por Kelsen<sup>253</sup>.

---

<sup>251</sup> “Se a ordem moral não prescreve a obediência à ordem jurídica em todas as circunstâncias e, portanto, existe a possibilidade de uma contradição entre a Moral e a ordem jurídica, então a exigência de separar o Direito da Moral e a ciência jurídica da Ética significa que a validade das normas jurídicas positivas não depende do fato de corresponderem à ordem moral, que, do ponto de vista de um conhecimento dirigido ao Direito positivo, uma norma jurídica pode ser considerada como válida ainda que contrarie a ordem moral”. Cf. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Editora WMF. Martins Fontes, 2009. p.77.

<sup>252</sup> Ibid. p.78.

<sup>253</sup> Por isso, Barzotto conclui que “se a democracia está vinculada ao relativismo valorativo de base emotivista, ela só pode tratar de conflitos de interesses. De fato, a democracia parlamentar não vai além da pretensão de oferecer um quadro institucional que permita à maioria e à minoria buscar um acordo, solucionando de um modo pacífico, o seu conflito de interesses: ‘Todo o procedimento parlamentar tende a criar um meio-termo entre os interesses opostos’”. Cf. BARZOTTO, Luis Fernando. *Modernidade e Democracia. Os fundamentos da teoria da democracia em Kelsen. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito. Mestrado e Doutorado 2001*. Centro de Ciências Jurídicas UNISINOS. Organização Leonel Severo Rocha/Lenio Luiz Streck. São Leopoldo: UNISINOS, 2001. p.158. Assim, identifica-se, na epistemologia relativista, o elemento central democrático defendido por Kelsen. É este um ponto em que o teórico ataca com veemência a defesa schmittiana da guarda da Constituição, pois, segundo este jurista, o Parlamento “rachado” é um dos motivos que fazem do presidente a figura legítima para decidir na exceção, como se trouxesse consigo a verdade absoluta, ou, como chama Kelsen, a Moral.

Este quadro teórico traz à tona todo o embasamento do filósofo quanto às suas diretrizes democráticas. O afastamento entre a moral e o direito e a tolerância foram, então, os elementos que serviram de fundamento para as críticas tecidas ao modelo proposto por Carl Schmitt<sup>254</sup>, lembrando sempre que o relativismo moral, a inexistência do bem comum, obriga o uso da democracia como *uma artefato institucional que permite que os cidadãos desfrutem da maior liberdade*<sup>255</sup> através do consenso.

Por fim, antes de detalhar-se a crítica feita a Carl Schmitt, analise-se o viés do liberalismo na teoria de Hans Kelsen, ou em outras palavras, se a teoria pura é, realmente, uma teoria liberal.

### 2.1.2 Kelsen e o liberalismo

Em uma análise menos detida da teoria política de Hans Kelsen se poderia afirmar que as ideias do autor encontram base na concepção política do liberalismo<sup>256</sup>. Muito embora se reconheça a existência de componentes liberais em seu pensamento, não se pode ignorar certas incompatibilidades que se fazem presentes em algumas das proposições da teoria

---

<sup>254</sup> A linha de pensamento formulada por Hans Kelsen demonstra que não se tratam de meras casualidades as divergências propostas por Schmitt em seus escritos. Schmitt e Kelsen são, respectivamente, os autores exemplares de duas distintas concepções de mundo, da política e do direito, fundadas em bases totalmente diversas e contrapostas entre si: o *absolutismo autocrático* e o *relativismo democrático*. Ver, VIANELLO, Lorenzo Córdova. *Derecho y poder. Kelsen y Schmitt frente a frente*. México: FCE, UNAM, IJ, 2009. segunda parte.

<sup>255</sup> BARZOTTO, Luis Fernando. Modernidade e Democracia. Os fundamentos da teoria da democracia em Kelsen. *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito. Mestrado e Doutorado 2001*. Centro de Ciências Jurídicas UNISINOS. Organização Leonel Severo Rocha/Lenio Luiz Streck. São Leopoldo: UNISINOS, 2001. p.163.

<sup>256</sup> Considerar a teoria jurídica e política de Kelsen como liberal foi quase um lugar comum nos anos 1920, principalmente durante os debates políticos e jurídicos que se desenvolviam na República de Weimar. Muito embora vários autores tivessem esta visão (E. Kaufmann, R. Smend, H. Triepel e H. Heller), no presente trabalho, vamos nos deter nas considerações de Carl Schmitt, para quem o liberalismo era uma negação do Estado frente ao direito e à ignorância do problema autônomo da realização do direito. Para o autor alemão, a característica principal do liberalismo era sua apoliticidade em face da garantia da liberdade individual e da propriedade privada. Para este autor, a teoria kelseniana teria perdido o sentido político da democracia, em particular ao considerar que a essência do parlamentarismo se situava no compromisso. Com isso, Kelsen confundia democracia com liberalismo e, por consequência, acabava por negar o Estado. Conclui Schmitt, aduzindo que a teoria normativa de Kelsen era a herdeira do liberalismo doutrinário após as primeiras transformações de 1918, na Alemanha, uma vez que, para ele, a Constituição de Weimar era uma constituição póstuma, que realizava os ideais do Estado de Direito burguês do Século XIX. Portanto, se vê, das críticas schmittianas, uma acusação extrema de que a teoria do austríaco tinha um caráter apolítico e defendia os interesses liberais frente ao Estado. Cf. HERRERA, Carlos Miguel. Schmitt, Kelsen y el Liberalismo. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante, n.21, p.202, 1998.

kelseniana<sup>257</sup>. Assim, chamar Kelsen de liberal, sem um estudo mais complexo da teia teórica formulada pelo jurista, seria por demasiadamente simplista, tendo em vista que essa linha de pensamento significaria isolar certos traços de sua teoria do contexto histórico em que foram formados.

Tomando-se como referência a análise dos elementos formadores de sua teoria se poderá demonstrar que o autor prega a oposição ao liberalismo e é este sentido teórico que se procurará demonstrar, mesmo que, para tanto, seja necessário regressar a alguns conceitos já demonstrados no decorrer do trabalho: liberdade, individualismo, Estado, parlamentarismo e sociedade.

Embora Kelsen não tenha escrito um estudo específico sobre o liberalismo, suas análises sobre o tema aparecem muito cedo e de maneira crítica. Herrera identifica em um ensaio de 1913 elementos que depõe contra a acusação de liberal ao jurista austríaco. Neste texto, há o reconhecimento de que o século XIX havia sido uma era apolítica e que o liberalismo advindo desta época, negando o Estado, negava a política ou, em outras palavras, era a liberação da política. Para o jurista, o liberalismo expressa a particularidade de um caráter, ou seja, o ser individualista nega o Estado por não o entender e isto promove a anarquia e o niilismo ético. Aqui, já se observa a gênese de sua ideia da transformação da liberdade, uma vez que reconhece a necessidade da liberdade política para que se exerça a democracia<sup>258</sup>.

Herrera expõe que, em seus inúmeros ensaios, Kelsen distingue os conceitos de democracia, liberalismo e capitalismo, assim como também o fará em relação às liberdades política e econômica. Em decorrência destas diferenciações, o jurista espanhol demonstra a crítica feita por Kelsen quando assinala que a democracia liberal é somente um tipo de democracia. Em outras palavras, o fato do liberalismo implicar em limitação do poder para qualquer forma de governo significa também uma limitação dos poderes democráticos<sup>259</sup> e, por isso, não se identificam.

---

<sup>257</sup> HERRERA, Carlos Miguel. Schmitt, Kelsen y el Liberalismo. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante, n.21, p.201, 1998.

<sup>258</sup> *Ibid.*, p.203.

<sup>259</sup> *Ibid.*, p.204.

Por fim, o autor espanhol reconhece que a crítica mais clara de Kelsen seria em relação ao problema do Estado e de sua identificação como um mal pelo liberalismo<sup>260</sup>.

Talvez a maior aproximação entre a teoria kelseniana e o liberalismo tenha ocorrido quando se reconhece a liberdade como marco dos ideais liberais ou, como reconhece o jurista, como centro eterno e fundamental de toda a especulação política. Contudo, já, na superação da liberdade individual negativa – do indivíduo como ser livre apenas fora do Estado e da sociedade –, a partir da autodeterminação política deste indivíduo como formador da vontade diretiva do Estado essa aproximação se dilui. Com esta transformação, o lugar da liberdade do indivíduo passa a ser ocupado pela soberania do povo ou, em outros termos, o Estado livre como pressuposto fundamental<sup>261</sup>. A elevação da liberdade política à condição de possibilidade da democracia a afasta do liberalismo<sup>262</sup>.

A liberdade advinda da discussão, do debate, que é o centro da autodeterminação, faz com que o centro vital da democracia seja o princípio da liberdade intelectual, *locus* onde a opinião pública andarà sem limitações. Portanto, Kelsen reconhece a aproximação de sua democracia com o liberalismo político, mas, ao mesmo tempo, refuta-a em relação ao liberalismo econômico<sup>263</sup>.

O viés intelectual, portanto, faz com que o individualismo<sup>264</sup>, antes natural, anti-estatal, transforme-se e insira o agente no Estado. O seu instinto primitivo começa a ser

---

<sup>260</sup> HERRERA, Carlos Miguel. Schmitt, Kelsen y el Liberalismo. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante, n.21, p.204, 1998.

<sup>261</sup> Herrera traz a conceituação de Estado livre para Kelsen como sendo “aquele cuya forma es la democracia, porque la voluntad estatal u orden jurídico es producida por los mismos que a ella están sometidos”. Ver, HERRERA. *Ibid.*, p.206.

<sup>262</sup> A questão da liberdade política já foi tratada alhures quando do fundamento antropológico da democracia de Kelsen, contudo, o seu afastamento da liberdade liberal defendida por Schmitt vem estampada quando o jurista austríaco aduz “à liberdade concebida como autodeterminação política do cidadão, como participação do próprio cidadão na formação da vontade diretiva do Estado, em suma, à antiga idéia de liberdade costuma-se contrapor a liberdade dos germanos, para os quais liberdade queria dizer ausência de qualquer domínio, de qualquer Estado. [...] Essa transformação semântica na noção de liberdade é característica do nosso pensamento social”. Cf. KELSEN, Hans. *A democracia*. Tradução Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla, Vera Barkow. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p.28, ss.

<sup>263</sup> Isso se dá em face da ideia de que a liberdade também seria possível em um sistema socialista, uma vez que a nacionalização dos meios de produção não exclui a existência de instituições que garantam a liberdade intelectual. Por isso, defende que o princípio vital da democracia não é a liberdade econômica, mas a intelectual e, por isso, aquela não se insere na definição kelseniana de democracia. KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p.412.

<sup>264</sup> Kelsen tem, em Freud, a base para sua concepção de individualismo. Para ele, a psicologia humana se antepõe as estruturas histórico-sociais e, por isso, não se está na presença de um individualismo racional, mas ao contrário, se está diante de um homem irracional e ilógico. Por outro lado, para ele não existe indivíduo,

expresso como uma posição dentro da sociedade, em que o indivíduo exercerá sua autodeterminação através do debate.

Este ponto serve de base para fundamentar e refutar a crítica schmittiana da limitação Estatal como pedra angular do liberalismo. Para Schmitt, o Estado de Direito foi concebido fundado nos ideais liberais, ou seja, nos Direitos fundamentais e na divisão dos poderes, e tendo como objetivo central limitar e controlar o Estado, relativizando-o, e de primordialmente proteger a liberdade burguesa<sup>265</sup>. Nesse sentido, Schmitt defende que a teoria kelseniana teria sua base neste fundamento, conduzindo a uma negação liberal do Estado frente ao sistema normativo, ao Direito.

A visão de Schmitt, porém, se demonstrará errônea e, por vezes, ingênua, uma vez que o autor se preocupa em fomentar suas críticas através de uma compreensão reducionista sobre o que realmente é o liberalismo<sup>266</sup>.

---

tampouco social, fora do Estado. O autor continua seu raciocínio aduzindo que o conflito permanente entre o indivíduo e a comunidade é uma ideologia de luta contra a limitação da ordem coletiva. Contudo, aquele não se opõe ao coletivismo, já que este existe em diferentes graus na realidade social, começando pelo Estado. Cf. HERRERA, Carlos Miguel. Schmitt, Kelsen y el Liberalismo. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante, n.21, p.204, 1998. p.207-8.

<sup>265</sup> SCHMITT, Carl. *Teoría de La Constitución*. Madrid: Alianza, 2001. p.201.

<sup>266</sup> Bernard Manin faz uma importante análise da visão schmittiana de liberalismo, demonstrando que a base liberal de Schmitt tendo como lugares essenciais “la concepción de la naturaleza humana que imputa a los liberales y los vínculos entre las instituciones liberales y el poder de acción del Estado” é fundamentada equivocadamente por uma incompleta compreensão dos elementos liberais. Para o autor francês, no primeiro fundamento, quando Schmitt classifica o liberalismo dentro daquelas doutrinas políticas que supõe um dualismo de homem bom e homem mau, arguindo que “el proyecto liberal de proteger a los individuos contra el poder del Estado proviene de la idea de que los seres humanos tienen la capacidad de cooperar armónicamente entre sí y de formar una sociedad sin sumisión a un poder común”, o autor alemão tem uma compreensão equivocada advinda de uma imagem incompleta do liberalismo, revelando uma verdadeira cegueira frente a certos elementos importantes da tradição liberal. Já o segundo lugar essencial se dá quando Schmitt define o liberalismo frente ao poder estatal. Para o francês, a visão schmittiana de que “el liberalismo es, sobre todo, una teoría y una práctica de la limitación del poder del Estado, aun cuando se combine siempre en los hechos con una forma de Estado (o de gobierno) específica —principalmente la democracia o la monarquía—, precisamente porque no contiene en sí mismo un principio determinado de identificación de la fuente del poder. No hay, dice Schmitt, ‘más que una crítica liberal de la política’, enfocada en ‘la lucha contra el poder del Estado’ y que provee “una serie de métodos dirigidos a frenar y controlar este poder del Estado”, eleva o problema da limitação e da afirmação do poder a altura de um princípio quase metafísico, visto que não leva em consideração a experiência histórica que demonstra no governo representativo no debate (e não no debate onde os indivíduos e partidos buscam o acordo) e decisão através do consenso um alcance de limitação sim, porém, de uma limitação legitimada pela maioria. Conforme o francês, as exigências de ação podem ser conciliadas com a discussão e, com isso, reforça a ação com um exame precedente sem, contudo, obstaculizá-la. Assim, o que, de um lado, se pode considerar uma limitação, por outro, traz a importância e a possibilidade de alcançar-se um objetivo que traga uma maior liberdade. O jurista conclui que Schmitt ignora a versão liberal que preconiza a busca de resultados favoráveis à manutenção estatal, tampouco aceita as vezes em que ela os alcança. Portanto, para aquele, a visão schmittiana é equivocada e não observa o liberalismo da maneira correta, pois, embora este possa ter debilidades, não estão onde Schmitt os vê. Cf. MANIN, Bernard. Carl Schmitt, ¿el “mejor enemigo del liberalismo”? *Política y Gobierno*, v.10, n.2, p.401-12, 2003.

Antes que se conclua no mesmo sentido do jurista alemão, há que se distinguir três pontos que se apresentam frequentemente como limitadores da atuação estatal na tradição jurídico-liberal: Em primeiro lugar, a existência dos *direitos subjetivos*, como expressão da liberdade individual ilimitada. Em segundo, a teoria da *separação dos poderes*. E, por fim, a doutrina do *Estado de Direito*, ponto de chegada na tentativa de limitação negativa do Estado pelo Direito<sup>267</sup>.

A primeira proposição limitativa do poder estatal por meio do direito seria a dos direitos subjetivos. Para Kelsen, este direito<sup>268</sup> é apenas uma norma de direito objetivo com um conteúdo individual; este poder jurídico conferido ao indivíduo somente passa a existir se for prescrito pelo Estado, jamais antes disso. O autor entende que a proposição do direito subjetivo como limitador é uma noção ideológica que visa à proteção de elementos liberais como a propriedade e, por isso, ligada aos sistemas capitalistas<sup>269</sup>.

É neste sentido que se refuta a acusação de Schmitt de que a introdução de um tribunal constitucional implicaria na admissão de direitos subjetivos contra o Estado, uma vez que a concepção kelseniana se demonstra completamente contrária a essa ideia, justamente por entender que a garantia da constituição tem por finalidade assegurar o exercício regular da atividade estatal e não reconhece aos particulares qualquer legitimidade de atuação nesta seara<sup>270</sup>.

---

<sup>267</sup> HERRERA, Carlos Miguel. Schmitt, Kelsen y el Liberalismo. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante, n.21, p.204, 1998. p.208.

<sup>268</sup> A diferença entre o direito objetivo e subjetivo vem demonstrado já no início do capítulo 3 de sua Teoria Pura. Para o autor “Na descrição do Direito, o direito (subjetivo) avulta tanto no primeiro plano, que o dever quase desaparece por detrás dele e aquele [...] é mesmo designado pela própria palavra com que se designa o sistema das normas que forma a ordem jurídica: pela palavra *Recht* (direito), *droit*. Para se distinguir deste, tem o direito (*Berechtigung*), como direito ‘subjetivo’ (ou seja, pois, o direito de um determinado sujeito), de ser distinguido da ordem jurídica, como Direito ‘objetivo’”. Cf. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. 8.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p.140-1. Antes disso, em sua Teoria geral do direito e do estado, o autor austríaco havia definido: “o Direito subjetivo e o Direito objetivo são colocados em certa relação entre si. No entanto, o dualismo ainda é mantido, na medida em que o direito subjetivo é considerado lógica e temporalmente anterior ao Direito objetivo. No começo, existiam apenas direitos subjetivos – em especial o protótipo de todos os direitos, o direito à propriedade (obtida por ocupação) – e apenas em um estágio posterior o Direito objetivo como ordem do Estado foi acrescentado com o propósito de sancionar e proteger os direito que, independente dessa ordem, haviam passado a existir”. Cf. KELSEN. *Ibid.*, p.112-3. Portanto, desde o início de sua obra Kelsen já expõe sua visão de direito subjetivo como direito com conteúdo individual.

<sup>269</sup> HERRERA, op. cit., p.209.

<sup>270</sup> HERRERA, op. cit., p.209.

Kelsen é também um crítico da teoria da separação de poderes. Sua postura resulta do fato de que este princípio, muito embora possa atuar em um sentido democrático, não pode ser justificado por razões democráticas. Para o jurista, de fato, não há separação possível senão uma dicotomia relativa, entre criação e aplicação de direito. Este princípio, portanto, não é essencialmente um princípio democrático, já que supõe a concentração de poder no povo, enquanto aquele o divide<sup>271</sup>.

Por fim, a concepção de Estado de Direito como interpretação de um limite que o direito impõe ao Estado é denunciada pelo jurista como um dualismo ideológico que serviria ou para legitimar um Estado em função de um direito superior, ou para restringir o conteúdo da ordem estatal e não reconhecer como direito as ordens estatais que não têm um conteúdo determinado, em particular liberal-capitalista. Porém, para a teoria pura, todo direito é direito do Estado, pois todo Estado é Estado de direito, mesmo o Estado mais policial. Assim posto, se dissolve o dualismo metodológico em com este a ideologia burguesa mais eficaz, pois a teoria kelseniana não dá azo à escolha das ordens estatais a serem aplicadas<sup>272</sup>.

A crítica de Schmitt adentra o campo do parlamentarismo que, para o autor, é ligado geneticamente ao mercado e ao produto da metafísica da discussão com finalidade de intercâmbio – de bens e opiniões. Embora Kelsen reconheça como válido o intercâmbio schmittiano, em face de seu sentido em realizar uma transação (econômica) ou um compromisso (político), uma análise mais profunda de sua teoria permite concluir que o jurista austríaco pleiteia principalmente o Parlamento como princípio técnico. Neste particular, admite que este sistema é uma limitação à democracia, contudo, considera-o necessário por ser a única forma real que possibilita a concretização do ideal democrático frente à impossibilidade material de uma democracia direta<sup>273</sup>.

Ainda em relação ao Parlamento, não se reconhece, como quer Schmitt, que a harmonia preestabelecida seja o fundamento do parlamentarismo. Sua justificação, firmada no caráter técnico-social<sup>274</sup> de produção da ordem social, expõe a verdadeira situação dos

---

<sup>271</sup> HERRERA, Carlos Miguel. Schmitt, Kelsen y el Liberalismo. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante, n.21, p.204, 1998. p.209.

<sup>272</sup> Ibid., p.210.

<sup>273</sup> Ibid., p.211.

<sup>274</sup> Em outro ensaio, que trata da polêmica entre Schmitt e Kelsen sobre a guarda da Constituição, Herrera reitera o sentido técnico do parlamentarismo quando aduz que “los críticos del parlamentarismo como Schmitt se equivocan sobre la esencia que le atribuyen, que en realidad es un compromiso entre la libertad y la división

interesses. Neste sentido, Kelsen une-se aos teóricos do socialismo reformista na crença de que o Parlamento abre ao proletariado o caminho ao poder, tendo como consequência lógica, o começo da emancipação econômica para a classe capitalista, encontrando, aqui, o verdadeiro motivo para a crítica anti-parlamentar dos anos 20<sup>275</sup>.

Para Kelsen, portanto, a autoridade dá-se pela norma e não pelo querer consciente do Estado, uma vez que o individualismo liberal não tem o condão de promovê-lo. O liberalismo vê o Estado como um mal e apenas o tolera por ser reconhecidamente um instrumento de proteção à propriedade privada, o que é de interesse direto da burguesia da época. Por esta razão, o Estado passa a ser considerado um mal necessário, cumpridor de uma função mínima<sup>276</sup>.

Essa visão demonstra que Kelsen está no lado oposto às teorias liberais defendidas por Schmitt. O jurista austríaco vai de encontro à ideia de Estado como servidor da sociedade e por ela controlado. Sua teoria, de certa forma, supera o liberalismo quando insere a legalidade como elemento legitimador da autoridade<sup>277</sup>.

Com isso, ao longo da presente análise, pode-se concluir que embora exista certa aproximação entre a teoria política kelseniana e o liberalismo<sup>278</sup>, contudo, afirmá-la como uma teoria liberal *stricto sensu* constituiria uma problemática. Segundo Herrera, se poderia pensar, na realidade, que o liberalismo de Kelsen é de tipo cultural, herdeiro da tradição democrática do liberalismo. Conclui o autor que

Nos parece por lo tanto que los componentes liberales de la teoría kelseniana no deben ser absolutizados, y que, em particular, no son suficientes para caracterizar a

---

diferencial del trabajo. Su valor está dado ‘en cuanto medio específico de carácter técnico-social para la producción del orden estatal’ no como representante de la soberanía popular. El compromiso es la esencia de democracia —que expresa ‘la libertad del compromiso—, entendido éste como ‘posponer lo que separa a los asociados en favor de lo que los une’, y es el Parlamento la técnica que mejor permite alcanzar dicha vía intermedia”. Cf. HERRERA, Carlos Miguel. La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución. *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, nueva época, n.86, p.201, 1994.

<sup>275</sup> A burguesia buscava legitimar uma ideia anti-parlamentar em face do receio de perder o poder para as massas proletárias que se encontravam em ascensão através dos movimentos operários. HERRERA. *Ibid.*, p.212.

<sup>276</sup> HERRERA, Carlos Miguel. *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*. 2.ed. Paris: Kimé, 1997, p.1515.

<sup>277</sup> Este tema será tratado com mais profundidade no ponto em que será abordada a questão de *Quem deve ser o guardião da Constituição?*

<sup>278</sup> Principalmente em ideias como o seu racionalismo, o seu relativismo ético e seu individualismo. Cf. HERRERA, Carlos Miguel. La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución. *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, nueva época, n.86, p.215, 1994.

su teoría política de liberal em sentido estricto, menos aún si esse liberalismo es sinónimo de teoría negativa del Estado o de apolitismo.

Assim posto, a teoria de Kelsen, ao contrário do que afirma o senso comum, incluindo Carl Schmitt, não pode ser considerada simplesmente uma teoria liberal sem antes ser analisada sua ideia de democracia. Para o autor o exercício da democracia não é restrito ao individualismo liberal e à limitação Estatal, mas, sim, por uma transformação da liberdade que perpassa pelo juízo de representação, eleição e sistema de governo, para, enfim, direcionar o Estado a um Estado de direito, e, neste sentido, garantidor.

A partir desse intróito, se aprofundará o tema com a análise da resposta de Hans Kelsen a Carl Schmitt acerca de quem deve ter a guarda da Constituição. Com base nos preceitos teóricos demonstrados até o momento, a leitura deverá ser menos densa, uma vez que as ideias defendidas, em *Quem deve ser o guardião da Constituição?*, seguem a linha de seu pensamento e são decorrências lógicas de sua história.

### **2.1.3 Quem deve guardar a Constituição? Um choque entre concepções incompatíveis**

O tema da garantia da Constituição é um ponto central nas teorias jurídica e política de Hans Kelsen e Carl Schmitt, representando uma continuação e o desenvolvimento lógico das respectivas teorias e de seus correspondentes sistemas conceituais<sup>279</sup>.

A resposta de Kelsen à tese schmittiana da guarda da Constituição é extremamente relevante na medida em que permite analisar até que ponto são, muitas vezes, infundadas aquelas análises que apresentam o autor vienense como um teórico despreocupado com os problemas concretos, colocando-o como um jurista apolítico. O percorrer da obra certamente desvelará justamente o contrário, um teórico preocupado com o contexto político-jurídico

---

<sup>279</sup> VIANELLO, Lorenzo Córdova. *Derecho y poder. Kelsen y Schmitt frente a frente*. México: FCE, UNAM, IJ, 2009. p.271.

alemão e com ideias extremamente importantes para a manutenção de um sistema democrático<sup>280</sup>.

Conforme já se referiu, a essência da teoria kelseniana não poderia deixar de ser a sua concepção de ordenamento jurídico como um sistema hierárquico de normas que contém em seu vértice principal a Constituição. É a norma fundamental em seu sentido jurídico-positivo<sup>281</sup> que exerce o papel de fonte de validade direta ou indireta de todas as demais normas. Através desta estrutura determinada em graus de ordenamento jurídico, encontra-se uma relação de subordinação das normas de caráter geral à Constituição, denominando-se este fundamento de validade de *constitucionalidade*<sup>282</sup>, e, conseqüentemente, a falta de coerência

---

<sup>280</sup> Na defesa de sua teoria frente ao decisionismo schmittiano, Kelsen divide sua análise em três níveis diferentes: “Las consideraciones de Kelsen se desarrollan en tres niveles de análisis diferentes. Por un lado, el jurista vienes acomete la defensa de sus teorías a favor del control jurisdiccional de la Constitución, tal como lo argumentaba en sus escritos precedentes sobre la materia. En otro plano, Kelsen se empeñará en demostrar el carácter «tradicional» y nada novedoso de la argumentación schmittiana a la luz de la Teoría pura, sobre todo en relación a dos puntos: la teoría de la interpretación judicial como *Rechtsautomat* y función apolítica, y la noción del presidente del Reich como «poder neutro». Finalmente —y como en casi todas sus polémicas—, Kelsen busca probar la naturaleza «ideológica», no científica, de los conceptos de su oponente, que genera como consecuencia un carácter ficcional de sus proposiciones, y lo hace caer en una doble confusión entre «teoría jurídica» y «política del Derecho» (aspectos que Kelsen había distinguido en su escrito sobre la justicia constitucional), y, en un sentido más amplio, entre ciencia y política. Para Kelsen, Schmitt confunde un problema de política del Derecho con uno de Teoría general del Derecho, que en la argumentación schmittiana, no es «científica», sino meramente ideológica”. Cf. HERRERA, Carlos Miguel. La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución. *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, nueva época, n.86, p.215, 1994. Ver, também, VIANELLO, Lorenzo Córdoba. *Derecho y poder. Kelsen y Schmitt frente a frente*. México: FCE, UNAM, IJ, 2009. p.287-8.

<sup>281</sup> É necessário, neste ponto, diferenciar os conceitos de norma fundamental *jurídico-positivo* (Constituição) da Norma fundamental *stricto sensu*. Esta serviu de norma *pressuposta* que serve de base para a validade das normas inferiores, inclusive a Constituição, para que o critério de validação não se perca no infinito. A norma fundamental, então, representaria a fonte comum de validade de todas as normas pertencentes a uma mesma ordem normativa ou, em outras palavras, seria seu fundamento de validade comum. A natureza deste fundamento, segundo Kelsen, demandaria uma divisão das normas em duas categorias. A primeira seria as normas reguladoras de condutas (teoria estática) que procuram relacionar normas entre si como elementos da ordem em vigor. Do outro lado, aparecem as normas baseadas no processo de produção e aplicação (teoria dinâmica). Os temas da primeira categoria seriam a sanção, o ilícito, o dever, a responsabilidade, os direitos subjetivos, a capacidade, etc. Os compreendidos na segunda são a validade, a unidade lógica da ordem jurídica, o fundamento último do direito, as lacunas, etc. O primeiro tema diz respeito a normas relacionadas entre si a partir de seus conteúdos, enquanto o segundo é relativo a regras de competência e reguladores de sua produção. Neste sentido, Kelsen conclui que uma norma jurídica vale porque é criada respeitando uma forma que advenha do raciocínio de uma norma fundamental pressuposta, e, por isso, “todo e qualquer conteúdo pode ser direito” ou qualquer conduta humana pode ser conteúdo de uma norma jurídica, basta ser criada respeitando os procedimentos exigidos pela norma hipotética. A norma fundamental, portanto, poderia ser indicada como ponto de partida de todo o processo de criação do direito positivo, seria uma espécie de constituição no sentido lógico-jurídico, distinta, assim, da Constituição jurídico-positiva, conformaria, então, não somente o fundamento último de validade das normas pertencentes ao sistema normativo, mas também aquilo que conferiria unidade lógica a todo ordenamento jurídico. Ver: KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. 8.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p.217-28; BARRETTO, Vicente de Paulo (Org.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.811-2. Verbete: Teoria Pura.

<sup>282</sup> VIANELLO, op. cit., p.274-5.

entre as regras estabelecidas por aquela leva a inconstitucionalidades que devem ser reguladas.

Por evidente, esta concepção do sistema normativo<sup>283</sup> foi a origem que o levou a, posteriormente, formular sua teoria pura<sup>284</sup>, representando o fundamento maior de sua defesa da guarda da Constituição através do Tribunal. Neste ponto, encaixam-se a teoria política e a jurídica do autor austríaco na crítica ao modelo schmittiano.

Neste caminho, a chamada *garantia da Constituição* está centrada na preservação da *regularidade*<sup>285</sup> do ordenamento através da tarefa de verificação da correspondência entre as leis e a Constituição e, indiretamente, de todas as normas inferiores com esta última. A função da garantia da Constituição é, em suma, a de manter a coerência formal e substancial do ordenamento jurídico em seu conjunto, anulando, todos os atos e as normas julgados como inconstitucionais<sup>286</sup>.

---

<sup>283</sup> O termo *normativismo* é usado na Teoria do Direito em dois sentidos: o primeiro representa a concepção segundo a qual o direito consiste essencialmente em normas ou conjuntos de normas que disciplinam e orientam a vida em sociedade, tendo o conceito central da norma, no qual está implícito um dever-ser, como o conceito central do direito. Para um segundo sentido, mais restritivo e predominante, representa a teoria pura do direito, desenvolvida por Hans Kelsen, segundo a qual é necessário desvincular o direito de qualquer valoração política, filosófica, ideológica ou social, limitando-o à análise da estrutura lógica das normas que o constituem. O normativismo, pois, é uma variante do positivismo, na medida em que considera o Direito uma realidade objetiva e pré-constituída, isto é, um fenômeno externo e anterior ao sujeito, cujo comportamento é chamado a regular. Cf. BARRETTO, Vicente de Paulo (Org.). Dicionário de filosofia do direito. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.608-11. Verbetes: Normativismo.

<sup>284</sup> Muito embora não seja o objeto do presente trabalho aprofundar a teoria pura do direito e seus elementos, convém, para um melhor entendimento da defesa kelseniana, sejam tecidas algumas considerações a respeito. Com efeito, ao elaborar sua teoria, Kelsen pretende estudar seu objeto, o direito positivo, através do projeto de elevar o direito à posição de ciência jurídica, e, por isso, isenta de interferências de outros campos de conhecimento. Neste sentido, sua obra representa um verdadeiro marco para a estrutura do direito positivo, tendo em vista que toma a ciência positiva como ponto de partida para o seu projeto epistemológico. Sua meta, portanto, era caracterizar o objeto da ciência jurídica como o objeto de um saber autônomo, regido por leis que lhe são próprias. Desse modo, a ciência do direito deve pretender apenas construir um conhecimento que tente responder às perguntas o que é e como é o direito?, sem procurar explicitá-lo, transformá-lo, justificá-lo e, tampouco, desqualificá-lo a partir dos pontos de vista que lhe são alheios. Assim, retrata-se, pois, o sentido da pureza, ou seja, uma ciência jurídica com um olhar objetivo, autônomo e sistemático, sem uma preocupação de legitimação em outros campos que não seja o normativo. Cf. BARRETTO, Vicente de Paulo (Org.). Dicionário de filosofia do direito. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.808-14. Verbetes: Teoria Pura. Ver, também, KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. 8.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. capítulo I.

<sup>285</sup> A denominada *regularidade* seria o vínculo existente entre a legalidade e a constitucionalidade ou, em outras palavras, a relação de correspondência entre um grau inferior e um grau superior do ordenamento jurídico. Cf. VIANELLO, Lorenzo Córdova. *Derecho y poder. Kelsen y Schmitt frente a frente*. México: FCE, UNAM, III, 2009. p.276-7.

<sup>286</sup> Ver, VIANELLO. *Ibid.*, p.277. A partir desta afirmação, identifica-se a importância da interpretação na legitimação da guarda da Constituição. Pode-se concluir disso que *a questão da interpretação legítima a legitimidade do tribunal constitucional* e, por isso, a importância de se discutir se a hermenêutica da teoria pura é eficaz, se ela concretiza os direitos fundamentais.

Kelsen inicia sua crítica à ideia da guarda da Constituição proposta por Schmitt direcionando o objeto inicial, ou seja, a busca político-jurídica por garantias da Constituição, isto é, por instituições através das quais seja controlada a constitucionalidade do comportamento de certos órgãos de Estado que lhe são diretamente subordinados, como o Parlamento ou o governo, correspondendo ao princípio específico do Estado de Direito, o princípio da máxima legalidade da função estatal<sup>287</sup>. Já, de antemão, o jurista austríaco deixa clara sua ideia de que o controle não deve ser confiado a um dos órgãos cujos atos serão controlados<sup>288</sup>.

No mesmo sentido, o controle defendido, ainda com base no *princípio monárquico* do século XIX, quando o monarca era tido como o natural guardião da Constituição, é denunciado por Martonio Mont'Alverne<sup>289</sup>, uma vez que também este autor entende não ser possível defender a transferência da teoria do poder neutro do monarca para um chefe de estado republicano sem serem impostas limitações. Esta impossibilidade fundamenta-se pelo fato de que a transferência da teoria se tratava de uma ideologia que visava à compensação da perda de poder que o chefe de Estado havia experimentado na passagem da monarquia absoluta para a constitucional<sup>290</sup>, e, também, pela alegação schmitiana de não mais existir a separação monárquica entre Estado, sociedade, política e economia não ser correta.

Portanto, a tese schmitiana de que o monarca, ou presidente, seria uma terceira instância não pode ser levada adiante por caracterizar-se uma ficção ideológica<sup>291</sup>, com o único intuito de contrariar a criação de um tribunal constitucional, visto que busca fundamento em um paradigma de governo não mais existente, assim como tinha um evidente objetivo de proteção do poder absoluto, em outras palavras, da busca de um poder perdido com o constitucionalismo monárquico.

---

<sup>287</sup> A legalidade, dividida em *latu sensu* (princípio da legalidade) e *stricto sensu* (obediência à Constituição), é identificada e analisada por Vianello que a vincula, diretamente, à constitucionalidade. Ver, VIANELLO, Lorenzo Córdova. *Derecho y poder. Kelsen y Schmitt frente a frente*. México: FCE, UNAM, IJ, 2009. p.276.

<sup>288</sup> Kelsen lembra, ironicamente, o princípio técnico-jurídico de que “ninguém pode ser juiz em causa própria”. Cf. KELSEN, Hans. Quem deve ser o Guardião da Constituição? *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.239. Sobre este ponto ver também, VIANELLO. op. cit., p.281.

<sup>289</sup> LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. A Guarda da Constituição em Hans Kelsen. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, v.1, n.1, p.206, 2003.

<sup>290</sup> KELSEN, op. cit., p.242.

<sup>291</sup> Conforme Kelsen, tal entendimento “trata-se de uma ficção de notável audácia se fosse levada em conta uma outra doutrina segundo a qual ‘o monarca seria de fato o único, porque supremo, órgão do exercício do poder estatal, sendo, também, detentor do poder legislativo’”, ou seja, ele definiria a ordem para a lei, o poder parlamentar apenas definiria o conteúdo. Como, pois, poderia ser um poder neutro? Ver, KELSEN. *Ibid.*, p.242.

Schmitt utiliza estes rótulos<sup>292</sup> para legitimar sua ideia de falência do Parlamento e da necessidade de modificarem-se as categorias da teoria do Estado constitucional até então existentes. Através deste recurso, o autor alemão fundamenta o uso do art. 48, § 2º da Constituição de Weimar, assim como o poder quase messiânico do presidente do *Reich*<sup>293</sup>.

Em consonância com Kelsen, a fórmula de Constant transforma-se, não mãos de Schmitt, em um instrumento capital para sua intervenção na Constituição de Weimar, assim como serve para legitimar sua defesa do presidente, e não de um Tribunal – de acordo com o art. 19 – o guardião da Constituição. Contudo, o jurista austríaco identifica o erro desta concepção quando demonstra que a teoria do *pouvoir neutre* partia da posição de um executivo com dois poderes, um ativo, outro passivo, sendo o monarca o passivo, por isso, dito, “neutro”. Ora, o presidente poderia ser adjetivado de qualquer forma, menos neutro, uma vez que a Constituição lhe confiou poderes evidentemente ativos e representativos<sup>294</sup>, ainda mais se for considerada a ampliação de sua competência a partir do art. 48 da Constituição.

A teoria sustentada pelo jurista alemão pressupõe que ele se coloque contrariamente a instituição de uma jurisdição constitucional<sup>295</sup>, o que determinaria inúmeros pontos a serem discutidos. No entanto, para Kelsen, um ponto é de fato insignificante e é justamente o questionamento feito por Schmitt: se esta instituição seria um *tribunal* e se este exerceria *jurisdição*. Para o autor austríaco, no campo da teoria do direito, esta seria uma classificação relevante, porém, seja qual for a resposta, não atingiria a questão política e central da legitimidade ou não de um grupo colegiado guardar os direitos constitucionais.

---

<sup>292</sup> Quando se fala em rótulos quer-se fazer referência a lugares comuns na teoria schmittiana, como o uso da teoria do poder neutro, da falência da separação entre Estado e sociedade e a consequente legitimação da mudança de conceitos que levou ao uso indiscriminado do art. 48, § 2º da Constituição de Weimar.

<sup>293</sup> Kelsen traz como exemplo a mudança de interpretação defendida por Schmitt no caso da aprovação do orçamento alemão. O austríaco lembra que inobstante a Constituição do Reich definir que o “orçamento deve ser fixado através de lei” e “tal aquisição (de recursos financeiros mediante crédito), bem como assunção de garantias a cargo do Reich, só poderão acontecer em função de uma lei do *Reich*”, Schmitt defendeu a não manutenção do sentido original das normas, bastando, portanto, o decreto presidencial baseado no art. 48, § 2º, para que fossem criadas as regras elencadas. Ver: KELSEN, Hans. Quem deve ser o Guardião da Constituição? *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.244; VIANELLO, Lorenzo Córdova. *Derecho y poder. Kelsen y Schmitt frente a frente*. México: FCE, UNAM, IJ, 2009. p.285.

<sup>294</sup> KELSEN, op. cit., p.245.

<sup>295</sup> Para Kelsen, o tribunal constitucional funciona “na medida em que, num processo litigioso, deve decidir sobre a constitucionalidade de atos do Parlamento (especialmente leis) ou do governo (especialmente decretos) que tenham sido contestados, cassando tais atos em caso de sua inconstitucionalidade, e eventualmente julgando sobre a responsabilidade de certos órgãos colocados sob acusação”. Cf. KELSEN. *Ibid*, p.248.

O que se vislumbra da argumentação schmitiana é uma tentativa, não distante das demais, no sentido de justificar sua tese a qualquer custo, entretanto, ela se demonstra contraditória quando o autor nega aos tribunais civis, criminais e administrativos da Alemanha o título de guardiães da Constituição – embora exerçam um direito de controle material sobre as leis que aplicam – e, por outro lado, não retira este mesmo título da Corte Suprema Norte-Americana quando esta não difere em nada dos tribunais alemães. Este raciocínio não passa de uma afirmação meramente terminológica, pois não se pode desmentir que um tribunal, que tem poderes para rejeitar a aplicação de uma lei inconstitucional, suprimindo assim sua validade para o caso concreto, funciona, na prática, como garantidor da Constituição, mesmo que não lhe seja concedido o título de *guardião da Constituição*<sup>296</sup>. Isso faz com que se identifique a incongruência da denúncia do alemão, posto que seus argumentos nada provam no campo da política do direito e são inúteis no plano teórico-jurídico.

Na concepção de Kelsen, os argumentos do autor alemão são errôneos, pois, entende não existir contradição entre funções jurisdicionais e políticas, tampouco quando se afirma não se constituir político o ato de dizer o direito pelo juiz ou tribunal. Pare ele, o exercício do poder não se encerra no legislativo, mas, ao contrário, ele tem sua continuação ou até, talvez, seu real início na jurisdição, não menos que no outro ramo do executivo, a administração. Se for visto o *político* na decisão<sup>297</sup>, se encontrará em toda sentença judiciária um elemento decisório, de exercício de poder, que se constituirá tanto mais forte quanto mais amplo for o poder discricionário que a legislação lhe ceder<sup>298</sup>.

Kelsen, portanto, reconhece além do poder político no decisor, o seu poder discricionário. Para ele, no momento em que o legislador autoriza o juiz a avaliar e decidir

---

<sup>296</sup> KELSEN, Hans. Quem deve ser o Guardiã da Constituição? *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.250.

<sup>297</sup> Martonio Mont'Alverne traz uma importante reflexão teórica sobre o tema: “o constitucionalismo necessita da teoria política – e de uma teoria política da democracia, após as experiências catastróficas do século XX – para garantir consistência empírica aos textos que produz (e que significam, em sociedade como as oriundas da redemocratização dos anos 80 na América Latina, a sua razão de ser). Sem o componente da análise política, a aplicação das constituições e a visão possível de seus direitos, garantias e instituições pouco contribuirão para sua própria existência, enquanto referência democrática a ser efetivada”. Cf. LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. A Guarda da Constituição em Hans Kelsen. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, v.1, n.1, p.207, 2003. No mesmo sentido: VIANELLO, Lorenzo Córdova. *Derecho y poder. Kelsen y Schmitt frente a frente*. México: FCE, UNAM, IJ, 2009. p.84.

<sup>298</sup> KELSEN. op. cit., p.51. Contudo, este assunto será melhor trabalhado no último capítulo.

conflitos, está conferindo-lhe um poder criador e, portanto, um poder que dá à função judiciária o mesmo caráter *político* que possui a legislação.

Neste momento, vislumbra-se o ponto a ser criticado na teoria kelseniana, ou seja, a discricionariedade do julgador. Sua teoria, muito embora se sobreponha ao decisionismo schmittiano, esbarra em outro decisionismo, qual seja, a discricionariedade do julgador nos casos de exceção ou que a lei não seja clara. O direito passa a ser deixado de lado para que a decisão seja tomada pelo decisor a seu critério e, por vezes, fora da “moldura”. Aqui, demonstra-se a importância de se contrapor uma teoria aliada à questão moral a fim de que o direito passe a responder todas as questões não deixando margem ao relativismo

Assim, não pode prosperar uma crítica à criação do tribunal constitucional sustentada pelo argumento simplista de que seus atos não seriam jurisdicionais, pois se demonstrou serem duas variantes do mesmo erro. O que se pode anotar, de um ponto de vista teórico, é que

a função de um tribunal constitucional tem um caráter político de grau muito maior que a função de outros tribunais mas não que por causa disso ele não seja um ‘tribunal’, que sua função não seja jurisdicional; e menos ainda: que tal função não possa ser confiada a um órgão dotado de independência judiciária<sup>299</sup>.

Conclui-se, com isso, que o conceito que Schmitt atribui à jurisdição é escasso e não retrata o que, de fato, é o exercício do tribunal Constitucional, constituindo-se em concepções há muito ultrapassadas.

Primeiramente, Kelsen critica o entendimento de que um tribunal somente decide sobre questões de fato, assim como o fato das questões de direito que definem a aplicação do conteúdo da norma for duvidoso ou polêmico não se tratarem de jurisdição<sup>300</sup>. Ao contrário, a

<sup>299</sup> KELSEN, Hans. Quem deve ser o Guardião da Constituição? *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.253.

<sup>300</sup> Kelsen explica a tese schmittiana no sentido de que “a jurisdição por sua natureza está ligada a normas, isto é, a normas que ‘possibilitam a subsunção de um fato material’ e, além disso, ‘não são duvidosas nem polêmicas’ em seu conteúdo. Portanto, uma vez que na decisão sobre a constitucionalidade de uma lei não se aplica a subsunção de um fato material, mas sim, há ‘definição do conteúdo de uma lei constitucional duvidosa’, não se estaria aqui diante da jurisdição”. Para o autor alemão, pois, não haveria análise jurisdicional quando se estivesse diante de problemas de “direito” o que, para Hans Kelsen, é totalmente descabido. Cf. KELSEN,

prática demonstrou, através de numerosas jurisprudências dos Tribunais, que as decisões sobre definição de conteúdo de leis são, da mesma forma, duvidosas. Aliás, se assim não fosse não se estaria diante de controvérsias jurídicas, mas sobre fatos. Portanto, a justiça em geral inicia realmente diante das controvérsias e das polêmicas das normas<sup>301</sup>.

Por fim, a crítica do austríaco faz-se diante do entendimento de que a decisão sobre a constitucionalidade não implica em subsunção do fato ao suporte fático regulado pela norma, e, por isso, não seria jurisdição. Para o autor, a constitucionalidade de uma lei pode ser discutida tanto por seu caráter material quanto pelo formal, ou seja, pelo conteúdo constitucional que deveria ter. Há, então, além da regulação do procedimento legislativo, a definição do conteúdo das leis futuras. Assim sendo, na jurisdição constitucional *uma norma deve ser anulada em sua validade pontual ou geral porque o suporte fático de sua produção está em contradição com a norma que regula tal suporte fático e que está, por isso mesmo, em um nível superior*<sup>302</sup>, havendo, evidentemente, subsunção.

Seguindo na tentativa de não possibilitar que a jurisdição constitucional valha como jurisdição, Schmitt entra em nova contradição quando, em um primeiro momento, apoia-se em uma concepção de que a decisão judicial já está contida, pronta, na lei, sendo apenas “deduzida” dela através de uma operação lógica ou como automatismo jurídico<sup>303</sup>. Neste caso, afirma que a decisão do juiz é deduzida no conteúdo de outra decisão, mensurável e calculável, já contida na lei. Dessa forma, o operador não age criativamente, apenas acha direito já formado<sup>304</sup>.

---

Hans. Quem deve ser o Guardião da Constituição? *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.253.

<sup>301</sup> Ibid., p.254-5.

<sup>302</sup> Ibid., p.257.

<sup>303</sup> Martonio Mont’Alverne identifica o ponto a respeito da politização da jurisdição constitucional em que Kelsen refuta veementemente a alegação de que a formação do tribunal constitucional sobrecarregaria o judiciário e seria ameaçada. O autor indica que “para Kelsen um outro problema da concepção de Schmitt é o fato de que este concebe o judiciário como um autômato do direito (*ein Rechtsautomat*), a quem compete apenas a aplicação do direito de acordo com o fato já determinado pelo legislador. Para Schmitt, o judiciário é vinculado às normas que possibilitam apenas uma ‘subsunção segundo o fato ocorrido’ (*tatbestandmäßige Subsumption*), onde o conteúdo é pacífico não mais sendo objeto de discussão, uma vez que tal já se deu no parlamento. A politização da justiça significaria para Schmitt uma ameaça à própria justiça: ‘à própria justiça? Como? Se o tribunal constitucional não é tribunal?’, indaga um curioso Kelsen”. Cf. Martonio Mont’Alverne Barreto. A Guarda da Constituição em Hans Kelsen. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, v.1, n.1, p.207, 2003. Dessa maneira, torna-se evidente mais uma contradição nas alegações do alemão, uma vez que tenta legitimar a concessão de amplos poderes ao presidente sob o fundamento de sobrecarga de uma jurisdição que, segundo ele próprio, é inexistente.

<sup>304</sup> KELSEN, op. cit., p.258.

Já, em um segundo momento, após fazer uso daquele raciocínio, declara que, em toda decisão, há um elemento de decisão pura, que está fora do conteúdo da lei. Ironicamente, é justamente desta contradição que se pode retirar elementos para corroborar a afirmação kelseniana de que não há diferença qualitativa entre lei e sentença, tendo em vista que ambas são produção de direito e, em decorrência, atos de jurisdição. Por estarem imbricadas, a função legislativa e a judicial, elas apresentam o caráter político, e, com isso, esvaziam qualquer argumentação no sentido de que o controle de constitucionalidade não se trata de jurisdição por ter caráter político<sup>305</sup>.

Por outro lado, Kelsen reconhece como legítima a questão dos *limites* da jurisdição proposta por Schmitt. Contudo, para o jurista austríaco, a questão não deve ser lançada como um problema conceitual de jurisdição, mas como um questionamento sobre a melhor configuração da função desta, devendo-se separar ambos. Caso se deseje restringir os limites do tribunal – e, em consequência, o caráter político de sua função –, deve-se restringir a discricionariedade que as leis concedem à utilização daquele poder. Além disso, as normas constitucionais a serem aplicadas não devem ser genéricas, tampouco operar com chavões como liberdade, igualdade, justiça, etc, sob pena de haver uma transferência de poder do Parlamento para uma instância externa e com força descomunal<sup>306</sup>.

Do ponto de vista teórico, contudo, há uma aproximação entre os tribunais ordinários e o tribunal constitucional, pois ambos são aplicadores e produtores do direito. A diferença básica é que os primeiros produzem ou eliminam normas, limitando-se ao caso individual, enquanto que o segundo, ao atuar, atinge todos os casos possíveis, gerando uma eficácia *erga omnis*<sup>307</sup>.

---

<sup>305</sup> KELSEN, Hans. Quem deve ser o Guardião da Constituição? *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.259.

<sup>306</sup> O autor austríaco, no ensaio intitulado *A garantia jurisdicional da Constituição*, esclarece a importância dos limites da jurisdição constitucional. Ele defende que a Constituição deve ser o mais precisa possível quando indicar questões de princípios, sob pena de constituírem-se perigos extremos. Assim, há que se indicarem critérios objetivos para a aplicação dos mesmos para que não se exija uma intervenção do tribunal constitucional. O autor entende que uma pronúncia, anulando-se uma lei por ser considerada “injusta”, por exemplo, elevaria o Tribunal a um patamar messiânico, uma vez que poderia estar em oposição à maioria da população ou ao seu representante parlamentar. KELSEN, Hans. A garantia jurisdicional da Constituição. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.169-70.

<sup>307</sup> KELSEN, Hans. Quem deve ser o Guardião da Constituição? *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.262-4.

Inobstante à eficácia atingida pela atuação das duas instâncias, o certo é que a forma judiciária se assemelha ao processo dialético do Parlamento, uma vez que objetiva trazer à luz todos os prós e contras de determinada solução.

Kelsen entende que o caráter litigioso é indicado, ainda, para interpretar-se norma constitucional que concede grande margem de discricionariedade<sup>308</sup>, quando, ao invés de se discutir diretamente a constitucionalidade, debate-se a conveniência do ato impugnado. Conforme o jurista, é também uma análise sobre o melhor modo pelo qual a criação do direito deve ocorrer dentro do quadro traçado pela Constituição.

Reveste-se de grande importância, neste momento, o conflito de interesses que será ponderado por toda decisão. Neste aspecto, o processo litigioso servirá para expor a real conjuntura dos interesses, afastando-se toda e qualquer ficção que defenda *unidade* da *vontade* do Estado, ou *totalidade* do coletivo a fim de justificar uma configuração com um certo conteúdo definido da ordem estatal, caracterizações utilizadas por Schmitt para legitimar a categoria do Estado total em contraposição ao pluralismo jurídico<sup>309</sup>.

Schmitt, portanto, utiliza ambos os conceitos para tentar caracterizar a situação concreta do *Reich* alemão. Para Kelsen, porém, o autor alemão esbarra no fato de descrevê-la com dois institutos que se excluem mutuamente<sup>310</sup> e questiona como concretizar esta ideia se,

---

<sup>308</sup> Neste ponto, há que se atentar ao fato do reconhecimento do autor vienense de que o tribunal constitucional atuará tanto quanto maior for a discricionariedade permitida pela norma. Isso faz com que entre em pauta o problema da aplicação do direito, uma vez que, nos casos em que a norma não indique parâmetros específicos, a decisão criará ou negará validade a leis. Contudo, partindo-se do pressuposto teórico kelseniano, haverá a legitimação de decisões que não tenham limites morais (de princípios), podendo ser tomadas inclusive fora da “moldura”. É justamente neste sentido que a teoria pura deixa a desejar, visto que o debate político com Schmitt desembocará na interpretação ou na discricionariedade desta, não havendo freios morais para a decisão do tribunal.

<sup>309</sup> Segundo Kelsen, “o verdadeiro sentido da forma judiciária e sua utilidade para o processo deve ser compreendido a partir da origem da instituição do processo litigioso: como em qualquer configuração jurídica, assim como na decisão de um tribunal tomam parte interesses conflitantes, dos quais versam a decisão em favor de um ou de outro, ou no sentido de uma mediação. Trata-se da típica ficção de que se lança mão quando se opera com a ‘unidade’ da ‘vontade’ do Estado ou com a ‘totalidade’ do coletivo. A essa caracterização conduzem ao raciocínio de Schmitt sobre o ‘Estado total’ em contraposição ao sistema do ‘pluralismo’”. Cf. KELSEN, Hans. Quem deve ser o Guardião da Constituição? *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.265-6. Sobre o pluralismo e as críticas feitas por Schmitt, ver VIANELLO, Lorenzo Córdoba. *Derecho y poder. Kelsen y Schmitt frente a frente*. México: FCE, UNAM, IJ, 2009. p.279.

<sup>310</sup> Kelsen postula que a própria definição originária depõe que “o Estado pluralista se diferencia do Estado total justamente pelo fato de que este absorve a esfera social, tampouco pode dar resultado essa outra tentativa de se livrar da contradição quando Schmitt afirma que o pluralismo se não anula a mudança para o Estado total a parcela. Kelsen afirma que essa totalidade parcelada é simplesmente uma ‘contradictio in adjecto’. Cf. KELSEN, op. cit., p.269.

para o primeiro ocorrer, deve haver uma influência social, não-estatal, enquanto o segundo somente pode dar-se com a supressão destas influências?<sup>311</sup>

O jurista vienense responde aduzindo que um Estado cuja ordem jurídica garante a propriedade privada dos meios de produção, mantendo a produção econômica e a distribuição de seus produtos como função não-estatal, remetendo o cumprimento desta tarefa a um setor que só pode diferenciar-se do Estado enquanto sociedade não pode ser um Estado total – que abraça todo o social e termina com a oposição entre Estado e sociedade. Segundo Kelsen, nestes termos, somente um país socialista poderia ser um Estado total, o que, obviamente, não é o que Schmitt busca<sup>312</sup>.

A ideia de Estado total, portanto, não passa de uma ideologia burguesa na vã tentativa de esconder o fato de que o proletariado segue fora da participação estatal, uma vez que a propriedade dos meios de produção segue nas mãos de outra classe, não existindo, nem de perto, unidade real de vontade geral<sup>313</sup>.

O conceito de pluralismo é inserido por Schmitt com o objetivo de contornar o problema do controle de constitucionalidade e, para isso, acusa o uso do direito subjetivo no sentido de, com ele, se dissolverem os poderes estatais. De acordo com Kelsen, esta formulação não procede, uma vez que ele mesmo é contrário ao conceito de direitos subjetivos como contrapeso ao Estado. Segundo o austríaco, estes direitos podem ser adotados

---

<sup>311</sup> KELSEN, Hans. Quem deve ser o Guardião da Constituição? *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.270.

<sup>312</sup> *Ibid.*, p.270.

<sup>313</sup> Para Herrera, “Schmitt confunde la unidad del Estado, «postulada» como ideal, con una real solidaridad de intereses. HERRERA, Carlos Miguel. Schmitt, Kelsen y el Liberalismo. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante, n.21, p.33, sigs, 1998. Para Kelsen, esto es una interpretación ideológica, ya que no existe un «interés del Estado» que no sea el interés de un grupo particular. Asimismo, un referéndum, que Schmitt hace aparecer como una garantía de la expresión del pueblo como unidad, no es más que, en el mejor de los casos, la voluntad de una mayoría (*Ibid.*, 43). El concepto de «pluralismo» es introducido en el análisis schmittiano, según Kelsen, con el objeto de soslayar el verdadero problema del control de constitucionalidad. Dicho control, en la exposición del jurista alemán, implica la introducción de derechos subjetivos contra el «Estado total». Es conocida la posición contraria de Kelsen al concepto de derechos subjetivos entendidos como «frenos» al Estado. KELSEN, *op.cit.*, 36, sigs. Para la Teoría pura, por el contrario, no es más que una acción procesal positiva que da el ordenamiento estatal en ciertos casos. La función de la justicia constitucional era para el jurista vienes «el control de la regularidad de las funciones estatales», e incluso, como ya hemos visto, los simples particulares no estaban legitimados para demandar tal control en el sistema austríaco de justicia constitucional que él había delineado. De este modo, para el jurista vienes, Schmitt construye un concepto de control de constitucionalidad, entendida como contrapeso al Parlamento «pluralista», y de jurisdicción «apolítica», que no tiene nada que ver con la práctica jurisdiccional, pero que le permite desechar un tribunal para dicha función y reclamarla para el presidente. Cf. HERRERA, Carlos Miguel. La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución. *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, nueva época, n.86, p.218, 1994.

no sentido de que haja uma legitimação processual para a eliminação de um ato inconstitucional ou injusto como um expediente técnico na busca, justamente, da garantia da ordem estatal, exatamente em sentido contrário do que prega o jurista alemão<sup>314</sup>.

Por outro lado, um efeito da doutrina do “Estado total”, que não é irrelevante, consiste na diminuição do valor de um argumento capital a favor de se confiar o controle a uma corte independente, e não ao governo. A divisão constitucional entre Parlamento e governo demonstra existir um antagonismo entre ambos, em outras palavras, pode-se concluir que qualquer violação constitucional ocorrerá quando um dos pólos ultrapassar seus limites. Em face deste panorama, Kelsen recomenda que o poder de decisão passe para uma terceira instância que não esteja inserida na controvérsia e que não participe do exercício do poder<sup>315</sup>.

O mote usado por Schmitt parte da afirmação de que, na doutrina do Estado total, não há antagonismo entre Parlamento e governo<sup>316</sup> para, justamente, justificar que a concessão de poder ao governo não se trata de entregá-la a nenhuma parte litigante.

Kelsen, por seu turno, argumenta que o antagonismo entre governo e Parlamento não desapareceu com o Estado contemporâneo, apenas se modificou. Nele, não mais aparecem antagonismos entre camadas populares representadas pela maioria parlamentar e os grupos de interesses que impregnam o monarca e seu governo, mas, sim, o antagonismo entre minoria e maioria parlamentar; ou um governo minoritário ou um chefe de estado eleito por uma minoria do povo; quando um governo em minoria governar inconstitucionalmente sem Parlamento. Nesta perspectiva, uma análise mais detida sobre a teoria do Estado total termina por confirmar o que Kelsen já havia enunciado: que ela não passa de uma teoria ideológica burguesa que tenta legitimar o decisionismo do chefe de Estado.

O autor alemão demonstra toda a carga ideológica de sua teoria quando a fundamenta tendo como referência uma unidade indicada pelo preâmbulo da Constituição de Weimar<sup>317</sup>.

---

<sup>314</sup> KELSEN, Hans. Quem deve ser o Guardião da Constituição? *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.273-4.

<sup>315</sup> Obviamente, tem que se conceder-lhe certo poder, porém, “há uma diferença entre, de um lado, conceder a um órgão apenas esse poder que deriva da função de controle constitucional (ao judiciário) e, de outro, tornar ainda mais fortes os dois principais detentores do poder, confiando-lhes ademais o controle da Constituição”. Kelsen indica que é menos gravoso dar poderes ao judiciário do que aumentar o poder do governo para que ele, um dos pólos antagônicos, decida parcialmente. *Ibid.*, p.276.

<sup>316</sup> Em outras palavras, a distinção Estado e sociedade (parlamento e governo) e seus derivados caem com o Estado total. *Ibid.*, p.278.

Entretanto, na ótica adotada por Kelsen, a unidade do povo como um elemento real, da maneira como defende Schmitt, não passa de uma ficção, como se fosse possível realmente que o Estado, seus interesses, o interesse de seus cidadãos, enfim, pudessem ser embasados em um coletivo unitário homogêneo, perfeito. Schmitt faz uma interpretação ideológica utilizando o chefe de Estado não simplesmente como símbolo de uma unidade do Estado, mas para, equivocadamente, colocá-lo como produto ou produtor de uma unidade real, no sentido de uma efetiva solidariedade de interesses, apenas para sustentar suas idéias<sup>318</sup>.

O jurista alemão demonstra pleitear uma ideia contraditória e não facilmente defensável, dessa forma, não consegue sustentá-la ante a impossibilidade de prova que a neutralidade do chefe de Estado o coloca-o em situação de independência superior ao do judiciário<sup>319</sup>. Aliás, segundo o autor austríaco, a própria fórmula usada para definir

---

<sup>317</sup> “A Constituição do Reich em vigor firma-se no conceito democrático da homogênea, indivisível unidade de todo o povo alemão, o qual, por força de seu próprio poder constituinte e mediante uma decisão política positiva, logo mediante ato unilateral, deu a si mesmo essa Constituição. Desse modo, todas as interpretações e as aplicações da Constituição de Weimar que procuram fazer dela um tratado, um acordo ou coisa similar, são solenemente repelidas como contrárias ao seu espírito”. Em conformidade com Kelsen, esta unidade homogênea é “o principal suporte da tese do presidente do Reich como guardião da Constituição, pois, se trata de uma decisão política do povo alemão unitário enquanto detentor do poder da Constituição”. Schmitt, portanto, traz como solução ao pluralismo o presidente do Reich como guardião da Constituição, eis que, eleito por “todo” o povo, é o contrapeso para defender a unidade do povo como um todo político. Ver, KELSEN, Hans. Quem deve ser o Guardião da Constituição? *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.279-80.

<sup>318</sup> Para Kelsen, enxergar-se a neutralidade do chefe de Estado é um equívoco, porque ele jamais representará a vontade de um *todo* unitário. “A vontade geral não existe também porque a eleição mesmo não representa nenhuma garantia para uma função de chefe de Estado enquanto equilibrista de interesses”. Conforme Kelsen, visualizar, na eleição, uma garantia de independência, como faz Schmitt, só é mesmo possível se fecharmos os olhos para a realidade. “Não há, portanto, razões suficientes para considerar a independência do chefe de Estado eleito mais forte ou mais garantida do que a do juiz ou do funcionário”. *Ibid.*, p.282-3. Neste sentido, ver, VIANELLO, Lorenzo Córdova. *Derecho y poder. Kelsen y Schmitt frente a frente*. México: FCE, UNAM, IJ, 2009, p.287.

<sup>319</sup> Neste sentido, Herrera escreve: “La teoría de Schmitt representa, escribe Kelsen, un intento de restaurar la vieja doctrina del constitucionalismo monárquico, que considera al soberano como un *pouvoir neutre*, lo que para el jurista vienes, no sin ironía, representa una contradicción en un autor que considera como definitivamente superada la situación del Estado del siglo xix, y denuncia la utilización de viejos conceptos jurídico-políticos para explicar la nueva realidad histórica (HERRERA, Carlos Miguel. Schmitt, Kelsen y el Liberalismo. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante, n.21, p.9, ss, 1998). Pero el concepto de Constant es una ficción, según Kelsen, en la medida que un monarca no es nunca «pasivo», y aún menos lo es el presidente del Reich alemán, que es elegido «bajo las presiones de los partidos políticos», y cuenta con funciones políticas de primer orden. Pero la teoría de Schmitt es una teoría política del «como si», porque se funda en la ficción que sólo el Parlamento puede violar la Constitución. En el análisis de Kelsen, pretender que el presidente del Reich representa un poder neutral, independiente de los partidos políticos y los intereses de clase es una ficción: un presidente es siempre electo por un partido político, y lo que sostiene Schmitt «es posible sólo cerrando los ojos frente a la realidad» (KELSEN, op.cit., 44). El verdadero significado de la doctrina del *pouvoir neutre*, que Schmitt adapta al presidente de una república, es «esconder el contraste de intereses, efectivo y radical, que se expresa en la realidad de los partidos políticos y en la realidad, aún más importante, del conflicto de clases que está dentro» (KELSEN, op.cit., 43)”. Ver, HERRERA, Carlos Miguel. La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución. *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, nueva época, n.86, p.219, 1994.

neutralidade adapta-se, justamente, ao tribunal constitucional, militando diretamente contra o chefe de Estado<sup>320</sup>. Portanto, não há razão ou fundamento que possa legitimar o presidente como um poder superior ou mais puro, do que o judiciário. Pelo menos, não os trazidos por Schmitt até o momento.

Muito embora Schmitt tenha se furtado de encontrar fundamentos irrefutáveis para a sua teoria<sup>321</sup>, ele é incisivo ao afirmar que o chefe de Estado é o órgão mais apto a ser o guardião da Constituição, e ele vai além: considera que este chefe é o presidente do *Reich*. Kelsen refuta veementemente tal afirmação. Para ele, o presidente quando muito pode ser considerado como um dos garantes da Constituição, jamais o único, porque, neste caso, se estaria contrariando as mais claras disposições deste contrato. Conforme Kelsen, quando da Constituição de Weimar se prevê, ao lado de outras garantias, o presidente do Reich como garante da Constituição, manifesta-se a verdade elementar de que essa garantia só pode representar uma parte das instituições de proteção da Constituição. Por outro lado, em nenhum momento a Constituição de Weimar veda a criação do tribunal Constitucional<sup>322</sup>.

Nem mesmo a acusação de antidemocrático pode ser levada adiante, uma vez que o tribunal é eleito pelos poderes representativos do povo, obedecendo aos ideais democráticos tanto quanto o poder legitimado ao presidente<sup>323</sup>.

Nessa altura, o argumento de Schmitt considerando o presidente como guardião da Constituição perde sua força. Sua ideia de um chefe de Estado que tem legitimidade constitucional para ser o contrapeso do Parlamento se esvazia e é justamente nesse equívoco que Schmitt buscará um de seus principais argumentos contra a jurisdição constitucional.

Consoante Kelsen, essa argumentação superestima a competência funcional do presidente do *Reich* e subestima a do Parlamento.

---

<sup>320</sup> KELSEN, Hans. Quem deve ser o Guardião da Constituição? *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.285-6.

<sup>321</sup> Segundo Kelsen: “Que o chefe de Estado, no âmbito de uma Constituição do tipo de Weimar, não seja exatamente o órgão mais indicado para a função de controle constitucional; que particularmente quanto à independência e neutralidade, ele não possua qualquer vantagem diante de um tribunal constitucional, é antes confirmado do que desmentido pelo escrito de Schmitt”. KELSEN. *Ibid.*, p.287.

<sup>322</sup> *Ibid.*, p.288-9.

<sup>323</sup> *Ibid.*, p.291. Ainda sobre o ponto ver, VIANELLO, Lorenzo Córdova. *Derecho y poder*. Kelsen y Schmitt frente a frente. México: FCE, UNAM, IJ, 2009. p.289-90.

Se o Parlamento, conforme Schmitt, é o ‘cenário do sistema pluralista’, mesmo assim não pode ser considerado inconstitucional. (...) a Constituição de Weimar criou de fato não só o presidente do Reich, ‘eleito por todo o povo’, mas também, e mesmo em primeiro lugar, o Parlamento (Reichstag) eleito por esse mesmo povo, e portanto aquele sistema que Schmitt qualifica como ‘pluralista’.

Se Schmitt coloca o presidente como contrapeso é porque o parlamento é um “peso” no jogo das forças políticas. Aceita esta ótica, o sistema parlamentarista pode parecer pernicioso, mas nunca inconstitucional, nem mesmo por falta de uma maioria estável ou obstrução da minoria, quando a Constituição indica um substituto – chefe de Estado.

Kelsen considera que é justamente este o sentido do *guardião da Constituição* para Schmitt. O presidente do *Reich*, a partir dos poderes que lhe foram conferidos pelo art. 48, § 2º da Constituição, atua como um guardião em face de seu inimigo (parlamento), salvando o Estado de suas funções ilegais e substituindo-o<sup>324</sup>.

A Constituição passa a ser, nesta perspectiva, um estado de coisas, o estado da “unidade” do povo alemão. No lugar do conceito positivo de Constituição, introduz-se a “unidade” como um ideal *jusnaturalista*, e, a partir dele, pode-se interpretar como quebra da Constituição o sistema pluralista cujo cenário é o Parlamento e a função do chefe de Estado como salvaguarda da Constituição, pois ela restaura ou defende a “unidade”<sup>325</sup>.

Tal interpretação da Constituição não pode culminar senão na apoteose do art. 48. Em resposta, verifica-se que o elemento que perturba e ameaça a segurança e a ordem pública é o Parlamento – sistema pluralista –, cuja verdadeira função parece consistir em satisfazer a condição que a Constituição de Weimar vincula à aplicação do art. 48, §2º<sup>326</sup>.

<sup>324</sup> KELSEN, Hans. Quem deve ser o Guardião da Constituição? *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.295.

<sup>325</sup> *Ibid.*, p.295.

<sup>326</sup> *Ibid.*, p.296. No mesmo sentido, conclui Herrera: “A los ojos del autor de la Teoría pura, Schmitt aparece como «jusunaturalista» cuando ignora el art.19 de la R.V., y esto es posible —y sólo aquí parece remarcarlo Kelsen— porque, en el razonamiento schmittiano, el concepto de Constitución no es jurídico-positivo, no consiste en una norma que regula el procedimiento legislativo y sus órganos, sino un ideal de derecho natural (HERRERA, Carlos Miguel. Schmitt, Kelsen y el Liberalismo. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante, n.21, p.204, 1998. p.54). Solamente así se puede escribir, como lo hace Schmitt, que «el pluralismo viola la Constitución», poniendo en peligro la unidad del pueblo, que es defendida, en la situación constitucional concreta, por el presidente. Kelsen considera que la teoría de Schmitt quiere desembarazarse del Parlamento porque éste ya no garantiza el dominio de clase de la burguesía. La idea que el Parlamento se torna

### 2.1.4 Considerações sobre o direito como guardião da Constituição e seu *ceticismo moral*

Em vista do exposto sobre o debate Schmitt vs. Kelsen, algumas conclusões devem ser enunciadas, a fim de que se possa construir um raciocínio acerca de qual das concepções atenderia mais os princípios democráticos que devem vigorar no Estado moderno.

A controvérsia estudada, muito embora travada em outro momento epistemológico, encontra-se presente e atual, uma vez que os princípios construídos por Schmitt, no que se refere à decisão na exceção e seus conceitos de político, democracia e governo, podem ser vislumbrados em nossa contemporaneidade.

Da mesma forma, a análise deve ser feita em face do modelo ao qual nos vinculamos e entendemos ser o ideal para a concretização dos direitos e da cidadania: a democracia.

Neste sentido, confrontando-se o poder com o direito, em um contexto em que a exceção faz parte do dia-a-dia, seja na política, seja no sistema jurídico, sua consequência natural, chega-se à resposta de que somente se alcançará a *decisão democrática* com a legitimação do direito como guardião da Constituição.

Entre os aspectos formulados e defendidos no debate investigado e em face dos exemplos deixados pela história, pode-se concluir que: em primeiro lugar, a legitimação do presidente como guardião, nos termos defendidos por Schmitt, levará, ao fim e ao cabo, ao decisionismo ilimitado que, por sua vez, poderá ter como consequência o exercício pleno e até ditatorial do chefe de Estado. Os resultados da exacerbação dos poderes do presidente foram vistos na Alemanha nazista e, na contemporaneidade, quando da luta contra o terrorismo, pela criação da lei patriota norte-americana. Nos dois exemplos, os direitos fundamentais foram esquecidos sob argumentos, no mínimo, discutíveis, o que não se pode conceber em pleno século XXI.

---

enemigo del Estado y el presidente en su protector pertenece a la «leyenda» de Ormuz y Arimán, del enfrentamiento del bien y del mal, presentada como problema de derecho público” (Ibid., p.219).

Em segundo lugar, os conceitos empregados pelo jurista alemão para fundamentar sua defesa da guarda constitucional se demonstraram inconsistentes e contraditórios, tendo sido devidamente contestados e “desmontados” por Hans Kelsen.

Por outro lado, a defesa da Constituição pelo direito, nos moldes apresentados por Kelsen, é feita sobre um raciocínio lógico e embasada em princípios democráticos bem definidos. Não há como refutar a sua primazia sobre o governo dos homens, uma vez que o tribunal constitucional demonstrou ser a via mais adequada para que se possam proteger direitos fundamentais e a própria democracia, e, deve ser legitimado como tal, através do exercício do poder judiciário.

Neste caminho, quando Kelsen identifica a *garantia da Constituição* e localiza seu ponto central na preservação da *regularidade* e reconhece a função desta garantia na manutenção da coerência formal e substancial do ordenamento jurídico em seu conjunto, ele coloca a interpretação como ponto chave, condição de possibilidade para a decisão na exceção<sup>327</sup>. Com isso, pode afirmar-se que *a questão da interpretação legitima a legitimidade do tribunal constitucional*.

Quando se chega a esta conclusão, aproxima-se, também, o “Calcanhar de Aquiles” da teoria de Kelsen, o afastamento entre o direito e a moral. É esta característica que faz com que a decisão do tribunal, na guarda da Constituição, possa ser considerada, também, decisionista ou discricionária, o que é expressamente reconhecido pelo jurista austríaco quando argumenta que o órgão aplicador do direito pode atribuir à norma até mesmo um sentido não compreendido na moldura delineada pela ciência jurídica; pode, com efeito, interpretar a norma de modo absolutamente rejeitado pelos cientistas do direito. *A interpretação autêntica não está limitada pela cognoscitiva*. E conclui:

A propósito importa notar que, pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma

---

<sup>327</sup> A utilização do termo decisão na exceção relaciona o conceito schmittiano de que a guarda da Constituição deve ser exercida em situações excepcionais. Da mesma forma, a análise de um tribunal constitucional será feita em uma situação que foge à normalidade, por isso, pode ser aproximada a uma decisão que ocorre em um estado de exceção, no caso, normativo.

norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa<sup>328</sup>.

Neste ponto, há um desvio do debate, antes político, para uma análise da decisão na exceção que, embora pareça distante e inconciliável, de fato está muito próxima, até mesmo dependente um do outro. David Dyzenhaus reconhece esta aproximação quando refere que o debate Schmitt *vs.* Kelsen é rediscutido na controvérsia Hart *vs.* Dworkin, agora se confrontando no tocante à interpretação.

Assim, chega-se ao último capítulo do trabalho, inserindo, nesta discussão, a crítica à interpretação kelseniana e demonstrando-se a necessidade de uma análise que vincule a moral à teoria do direito, a fim de que se afaste a possibilidade da discricionariedade e do decisionismo.

---

<sup>328</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. 8.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p.394.

### CAPÍTULO III – O PROBLEMA DA INTERPRETAÇÃO. UMA RESPOSTA MORAL

O terceiro capítulo do trabalho propõe-se a analisar o debate já apresentado, fazendo-o sob uma ótica diferente. Tenciona-se demonstrar que a controvérsia sobre a guarda da Constituição, embora travada no plano político-jurídico, traz consequências, também, no plano da interpretação jurídica. De um lado, há o *decisionismo* do soberano proposto por Carl Schmitt, de outro, tem-se a inevitável *discricionariedade* do direito na decisão sobre a exceção, conforme defende Hans Kelsen. Portanto, as teorias levam, ao fim e ao cabo, ao caminho da discussão sobre as limitações da decisão, principalmente se tomadas em caráter excepcional ou, em outras palavras, quando a regra jurídica não dá a resposta direta.

Embora tenha se evidenciado, nos capítulos precedentes, que, das duas teorias, a kelseniana é a que propõe uma resposta democrática e inclusiva, ela não atende as complexidades da modernidade<sup>329</sup>, uma vez que deixa ao arbítrio do decisor a resposta aos casos não amparados pela aplicação direta da norma.

---

<sup>329</sup> Quando se trata de complexidades da modernidade, tem-se o objetivo de demonstrar ao leitor a mudança paradigmática desde a formação do Estado moderno até o século XXI. Atualmente, vive-se no que Zigmund Bauman chama de sociedade líquida, relacionado-a à “leveza” ou “ausência de peso”, à mobilidade e à inconstância, por isso, ele faz a analogia aos líquidos. Aduz estarmos em um estado fluído e não-estruturado, sendo imprescindível que repensemos os velhos conceitos que costumavam cercar nossas narrativas, abandonando as ideias de segurança e solidez em face da velocidade atordoante das mudanças sociais. Sobre a sociedade pós-moderna e sua liquidez. Ver BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução, Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. p.7-22. Esta transformação determina uma necessidade de mudança de pensamento no direito, uma vez que antigos cânones interpretativos já não dão respostas eficazes diante de problemas diversos que a regra jurídica não prevê. Uma modificação de pensamento no direito também está relacionada ao próprio Estado Democrático de Direito e à atuação mais ativa do poder judiciário, que assume um papel transformador em face da inoperância da política em casos “difíceis” e que, por muitos, é denominado de judicialização da política. O processo institucional que derivou a chamada judicialização da política foi um fenômeno recorrente nos países de democracia avançada – perpassando por países como Alemanha, Itália, Espanha, França, Inglaterra, EUA – , mas que, por se tratar de um fenômeno mundial, atingiu, mesmo que tardiamente, os países periféricos. Portanto, trata-se de um processo mundializado que tem efeitos nas mais variadas culturas e sistemas, fazendo, inclusive, convergirem países ligados à *Common Law* e *Civil Law*. Sobre a judicialização da política Ver VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann . *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p.12, ss. O problema da judicialização da política toma relevância, contudo, quando se sabe das necessidades latentes dos países menos favorecidos, que ainda não consolidaram sua democracia e que dependem, diretamente, da concretização dos projetos *prometidos* pelas Constituições para alcançar esta consolidação. Este é o caso do Brasil, que se encontra em constante transformação no que se refere à realização do Estado Democrático de Direito, sendo que o próprio Estado (pós)moderno acaba alterando, constantemente, nossa sociedade, tornando-a, evidentemente, mais complexa e conflituosa, modificando sobremaneira o *status* social. A consequência direta disto é a necessidade de uma modificação, também, do paradigma de cariz liberal-individualista-normativista por estar esgotado, ser incapaz de lidar com a realidade social em que se vive. E esta modificação se dará pelas mãos do Poder Judiciário. Neste contexto, a responsabilidade do Judiciário é potencializada, uma vez que, em sua maioria, os países periféricos não concretizaram as promessas da modernidade, por isso são chamados de países de

Para que se encontre a resposta adequada às contingências atuais, elegeu-se como alternativa uma teoria que considera a construção de uma ciência geral do direito cuja base se assente em pressupostos distintos aos da ciência jurídica tradicional. Esta linha teórica tece suas críticas ao positivismo jurídico e às doutrinas utilitaristas<sup>330</sup>. Trata-se da teoria de Ronald Dworkin<sup>331</sup>.

Contudo, mantém-se o questionamento: Por que é importante a teoria de Dworkin?

O ponto de partida para a formulação desta resposta dá-se no fato da filosofia jurídica ocidental estar dominada, acerca de cinquenta anos, pelas escolas analíticas<sup>332</sup> ou, no caso, pelo positivismo jurídico.

A ciência do direito fundada por Austin e desenvolvida pelos autores normativistas, dentre eles Kelsen, é dividida em uma parte normativa e uma parte conceitual. A parte normativa, que Austin denominou ciência da legislação, tem como objetivo responder *como deve ser o direito* e tem sua base no utilitarismo<sup>333</sup>. Já a parte conceitual se denominaria

modernidade tardia, em que o *Estado Social* de Direito sequer existiu, em decorrência de ter beneficiado as minorias abastadas em detrimento das que deveriam ser alcançadas pelas políticas e direitos sociais. Por isso, a importância de se impor limites à atuação do decisor, e isto somente será conquistado no momento em que se impuserem barreiras ao decisionismo e à discricionariedade. Ver STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica em Crise*. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 8.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p.17-32.

<sup>330</sup> CALSAMIGLIA, Albert. ¿Por que é importante Dworkin? *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante, n.2, p.159-65, 1985.

<sup>331</sup> Inicialmente cabe fazer-se a ressalva que embora a teoria sustentada por Dworkin seja uma concepção ao modelo jurídico americano (*common law*), cabe agregar que a idéia de direito como prática legal por ele proposta não é incompatível com o nosso sistema jurídico (*civil law*). Esta constatação é feita por Streck, jurista que formula sua tese tendo Dworkin como um de seus marcos teóricos, somada à hermenêutica filosófica Gadameriana. Portanto, os fundamentos usados na hipótese sustentada podem perfeitamente ser utilizados no contexto brasileiro. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 2.ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p.307.

<sup>332</sup> Há que se ressaltar que a escola analítica teve John Austin, um dos mais importantes representantes do positivismo jurídico, como seu fundador. O autor tem como ponto inicial de sua teoria a afirmação de que o objeto próprio do direito é a lei positiva, ou seja, a lei colocada por uma autoridade política para os indivíduos que estão submetidos a essa autoridade. Contudo, o positivismo jurídico de Austin é diferente da ideia defendida por Hans Kelsen, na medida em que Austin não nega que haja algo como as leis naturais, enquanto o autor austríaco as rechaça. A teoria pura seria um aprimoramento das ideias iniciais da escola analítica, e, por isso, será alcançada pelas críticas de Dworkin. Para aprofundar sobre John Austin e a escola analítica Ver BARZOTTO, Luis Fernando. *Modernidade e Democracia. Os fundamentos da teoria da democracia em Kelsen. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito. Mestrado e Doutorado 2001*. Centro de Ciências Jurídicas UNISINOS. Organização Leonel Severo Rocha/Lenio Luiz Streck. São Leopoldo: UNISINOS, 2001. p.72-6, verbete: AUSTIN, John.

<sup>333</sup> Entende-se, como utilitarismo, o conjunto de teorias (morais, jurídicas, políticas, sociais e econômicas) que, em geral, advoga que nada, entre os seres humanos, é (ou pode ser) mais desejado em si mesmo do que o

jurisprudência<sup>334</sup> e se ocuparia de estudar *como é o direito*. Já Kelsen não se limitou a mostrar os campos que compreendiam a ciência geral do direito, também sustentou a inexistência de pontes de conexão entre eles. Por fim, o austríaco afirma que *la única comunicación posible era de la Jurisprudencia a la ciencia de la legislación, porque para saber cómo debe ser el derecho se debe conocer cómo es el derecho. Pero para conocer cómo es el derecho no es necesario saber cómo debe ser*<sup>335</sup>. O afastamento de elementos morais da ciência jurídica, pois, é evidente, constituindo-se em lugar comum nas teorias positivistas.

As críticas dworkianas a estas concepções são importantes na medida em que o autor não concorda com o uso da noção de discricionariedade e com o recurso à ideia de direito natural nos casos em que inexistente norma exatamente aplicável. Para o jurista norte-americano, quando as regras não respondem, os princípios entram em jogo, fazendo com que o decisor se resguarde no próprio direito para a solução dos conflitos<sup>336</sup>. Portanto, a resposta de Dworkin é no sentido de aliar a uma teoria do direito o aspecto moral, através dos princípios, retirando

---

próprio prazer. Por conseguinte, as construções teóricas relativas à convivência social devem supor que as pessoas têm como finalidade a obtenção do prazer e a conseqüente diminuição (ou mesmo a eliminação) da dor. Os atos dos indivíduos, portanto, tornam-se adequados aos fins quando maximizam o prazer e minimizam a dor, ou até mesmo visam a sua eliminação. As regras da vida, nas mais diversas esferas da organização social, serão mais compatíveis com tal princípio na medida em que se mostrem capazes de garantir a maior satisfação para o maior número possível de pessoas. Trata-se de uma teoria que busca o bem-estar como fim. BARZOTTO, Luis Fernando. Modernidade e Democracia. Os fundamentos da teoria da democracia em Kelsen. *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito. Mestrado e Doutorado 2001*. Centro de Ciências Jurídicas UNISINOS. Organização Leonel Severo Rocha/Lenio Luiz Streck. São Leopoldo: UNISINOS, 2001. p.837-40, verbete: Utilitarismo.

<sup>334</sup> No caso da obra de Dworkin, a expressão *jurisprudence* deve ser traduzida por “teoria do direito”, em consonância com a sinonímia (*legal theory*). Outra tradução aceitável é “filosofia do direito”. Para efeitos práticos, neste trabalho, será utilizada a primeira tradução.

<sup>335</sup> CALSAMIGLIA, Albert. ¿Por que és importante Dworkin? *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante, n.2, p.159-65, 1985. p.160.

<sup>336</sup> Calsamiglia expressa os pontos refutados por Dworkin quando refere: “Los principios – que fundamentam derechos – no se pueden codificar ni establecer de una vez por todas. Son dinámicos y cambian con la sociedad. Los principios no se encuentran en el cielo de los conceptos jurídicos. Desconfía del iusnaturalismo y de su cajá de caudales trascendentales que pretendían encontrar principios inmutables y universales. También desconfía de las tesis positivistas y de su identificación del derecho con las normas y de su arucia de la discreción judicial. Dworkin pretende inaugurar una vía intermedia entre el iusnaturalismo y el positivismo sin entregarse a sus resurreccionismos. Ante un caso difícil no cabe acudir al derecho natural. Tampoco es posible administrar la discreción judicial. Lo que debe hacer el juez es acudir a la teoría jurídica que solucione el conflicto y que a su vez sea la explicación y justificación más coherente del derecho positivo. Y esa teoría no se reducirá al análisis de las normas sino que tendrá en cuenta los principios. Dworkin sostiene que existen principios institucionalizados que fundamentan derechos jurídicos y principios no institucionalizados que fundamentan derechos morales. Pero unos y otros no pertenecen a órdenes conceptuales distintos. En un caso difícil tanto los derechos legales como los derechos Morales pueden intervenir para resolverlo”. Cf. *Ibid.*, p.162. A importância da teoria dworkiana mostra-se a partir desta passagem, uma vez que fica claro seu objetivo de retirar a ambigüidade e o relativismo das decisões nos casos limite ou, em outras palavras, excepcionais.

qualquer caráter de excepcionalidade, uma vez que o próprio direito trará a resposta *correta*<sup>337</sup>.

Assim sendo, na busca de um caminho paralelo que alie a decisão ao aspecto moral é que se trabalhará a partir de agora. O grande desafio agora consiste em estabelecer a conexão entre o clássico debate travado entre Schmitt e Kelsen com a teoria de Ronald Dworkin, posto que aquele debate foi travado em um momento epistemológico diverso. Contudo, a crítica dworkiana ao positivismo e sua proposta de uma leitura moral do direito, superando a separação entre direito e moral proposta pelo normativismo, faz com que se pense poder haver o afastamento da exceção pela resposta através e pelo direito<sup>338</sup>.

Antes, contudo, torna-se necessário esclarecer os motivos que fundamentaram a ligação do debate dos clássicos com a teoria dworkiana, e isto se deu a partir da obra de David Dyzenhaus.

---

<sup>337</sup> O termo será usado metaforicamente a fim de caracterizar a resposta adequada constitucionalmente ao caso concreto. Portanto, a resposta correta deve decorrer de um aprofundado exame constitucional, em que os princípios desnudam as insuficiências da regra. STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso*. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 2.ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris., 2007. p.270.

<sup>338</sup> Antes de seguir-se na análise do terceiro capítulo, deve haver uma delimitação do tema a fim de que se identifique qual será o ponto de crítica da teoria interpretativa normativista, pois esta crítica poderia se basear em diversos pontos do positivismo. Giza-se que não se adentrará nas críticas tecidas pelos juristas ditos pós-positivistas sobre a divisão da compreensão. Com efeito, estes teóricos defendem que a velha tradição hermenêutica divide, também, o processo de compreensão: primeiro, se conhece (*subtilitas intelligendi*); depois, se interpreta (*subtilitas explicandi*); por fim, se aplica (*subtilitas applicandi*). Neste contexto, a interpretação seria entendida, sempre, como o produto de um processo de reprodução – cuja principal função seria assegurar a objetividade e a precisão dos resultados –, que deve observar, obrigatoriamente, todo o aparato metodológico disponibilizado ao intérprete, a fim de que se possa aferir o unívoco sentido da norma, seja a partir da vontade da lei, seja a partir da vontade do legislador, dependendo, para tanto, apenas da posição teórica adotada. Tampouco, no presente estudo, se deterá na análise da separação do esquema sujeito-objeto ou no problema da questão do método na teoria normativa. Para aprofundar estas questões e a resposta adequada pela hermenêutica filosófica Ver TRINDADE, André Karan. *A filosofia no direito*: Com Gadamer, contra Habermas, à procura de um paradigma de racionalidade a partir do qual seja possível pensar pós-metafisicamente a teoria do direito contemporâneo. 2006. 351 f. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos), São Leopoldo, 2006. p.47, ss. No trabalho que ora se apresenta, a crítica ficará adstrita à separação entre o direito e a moral, ou seja, na abertura da discricionariedade para que o juiz decida nos casos excepcionais. Aqui, está o calcanhar de Aquiles da teoria da guarda da Constituição defendida por Kelsen, uma vez que não limita a atuação do decisor, ocasionando problemas na concretização de direitos em tempos complexos.

### 3.1 O FIO CONDUTOR PROPOSTO POR DAVID DYZENHAUS. ESTADO DE EXCEÇÃO INTERPRETATIVO?

A hipótese sustentada por David Dyzenhaus tem como base o fato de que, na contemporaneidade, retomou-se, *mutatis mutandis*, o debate travado na República de Weimar por Schmitt e Kelsen acerca de quem guarda a Constituição, fazendo-o através de Hart e Dworkin<sup>339</sup> em seu debate sobre a discricionariedade judicial.

O jurista canadense aduz existir uma aproximação entre a decisão no Estado Alemão e a decisão do julgador nos casos em que a positivação não dá respostas diretas, e, em sua concepção, esta aproximação seria o caráter de exceção.

A ótica de Dyzenhaus apresenta-se pela seguinte afirmação:

A situação em Weimar era claro muito diferente da América do Norte ou Inglaterra após a II guerra mundial onde os debates entre Hart e Fuller e Hart e Dworkin ocorreram. Entretanto, há ecos no sentido de que reconheçamos que a penumbra de incerteza de Hart é um tipo de ‘mini’ estado de emergência para a teoria positivista do direito<sup>340</sup>.

Com essa assertiva, o canadense inicia sua teorização no sentido de uma retomada do debate travado por Carl Schmitt e Hans Kelsen, quando discutiram acerca de quem deveria guardar a Constituição em um ambiente de exceção.

Contudo, para que se imponha um limite no que se investigará é imprescindível esclarecer que o que Hart chama de penumbra da lei é apenas um aprimoramento do que

---

<sup>339</sup> Em razão dos limites e dos objetivos do presente trabalho não se adentrará no debate Hart *vs.* Dworkin propriamente dito, pois, para tanto, seria necessário esgotar a teoria do jurista inglês e analisar todas as suas proposições e os seus conceitos. O que se fará é limitar a teoria dworkiana em contraposição às proposições no debate da guarda da Constituição. Neste sentido, serão adotados os argumentos de Dworkin em relação à interpretação e as suas críticas à discricionariedade judicial e relacionando-as com o debate Schmitt *vs.* Kelsen, propondo, então, uma teoria paralela, em que se alie teoria do direito e moral a fim de retirar o grau de excepcionalidade dos problemas jurídicos complexos. Sendo assim, reitera-se que não é objetivo do trabalho expor os dois debates, mas investigar esta *aproximação* entre o “*caso difícil*” ou o caso em que a regra não se aplica diretamente e a exceção; procurar responder se a *criação* do direito por parte do decisor advém desta zona de incerteza como a decisão do soberano ou do tribunal na emergência.

<sup>340</sup> DYZENHAUS, David. *Legality and Legimacy*: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar. Oxford: University Press, 1999. p.15.

Kelsen já referiu em sua obra<sup>341</sup> quando atribui ao decisor poderes ilimitados para aplicar sentido não compreendido na moldura delineada pela ciência jurídica nos casos em que a norma não responde diretamente. No sentido desta aproximação é que será contraposta a teoria de Ronald Dworkin na busca da resolução do problema da discricionariedade.

Feita esta consideração, é pertinente ressaltar que a busca pelo cruzamento entre o estado de exceção alemão e um estado de emergência interpretativo é difícil, uma vez que sequer há uma teoria clara acerca do estado de exceção e sua vinculação com o direito por ser considerado, por muitos autores, como um problema antes *de fato* do que *de direito*<sup>342</sup>.

---

<sup>341</sup> Como referido, para a consolidação da proposta do presente trabalho, a penumbra de incerteza de Hart será ligada às afirmações de Hans Kelsen quando o austríaco assume que a “interpretação autêntica não está limitada pela cognoscitiva”. Mas, antes disso, há que serem trazidos elementos para a formação deste raciocínio e o ponto de partida é a distinção proposta pelo austríaco entre interpretação *autêntica* e *inautêntica*. Para o jurista, a interpretação autêntica é realizada pelo órgão com competência para aplicar a norma jurídica; já inautêntica é procedida pela ciência do direito e pelas pessoas em geral. A interpretação que o Legislativo faz da Constituição ao editar leis ordinárias, a do Executivo relativamente a estas últimas, ao baixar decreto regulamentar, e a do Judiciário pertinente às normas gerais em vigor para proferir decisões (editar normas individuais) – autêntica – têm natureza diversa da interpretação doutrinária, a cargo da ciência jurídica – não autêntica. Portanto, há que se diferenciar esta interpretação realizada pelo órgão jurídico que a aplica e a realizada pela pessoa privada ou ciência jurídica. O jurista austríaco refere que a diferença principal entre as duas está na natureza do ato: a não autêntica se realiza através do conhecimento, do ato cognoscitivo, a autêntica é o exercício da competência jurídica. Há, por assim dizer, um momento cognoscitivo na interpretação autêntica, mas ela é essencialmente ato de manifestação de vontade. O fio condutor buscado com a teoria hartiana começa a se definir quando se verificam as indeterminações da norma que, para Kelsen, são inerentes à positivação de normas jurídicas (TPD, p.272). Quando isto ocorrer, a autoridade superior não terá todas as hipóteses de aplicação quando da edição das normas, e, por isso, concede à autoridade inferior legitimidade para interpretá-las. Em outras palavras, a “norma jurídica geral é sempre uma simples moldura dentro da qual há de ser produzida a norma jurídica individual” (TPD, p.390), dentro da qual se acomodam muitos significados, todos eles limitados através da interpretação *não autêntica*, pela ciência do direito (TPD, p.391). No entanto, o autor reconhece que o conhecimento científico do direito não pode ir além e, uma vez encontradas as múltiplas significações, cabe a autoridade competente aplicar uma delas sobre o caso concreto. A particularidade de sua hermenêutica, então, revela-se na afirmação da pluralidade de significações cientificamente pertinentes de cada norma jurídica. Rejeita-se, portanto, a possibilidade da ciência encontrar o sentido único da norma interpretada. Para Kelsen, não há moralidade na criação das normas e, por isso, todas as significações reunidas na moldura relativa à norma têm rigorosamente igual valor para a ciência jurídica. Assim, quando o aplicador opta por atribuir determinada significação emoldurada não se trata de ato de conhecimento, mas de vontade, de escolha (TPD, p.391). Aqui está o ponto de encontro entre a penumbra da lei de Hart e a discricionariedade de Kelsen. O austríaco entende que, por se tratar de ato de vontade, o órgão aplicador do direito pode atribuir à norma até mesmo um sentido não compreendido na moldura delineada pela ciência jurídica; pode, com efeito, interpretar a norma de modo absolutamente rejeitado pelos cientistas do direito e por isso fundamenta que “A interpretação autêntica não está limitada pela cognoscitiva”. O autor conclui: “pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa”. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. 8.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p.394. Desse modo, toma forma a hipótese levantada pela presente investigação de que a penumbra hartiana é uma consequência da Teoria Pura de Hans Kelsen quando este não limita a decisão à aplicação das hipóteses interpretativas cognoscitivas. Kelsen, no mesmo sentido que Hart, reconhece que a decisão na exceção, isto é, quando não houver significação emoldurada, está desvinculada de qualquer freio, seja normativo ou moral, e, em virtude disso, torna-se uma decisão discricionária.

<sup>342</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Tradução de Iraci D. Poletti. São Paulo: Boitempo, 2004. p.11.

Ante a esta dificuldade, torna-se necessária a investigação do que é, efetivamente, o estado de exceção e suas características. Para tanto, aborda-se a obra de Giorgio Agamben e os aspectos conceituais desta teoria.

Neste caminho, relacionar o estado de exceção com a política e o direito não constitui tarefa fácil, uma vez que se está em frente a uma exceção que não pode ter forma jurídica, ocorre em uma zona de indiferença entre o caos e a ordem jurídica. Trata-se, portanto, de um verdadeiro paradoxo, já que as medidas excepcionais são medidas jurídicas que não são compreendidas no plano do direito; formas legais daquilo que não pode ter forma legal<sup>343</sup>.

Quando se trata desta questão, deve-se considerar o fato de que a medida tomada na exceção está fora do que pode ser chamado de ordem jurídica – se assim não fosse, seria uma medida normal e não uma exceção – contudo, a *contrario sensu*, não faz parte de uma situação caótica, já que existe uma ordem presente, mesmo que não seja jurídica. O paradoxo acontece pelo fato da decisão, embora fora da moldura, ter uma autoridade normativa, sem que ela esteja presente na normalidade<sup>344</sup>.

Agamben chega a comparar o estado de exceção a uma *terra de ninguém* que somente pode ser melhor entendida quando for erguido o véu que cobre esta *zona de incerteza*<sup>345</sup>. Talvez, em razão desta compreensão, o autor entenda que:

Entre os elementos que se tornam difícil uma definição do estado de exceção, encontra-se, certamente, sua estreita relação com a guerra civil, a insurreição e a resistência. Dado que é o oposto do estado normal, a guerra civil se situa em uma zona de indecidibilidade quanto ao estado de exceção, que é a resposta imediata do poder estatal aos conflitos internos mais extremos<sup>346</sup>.

---

<sup>343</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Tradução de Iraci D. Poletti. São Paulo: Boitempo, 2004. p.11-2.

<sup>344</sup> Para uma análise mais aprofundada deste raciocínio, ver BERCOVICI, Gilberto. Carl Schmitt, O Estado Total e o Guardião da Constituição. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, n.1, p.195-201, jan./jun. 2003.

<sup>345</sup> AGAMBEN. op. cit., p.12.

<sup>346</sup> Ibid., p.12.

Percebe-se que a ocorrência de fatos que fogem à normalidade e, por sua vez, levam a decisões que também escapam ao usual no intuito de proteger a ordem, são condições de possibilidade para que se possa considerar o Estado inserido na exceção<sup>347</sup>.

Ao lado do conceito, a indeterminação terminológica também é discussão presente no tema. Parte-se, portanto, da seguinte premissa: *o estado de exceção não é um direito especial, mas, enquanto suspensão da própria ordem jurídica, define seu patamar ou conceito-limite*<sup>348</sup>. Assim, o estado de exceção está diretamente ligado ao termo “suspensão” e, por este caminho, faz-se o raciocínio no sentido de aproximá-lo da decisão baseada no positivismo nos casos difíceis.

A vinculação do estado de exceção ao termo suspensão demonstra uma decorrência natural da convergência entre a extensão em âmbito civil dos poderes que são da esfera militar em tempo de guerra e a suspensão de direitos fundamentais. É importante ressaltar que as medidas excepcionais vêm sendo aplicadas, na História, a partir dos períodos belicosos, de sítio, de Guerra, o que desemboca no uso da força militar para a garantia da autoridade<sup>349</sup>. Atualmente, há uma modificação do poder garantidor, que passou da esfera militar para os poderes governamentais, proporcionando um retorno a um estado original *pleromático*<sup>350</sup>. O poder executivo passa a ter os poderes legislativos, ou seja, adquire plenos poderes para governar e legislar na situação emergencial, ou, na franja da normalidade.

No caso da interpretação jurídica, há uma evidência desta modificação de poderes, uma vez que o poder judiciário assume poderes de decidir os casos excepcionais sem qualquer limitação moral. Neste caso, se lhe concede o poder de interpretar até mesmo fora da moldura, ou seja, discricionariamente.

---

<sup>347</sup> Talvez o principal exemplo disto seja a medida tomada por Adolf Hitler no Estado Nazista assim que tomou o poder – ou, pode-se dizer, assim que o recebeu. Sob a alegação de proteger o povo e o Estado, Hitler promulgou um Decreto que suspendia os artigos da Constituição de Weimar relativos às liberdades individuais e fundamentais. Note-se que esta situação perdurou por 12 anos, podendo-se afirmar que o Terceiro *Reich* foi um estado de exceção permanente, constituindo-se, nesta perspectiva, como um patamar de indeterminação entre democracia e absolutismo. Aqui, vê-se exatamente a resposta do poder estatal a um conflito extremo – ou, pelo menos, se pode perceber que, na fundamentação do uso da exceção, há uma linha muito tênue entre a proteção democrática do estado e o totalitarismo. Cf. AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Tradução de Iraci D. Poletti. São Paulo: Boitempo, 2004. p.12-3.

<sup>348</sup> *Ibid.*, p.15.

<sup>349</sup> Giorgio Agamben faz uma importante incursão sobre o Estado de Paz, de Guerra e de Sítio a partir da História e sua convergência com o estado de exceção contemporâneo (*Ibid.*, p.16-8).

<sup>350</sup> Estado em que ainda não houve a separação dos poderes (*Ibid.*, p.17).

Resta saber, contudo, até que ponto o uso dos plenos poderes é compatível com um Estado Democrático.

No campo político, o seu uso controlado, embora contradizendo a hierarquia das leis e dos regulamentos com o uso de leis emergenciais, seria compatível com a democracia. No entanto, já se demonstrou, na prática<sup>351</sup>, que o seu emprego de modo sistemático e regular a partir da busca de governabilidade através de leis e decretos, a *contrário sensu*, fatalmente tem como consequência a liquidação da democracia. No campo jurídico, parece ser evidente que a interpretação sem limitações levará ao mesmo fim.

Somando-se às dificuldades conceituais, Agamben traz outra face da questão: o estado de exceção em relação ao ordenamento jurídico. Para ele,

na verdade, o estado de exceção não é nem exterior nem interior ao ordenamento jurídico e o problema de sua definição diz respeito a um patamar, ou a uma zona de indiferença, em que dentro e fora não se excluem mas se indeterminam. A suspensão da norma não significa sua abolição e a zona de anomia por ela instaurada não é destituída de relação com a ordem jurídica. [...] O conflito a respeito do estado de exceção apresenta-se essencialmente como uma disputa sobre o 'locus' que lhe cabe<sup>352</sup>.

Neste panorama, Agamben aduz, como fundamento do estado de exceção, o conceito de necessidade. O adágio *necessitas legem non habet* – a necessidade não tem lei – tem um duplo entendimento: a necessidade não reconhece nenhuma lei e a necessidade cria sua própria lei. Contudo, em ambos os casos, a teoria do estado de exceção resolve-se integralmente na do *status necessitatis*, de modo que o juízo sobre a subsistência deste esgota o problema da legitimidade daquele<sup>353</sup>.

Neste sentido, quando o caso particular escapa à obrigação da observância da lei, há uma aproximação entre a teoria da necessidade e a exceção. A necessidade, portanto, *não é fonte de lei e tampouco suspende, em sentido próprio, a lei; ela se limita a subtrair um caso*

<sup>351</sup> Na prática, o que já se demonstrou historicamente – de modo especial, com o exemplo de Weimar – foi que o uso das medidas excepcionais sob a fundamentação de proteger um sistema democrático foi, paradoxalmente, a causa que o levou à ruína. Cf. AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Tradução de Iraci D. Poletti. São Paulo: Boitempo, 2004. p.20. Eis o perigo do uso das medidas excepcionais sem um *freio* moral; eis a importância da hipótese de Dyzenhaus

<sup>352</sup> Ibid., p.38-9.

<sup>353</sup> Ibid., p.40.

*particular à aplicação literal da norma*<sup>354</sup>. Em decorrência disto, faz-se possível afirmar que o estado de exceção moderno é uma tentativa de incluir a própria exceção na ordem jurídica, criando uma zona de indiferenciação em que fato e direito coincidem.

Assim, somente com os modernos é que o estado de necessidade tende a ser incluído na ordem jurídica e apresentar-se como verdadeiro “estado” de lei. A necessidade migra de uma situação particular, em que a lei não exerce coação, à própria fonte de lei. O estado de exceção apresenta-se, pois, como um modelo paradoxal, em que, embora ilegal, é perfeitamente jurídico e constitucional<sup>355</sup>.

Segundo Agamben, contudo, a aporia máxima contra a qual fracassa toda a teoria do estado de necessidade diz respeito à própria natureza da necessidade tida como uma *situação objetiva*. No entanto, observa-se justamente o contrário, ou seja, ao invés de apresentar-se como um dado objetivo, ela implica claramente um juízo subjetivo baseado em circunstâncias que são declaradas necessárias ou excepcionais dependendo dos objetivos que se queira atingir<sup>356</sup>.

Eis, assim, o ponto, o mote, deflagrado por Agamben para que se possa analisar a teoria de Kelsen sobre a decisão fora da moldura e a assertiva de Dyzenhaus acerca da ocorrência de um estado de exceção *positivista*.

Pautando-se a análise sobre a teoria do estado de exceção de Agamben e a necessidade de que o julgador decida casos que não se encontram acobertados pela lei ou, pelo menos, não são de fácil interpretação<sup>357</sup>, verifica-se um novo debate sobre a decisão neste novo campo que Dyzenhaus chama de “mini estado de emergência”. Resta saber se existem, realmente, características entre o soberano, no molde schmittiano<sup>358</sup>, que decide sobre o estado de exceção, e um soberano julgador que, da mesma forma, delibera sobre uma espécie de estado de exceção gerado pela não abrangência legal.

<sup>354</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Tradução de Iraci D. Poletti. São Paulo: Boitempo, 2004. p.41.

<sup>355</sup> *Ibid.*, p.44.

<sup>356</sup> *Ibid.*, p.46.

<sup>357</sup> A crítica feita ao modelo interpretativo positivista atinge as decisões fora da moldura de Kelsen e os chamados casos difíceis de Hart, uma vez que, conforme a concepção adotada, ambos retratam o mesmo problema e terminam na mesma consequência, a discricionariedade ilimitada.

<sup>358</sup> O conceito do soberano como quem decide sobre o estado de exceção é trazido por Carl Schmitt em sua obra *Teologia Política*. Para aprofundar o tema Ver SCHMITT, Carl. *Teologia Política*. Tradução Elizete Antoniuk. Coordenação e supervisão Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

A convergência inicial do estado de exceção com o estado de emergência interpretativo verifica-se na dificuldade de conceituação do estado de exceção, eis que ele próprio está situado numa *'franja' ambígua e incerta, na intersecção entre o jurídico e o político*<sup>359</sup>. A conceituação como uma *franja ambígua*, retirando a formalidade conceitual da exceção, aproxima a teoria do estado de exceção da teoria interpretativa kelseniana, uma vez que, enquanto existe a normalidade interpretativa com a subsunção, nada há que se falar em discricionariedade, visto que estes casos são facilmente resolvidos e decididos por parte do julgador. Já no momento em que a positivação ou a Constituição não definem uma resposta correta<sup>360</sup>, pode-se afirmar que o limbo existente é um momento de emergência e, como tal, deve ser resolvido através da criação imponderável.

Este limbo emergencial bem poderia ser chamado de terra de ninguém<sup>361</sup>, termo empregado por Agamben à zona de incerteza existente na decisão no estado de exceção. O local em que se inserem os casos difíceis<sup>362</sup> é um território onde a positivação não é atingida ou, pelo menos, não da maneira normal, e nela quem decide é o juiz, sem que precise ter vinculação com qualquer critério moral, mas apenas com os seus critérios subjetivos.

Deve-se, neste ponto, ter um cuidado redobrado, já que a legitimação de uma decisão embasada em critérios subjetivos, recepcionando uma discricionariedade indiscriminada nos casos difíceis, certamente levará a decisões em que a democracia e o decisionismo encontram-se aproximados, talvez separados por linhas tênues, mas sem uma diferença determinante. Portanto, a discricionariedade nos termos da decisão fora da moldura reconhecida por Kelsen pode, sim, provocar o decisionismo e o ativismo, e, por conseguinte, se assemelha a decisão como a do soberano de Schmitt.

---

<sup>359</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Tradução de Iraci D. Poletti. São Paulo: Boitempo, 2004. p.11.

<sup>360</sup> O termo é neste momento usado metaforicamente a fim de caracterizar a resposta adequada constitucionalmente ao caso concreto.

<sup>361</sup> AGAMBEN. *op. cit.*, p.12.

<sup>362</sup> O termo *casos difíceis* será usado no sentido de caso não definido por lei ou não abrangido pela regra jurídica. Não se está debatendo a existência ou não de casos difíceis, apenas utilizando a expressão de Hart como sinônimo de caso excepcional. Para um estudo sobre a crítica à existência de casos fáceis e difíceis. Ver STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 2.ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

O que se verificou, na história<sup>363</sup>, foi o uso indiscriminado de uma situação que era vinculada à guerra e ao uso militar para a garantia da soberania por parte dos poderes governamentais, especialmente o executivo, como expressão de plenos poderes, assumindo as atribuições do executivo e do legislativo. Os perigos de se estender plenos poderes ao judiciário em casos difíceis são claros, podendo-se, neste caso, cometer-se o mesmo erro que, *mutatis mutandis*, poderá levar (levou) o sistema jurídico a uma ditadura do julgador.

Assim como no estado de exceção defendido por Schmitt, quando o paradigma da exceção tornou-se a regra, muito mais como uma técnica de governo do que como medida excepcional, em outro momento histórico, a partir da judicialização da política, onde o judiciário aparece como um transformador, a história se repete, com a ditadura do julgador correndo o risco de constituir-se em regra.

A decisão, nestes casos, embora não signifique a abolição da norma, alcança sua legitimidade na necessidade de se decidir fora da moldura quando houver o que Hart chama de penumbra. O fato de existir a imprescindibilidade de resposta do decisor faz com que sua criação interpretativa tenha legitimidade, mesmo que, por vezes, invada a seara de outros poderes, constituindo-se a necessidade em uma espécie de fonte primária e originária da lei<sup>364</sup>.

Para Agamben, alguns autores defendem que, no estado de necessidade, o juiz elabora um direito positivo de crise, assim como, em tempos normais, preenche as lacunas do direito<sup>365</sup>. Neste aspecto, mais uma vez, aproxima-se a teoria da exceção à teoria jurídica das lacunas do direito ou, mais precisamente, à teoria que leva à discricionariedade dos positivistas. No momento em que o juiz tem a obrigação de pronunciar um julgamento, mesmo diante da lacuna da lei, aplicá-lo sem uma vinculação moral, apenas a partir de seus pré-conceitos e subjetividades, leva ao caminho natural do decisionismo e da discricionariedade.

---

<sup>363</sup> Quando se trata de uso de plenos poderes por parte do executivo, sob a alegação de guarda da constituição, se está fazendo referência ao uso indiscriminado do art. 48, § 2º da Constituição de Weimar por parte do governo alemão, quando, por inúmeras vezes, suspendeu direitos fundamentais e governou através de decretos. O resultado é conhecido: a ascensão do Nazismo e a consolidação da ditadura. Sobre o assunto Ver SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Tradução de Geraldo de Carvalho; coordenação e supervisão Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007 e BEAUD, Olivier. *Les derniers jours de Weimar*. Carl Schmitt face à l'avènement du nazisme. Paris: Descartes & Cie, 1997.

<sup>364</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Tradução de Iraci D. Poletti. São Paulo: Boitempo, 2004. p.43-4.

<sup>365</sup> *Ibid.*, p.48.

Tal situação é paradoxal, uma vez que se é inconcebível um vazio jurídico para o direito, ao mesmo tempo, este vazio demonstra-se decisivo para a ocorrência do estado de exceção. Da mesma forma, uma decisão que julga através da discricionariedade forte se encontra neste não-lugar, fora de qualquer definição jurídica, pois a norma positivada ou não dá enquadramento para subsumir o caso à regra, ou é dependente de uma análise difícil, atrelando-se ao critério subjetivo criador do judiciário.

De qualquer forma, quando se investigam os *lugares comuns* entre a teoria defendida por Agamben e a interpretação feita por Kelsen, conclui-se que a decisão fora da moldura pode, sim, ser considerada uma decisão em um estado de emergência ou, como argumenta Dyzenhaus, em um *mini* estado de exceção. Para o jurista canadense,

a ordem pode ser assegurada na medida em que os casos centrais do direito são amplos o suficiente. Mas se os limites entre a essência e penumbra não puderem ser claramente estabelecidos, a essência parece desaparecer e então, para os positivistas, o estado de emergência não pode mais ser controlado.<sup>366</sup>

Este descontrole – que deveria ser evitado – continua ocorrendo enquanto a decisão mantiver-se subordinada a critério subjetivo do julgador. A exemplo de outrora, nos casos encobertos pela penumbra, onde a exceção impera, a decisão é tomada como o soberano que decide sobre o estado de exceção: arbitrariamente.

Eis o risco da manutenção de um estado de exceção positivista. Eis a necessidade de uma modificação de paradigmas na teoria do direito. Eis a imprescindibilidade de se trabalhar com uma teoria do direito que amarre a si uma leitura moral.

---

<sup>366</sup> DYZENHAUS, David. *Legality and Legimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*. Oxford: University Press, 1999. p.15.

### 3.2 RONALD DWORKIN E A RESPOSTA À DISCRICIONARIEDADE: A LEITURA MORAL DO DIREITO

Uma vez identificada a aproximação entre o debate sobre a guarda da Constituição, a decisão na exceção, os decisionismos advindos das teorias de Schmitt e Kelsen e a análise de Dworkin sobre a discricionariedade, faz-se pertinente uma investigação sobre a teoria do jurista americano a fim de se buscar uma resposta que, ao mesmo tempo, imponha uma limitação à atuação do judiciário, como transformador da sociedade, e retire o viés da excepcionalidade da decisão nos casos em que a regra jurídica não pode ser aplicada diretamente. A busca é por uma resposta *do e dentro* do direito.

Neste sentido, o estudo de Dworkin encontra-se dividido em três pontos básicos: o primeiro trata de sua crítica ao positivismo e à discricionariedade judicial, ponto central de sua *teoria do direito*. O segundo indica a doutrina liberal do jurista, elemento que dá base para a aplicação de sua teoria do direito através da integridade. É através do estudo que o autor chama de igualdade liberal que se formará sua *teoria da justiça*. E, por último, traz-se a sua teoria da interpretação através da leitura moral do direito ou sua leitura através dos princípios<sup>367</sup>, elemento que é imprescindível para o entendimento de sua *teoria do direito*<sup>368</sup>.

A exposição obedece a sequência não somente pelo fato de ser o modo mais natural da exposição, mas por se tratar da disposição que melhor reflete o processo de formação do pensamento do autor.

---

<sup>367</sup> Por questões óbvias de espaço e objetivos, a observação sobre a teoria de Ronald Dworkin limita-se aos três pontos principais. Como não é possível, ao menos em um trabalho dissertativo como este, abarcar-se toda teoria dworkiana, procurou-se eger os pontos que fariam frente ao objetivo do trabalho, isto é, a crítica à discricionariedade. Em virtude desta seleção, analisam-se estes temas, sua base liberal, sua crítica ao positivismo e a proposta de uma leitura moral do direito, vinculando à teoria do direito a questão dos princípios. A análise não se pretende exaustiva, mas almeja oferecer indicações para uma melhor compreensão do pensamento de Dworkin, apontando o caminho a ser trilhado para um aprofundamento do tema.

<sup>368</sup> Pérez, em artigo que retrata os pontos principais da obra de Dworkin, divide a teoria do jurista americano em *teoria do direito*, como uma alternativa ao positivismo e ao jusnaturalismo, *teoria da justiça*, que trata da igualdade liberal e, por fim, a *teoria ética*, que faz um estudo sobre o individualismo ético e o liberalismo como uma doutrina ética. Esta divisão é importante para que se percebam os nexos sistemáticos existentes entre as três partes. Para a jurista “en efecto, como se verá, en el pensamiento de Dworkin teoría del derecho, teoría del justicia – y más aún, teoría ética – formam um *contínuo* que representa un desafío a los contornos convencionales de cada disciplina”. Cf. PÉREZ, María Lourdes Santos. Uma filosofia para erizos: Una aproximación al pensamiento de Ronald Dworkin. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante, n.26, p.349, 2003. O presente trabalho enfoca, principalmente, a teoria de justiça e do direito, uma vez que tratam das críticas dworkianas ao positivismo e à discricionariedade.

### 3.2.1 O direito como integridade. Uma crítica ao positivismo jurídico

A teoria de Dworkin influi no desenvolvimento da teoria jurídica e do direito em vários pontos importantes, porém, são suas críticas em relação ao positivismo jurídico e às discricionariedades judiciais que refletem as análises que se busca fundamentar no presente trabalho. A partir da elaboração de sua teoria da interpretação, faz-se uma contraposição às teorias céticas sobre a guarda da Constituição, sendo, por isso, relevante o exame de sua *teoria do direito*.

A teoria do direito de Dworkin, também chamada de *direito como integridade*, é uma construção a ser considerada em duas grandes etapas: inicialmente, os esforços do jurista são no sentido formular uma crítica consistente ao positivismo e ao desenvolvimento da ideia da discricionariedade judicial<sup>369</sup>. Estas críticas, embora sejam dirigidas a Herbert Hart e a sua teoria do direito, como sistema de regras, servem de fundamento para a proposta de superação da teoria da interpretação kelseniana<sup>370</sup>, considerando que as ponderações de Kelsen e Hart assemelham-se quando se trata de decisões em casos em que a regra não responde ou, como denomina Hart, em casos difíceis<sup>371</sup>.

<sup>369</sup> Este primeiro momento da teoria do direito de Dworkin é encontrado em sua obra *Levando os direitos a sério*, capítulos 2, 3 e 4.

<sup>370</sup> Este é o mesmo entendimento de Rafael de Oliveira, para quem, “a crítica de Dworkin se mostra mais radical também no positivismo do continente, uma vez que, os dois pontos destacados acima – a discricionariedade e o estatualismo – estão presentes na *Teoria Pura do Direito* de Kelsen. [...] A questão aqui não discrepa muito daquela retratada por Hart para realizar sua diferenciação entre *easy* e *hard cases*”. O autor ainda refere que, para Kelsen, a indeterminação ou incompletude do direito “emana do fato de que, em toda norma jurídica, existe um espaço no qual a autoridade competente para aplicá-la poderá se mover como quiser. No caso limite apresentado ao final do capítulo VIII (p. 369 – acrescentei) de sua *Teoria Pura do Direito*, Kelsen admite até mesmo decisões fora deste limite imposto pela moldura semântica da norma. Mas isso apenas repercute a intencionalidade estritamente teórica de sua doutrina, que relega toda dimensão prática para a política e a moral, que não fazem parte da ciência do direito”. O jurista segue o caminho do presente trabalho quando reconhece as aproximações entre as obras de Hart e Kelsen e identifica que as críticas de Dworkin servem para ambas. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p.179.

<sup>371</sup> Por vezes, adota-se esta terminologia usada por Herbert L. A. Hart a fim de facilitar o entendimento do leitor, sem, contudo, haver a preocupação de se ingressar no dilema, se esta classificação está correta ou não, já que não é este o objetivo do estudo. Contudo, a fim de não pecar pela omissão, apresentam-se, sinteticamente, os entendimentos de Dworkin e Streck sobre o tema. Para o jurista americano, a teoria dos casos difíceis é fornecida quando “uma ação judicial específica não pode ser submetida a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição, o juiz tem, segundo tal teoria, o ‘poder discricionário’ para decidir o caso de uma maneira ou de outra. [...] Na verdade, ele legisla novos direitos jurídicos, e em seguida os aplica retroativamente ao caso em questão”. Para Dworkin, contudo, “mesmo quando nenhuma regra regula o caso, uma das partes pode, ainda assim, ter o direito de ganhar a causa. O juiz continua tendo o dever mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente”. Cf. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.127, ss. Já Streck não aceita a cisão entre *casos fáceis* e *casos difíceis*, entretanto, em

Uma segunda etapa efetiva-se quando os esforços de Dworkin ultrapassam o sentido de somente criticar a teoria dominante e ele enseja a construção de uma teoria alternativa que supere as concepções interpretativas *rivals*<sup>372</sup>. O jurista dá o nome de *direito como integridade* a esta teoria<sup>373</sup>.

Aborda-se, em continuidade, a primeira etapa da teoria: a desconstrução da teoria dominante a partir da crítica ao positivismo jurídico e à discricionariedade judicial<sup>374</sup>.

### 3.2.1.1 A desconstrução: A crítica ao positivismo jurídico e à discricionariedade judicial

Para Dworkin, uma concepção do direito que negue a separação absoluta entre o direito e a moral, e que não acuda a princípios de justiça material preestabelecidos, é uma *doutrina perigosa*. Portanto, o ponto central de seu “ataque ao positivismo”<sup>375</sup> é a crítica do pressuposto da distinção rígida entre o direito e a moral. A partir desta distinção, o jurista elabora a sua fundamentação e, posteriormente, sua teoria interpretativa.

Na própria estrutura do positivismo, Dworkin encontra os primeiros problemas, uma vez que identifica já ali a abertura para que a autoridade aplique o direito exercendo seu *discernimento pessoal*<sup>376</sup>. Ao mesmo tempo, conclui que, em não havendo uma regra jurídica

---

relação à teoria de Dworkin, o jurista aduz: “Embora Dworkin também faça essa (indevida) distinção (veja-se ele distingue, e não cinde), o faz por outras razões. Dworkin trabalha com a noção de ‘casos difíceis’ a partir da crítica que elabora ao positivismo discricionário de Hart. A diferença é que Dworkin não distingue discursos de fundamentação de discursos de aplicação. Conseqüentemente, não ‘desobriga’ ou ‘desonera’ o juiz (discursos de aplicação) da elaboração dos discursos de fundamentação, que se dão previamente. É a integridade do direito e sua reconstrução que devem dar as condições para a resposta correta nos casos difíceis”. Ver STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso*. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 2.ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris., 2007. p.249-50.

<sup>372</sup> Esta segunda fase é identificada na publicação de sua obra *O império do direito*.

<sup>373</sup> PÉREZ, Maria Lourdes Santos. Uma filosofia para erizos: Una aproximación al pensamiento de Ronald Dworkin. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante. n. 26, 2003. p.351.

<sup>374</sup> Não é demais lembrar que não será aprofundada a teoria de Herbert L. A. Hart. A construção será feita no sentido de trazer as críticas dworkianas à discricionariedade e ao positivismo e procurar confrontá-las com a interpretação cética de Kelsen.

<sup>375</sup> DWORKIN, Ronald. Ensayo sobre Dworkin. In: *Los derechos em serio*. Traducción: Marta Guastavino. Barcelona: Ariel. 7. impr, 2009. p.8.

<sup>376</sup> O autor estrutura o positivismo em três pontos: Em um primeiro momento, Dworkin identifica o direito como um conjunto de regras especiais usadas pela comunidade direta ou indiretamente com o propósito de determinar quais comportamentos serão punidos ou coibidos pelo poder público. Estas regras especiais podem

válida, não existe obrigação jurídica e, em virtude desta situação, a decisão do juiz em matéria controversa, exercendo a discricionariedade, não se trata de fazer valer um direito jurídico. Neste sentido, o autor busca formular um ataque ao positivismo refutando a ideia do positivismo como um modelo de e para um sistema de regras<sup>377</sup>, assim como a sua noção de um único teste fundamental<sup>378</sup> de *pedigree* para o direito. Agir desta maneira seria ignorar

---

ser identificadas e distinguidas por critérios específicos através de testes que dizem respeito não ao seu conteúdo, e, por consequência, à sua validade. O autor indica ainda a existência de regras espúrias e morais que embora sejam seguidas não tem poder de coação. Em um segundo ponto, que para o contexto do trabalho é o mais relevante, Dworkin afirma que o conjunto destas regras legais válidas é exaustivo do ‘direito’, de modo que se um determinado caso não está claramente compreendido por uma tal regra (porque não há nenhuma que se pareça apropriada, ou porque aquelas que se parecem apropriadas são vagas ou ainda por outra razão), então este caso não pode ser decidido ‘aplicando-se o direito’. Ele deve ser decidido por alguma autoridade, como um juiz, ‘exercendo sua discricionariedade’, o que significa ir além do direito por intermédio de outra espécie de padrão destinado a guiar-lhe na elaboração de uma nova regra jurídica ou a suplementar uma preexistente. Aqui aparece a discricionariedade nos casos ditos difíceis. Por fim, Dworkin afirma que alguém tem uma ‘obrigação jurídica’ quando seu caso recair sob uma regra jurídica válida que lhe requer fazer ou lhe proíba fazer algo. Na ausência de uma regra legal válida não há obrigação jurídica. Segue-se daí que quando o juiz decide um caso exercendo sua discricionariedade, ele não está impondo uma obrigação jurídica ao caso. Por isso pode-se dizer que para Dworkin não existirá casos excepcionais ou difíceis, pois, o direito terá a resposta, não abrirá a possibilidade de se atuar discricionariamente. Ver DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.27-8.

<sup>377</sup> Pérez resume a teia crítica de Dworkin em face do direito como um modelo de regras. Registra a jurista: “Conforme al modelo de las reglas, el contenido del derecho se agota en un catálogo discreto de normas positivas identificables mediante algún criterio convencional del tipo de la *regla de reconocimiento* de Hart. El campo de pruebas a que somete el autor a este modelo lo constituyen los llamados ‘casos difíciles’ (*hard cases*), aquellos casos en los que no existe una solución inequívoca aplicando las reglas convencionales existentes; frente a estos, el modelo positivista desarrolla una teoría de la jurisdicción en la que ocupa un lugar central la idea de discreción judicial. Si, de acuerdo con el ‘modelo de reglas’, el derecho está integrado exhaustivamente por un conjunto finito de reglas convencionales, los casos difíciles no pueden, por definición, resolverse adecuadamente mediante la aplicación de las reglas del sistema sino que precisan la intervención libre del juzgador. [...] A juicio del autor (Dworkin – acrecentei) se obtiene una comprensión mejor del proceso judicial si se admite que el derecho está integrado no sólo por reglas positivas sino también por *principios*, una clase de normas que no son creadas deliberadamente pero de cuya existencia nos cercioramos en el proceso de solución de los casos difíciles, y que mantienen una relación interna con las reglas vigentes en la medida en que las informan, les prestan justificación y, al tiempo, guían la interpretación de la totalidad del material jurídico”. Cf. PÉREZ, Maria Lourdes Santos. Uma filosofia para erizos: Una aproximación al pensamiento de Ronald Dworkin. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante. n. 26, 2003. p.351.

<sup>378</sup> O teste fundamental seria a validação das regras através da regra de reconhecimento para Hart e pela norma fundamental para Kelsen. Para Hart, o Direito é uma união de regras primárias e secundárias que se diferenciam das demais regras sociais com base em um critério último de validade, a *regra de reconhecimento*, convencionalmente pressuposta por uma comunidade específica. A partir desta *regra de reconhecimento* se determinam os pilares da interpretação de sua teoria. O autor acresce que “em qualquer grande grupo, as regras gerais, os padrões e os princípios devem ser o principal instrumento de controle social, e não as directivas particulares dadas separadamente a cada indivíduo”. Sem estes padrões de conduta não poderia existir o que se conhece por direito. Cf. HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. 5.ed Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa Calouste Gulbenkian, 2007. p.137, ss. Já na teoria de Kelsen, o teste de *pedigree* seria feito através da norma hipotética fundamental, conceito já trabalhado no capítulo anterior. Muito embora uma das preocupações de Hart seja diferenciar sua regra de reconhecimento da norma fundamental kelseniana, conforme aponta Barzotto: “Esta última, como Kelsen não cansa de repetir, é uma norma pressuposta. Para Hart, a regra de reconhecimento não é pressuposta, mas envolve dois requisitos: a aceitação por parte daquele que faz um juízo de validade da regra; em segundo, a aceitação de tal regra por parte dos funcionários do sistema”, para o fim buscado no debate elas se assemelham, já que se tratam do critério último de validade. Ver BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo*. Uma introdução a Kelsen, Ross e Hart. São Leopoldo: Unisinos. Série Acadêmica, 2000. p.116.

papéis importantes desempenhados por padrões que não são regras e que, no aparecimento dos casos difíceis, são aplicados<sup>379</sup>, como os princípios<sup>380</sup> e as políticas públicas<sup>381</sup>.

A partir da identificação destes padrões, o objetivo principal passa a ser a distinção entre princípios e regras<sup>382</sup> que, para o teórico, é uma distinção lógica e não uma diferença de

---

<sup>379</sup> Para tecer o fio condutor de suas críticas aos testes fundamentais, Dworkin utiliza, como exemplo, as teorias de Austin e Hart. Quanto ao primeiro, Dworkin entende ser um modelo simples e não se aplica a uma sociedade complexa, uma vez que “definem uma obrigação como sujeição mediante ameaça e, desse modo, fundam a autoridade da lei inteiramente na capacidade e intenção do soberano em causar danos a quem desobedece”, não fornecendo “qualquer critério para determinar os comandos do povo ou distinguir seus comandos legais de seus comandos morais”. Portanto, é em relação à teoria de Hart que o jurista norte-americano embasa seus postulados. Para Dworkin, esta é uma teoria mais aperfeiçoada que identifica que as regras são de “diferentes tipos lógicos (Hart distingue dois tipos que ele chama de regras primárias e secundárias). Em segundo lugar, ele rejeita a teoria de Austin de que uma regra é um tipo de comando, e apresenta uma análise mais elaborada do que são regras”, oferecendo, então, uma teoria geral das regras que não depende da força física de seus autores para ter legitimidade. Por isso, a escolha desta teoria como antagonista. Cf. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.31-5. Inobstante esta escolha do jurista, sua proposta poderá ser contraposta à questão interpretativa de Kelsen quando este permite a decisão fora da moldura.

<sup>380</sup> Dworkin chama de princípio “um padrão que deve ser observado não porque ele avançará ou assegurará um estado econômico, político ou social altamente desejável, mas porque ele é uma exigência de justiça ou equidade (*fairness*) ou de alguma outra dimensão da moralidade”. (Ibid., p.36).

<sup>381</sup> Política pública diz respeito “àquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, geralmente uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que alguns objetivos sejam negativos, na medida em que estipulam que algum aspecto atual deve ser protegido de mudanças adversas)”. (Ibid., p.36).

<sup>382</sup> É importante consignar-se o pensamento de Lenio Streck sobre a necessidade de se distinguir regra e princípio. Isto se dá por dois motivos. Primeiro porque a tese que o autor vem sustentando é uma simbiose entre as teorias de Gadamer e Dworkin (STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica em Crise*. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 8.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p.367), e, sem segundo lugar, por se tratar de um dos juristas que melhor analisam a questão da discricionariedade judicial no Brasil. Para Streck, portanto, é fundamental que se dê conta da origem da diferença entre regra e princípio, porque nela – na diferença – está novamente a questão que é recorrente: para a regra, faz-se uma justificação de subsunção, que, no fundo, é uma relação de dependência, de subjugação e, portanto, uma relação de objetivação; já, por intermédio do princípio, não se opera mais a partir de dados ou quantidades objetiváveis, isto porque, ao trabalhar com princípios, o que está em jogo não é mais a comparação no mesmo nível de elementos, em que um elemento é causa e o outro é efeito, mas o que está em jogo é o acontecer daquilo que resulta do princípio, que pressupõe uma espécie de ponto de partida, que é um processo compreensivo. Pode-se asseverar que a regra – como tradicionalmente é entendida no campo jurídico – permanece no campo ôntico, objetivado, causalista-explicativo, enquanto que o princípio se situa no campo do acontecer de caráter ontológico (não clássico). Daí, a questão de fundo para a compreensão do fenômeno: antes de estarem cindidos, há um acontecer que aproxima regra e princípio em duas dimensões, a partir de uma anterioridade, isto é, a condição de possibilidade da interpretação da regra é a existência de um princípio instituidor. Pode-se, assim, determinar que a regra está subsumida no princípio. Nos casos simples, ela apenas encobre o princípio, porque consegue dar-se no nível da pura objetivação. Havendo, entretanto, “insuficiência” da objetivação (relação causal-explicativa) proporcionada pela interpretação da regra, surge a necessidade do uso dos princípios. A percepção do princípio faz com que este seja o elemento que termina desvelando-se, ocultando-se ao mesmo tempo na regra. Isto é, ele (sempre) está na regra, só que está encoberto. *A regra não está despojada do princípio*. Ela encobre o princípio pela propositura de uma explicação dedutiva. Esse encobrimento ocorre em dois níveis: em um nível, ele se dá pela explicação causal; noutro, pela má compreensão de princípio, isto é, compreende-se mal o princípio porque se acredita que o princípio também se dá pela relação explicativa, quando ali já se deu, pela pré-compreensão, o processo compreensivo. Em síntese: há uma essencial diferença - e não separação (se se quiser, distinção lógica) - entre regra e princípio. Pelo que se vê, embora a teoria de Streck seja baseada na hermenêutica filosófica, ela se aproxima da teoria dworkiana quando ambos entendem que se deve diferenciar regra e princípio, mas nenhum reconhece a cisão entre ambos.

grau, de generalidade ou de abstração. Portanto, Dworkin não procura construir uma diferença entre regras e princípios a partir de uma generalização abstrata destes em relação àquelas, mas deseja estabelecer suas diferenças<sup>383</sup>.

Assim, embora ambos os padrões apontem para decisões particulares sobre obrigações legais, eles diferenciam-se principalmente pelo fato de que as regras são aplicáveis em um modo do tudo-ou-nada<sup>384</sup>, ou seja, se for válida deve ser aceita, caso contrário não contribuirá em nada para a decisão.

Os princípios têm uma dimensão que regras não possuem, trata-se de uma dimensão qualitativa de peso ou de importância. Quando houver o entrecruzamento entre ambos, a decisão deve levar em conta a força relativa de cada um. Pelo lado das regras, pode-se considerá-las como sendo funcionalmente mais importantes ou não importantes, mas não se pode argumentar que uma regra é mais importante do que outra dentro do sistema de regras, de modo que, quando duas regras conflitassem, uma sobreporia a outra em virtude de seu maior peso. Se duas regras conflitam, uma delas deixará de ser uma regra válida, sendo que a regulação destes conflitos acontece a partir de normas procedimentais ou pela preferência da regra que esteja sustentada pelo princípio mais importante<sup>385</sup>. Oliveira resume esta diferenciação, quando refere:

Nessa medida, Dworkin se refere a esta diferença como uma diferença “qualitativa”. [...] As regras são aplicáveis à maneira do *tudo-ou-nada*, ou seja, a determinação de uma regra implica na exclusão das outras, quanto a sua validade, para reger o caso

---

Para o autor brasileiro, “Dworkin não faz a cisão entre interpretar e aplicar, tampouco admite dedutivismos; [...] é necessário ter presente que a tese dworkiana deve ser lida nessa superação da discricionariedade positivista justamente através ds princípios. Por isso, a diferença entre regras e princípio. Regras devem ser lidas a partir de Dworkin como um contraponto ao dedutivismo, subsunção e, principalmente, a qualquer pressuposto da filosofia da consciência”. Cf. STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso*. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 2.ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p.254-8.

<sup>383</sup> OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: A hermenêutica e a (in)determinação do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p.177.

<sup>384</sup> Calsamiglia, em seu *Ensayo sobre Dworkin*, resume este raciocínio. Para o autor, o modelo positivista apresenta-se de forma que as normas ou têm a peculiaridade de aplicar-se no todo ou não se aplicar. O modelo positivista, portanto, é estritamente normativo porque só pode identificar normas e deixa fora de análise as diretrizes e os princípios. Porém, é o que precisamente se pretende demonstrar, ou seja, que esta visão do direito é unilateral. Junto às normas, existem princípios e diretrizes políticas que não podem ser identificadas por sua origem, mas por seu conteúdo e sua força argumentativa. Cf. DWORKIN. *Ensayo sobre Dworkin*. In: DWORKIN, Ronald. *Los derechos em serio*. 7.Impr. Tradución: Marta Guastavino. Barcelona: Ariel. 2009. p.9.

<sup>385</sup> Ibid. p.42-3.

controverso. Já os princípios possuem uma dimensão de *peso* ou *importância*: a aplicação de um princípio não pode significar a exclusão de outro princípio, mas eles precisam ser pensados segundo os postulados da equidade e da integridade. Ou seja, um princípio nunca é isoladamente, mas sempre se manifesta no interior de uma *comum-unidade*<sup>386</sup>.

O autor traz os critérios da equidade e da integridade para a resolução dos confrontos entre os princípios. Portanto, no momento da decisão, devem ser sopesados os cânones que fazem parte da tradição da sociedade.

Uma vez demonstrada a sua diferenciação das regras, Dworkin questiona como deveriam ser tratados os princípios. Seriam eles juridicamente vinculantes ou, ao contrário, caberia ao juiz aplicar os princípios que quisesse e se quisesse<sup>387</sup>?

As duas linhas de abordagem acerca dos princípios são paralelas a estas duas considerações das regras. A primeira trata os princípios como vinculantes para os juízes; a segunda linha aborda os princípios como sumários daquilo que muitos juízes “tomam como princípio” para agir quando forçados a ir além dos padrões que os vinculam. Dworkin indica que se a primeira abordagem for escolhida se poderá arguir que os juízes, uma vez que usam padrões vinculantes, estão validando obrigações e direitos jurídicos. Já, se a segunda linha for a via utilizada, uma decisão que for contrária às leis será considerada, por si só, discricionária<sup>388</sup>.

Contudo, antes de identificar qual das doutrinas deve ser escolhida, Dworkin aprimora o conceito, por vezes utilizado erroneamente, de discricionariedade.

---

<sup>386</sup> OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: A hermenêutica e a (in)determinação do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p.177-8. No mesmo sentido é o entendimento de Calsamiglia, para quem o critério da identificação dos princípios e das diretrizes não pode ser o teste de origem. As diretrizes fazem referência a objetivos sociais que devem ser alcançados e são considerados socialmente benéficos. Os princípios fazem referência à justiça e à equidade (*fairness*). Enquanto as normas se aplicam ou não se aplicam, os princípios *dão razões para decidir* em um sentido determinado, mas, diferindo das normas, seu enunciado não determina as condições de sua aplicação. O conteúdo material do princípio - *seu peso específico* - é o que determina quando deve ser aplicado em uma situação determinada. Cf. DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. 7. Impr. Tradución: Marta Guastavino. Barcelona: Ariel. 2009. p.9.

<sup>387</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.47-8.

<sup>388</sup> *Ibid.*, p.48.

Para o autor, o conceito de discricionariedade encontra-se em seu habitat em apenas um tipo de contexto: quando uma pessoa é, de modo geral, encarregada de tomar decisões subordinadas a padrões estabelecidos por uma autoridade particular. A discricionariedade, *assim como o espaço central de um anel, não existe senão pelos limites que o contornam*<sup>389</sup>.

Antes de adentrar à doutrina positivista da discricionariedade do judiciário, Dworkin fraciona o conceito em três sentidos: Um primeiro sentido fraco dá-se quando o padrão não pode ser aplicado mecanicamente, mas requer certo raciocínio<sup>390</sup>; um segundo sentido fraco, quando o agente tem uma autoridade final, não podendo ser reformada por terceiro<sup>391</sup>; e, por fim, um sentido forte, quando não há vinculação a padrões estabelecidos pelas autoridades competentes, sem que este sentido seja confundido com arbitrariedade<sup>392</sup>. Portanto, quando a doutrina positivista aduz que *o juiz deve decidir o caso exercendo seu poder discricionário* quando não previsto por uma regra estabelecida, há que se questionar em qual sentido se deve entender essa “discricionariedade”<sup>393</sup>.

Para o jurista, o fato de não se encontrar regra aplicável ao caso, não demanda poder ilimitado para o juiz. Deve, sim, haver um padrão estabelecido através dos princípios<sup>394</sup>. Assim posto, é neste sentido que se deve entender a discricionariedade.

---

<sup>389</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.10.

<sup>390</sup> A discricionariedade em sentido fraco ocorre quando o contexto mesmo já não o torna claro ou quando as informações possuídas pelos interlocutores não incluem os dados relevantes requeridos. Assim, pode-se dizer àqueles que não sabem quais eram as ordens do sargento ou que ignoram algum dado que tornava essas ordens vagas ou difíceis de serem aplicadas: “as ordens do sargento deixam-lhes uma grande margem de discricionariedade”. Faria perfeitamente sentido acrescentar, por intermédio de uma ampliação, que o tenente ordenou ao sargento de apanhar seus cinco homens mais experientes para a patrulha, mas que era difícil determinar quais eram os homens mais experientes (Ibid., 51).

<sup>391</sup> Dworkin exemplifica este tipo de discricionariedade quando o funcionário é parte de uma hierarquia de funcionários estruturada de tal modo que alguns têm autoridade superior, mas na qual os padrões de autoridade são diferentes para distintas classes de decisões. Assim, pode-se dizer que, no *baseball*, certas decisões, como a de se a bola ou o corredor alcançou primeiro a segunda base, são deixadas ao arbítrio do juiz da segunda base, se, com isso, quiser-se dizer que, nessa matéria, o juiz principal não tem poder para impor seu próprio juízo em caso de desacordo (Ibid., 51).

<sup>392</sup> Por fim, o sentido forte é exemplificado: um sargento tem discricionariedade se ele pode escolher, ao seu grado, os homens que farão a patrulha. Diz-se o mesmo de um juiz de concurso de cães que é livre para julgar os cães da raça fox-terriers anteriormente aos boxers se as regras nada estipulam a esse respeito (Ibid., p.52).

<sup>393</sup> Ibid., p.54.

<sup>394</sup> Os positivistas tomam sua doutrina no terceiro sentido forte de “discricionariedade”. Desse modo, ela daria conta do tratamento dos princípios. De fato, neste sentido, ela não é senão uma retomada da segunda abordagem. É como afirmar-se que se um juiz não encontra a regra aplicável ao caso, ele possui discricionariedade, no sentido de que ele não está vinculado a nenhum padrão estabelecido por alguma autoridade do direito, e dizer que os padrões jurídicos outros que as regras aplicados pelos juízes não são vinculantes em relação a eles (Ibid., p.55).

A negação dos positivistas de que os princípios são vinculantes não toma corpo diante do fato de que a menos que alguns princípios sejam reconhecidos como vinculantes pelos juízes e que, por eles, sejam considerados como obrigatórios e necessários para se chegar a determinada decisão, nenhuma, ou quase nenhuma regra poderá ser obrigatória para eles. Portanto, qualquer modificação na regra de direito existente terá o princípio figurando como resposta, eis que a regra somente poderá ser implementada em prol de avanços em políticas públicas ou a algum princípio<sup>395</sup>. De todo modo, se um jurista toma o direito como um sistema de regras e reconhece, como deve, que os juízes modificam antigas regras e introduzem outras novas, ele chegará naturalmente à teoria da discricionariedade no sentido forte<sup>396</sup>.

Chega-se, então, a uma consequência mais sutil dessa hipótese inicial de que o direito é um sistema de regras. Quando os positivistas lidam com princípios e políticas públicas, eles tratam-nas como regras falhas, pois, não teriam validade por não se tratarem absolutamente de regras, o que é verdade. Por outro lado, eles também concluem que, por serem padrões extrajurídicos, excepcionais, cada juiz poderia selecioná-los de acordo com o seu poder discricionário, o que é falso. *É como se um zoólogo tivesse provado que peixes não são mamíferos e, então, concluísse que eles são, de fato, apenas plantas*<sup>397</sup>.

Uma vez explorada a posição adotada pelos positivistas em relação à discricionariedade e aos princípios, questiona-se o que ocorreria se utilizada, ao contrário, a primeira via – princípios com poder de vinculação? Para tanto, Dworkin propõe o desenvolvimento de um teste que convenha a todos os princípios e apenas a eles<sup>398</sup>.

O autor, de início, já descarta os testes de *pedigree* usados pelos positivistas, pois, as origens de um Princípio como jurídico não residem em um caso particular de algum legislativo ou tribunal, mas sua continuidade depende do prosseguimento de seu sentido de conveniência<sup>399</sup>, e a distinção entre normas e princípios é o instrumento de que se utiliza para recusar a regra de reconhecimento como critério para a identificação do direito<sup>400</sup>.

<sup>395</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.59-60.

<sup>396</sup> *Ibid.*, p.62.

<sup>397</sup> *Ibid.*, p.63.

<sup>398</sup> *Ibid.*, p.64.

<sup>399</sup> *Ibid.*, p.64.

<sup>400</sup> DWORKIN. Ensayo sobre Dworkin. In: DWORKIN, Ronald. *Los derechos em serio*. 7.Impr. Traducción: Marta Guastavino. Barcelona: Ariel. 2009. p.10.

Diante de tais elementos, Dworkin, baseado no fato de nenhuma regra de reconhecimento poder proporcionar um teste para a identificação dos princípios, indaga porque não se pode dizer que os princípios são últimos e, por isso, constituem a própria regra de reconhecimento. O autor conclui positivamente e complementa que se tratarmos os princípios como jurídicos<sup>401</sup>, então devem ser rejeitadas as três teses positivistas. Refere o autor:

devemos então rejeitar a primeira tese dos positivistas, a saber, que o direito de uma comunidade é distinguido de outros padrões sociais por intermédio de algum teste segundo a forma de uma regra fundamental. Já havíamos decidido que devemos abandonar a segunda tese - a doutrina da discricionariedade do juiz - ou clarificá-la através de trivialidades. E o que dizer da terceira tese, a saber, a teoria positivista acerca da obrigação jurídica? Essa teoria estabelece que uma obrigação jurídica existe quando (e apenas quando) uma regra de direito estabelecida impõe tal obrigação. Segue-se disso que nos casos difíceis - quando nenhuma regra estabelecida pode ser encontrada - não existe obrigação jurídica até que o juiz crie uma nova regra para o futuro. O juiz pode aplicar a nova regra às partes no caso, mas isso é uma legislação *ex post facto*, não a aplicação de uma obrigação existente. [...] Entretanto, uma vez que abandonemos essa doutrina e tratemos os princípios como jurídicos, ressaltamos a possibilidade de que uma obrigação jurídica possa ser imposta por uma constelação de princípios bem como por uma regra estabelecida. Poderíamos dizer que uma obrigação jurídica existe sempre que as razões que sustentam a existência de tal obrigação, em termos de princípios jurídicos vinculantes de diferentes tipos, são mais fortes do que as razões contra a existência dela<sup>402</sup>.

As conclusões de Dworkin demonstram que o positivismo não responde as questões impostas pelas contingências atuais do Estado. De acordo com ele,

o positivismo, com suas próprias teses, esbarra diante desses enigmáticos casos difíceis que nos remetem à procura de teorias jurídicas. Quando nos deparamos com esses casos, os positivistas remetem-nos a uma doutrina da discricionariedade que não nos conduz a lugar nenhum e não nos diz nada<sup>403</sup>.

A primeira parte da proposta de Dworkin trata-se, desse modo, da desconstrução de alguns lugares comuns nas teorias positivistas.

---

<sup>401</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.64.

<sup>402</sup> *Ibid.*, p.65, ss.

<sup>403</sup> *Ibid.*, p.72.

Embora o autor aceite uma distinção entre casos fáceis e difíceis – ou, para o presente trabalho, decisões excepcionais –, ele o faz para estabelecer um diálogo com as posturas positivistas, no sentido de refutar qualquer possibilidade de poder discricionário que é atribuído aos decisores nas contendas excepcionais, ou casos difíceis.

Os julgadores não podem criar direitos novos e aplicá-los retroativamente, mas aplicar o direito estabelecido e preexistente. No caso excepcional, haverá lugar a um argumento de princípio<sup>404</sup>, que fundamentará e justificará a decisão, fazendo cessar a discricionariedade pela razão de ser uma decisão do e no direito.

Esta justificação deve se sustentar em dois pontos importantes: a ideia de *intenção* ou *propósito* de uma determinada lei e o conceito de princípios que estão velados<sup>405</sup> às regras positivas. Para realizar um exame correto desta teoria sobre a intenção legislativa e os princípios jurídicos existentes, Dworkin cria um jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humana, a quem nomina Hércules<sup>406</sup> e atribui-lhe a função<sup>407</sup> de gerar teorias possíveis que justifiquem diferentes aspectos do sistema, de acordo com o caso concreto que lhe é proposto, e contrastá-las com a estrutura institucional. Quando exaurir as

---

<sup>404</sup> A crítica de Dworkin à criação judicial de regras se estabelece a partir de sua inconformidade com a discricionariedade nos casos difíceis. Ele defende que as decisões judiciais, mesmo em casos difíceis, são e devem ser geradas por princípios, e não por políticas. Diante desta tese, o autor diferencia o que chama de *argumentos de política* e *argumentos de princípio*. Os primeiros “justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo”. Os segundos “justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo”. Assim, parte daqui a segunda etapa de sua teoria do direito, a interpretação através da integridade e coerência. Ver DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.128, ss.

<sup>405</sup> Ver nota 54.

<sup>406</sup> É importante ressaltar a ressalva feita por Streck quanto à compreensão da metáfora de Hércules. Segundo o autor uma leitura apressada de Dworkin dá a impressão de que Hércules é o próprio juiz discricionário, é portador de uma *subjetividade assujeitadora*. Para Streck é justamente o contrário, pois o que Dworkin busca é encontrar uma teoria que controle o subjetivismo a partir de sua cultura anti-relativista, do respeito à tradição, à integridade e coerência do direito, e que contenha uma natureza antimetafísica. O jurista brasileiro entende tal concepção da teoria dworkiana é absurda, como se o autor americano, depois de sua crítica ao positivismo de Hart sustentadas no problema da discricionariedade do juiz nos casos difíceis, viesse, como ‘solução para o problema, propor no lugar do juiz discricionário de Hart, um juiz superdiscricionário, o seu Hércules? Ver STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso*. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 2.ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris., 2007. p.367-72.

<sup>407</sup> O juiz Hércules deve construir um esquema de princípios abstratos e concretos que forneça uma justificação coerente a todos os precedentes do direito costumeiro e, na medida em que estes devem ser justificados por princípios, também um esquema que valide as disposições constitucionais e legislativas. DWORKIN, op. cit., p.184.

possibilidades, levando em consideração a tradição e os princípios, o juiz deve justificar de modo coerente os conceitos utilizados para a teoria exitosa<sup>408</sup>.

Para exercer esta função Dworkin considera que Hércules aceita as principais regras não controversas que constituem e regem o direito em sua jurisdição, ou seja, o juiz filósofo aceita que as leis criam e extinguem direitos jurídicos, enquanto os juízes têm o dever de seguir as decisões anteriores, cujo fundamento racional aplica-se ao caso em juízo<sup>409</sup>.

Valendo-se da metáfora do juiz Hércules<sup>410</sup>, o jurista americano procura explicar a necessidade da justificação das decisões embasadas na tradição e nos princípios, não admitindo a possibilidade de que as decisões fujam do âmbito do direito.

Assim sendo, Dworkin debela qualquer possibilidade de lacuna visto que, para ele, a argumentação jurídica está vinculada a critérios práticos de justificação que remetem para padrões prévios de conduta chamados princípios<sup>411</sup>. Por isso, é importante sua busca com o propósito de diferenciar princípios de regra e, por isso, propõe a construção de um modelo mais conforme à complexidade e à sutileza das práticas sociais.

### 3.2.1.2 A reconstrução: o direito como integridade

Após analisar os problemas do positivismo e da discricionariedade judicial, Dworkin propõe a construção de uma teoria alternativa concebida sob a denominação *direito como*

---

<sup>408</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.168.

<sup>409</sup> Ibid., p.164-5.

<sup>410</sup> O método de Hércules para a busca da resposta correta ao caso difícil parte da procura por uma teoria coerente sobre os direitos em conflito que sirva de justificação para todos os casos ou, pelo menos, indique que se trata de uma teoria base de decisões pretéritas. Em segundo lugar, Hércules seleciona as várias hipóteses que possam corresponder à melhor interpretação da tradição e, em caso de controvérsias, ele deve encontrar a resposta correta. Hércules deve, ainda, localizar uma resposta correta baseado na coerência dos princípios da justiça, equidade e do devido processo legal, que devem ser aplicados com equidade e justiça. O juiz filósofo deve também eliminar toda hipótese incompatível com a prática jurídica. Por fim, deve questionar se a interpretação é coerente a ponto de justificar as estruturas e decisões políticas anteriores de sua sociedade. Cf. DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p.253, 288-95.

<sup>411</sup> OLIVEIRA. *Decisão judicial e o conceito de princípio*. op. cit., p.174-8.

*integridade*. O jurista cunha-a como uma concepção interpretativa do direito a fim de contrapor-se a concepções rivais, particularmente o já debatido positivismo jurídico<sup>412</sup>.

Neste ponto, o que se pretende é construir uma teoria completa do direito que tenha um aspecto justificador das decisões, obrigando os julgadores a, no momento em que tomarem decisões, construírem-nas através de uma justificação coerente e íntegra assentada na tradição e nos princípios<sup>413</sup>.

Precedendo a análise do problema da interpretação, o jurista norte-americano propôs um modelo ideal de sociedade democrática. Compreende-a como uma sociedade baseada nos seguintes princípios: Equidade, entendida como o valor de igual poder para cada um dos indivíduos da sociedade; Justiça, referindo-se aos resultados alcançados com as decisões; Legalidade, como legitimação do poder; e Integridade, como finalidade da própria sociedade democrática, ou seja, uma sociedade atuando coerentemente através de princípios<sup>414</sup>.

Uma comunidade que aborde estes valores legitima a coação do estado, mas deve somar aos princípios um procedimento que seja, ao mesmo tempo, equitativo e justo. É aliando estes elementos que se chegará a um modelo democrático ideal.

Por outro lado, fica visível o problema de legitimação da democracia quando emerge a possibilidade de procedimentos equitativos serem injustos ou procedimentos justos e não equitativos. Aqui, se demonstra a importância de que uma comunidade, além de ser justificada pelo procedimento, some a justificação pelo conteúdo de seu direito<sup>415</sup>. Na busca

---

<sup>412</sup> PÉREZ, Maria Lourdes Santos. Uma filosofia para erizos: Una aproximación al pensamiento de Ronald Dworkin. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante. n. 26, 2003. p. 351-2.

<sup>413</sup> É importante esta característica da construção e da justificação no processo interpretativo, uma vez que este modelo busca a minimização do espaço discricionário das decisões. Por isso, para Dworkin, a interpretação do Direito dá-se pela reconstrução deste a partir das próprias práticas da sociedade. O jurista considera o processo de interpretação construtiva em três partes. A primeira seria uma etapa pré-interpretativa, na qual são identificados as regras e os padrões que darão o conteúdo para a análise do caso. Uma segunda etapa, chamada interpretativa, são justificadas as regras e os padrões identificados na etapa pré-interpretativa. E, por fim, uma etapa pós-interpretativa em que o intérprete ajusta a justificativa que foi aceita na fase interpretativa ao que a prática exige. DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jéferson Luiz Camargo. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p.81-2.

<sup>414</sup> CALSAMIGLIA, Albert. El concepto de integridad en Dworkin. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante. n. 12, 1992. p.164.

<sup>415</sup> Calsamiglia acusa este problema quando demonstra casos em que uma decisão equitativa pode ser injusta. O autor usa como exemplo o seguinte caso: “Supongamos que cuatro personas – tres chicos y una chica – deciden constituir una sociedad para hacer deporte. Cada una de ellas es propietaria de un 25 por 100 del capital y por unanimidad diseñan unos estatutos en los cuales cada uno tiene un voto y las decisiones se toman por mayoría. La primera decisión importante es comprar un campo y construir una pista de tenis. Se adopta la

desta justificação, deve haver, então, a diferenciação entre equidade, justiça e integridade, mas, ao mesmo tempo, instaura-se a questão se as decisões ou leis poderiam ser diversificadas ou unificadas<sup>416</sup>.

Segundo Calsamiglia, as leis ou as decisões diversificadas cumpririam melhor o requisito da equidade visto que cada indivíduo estará igualmente representado, enquanto, que nas decisões ou nas leis unificadas, a minoria, em tese, não teria nenhum tipo de representação. Assim, o autor afirma que não haveria qualquer razão de equidade para opor ao modelo diversificado<sup>417</sup>.

Por outro lado, questiona: Uma decisão diversificada seria contrária à justiça? Para que se possa responder a questão, deve-se acordar o que se entende por justiça, acordo extremamente difícil se for levado em consideração o fato de que é característica fundamental das sociedades democráticas um pluralismo ideológico que leva, em última análise, a uma multiplicidade de concepções do justo. Assim, conclui-se que uma lei ou uma decisão diversificada responde melhor a uma concepção de justiça individual, por ser-lhe menos prejudicial, ao menos pela visão de quem perde. Do ponto de vista de quem ganha, o modelo

---

decisión por unanimidad. Una vez realizada la operación, los socios se reúnen para redactar un reglamento de uso de la pista. Los tres chicos deciden por mayoría que la chica no puede jugar nunca. El procedimiento es equitativo, y, sin embargo, el resultado que produce es manifiestamente injusto. Este es un contraejemplo a la tesis «meramente procedimental» de la justicia. Se necesita alguna cosa más que el procedimiento equitativo para que la decisión sea correcta”. Por isso, é importante o conteúdo do direito a fim de se minimizar as chances de uma decisão equitativa ser injusta. Cf. CALSAMIGLIA, Albert. El concepto de integridad en Dworkin. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante. n. 12, 1992. p.165.

<sup>416</sup> Calsamiglia trata desta questão com dois exemplos, um referente à decisão, outro, à formação das leis. No primeiro, o jurista analisa supondo que “varios amigos van a cenar a um restaurante y que algunos desean pescado y otros carne. Parece ser que una de las soluciones mejores -tanto desde el punto de vista de la equidad como de la justicia- (si es que se puede hablar de ello en este caso) es que cada uno decida según sus preferencias. No hay ninguna razón -a igualdad de precios- que justifique elegir el mismo plato en el restaurante. Una decisión de este tipo la podríamos denominar diversificada. Esta decisión parece respetar el principio de equidad y el de justicia”. Já em relação à atividade legislativa, o autor argui: “¿por qué cuando tratamos de la actividad legislativa del estado no admitimos que las leyes estén diversificadas? Supongamos que el parlamento respeta fielmente la voluntad popular y que se propone una ley sobre la eutanasia activa. El 45 por 100 de los diputados vota en contra y el 55 por 100 a favor. No se produce ninguna abstención ni ningún voto nulo. ¿Sería mejor aceptar una ley que permitiera la eutanásia activa en el 55 por 100 de los casos y la prohibiera en el 45 por 100, o sería preferible una ley unificada que siempre la prohibiera o la permitiera? Veamos qué es lo que dice nuestro modelo. Vayamos a la equidad. Es indudable que una ley diversificada es más equitativa que una unificada. La razón es muy sencilla, porque cada uno está igualmente representado en la ley diversificada mientras que la minoria perdedora no está en ningún caso representada en la ley unificada. Una ley diversificada cumple mejor con el requisito de equidad. Por tanto no hay razones de equidad para oponernos a esta decisión (Ibid., p.167).

<sup>417</sup> Ibid., p.166-7.

unificado é quem responde melhor sua visão de justiça e, por consequência, contraria o pluralismo<sup>418</sup>.

Embora tanto do ponto de vista da equidade quanto da justiça não existam razões substanciais para haver uma oposição ao modelo diversificado, este modelo, em uma análise mais aprofundada, atenta contra princípios importantes que devem reger uma sociedade democrática.

Para superar isso, Dworkin defende a existência de uma virtude política não tradicional. Ao lado da justiça e o devido processo legal, o jurista insere uma terceira virtude, a qual denomina integridade. A integridade refere-se ao compromisso de que o governo aja de modo coerente e fundamentado em princípios com todos os seus cidadãos, a fim de estender a cada um os padrões fundamentais de justiça e equidade na busca da solidez dos princípios que regem a comunidade<sup>419</sup>.

A partir da virtude da integridade define-se que não há como conceber uma sociedade democrática que respeite tão somente os princípios da equidade e da justiça, mas, ao contrário, esta sociedade deve supor uma personificação da comunidade e uma concepção coletiva coerente de justiça, uma justiça institucional<sup>420</sup>.

Por isso, Dworkin apresenta a integridade como um ideal ou uma virtude política que encerra a exigência geral de que os poderes públicos possam conduzir-se de modo caprichoso ou arbitrário, mas, sim, de maneira coerente ou de acordo com um único sistema coerente de pautas de correções e de retidão caracterizadas pelos princípios<sup>421</sup>. O ideal da integridade política exige que se fale com uma só voz, aplicando de forma consistente os princípios, mesmo que não sejam compartilhados por todos os cidadãos. A comunidade é tomada por um

---

<sup>418</sup> CALSAMIGLIA, Albert. El concepto de integridad en Dworkin. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante. n. 12, 1992. p.167.

<sup>419</sup> DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jéferson Luiz Camargo. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p.199-202.

<sup>420</sup> CALSAMIGLIA, op. cit., p.167.

<sup>421</sup> Esta visão é corroborada por Streck quando refere que: “O princípio da integridade está umbilicalmente ligado com a democracia, exigindo que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do direito. Trata-se de uma garantia contra arbitrariedades interpretativas. A integridade limita a ação dos juízes; mais do que isso, coloca efetivos freios, através dessas comunidades de princípios, às atitudes solipsistas-voluntaristas. A integridade é uma forma de virtude política”. Ver STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso*. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 2.ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris., 2007. p.266.

agente moral, no sentido de que tenha legitimidade para adotar e expressar seus próprios princípios, que podem ser diversos dos defendidos por seus membros individualmente<sup>422</sup>.

Entretanto, a integridade é um valor que se configura paralelamente ao funcionamento do sistema político e jurídico, mas diferencialmente em cada um. Em virtude disso, Dworkin estabeleceu uma distinção entre duas formas de integridade: a integridade na legislação e a integridade na deliberação judicial<sup>423</sup>.

Segundo o autor, no primeiro princípio caso, restringe-se aquilo que os legisladores e outros criadores do direito podem fazer ao expandir ou alterar as normas públicas, e o fazem com base no conceito de uma comunidade de princípios, cuja integridade é vista como parte fundamental de sua política. Essa defesa é possibilitada pela integridade expressar o interesse de cada um por tudo que é suficientemente especial, pessoal, abrangente e igualitário para fundamentar as obrigações comunitárias, constituindo-se em primeiro princípio moral da política. Há, portanto, uma interpretação da própria cultura política, não se tratando de uma moral política abstrata e atemporal<sup>424</sup>. Os legisladores devem então construir e fundamentar a criação normativa tendo como referência um conjunto coerente de princípios que fazem parte da cultura e que se supõe estarem na base de o todo material jurídico vigente<sup>425</sup>.

O segundo princípio da integridade exige que os juízes interpretem a legislação em vigor sob o pressuposto de que foi criado por um único legislador, que também agiu ao abrigo de um regime coerente de princípios, no intuito de descobrirem normas implícitas entre e sob as normas explícitas. Deste modo, para Dworkin, a integridade é uma virtude ao lado da justiça, da equidade e do devido processo legal, reconhecendo-a, contudo, como um valor superior aos demais<sup>426</sup>.

Baseado neste entendimento, o jurista reitera que o legislativo deve ser guiado pelo princípio legislativo da integridade no sentido de expressar um sistema único e coerente de

---

<sup>422</sup> PÉREZ, Maria Lourdes Santos. Uma filosofia para erizos: Una aproximación al pensamiento de Ronald Dworkin. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante. n. 26, 2003. p.353.

<sup>423</sup> DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jéferson Luiz Camargo. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p.261.

<sup>424</sup> Ibid., p.260.

<sup>425</sup> PÉREZ, op. cit., p.354.

<sup>426</sup> DWORKIN, op. cit., p.261-2.

justiça e equidade<sup>427</sup>. Diante desta concepção, o autor critica a promulgação de leis conciliatórias<sup>428</sup> apenas pela preocupação com a equidade, pois elas constituiriam decisões incoerentes e violadoras da integridade.

A virtude, por conseguinte, exige que as leis não sejam fruto de um compromisso entre concepções contraditórias de justiça, senão que respondam a uma concepção coerente de justiça pública. Por isso, os atos de coação desta comunidade devem ser orientados por princípios, como se esta sociedade fosse uma pessoa moral e que dela fosse exigida uma conduta moralmente íntegra, abandonando-se qualquer tipo de conciliação. Esta exigência, porém, traz algumas dúvidas importantes: O que significa uma comunidade personificada<sup>429</sup>? O que seria uma comunidade de princípios<sup>430</sup>?

Como resposta à primeira pergunta, Dworkin afirma que a ideia de integridade política personifica a comunidade e deve-se dizer isto descrevendo o modo como uma comunidade adota ou trai um princípio. Esta visão de personificação funcional da comunidade parte da combinação como elementos de um sistema geral de pensamento. Ao se aceitar que as autoridades agem em nome de uma comunidade na qual todos são membros, os indivíduos passam a compartilhar, também, a responsabilidade pelos atos praticados por aquelas. Por isto se diz que a comunidade é personificada como um agente moral que se engaja na fomentação dos princípios e os honra<sup>431</sup>.

---

<sup>427</sup> DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jéferson Luiz Camargo. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p.264.

<sup>428</sup> O autor usa o termo “conciliatório” para descrever leis que mostram incoerência de princípios e que podem ser justificadas somente com base em uma distribuição equitativa do poder político entre as facções morais. A criação de leis conciliatórias constitui uma violação flagrante da integridade, visto que facilita o *lobby* e a criação pautada por interesses ideológicos, deixando de lado a análise de princípios (Ibid., p.217, nota 6).

<sup>429</sup> Para Dworkin seria, de certa forma, utópico pensar-se que o aperfeiçoamento da virtude da integridade acontecerá de maneira simples. Em decorrência desta dificuldade, o autor supõe a integridade política como uma personificação particularmente profunda da comunidade ou do Estado. Quando se fala em personificação, tem-se a noção que a comunidade se engaje na fomentação dos princípios de equidade, justiça e devido processo legal e que honre essas virtudes. A ideia de integridade política, portanto, personifica a comunidade como um agente moral, atuante, pressupondo que a comunidade pode adotar, expressar e ser fiel ou infiel a princípios próprios, diferentes daqueles de quaisquer de seus dirigentes ou cidadãos como indivíduos (Ibid., p.204-8).

<sup>430</sup> CALSAMIGLIA, Albert. El concepto de integridad en Dworkin. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante. n. 12, 1992. p.168.

<sup>431</sup> Um exemplo que elucida a personificação da comunidade através da responsabilidade coletiva pode ser trazido através do caso da Alemanha. “Alemães ainda não nascidos na época em que os nazistas governavam o país têm vergonha e um sentimento de obrigação para com os judeus. [...] As convicções que esses argumentos tentam explicar são produto de uma profunda personificação da comunidade social e política”. Cf. DWORKIN, op. cit., p.209.

No mesmo sentido, o autor segue seu raciocínio defendendo que, no momento em que as comunidades políticas estatais forem tratadas como comunidades de princípios, se terão elementos suficientes para apurar até que ponto as decisões do passado determinam o presente e em que medida as decisões tomadas pelos poderes públicos estariam justificadas. Trata-se de um esforço construtivo que questiona quais são os princípios ou conjunto coerente de princípios que melhor justificaria as decisões públicas. O momento seguinte seria considerar estas decisões como componentes de uma cadeia, a cadeia do direito.

Dworkin encerra o seu raciocínio e aduz que sua teoria é dinâmica, assim como os princípios e as valorações, que variam ao largo da História. Em face desta compreensão, considera-se que o direito, como integridade, permita ao cidadão uma atitude ativa frente ao direito, colaborando na construção da tarefa coletiva de justificação e das decisões públicas. Portanto, o direito, para este jurista, não é um produto acabado, nem tampouco é a justiça. É algo menos e algo mais.

Es algo menos que la justicia porque la coherencia -es decir, la virtud de la integridad- exige sacrificar en algunas ocasiones la persecución de los resultados justos. Es algo más que las convenciones porque el derecho está compuesto no sólo por un conjunto de normas, sino también por un conjunto de principios<sup>432</sup>.

Na realidade, porém, na aplicação judicial do direito que se manifesta, de forma mais significativa, a importância que tem a ideia de integridade para a concepção dworkiana de direito. O autor insiste no fato de que a integridade forma parte das condições sobre as quais se desenvolvem as atividades cotidianas dos juízes, de forma que a caracterização do direito como *integridade* é condição de possibilidade aos pressupostos normativos sob os quais se opera o trabalho jurisdicional<sup>433</sup>. Eis a importância de que os juízes atuem mantendo uma coerência com o direito em seu conjunto, e quando se trata do conjunto, em decorrência, insere-se o critério histórico na interpretação do direito, a tradição.

O princípio jurídico de integridade, então, exige que os juízes identifiquem os direitos e deveres legais como criações de um único autor – a comunidade personificada –

<sup>432</sup> CALSAMIGLIA, Albert. El concepto de integridad en Dworkin. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante. n. 12, 1992. p.168.

<sup>433</sup> PÉREZ, María Lourdes Santos. Una filosofía para erizos: Una aproximación al pensamiento de Ronald Dworkin. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante. n. 26, 2003. p.354.

expressando uma concepção coerente de justiça e equidade<sup>434</sup>. O direito como integridade é, portanto, essencialmente interpretativo, uma vez que busca o fundamento para a decisão em sua própria continuidade<sup>435</sup>. Em outras palavras, a interpretação deve ser feita sob o manto da tradição da teia interpretativa já definida pela comunidade jurídica e que ela própria afirma ter interpretado com sucesso<sup>436</sup>.

Portanto, a história exerce um papel importante para o direito como integridade<sup>437</sup>. Muito embora ela não seja aplicada em termos absolutos, não sendo exigida do juiz uma interpretação de continuidade com princípios em desuso ou que não se insiram na contemporaneidade do caso, a sua importância se dá pela obrigatoriedade de se interpretar com uma coerência de princípio, mais horizontal, da cadeia de normas jurídicas que a comunidade faz vigorar. O direito como integridade, então, é um direito que inicia no presente

---

<sup>434</sup> Para Streck, na teoria dworkiana “Os princípios funcionarão como uma blindagem contra arbitrariedades apontando o *modus* operativo que deve ser seguido pelo intérprete, buscando, assim, a coerência e a integridade do direito. [...] haverá coerência se os mesmos princípios que forem aplicados nas decisões o forem para casos idênticos; mas, mais do que isto, estará assegurada a integridade do direito a partir da força normativa da Constituição”. STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso*. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 2.ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p.272.

<sup>435</sup> O critério histórico da continuidade tem um elemento importante que deve ser descrito, a força gravitacional do precedente. Esta força pode ser explicada por um apelo, não à sabedoria da implementação de leis promulgadas, mas à equidade que está em tratar os casos semelhantes do mesmo modo. Um precedente é um relato de uma decisão política anterior; o próprio fato dessa decisão, enquanto fragmento da história política, oferecem alguma razão para se decidir outros casos de maneira similar no futuro. Para aplicá-la, deve ser feita uma análise equitativa justificada através de argumentos de princípios. A força gravitacional, portanto, considera que a equidade exige a aplicação coerente dos direitos e, assim sendo, exige-se do julgador que descubra princípios que se ajustam não apenas ao precedente específico, mas para todas as decisões no âmbito de sua jurisdição geral e também às leis. Dworkin termina o raciocínio referindo: “Caso os princípios que ele citar não forem compatíveis com outras decisões que seu tribunal propõe-se igualmente a sustentar, Hercules não terá cumprido seu dever de mostrar que a decisão que ele tomou é compatível com princípios estabelecidos e, portanto, justa (*fair*)”. Cf. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.176-81.

<sup>436</sup> DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jéferson Luiz Camargo. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p.271-3.

<sup>437</sup> Para Streck há uma grande importância na integridade formulada por Dworkin, uma vez que através dela “se torna possível distinguir boas e más decisões e que, quaisquer que sejam seus pontos de vista sobre a justiça e a equidade, os juízes também devem aceitar uma restrição independente e superior, que decorre da integridade, nas decisões que tomam. Importa acrescentar que Dworkin, ao combinar princípios jurídicos com objetivos políticos, coloca à disposição dos juristas/intérpretes um manancial de possibilidades para a construção/elaboração de respostas coerentes com o direito positivo – o que confere uma blindagem contra discricionariedades (se se quiser, pode-se chamar isso de ‘segurança jurídica’) – e com a grande preocupação contemporânea do direito: a pretensão de legitimidade. [...] O direito como integridade é tanto o produto de interpretação abrangente da prática jurídica quanto sua fonte de inspiração”. O jurista brasileiro demonstra, assim, a ligação do direito pela integridade com a limitação da discricionariedade judicial. STRECK, op. cit., p.306.

e somente retorna ao passado se a situação assim determina e, ainda assim, exige a devida justificação de seu uso<sup>438</sup>.

Neste cenário, Dworkin aperfeiçoa sua concepção do juiz Hércules. O juiz imaginário, que já foi concebido com capacidade e sensibilidade sobre-humanas de resgatar principiologicamente toda a história institucional do Direito, agora<sup>439</sup>, exerce a interpretação através da metáfora do *romance em cadeia*.

Reconhecendo a necessidade de uma coerência baseada na tradição, o jurista americano formula uma teoria que explique a interpretação através dos dados disponibilizados pela História através da lógica metafórica, em que um grupo de romancistas decide quem iniciaria um romance escrevendo um capítulo e entregando-o para o segundo completá-lo, interpretando enquanto escreve e interpretando o gênero que está a escrever, criando o capítulo seguinte. Cada um deve criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade. A obra deve ter a melhor continuação possível<sup>440</sup>, não se interpretando apenas o sentido de um texto, o que o autor quis dizer, ou seu ‘espírito’ quando o criou, mas, sim, uma interpretação do sentido de uma obra como um todo<sup>441</sup>.

Ao proceder-se a uma análise da metáfora do romance em cadeia com a atuação judicial encontram-se inúmeras aproximações. Os juízes, quando chamados a decidirem casos

---

<sup>438</sup> DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jéferson Luiz Camargo. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p.274.

<sup>439</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.40.

<sup>440</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.235-7, passim; e, também, DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jéferson Luiz Camargo. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p.275-9.

<sup>441</sup> Dworkin demonstra que a interpretação do romance deve adequar-se às partes anteriores, entretanto, isto não significa que alguma alteração ou identificação de problemas faça com que a interpretação seja desqualificada. O jurista destaca, contudo, que a decisão deve ser justificada através da tradição de forma coerente e íntegra. O que não se pode permitir é que o intérprete dê seguimento à sua escrita mesmo identificando que o material a ele entregue não poderia dar base para manter-se uma interpretação adequada. Assim, deveria haver o abandono do projeto, pois adotar uma atitude interpretativa no texto em questão seria uma peça de ceticismo interno, o que caracteriza evidentemente uma atividade discricionária, ação criticada por Dworkin. O autor ainda esclarece que não se pode saber se uma peça chegará ao resultado cético antes de tentar interpretá-la. Demonstra-se, com isso, a impossibilidade de cindir-se o ato interpretativo, como se fosse possível dividir o ato em dois momentos distintos. O que ocorre, de fato, é que, no momento da decisão (interpretação) – suas conclusões pós-interpretativas –, suas conclusões são advindas de uma interpretação que, ao mesmo tempo, se adapte aos fatos anteriores e os justifique (Ibid., 279-85).

excepcionais, fazem o uso do precedente<sup>442</sup> e da cadeia argumentativa utilizada, inserindo-se, pois, no contexto como os próprios autores do romance<sup>443</sup>. A tradição exerce, portanto, uma importante função sobre os casos futuros servindo de fundamento essencial de justificação para o decisor<sup>444</sup>. Esta força do precedente é chamada de força gravitacional e consiste na justificativa de que casos semelhantes sejam definidos no mesmo sentido, de modo coerente com a integridade.

Assim sendo, faz-se possível afirmar que a teoria de Dworkin deriva de pressupostos sobre os quais se assenta o trabalho jurisdicional em um Estado de Direito. Não é demais lembrar que o papel do juiz, neste cenário, é o de resolver todos os casos litigiosos e deve fazê-lo dentro do direito. Os juízes atuam, pois, sob a suposição de que o direito não possui

---

<sup>442</sup> Por se estar em um país em que o sistema jurídico é o *civil law*, pode-se pensar que o precedente poderia não ter a força para a formação da interpretação conforme considerado por Dworkin, cujo sistema defendido é o americano (*common law*). Por isto é importante trazer o que pensa Streck: “Se é despiendo dizer que o sistema jurídico brasileiro não está sustentado em análise de precedentes, como a *common law*, é necessário lembrar, entretanto, que tal circunstância não retira a importância dos precedentes jurisprudenciais. Ao contrário: uma aplicação integrativa e coerente do direito deve, necessariamente, levar em conta o modo pelo qual um determinado tribunal ou como os outros tribunais do país vêm decidindo determinada matéria. A *coerência assegura a igualdade*, isto é, que os diversos casos terão a igual consideração por parte dos juízes. Isso somente pode ser alcançado através de um holismo interpretativo”. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 2.ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 307 e ss.

<sup>443</sup> Dworkin traz importante análise sobre o poder interpretativo e os limites do romancista. Veja-se: “Mesmo o primeiro romancista tem a responsabilidade de interpretar até o ponto em que qualquer autor deve fazê-lo, o que inclui não apenas interpretar enquanto escreve, mas interpretar o gênero em que ele propõe escrever. Romancistas com números mais elevados terão menos ‘liberdade criativa’ que romancistas com números menos elevados? Em certo sentido nenhum romancista tem nenhuma liberdade, pois cada um é obrigado a escolher a interpretação que (segundo acredita) faz da obra de arte em continuação a melhor possível. Já vimos, porém, duas dimensões diferentes, ao longo das quais qualquer interpretação pode ser avaliada: a dimensão ‘formal’, que indaga até que ponto a interpretação se ajusta e se integra no texto até então concluído, e a dimensão ‘substantiva’, que considera a firmeza da visão sobre o que faz com que um romance seja bom, da qual se vale a interpretação. Parece razoável supor que os romancistas subseqüentes irão acreditar de modo geral que menos interpretações podem resistir ao primeiro desses testes do que teria sido possível se eles houvessem recebido menos capítulos. [...] Nossa idéia de que os romancistas posteriores são menos livres pode refletir justamente esse fato. [...] De qualquer modo, não obstante, será verdade para todos os romancistas, além do primeiro, que a atribuição de encontrar (o que acreditam ser) a interpretação correta do texto até então é diferente da atribuição de começar um novo romance deles próprios”. Cf. DWORKIN. *Uma questão de princípio*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.236-7, nota 5.

<sup>444</sup> É pertinente ressaltar que há casos em que se justifica um rompimento com a tradição. Isso fará com que Hércules amplie sua teoria de modo a incluir a ideia de que uma justificação da história institucional pode apresentar uma parte dessa história como um equívoco, desenvolvendo, pois, uma teoria dos erros institucionais. Para tanto, deve separar em duas partes esta teoria: Primeiro, deve mostrar quais seriam as consequências, para os novos argumentos, de se considerar algum evento institucional como um erro; em segundo, deve limitar o número e o caráter dos eventos dos quais se pode abrir mão dessa maneira. Uma teoria do erro justificará, por exemplo, que, embora um precedente A seja semelhante ao caso B, a solução encontrada pelo juiz que decidirá B poderá ser contrária a decisão do caso A. Neste aspecto, Hércules não negará sua autoridade específica, mas negará sua força gravitacional, ou seja, não mais a usará para outros. Cf. DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.240; e, DWORKIN. *O império do direito*. Tradução de Jéferson Luiz Camargo. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p.189.

lacunas e, por isso, sempre há uma solução para os casos, a qual será considerada como a solução correta. Impor aos julgadores o dever de responder a todos os casos, e respondê-los pelo direito, obriga-lhes o desenvolvimento de uma teoria compreensiva do direito com proporções definitivamente *hercúleas* capaz de especificar os princípios que subjazem às práticas jurídicas<sup>445</sup>.

Portanto, a coerência e a tradição constituem-se em condições de possibilidade para a criação de uma teoria interpretativa que defenda uma teoria do direito que seja aliada, amalgamada, à moral, e, com isso, voltada à limitação das discricionariedades judiciais.

Esta aproximação entre direito e moral é um dos pontos interessantes da ideia de integridade como virtude. A teoria do direito considerando-se como integridade afirma a existência de uma relação interna entre direito e moral, posto que a prática jurídica está submetida a um exigência de justificação que não se completa com meras convenções, mas, ao contrário, impescinde do uso dos princípios, os quais entram no processo de justificação como princípios morais genuínos, com a pretensão de que estão corretos<sup>446</sup>.

A tese da integridade, pois, oferece uma resposta diferenciada e refinada sobre o problema dos direitos injustos. Na essência, Dworkin vem dizer que a resposta para saber-se se o direito injusto é um direito, não se trata de um simples problema conceitual<sup>447</sup>, mas inclui

---

<sup>445</sup> PÉREZ, Maria Lourdes Santos. Uma filosofia para erizos: Una aproximación al pensamiento de Ronald Dworkin. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante. n. 26, 2003. p.355.

<sup>446</sup> *Ibid.*, p.356-7.

<sup>447</sup> Por isso, se rechaça a acusação de que a teoria de Dworkin seria legatária das tradições jusnaturalistas ou positivistas. Calsamiglia define esta posição quando refere que a argumentação jurídica de Dworkin invoca e utiliza princípios que os tribunais desenvolvem lentamente mediante um largo processo de argumentação e de criação de precedentes. Estes princípios são especificamente morais. Em consequência, a argumentação jurídica depende da argumentação moral, no sentido de que os princípios morais têm papel muito importante na argumentação jurídica, especialmente nos casos difíceis. Assim posto, para Dworkin, a tese central do positivismo - a separação entre o direito e a moral - é falsa; não se pode separar a argumentação jurídica da argumentação moral. Para o jurista americano, uma interpretação teórica aceitável da argumentação jurídica requer “a verdade do jusnaturalismo”. Entretanto, Dworkin não é um autor jusnaturalista porque não crê na existência de um direito natural que está constituído por um conjunto de princípios unitários, universais e imutáveis. A teoria do autor americano não é uma *caixa de torrentes transcendental* que permite solucionar todos os problemas e que fundamenta a validade e a justiça do direito. Dworkin recusa o modelo de argumentação típico do naturalismo - que se baseia na existência de uma moral objetiva que o homem pode e deve descobrir. O jurista tenta construir uma terceira via - entre o jusnaturalismo e o positivismo - fundamentada no *modelo reconstutivo de Rawls*. Parte-se do pressuposto que a argumentação moral caracteriza-se pela construção de um conjunto consistente de princípios que justificam e dão sentido a nossas intuições. As intuições dos juízos são os dados básicos, mas estes dados e estes juízos devem acomodar-se ao conjunto de princípios. Esta tarefa reconstitutiva - racional do pensamento moral não é exclusiva deste, já que Dworkin a estende ao pensamento jurídico. Desse modo, pode-se afirmar, com Neil MacCormick, que o propósito de Dworkin é reinstaurar a relação íntima entre a argumentação moral e a jurídica, que, desde

vários problemas, diversos de natureza interpretativa. O direito como integridade está, portanto, ligado a uma concepção interpretativa do conceito de direito, significa uma hermenêutica coerente na concepção de justiça e equidade que subjaz às normas jurídicas<sup>448</sup>.

### 3.2.2 A igualdade liberal. Uma teoria liberal de justiça

A exigência de uma teoria da integridade é complexa, tendo em vista que o decisor, para alcançá-la, necessita atuar sobre uma base de princípios de moralidade de naturezas diversas: de um lado, princípios morais substantivos – princípios de justiça –, de outro, princípios formais e procedimentais – princípios da equidade e do devido processo. O intérprete, que trabalha *de lege data*, inserido neste panorama, deve trabalhar no sentido de encontrar a resposta mais satisfatória e coerente às exigências da sociedade e esta resposta deve ser derivada destes princípios. Agindo desta forma os operadores devem respeitar o que Dworkin chama de integridade inclusiva. Por outro lado, o legislador e o teórico do direito, operando *de lege ferenda*, podem ignorar as restrições em relação aos valores formais e procedimentais, utilizando simplesmente os princípios de justiça subjacentes de sua

---

Bentham e Austin, se haviam separado radicalmente e, a partir daí, constituíram o autêntico fio condutor das doutrinas positivistas. Porém, a relevância de suas teses não se encontra neste nível de restauração da relação entre o direito e a moral. Em resumo, a crítica ao pressuposto da separação absoluta entre o direito e a moral o conduz à construção de uma teoria do direito na qual a moral e a política ocupam lugar relevante. Dworkin preocupou-se em analisar as relações entre o direito e a moral. Não separou ambas as parcelas como haviam feito os metodólogos da pureza. Entretanto, não faz isso em nome do irracionalismo ou de um novo jusnaturalismo ontológico prebenthamiano. A terceira via - frente ao jusnaturalismo e ao positivismo -, que pretende abrir o autor americano, tem seu próprio aparato analítico: o modelo da reconstrução racional aplicado ao conhecimento - e à crítica - do direito. Cf. DWORKIN. Ensayo sobre Dworkin. In: DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. 7. Impr. Traducción: Marta Guastavino. Barcelona: Ariel. 2009. p.11-2.

<sup>448</sup> Dworkin, ao final de seu *O império do direito*, faz uma distinção ao que chama de *integridade inclusiva* e *integridade pura*. A primeira busca a coerência entre todas as virtudes, os princípios de equidade, justiça e devido processo legal. É a aplicação prática da integridade e está presente em nosso ordenamento jurídico. A integridade pura funciona como um horizonte a ser buscado, sendo composta de princípios de justiça que justificam o direito contemporâneo, ignorando as restrições institucionais exigidas pela integridade inclusiva e convida a considerar o que seria o direito se os juízes fossem autônomos para perseguir livremente a coerência nos princípios de justiça. Cf. DWORKIN. *O império do direito*. Tradução de Jéferson Luiz Camargo. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p.483-5. Esta distinção permite introduzir uma maior complexidade na concepção de direito até agora examinada. Isto indica que, uma vez adotada a ideia de integridade como núcleo de uma concepção interpretativa do direito, chega-se à conclusão da existência de uma tensão ou compromisso do direito contemporâneo – fixado pela integridade inclusiva – para sua própria melhoria – de acordo com as exigências da integridade pura. Para Perez, esta distinção entre os dois níveis de integridade é o fio condutor para que se esclareça o que é a teoria do direito de uma comunidade e o que é sua teoria jurídica. A jurista espanhola conclui, então, aduzindo que “el paso de la integridad *inclusiva* a la integridad *pura* representa el paso desde la teoría del derecho a la teoría ideal de justicia de una comunidad”. Cf. PÉREZ. PÉREZ, Maria Lourdes Santos. Uma filosofia para erizos: Una aproximación al pensamiento de Ronald Dworkin. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante. n. 26, 2003. p.357.

comunidade para chegarem à solução, ignorando a legislação existente a tal respeito. Neste caso, os operadores estariam respondendo mais diretamente ao que exige a integridade pura. Entretanto, em ambos os casos, se estará trabalhando no interior de uma histórica jurídica e, por conseguinte, reconstruindo uma teoria política e princípios morais próprios de uma comunidade particular.

A passagem da teoria do direito para uma teoria da justiça requer transcender as barreiras impostas por pertencer a uma tradição jurídica e política particular. É exatamente isto que Dworkin faz quando passa da teoria do *direito como integridade* para a teoria da *igualdade liberal*<sup>449</sup>.

Na busca desta transcendência de barreira, a obra de Dworkin tem um de seus pontos centrais, em que o autor propõe uma restauração do liberalismo sob novas formas<sup>450</sup>.

Esta pretensão de construir uma política liberal superadora do liberalismo conservador<sup>451</sup> está diretamente vinculada a sua crítica ao positivismo e ao utilitarismo, pois se tratam de escolas intimamente ligadas aos ideais do liberalismo clássico<sup>452</sup>. Neste caminho, o jurista norte-americano indica uma teoria liberal individualista, em que os direitos individuais sobrepõem-se à noção utilitária de máximo benefício para, ao contrário, equilibrá-lo ao bem estar social<sup>453</sup>. Dworkin, assim, propõe uma concepção de igualdade onde o cidadão não deve aceitar qualquer argumento que lhe supõe abandonar seu senso ao igual valor, retirando do governo a legitimidade de impor uma moralidade privada.

---

<sup>449</sup> PÉREZ, Maria Lourdes Santos. Uma filosofia para erizos: Una aproximación al pensamiento de Ronald Dworkin. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante. n. 26, 2003. p.357-8.

<sup>450</sup> CALSAMIGLIA, Albert. ¿Por que és importante Dworkin? *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante. n. 2, 1985. p.163.

<sup>451</sup> É importante retomar, aqui, a concepção de liberal conservador para Dworkin. Para o autor, o cerne da posição dos conservadores repousa na opinião de tratar a pessoa com respeito, como o homem de bem desejaria se tratado. Ressalta-se que este homem de bem desejaria ser tratado de acordo com um tipo especial de sociedade, a *sociedade virtuosa*, que, solipsisticamente, é criada a partir de conceitos sólidos entre os próprios membros, tendo como ponto de partida as suas próprias histórias e experiências. Dworkin usa como exemplo um conservador esboçando uma Constituição para uma sociedade virtuosa. Adotando os mesmos elementos – economia de mercado e democracia – conservadores e liberais teriam características diferentes. A primeira seria embasada em recompensas maiores para quem fosse mais diligente e talentoso, portanto, mais virtuoso. Já a democracia fornecerá mais espaço para a atividade virtuosa em detrimento do vício ou outra atividade menos democrática. A contraposição entre Liberais e Conservadores se dará sobre as diferenças moralmente relevantes que é prescindível para um e é virtude para o segundo. Na democracia, o conservador não vê problemas em existirem preferências moralistas e externas, pelo contrário. Para os conservadores, a distribuição desigual manterá a exclusão e a concentração de riqueza, assim como a restrição da extensão de votos. Se vê, então, o poder da moralidade política constitutiva do conservador. Cf. DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.296-301.

<sup>452</sup> Muito embora, no que se refere a Kelsen, não se pode apontar, em sua teoria, uma característica liberal absoluta, conforme demonstrou-se no capítulo anterior (item 2.1.2), está presente uma carga liberal, cultural, política, existente em todas as teorias formuladas naquela época. Por este motivo, a crítica dworkiana, pode-se dizer que atinge diretamente a teoria pura.

<sup>453</sup> DWORKIN, Ronald. Ensayo sobre Dworkin. In: *Los derechos em serio*. 7.impr. Tradución: Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 2009. p.22-3.

Embora exista a popularização da ideia de que o liberalismo<sup>454</sup> já não faz parte de nosso contexto, Dworkin a refuta e propõe uma teoria liberal com outra roupagem, criando um novo modelo sustentado na concepção de igualdade<sup>455</sup>. Esta igualdade *liberal* tem como mote organizar, em um esquema teórico coerente, exigências de igualdade, liberdade e eficiência, mantendo a congruência com os pressupostos básicos de um Estado Democrático de Direito. Para o autor, esta igualdade é o nervo do liberalismo<sup>456</sup>.

Para a legitimação de sua ideia, supõe-se que o liberalismo constituiu uma moralidade política autêntica e coerente, ao contrário do que se vê na história, onde vários aglomerados distintos de posições políticas, sem nenhuma similaridade de princípios, por vários motivos foram chamados de “liberais”.

Por outro lado, um aglomerado com características de moralidade política surgiu após o *New Deal*, quando foi dada ênfase à redução da desigualdade e ao aumento da estabilidade

---

<sup>454</sup> Para Dworkin, as características principais do liberalismo eram a defesa da igualdade econômica, do internacionalismo e da liberdade de expressão, a favor da igualdade entre as raças e à separação entre a Igreja e o Estado, enfim, havia uma defesa à igualdade como um todo. De outro lado, os chamados “conservadores” se opunham a estas causas. As décadas de 1960 e 1970, contudo, teriam trazido certa desconfiança aos liberais em decorrência da guerra, uma vez que revelava ligações entre liberalismo e exploração, aproximando-se do conservadorismo e transformando qualquer oposição em um engodo. Em segundo lugar, a *política* começou a produzir questões que não dividiam posições entre conservadorismo e liberalismo. “A oposição ao crescimento pelo crescimento e à concentração de poder parece liberal em espírito, pois os liberais tradicionalmente se opuseram ao desenvolvimento das grandes empresas e apoiaram a igualdade política. essas posições, não obstante, condenam as estratégias de organização econômica e política central que, certamente, desde o *New Deal*, são consideradas estratégias claramente liberais”. E, finalmente, Dworkin reconhece que os políticos não mais se sentiam inclinados a identificar-se como “liberais” ou “conservadores”, atuando em uma simbiose de posições, no intuito de administrar por administrar, o que veio a ser quebrado a partir de Reagan e Thatcher, quando a diferenciação entre as correntes voltou a ocorrer, contudo, com a roupagem de *antigos* e *neo* liberais. Devido a este ceticismo em relação aos ideais liberais é que Dworkin criou, então, um *novo* liberalismo tendo como pilar principal a *igualdade*. Ver DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.269-71.

<sup>455</sup> Dworkin chama sua concepção de igualdade nominando-a *igualdade liberal*. Cf. DWORKIN. *Uma questão de princípio*. op. cit., p.272. Pérez entende que esta proposta decorre da própria crise que atinge o liberalismo clássico. A jurista aduz que “Bajo la denominación ‘igualdad liberal’, Dworkin elabora una teoría de la justicia que, a pesar de su alto grado de abstracción, pretende ser distintivamente liberal. El proyecto filosófico-político de Dworkin se enmarca dentro de una interesante reflexión sobre el estado actual del liberalismo. De acuerdo con su diagnóstico, el liberalismo aparece sumido en una profunda crisis de identidad, que se desenvuelve en dos planos diferentes. *Por un lado*, en el marco de las discusiones políticas domésticas, a menudo hay dificultades para identificar un programa político como distintivamente liberal, porque no está claro cuáles son sus ingredientes y componentes fundamentales, su núcleo esencial. *Por otro lado*, el liberalismo ha perdido buena parte del atractivo que en otro momento tuvo, porque no se han explorado debidamente sus fundamentos más profundos, sus vínculos con otras ramas del conocimiento, muy en particular con la ética”. Cf. PÉREZ. Uma filosofia para arizos... op. cit., p.358. É no sentido de explorar justamente estes fundamentos, sob o enfoque da igualdade, que Dworkin apresenta sua teoria do *novo* liberalismo.

<sup>456</sup> *Ibid.*, p.359.

econômica com liberdade política e civil mais ampla. Dworkin formula sua noção contemporânea liberal a partir desse conjunto de metas políticas<sup>457</sup>.

Dworkin segue a linha de descrição que denomina de alternativa e entende que o ideal liberalista não se trata de mero mito, mas de ideia necessária. Para tanto, compreende que é imprescindível oferecer uma teoria que defina quais elementos políticos devem ser considerados constitutivos ou valorizados por si mesmos, e quais devem ser qualificados como derivados, circunstância dada como estratégica para alcançar posições constitutivas<sup>458</sup>.

Uma vez determinada a diferença entre estas posições, o jurista firma seu entendimento que, de acordo com a descrição alternativa, as ideias liberais continham uma moralidade constitutiva, mas acabaram por entrarem em crise na medida em que se tornaram claras quais posições derivadas atendiam melhor a esta moralidade constitutiva. Portanto, para

---

<sup>457</sup> Embora a política do *New Deal* tenha sido a gênese de sua teoria liberal, o autor reconhece duas correntes de entendimento sobre o tema. Por um lado, há a descrição do *cético* que entende que o conjunto de posições políticas do *New Deal* há muito não é uma força política importante e que mesmo que seja criado um novo aglomerado com as mesmas características, ele não terá nenhuma ligação com o velho liberalismo, pois a noção de liberalismo como teoria política fundamental não passa de um mito sem absolutamente nenhum poder explicativo. O jurista identifica, porém, que há uma descrição alternativa da ruptura do conjunto de ideias liberal que divide os programas políticos em posições políticas constitutivas – que são valorizadas por si mesmo – e posições derivadas – avaliadas como estratégias, meios para alcançar posições constitutivas. Enquanto o *cético* acredita que o conjunto de proposições liberais não continha nenhuma moralidade política, mas foi criado com ênfase em interesses pessoais; os alternativos creem nesta moralidade e atribuem seu rompimento a falta de clareza sobre quais posições derivadas atenderiam melhor a moralidade constitutiva. Ver DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.272-4.

<sup>458</sup> Dworkin faz uma análise mais detalhada sobre as posições constitutivas e derivadas e identifica-as como condições para que se tenha uma teoria política completa. A posição constitutiva é uma posição valorizada por si só, ou seja, qualquer fracasso de suas posições levaria a uma perda no valor do arranjo político geral. Não se trata, porém, de uma posição absoluta, podendo conter posições constitutivas diferentes e, até mesmo, antagônicas. O autor usa como exemplo “uma teoria sustentando que uma perda na igualdade política é, *pro tanto*, uma perda na justiça do arranjo político, pode, não obstante, justificar esta perda para promover a prosperidade, porque a prosperidade econômica geral também é uma posição constitutiva na teoria. Nesse caso, a teoria poderia recomendar um arranjo econômico específico como a melhor conciliação entre duas posições políticas constitutivas, nenhuma das quais pode ser ignorada. Nem a igualdade nem o bem-estar geral seriam absolutos, mas ambos seriam constitutivos, porque a teoria afirma que se fosse possível encontrar algum meio de conquistar o mesmo nível de prosperidade sem limitar a igualdade, o resultado seria uma melhora da justiça de conciliação que é necessária”. Por outro lado, a posição derivada é uma posição que não é constitutiva e, para demonstrá-la, usa o seguinte exemplo: “Se a teoria reconhecesse que a livre empresa, como um todo, é o melhor meio de assegurar que neste caso deveriam ser conciliadas a fim de encontrar um meio de assegurar a prosperidade econômica, mas estivesse pronta a abandonar a livre empresa, sem nenhum sentido de compromisso, nas poucas ocasiões em que a livre empresa não fosse eficiente, a livre empresa seria, nessa teoria, uma posição derivada. [...] se a livre empresa é apenas uma posição derivada, a teoria é indiferente quanto ao eventual sacrifício da livre empresa, ou se alguma outra posição derivada para promover o estado de coisas geral”. Portanto, por estes exemplos visualiza-se o caráter de valorização por si só da posição constitutiva e o caráter estratégico da posição derivada, ver nota 1 em DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.273-5.

o autor, a ruptura com o liberalismo não se tratou de algum desencanto repentino, mas de mudanças de opiniões sobre a eficácia das estratégias utilizadas para impor a moralidade<sup>459</sup>.

Não se pode, no entanto, decidir qual das descrições – cética ou alternativa – é superior sem antes definir alguma teoria que indique quais os elementos do conjunto liberal serão constitutivos e quais serão derivados.

Este é um debate difícil, uma vez que leva a uma questão importante: a ligação do liberalismo com o crescimento econômico e com o capitalismo, questão especialmente controversa, assim como controverso também é buscar uma distinção entre o que é fundamental e o que é estratégico. Para Dworkin, estes são temas que não podem ser resolvidas separadamente da história e da teoria social desenvolvida. Isto não quer dizer, entretanto, que a análise filosófica da ideia de liberalismo não seja parte essencial deste processo<sup>460</sup>.

Assim, patenteia-se a necessidade de se responder a questão inicial proposta – *o que é liberalismo?* – antes de serem enfrentados os aspectos elencados pela tese cética na busca de localizar-se qual moralidade é constitutiva em determinados acordos liberais.

O projeto dworkiano pressupõe que o liberalismo consiste em uma moral política constitutiva que permaneceu a mesma, em linhas gerais, ao longo de certo tempo e que continua a ser influente na política. O autor compreende que acordos liberais distintos são formulados quando agentes movidos por esta moral consideram um esquema particular de posições derivadas como adequadas para compor uma política liberal prática. Quando estas mesmas posições demonstram inadequadas, os acordos – e o liberalismo – se desfazem. Muito embora não se possa consignar que a moralidade constitutiva é a única fonte dos acordos, ela serve para evidenciar que o liberalismo existe para dar sentido à discussão do que ele é<sup>461</sup>.

---

<sup>459</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.275.

<sup>460</sup> *Ibid.*, p.277.

<sup>461</sup> A opinião de Dworkin se confirma nos seguintes termos: “Meu projeto adota certa opinião acerca do papel da teoria política na política. Ela pressupõe que o liberalismo consiste numa moral política constitutiva que permaneceu a mesma, em linhas gerais, ao longo de certo tempo e que continua a ser influente na política. Supõe que acordos liberais distintos são formulados, quando, por uma razão ou outra, os que são movidos por essa moral constitutiva consideram um esquema particular de posições derivadas como adequado para compor uma teoria política liberal prática, e outros, por seus próprios motivos, tornam-se aliados na promoção desse

No sentido de diminuir a dificuldade em definir quando uma posição é constitutiva, Dworkin apresenta um catálogo de quatro condições a serem obedecidas. As posições devem ser formuladas com autenticidade, no sentido de terem sido criadas para os indivíduos da sociedade, com inteireza, distinguindo a moralidade constitutiva das moralidades rivais e terem uma formulação mais abrangente e moderada, contendo, pois, um maior poder explicativo<sup>462</sup>.

Dworkin assegura que o segundo item do catálogo é o ponto de partida e importante diferenciador e identificador da teoria liberal. Neste ponto, o jurista faz a ligação dos ideais liberais de igualdade, intervenção governamental na economia, proteção das liberdades como pontos de apoio ao acordo liberal. Estando correto seu pensamento de que a igualdade é constitutiva para esse cerne de posições, tem-se um dispositivo para formular e testar a afirmação de que a posição liberal é uma posição<sup>463</sup>.

Haveria, então, um fio de princípios que subjazem as posições liberais e que as distingue das posições conservadoras? A resposta, segundo Dworkin, vem baseada nos ideais políticos democráticos da *liberdade e igualdade*<sup>464</sup>. Os liberais, por sua vez, preferem a igualdade à liberdade, e o cerne de sua posição é encontrar o equilíbrio entre os dois valores. O liberalismo, nesta ótica, compartilha os mesmos princípios de outras teorias políticas, conservadoras ou não, mas o que o distingue é a concepção atribuída a determinados princípios<sup>465</sup>, como no caso da igualdade<sup>466</sup>.

---

esquema. Tais acordos se desfazem, e também, o liberalismo, por consequência, quando essas posições derivadas se mostram ineficazes, ou quando as condições econômicas e sociais mudam, tornando-as ineficazes, quando os aliados necessários para formar uma força política efetiva não são mais atraídos pelo esquema. Não quero dizer que a moralidade constitutiva do liberalismo seja a única força atuante no estabelecimento de acordos liberais, ou mesmo que seja a mais poderosa, mas apenas que é suficientemente distinta e influente para dar sentido à idéia, compartilhada pelos liberais e seus críticos, de que o liberalismo existe, e para dar sentido à prática popular de discutir o que ele é". Cf. DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.278.

<sup>462</sup> Em uma explicação mais aprofundada, o catálogo de condições, proposto por Dworkin, é: (1) Formular posições que possam ser sensatamente consideradas como constitutivas de programas políticos, o que ajudará a explicar os acordos liberais. (2) Deve ser ligada ao último acordo liberal, a ser vista como constitutiva para o restante do esquema. (3) Deve formular princípios com detalhes suficientes para diferenciar dos esquemas rivais. (4) Uma formulação mais abrangente e moderada dará uma maior poder explicativo e constituirá um teste mais justo da tese de que esses princípios constitutivos precedem acordos particulares e sobrevivam a eles (Ibid., p.278-9).

<sup>463</sup> Ibid., p.280.

<sup>464</sup> Ibid., p.281.

<sup>465</sup> Para Dworkin o fato de se tratar competitivamente liberdade e igualdade como elementos constitutivos levará a teoria ao fracasso, uma vez que sequer satisfaz a condição (2), pois, aplica-se apenas a um número limitado de controvérsias. Por outro lado, o autor aponta uma falha mais importante que é supor-se que a liberdade é

Esta distinção de concepções tem início separando-se dois princípios que consideram a igualdade como ideal político: o primeiro afirma que o governo deve tratar todos os que estão aos seus cuidados *como iguais* em respeito e atenção. O segundo exige um tratamento de *igualdade* na atribuição de oportunidades por parte do governo. Para Dworkin, embora o primeiro princípio seria mais fundamental por ser constitutivo, enquanto o segundo tem natureza derivada, deve-se rejeitar a noção simplista de que o liberalismo consiste em uma ponderação diferente dos princípios constitucionais de igualdade e liberdade. Supõe-se, entretanto, que é difícil conceber cidadãos ou políticos que se coloquem contra o princípio abstrato de igual atenção e respeito<sup>467</sup>.

Mas o que seria tratar um cidadão como igual? Há duas possibilidades de resposta. Na primeira situação, o governo deve ser neutro sobre a busca do viver bem, sem que as decisões políticas tenham dependência a qualquer concepção particular do que é viver bem. A segunda supõe que o governo não pode ser neutro, tratando desigualmente os cidadãos a partir do que se entende por ser uma vida boa. Segundo Dworkin, a teoria liberal é sustentada na primeira concepção<sup>468</sup>.

Nesta perspectiva, um liberal é alguém que sustenta a primeira opção. Esta característica pode ser vista quando, por exemplo, um liberal cria um novo Estado, onde a Constituição e as instituições devem ser organizadas a fim de distribuir bens e recursos de maneira igualitária. Ele alcançará a uma *igualdade aproximada*, ignorando o gosto de um cidadão e tendo a neutralidade para conceder uma parcela isonômica para que o cidadão

mensurável, ou quantificável. Da mesma forma, se não se pode dizer que o conservador valoriza a liberdade mais que o liberal, não se pode incorrer no mesmo erro de se pode afirmar que ele prefere a igualdade menos do que o liberal, pois, qualquer comparação, além de não ser correta, servirá apenas para controvérsias econômicas e não outras. Portanto, o jurista norte-americano reconhece como correto afirmar que há uma concepção diferente do que requer a igualdade entre liberais e conservadores. Ver DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.282-3.

<sup>466</sup> Por isto Calsamiglia afirma que Dworkin restaura o liberalismo individualista radical, não de natureza utilitária, mas igualitária. Para o espanhol o fato do desenvolvimento econômico ter sido um elemento derivado do liberalismo do *New Deal*, e, por isso, ter desempenhado um papel útil para obter a complexa distribuição igualitária dos recursos exigida pelo liberalismo não o coloca permanentemente como fundamental. Se neste contexto histórico o desenvolvimento econômico prejudicar mais do que ajudar a concepção liberal de igualdade, então o liberal deve ser livre para recusar ou cortar o crescimento como estratégia. Dworkin busca, então, retomar o liberalismo como tutor eficaz do equilíbrio entre os direitos individuais e o bem estar social. Cf. DWORKIN. Ensayo sobre Dworkin. In: *Los derechos em serio*. op. cit., p.22.

<sup>467</sup> DWORKIN, Ronald. *Los derechos em serio*. 7.Impr. Tradución: Marta Guastavino. Barcelona: Ariel. 2009. p.284-5.

<sup>468</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.286.

beneficiado não pense que, tendo gostos mais sofisticados, receberia mais, ou o que receberia menos estaria subsidiando outrem<sup>469</sup>.

Se o governo distribuísse tudo igualmente, se todos tivessem os mesmos gostos e as mesmas concepções acerca do que é viver bem, os produtos poderiam ser maximizados de acordo com os gostos gerais. Todavia, isto é utópico. A relevância moral de diferentes tipos de diversidade é, por definição, desigual, ou seja, se as pessoas tivessem ideias contrárias do que é *bom*, preferências diferentes, enfim, o legislador liberal precisaria mecanismos para resolver tais discordâncias. Segundo Dworkin, os melhores mecanismos são nossas principais instituições da economia política: *o mercado econômico* para decidir que bens serão produzidos e como serão distribuídos, e a *democracia representativa* para decisões coletivas sobre condutas. Cada um oferecerá uma divisão mais igualitária dentro de seus campos. O mercado fornecerá os preços, a oferta e a procura definirá o *pedigree* das preferências, enfim, servirá de um grande medidor dos gostos. *Pode parecer paradoxal que o liberal como legislador escolha a economia de mercado mais por razões de igualdade do que por eficiência. Contudo, assim, o mercado é mais igualitário do que qualquer alternativa de generalidade comparável*<sup>470</sup>.

Em uma sociedade em que a divergência instaura-se apenas pelas preferências, o mercado seria fornecido por suas consequências igualitárias e isso propiciaria a uma diferença de riquezas devido às próprias escolhas terem uma valoração diversa das outras. Contudo, no mundo real, existe toda uma gama de diferenças, desde uma herança, até uma escolha de profissão, ou de lazer, que trazem e trarão problemas na distribuição feita pela economia de mercado, ocasionando desigualdades indefensáveis, conforme a concepção liberal de igualdade<sup>471</sup>. O mercado acaba produzindo desigualdades exigidas e também as proibidas, não havendo sistema alternativo para resolvê-las separadamente.

---

<sup>469</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.288.

<sup>470</sup> *Ibid.*, p.290-1.

<sup>471</sup> Em conformidade com Dworkin, o legislador liberal enfrenta uma árdua tarefa, pois sua concepção de igualdade exige um sistema econômico que produza algumas desigualdades (as que refletem os custos diferenciais verdadeiros de bens e oportunidades), mas outras não (as que decorrem das diferenças de capacidade, herança, etc.). O mercado, desta forma, produz as desigualdades exigidas e as proibidas, e não há qualquer sistema alternativo que possa servir de base para produzir as primeiras sem as segundas. *Ibid.*, p.290-1.

Por isto, para uma melhor concretização prática das exigências da própria igualdade e sem a pretensão de conciliar os ideais antagônicos da eficiência e da igualdade, o liberal deve se sentir atraído por uma reforma do mercado por meio de um esquema de redistribuição que mantenha os preços, mas que limite as desigualdades assistenciais<sup>472</sup>.

Após aperfeiçoar ou rever sua escolha de economia de mercado, cabe ao liberal considerar o segundo mecanismo para diminuir as discordâncias sobre as preferências, a *democracia representativa*. O modelo democrático justifica-se exatamente por impor o direito de cada pessoa ao respeito e à consideração como indivíduo. Na prática, porém, a maioria democrática pode violar o direito exigido segundo a teoria liberal<sup>473</sup>, uma vez que a preferência vencedora poderá constituir-se em mera preferência externa que os indivíduos têm sobre o que os demais devem ter ou fazer.

Como poderia o liberal proteger os cidadãos contra esse tipo de violação de seu direito fundamental? A resposta de Dworkin é no sentido da necessidade de um esquema de direitos civis a identificar as decisões fundamentadas nas preferências externas, retirando-as das instituições políticas majoritárias. Para sua implementação, este esquema dependerá das características gerais dos preconceitos e de outras preferências externas da maioria em qualquer época dada, o que certamente provocará discordâncias. Entretanto, a resposta para que se tenha uma maioria de concordância seria o uso da Constituição Federal, porque um número razoável de liberais concordaria em aceitá-la como decisão última<sup>474</sup>.

O liberal descobre, então, que a economia de mercado e a democracia representativa somente produzirão resultados igualitários se ele acrescentar tipos diferentes e direitos

---

<sup>472</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.292-3.

<sup>473</sup> O jurista americano dá como exemplo o legislativo eleito por uma maioria que torne um ato criminoso (posição a favor de uma determinada posição política ou participar de práticas sexuais excêntricas), não porque o ato priva outros de oportunidades que eles desejam, mas porque a maioria as reprova. A decisão política reflete um conjunto de preferências externas, isto é, preferências que as pessoas têm sobre o que os outros deverão fazer ou ter ao invés de serem decisões que visem a garantir a todos um máximo de igualdade possível em termos de oportunidade. “A decisão mais viola que aplica o direito dos cidadãos de serem tratados como iguais”. *Ibid.*, p.294.

<sup>474</sup> Muito embora o autor reconheça que, em relação ao direito criminal, deve haver um maior cuidado, através dos direitos processuais, para que não existam erros de julgamento. O direito processual intervém no processo a fim de exercer uma margem de segurança ao julgamento e para compensar o risco de que o processo criminal seja corrompido pela influência de preferências externas que não podem ser eliminadas diretamente, mesmo que se reconheça não ser possível uma garantida total de precisão da decisão. Para Dworkin, “Isto não é mais do que um breve esboço de como vários direitos civis substantivos e processuais decorrem da concepção inicial de igualdade do liberal”. *Ibid.*, p.294.

individuais a esse esquema. *Esses direitos servirão com trunfos nas mãos dos indivíduos; capacitarão os indivíduos a resistir determinadas decisões, mesmo que estas decisões tenham sido alcançadas mediante os mecanismos normais das instituições gerais não questionadas*<sup>475</sup>, como uma lei que ofenda um direito individual e que, portanto, é acusada de inconstitucional. Deste modo, o direito como trunfo constitui-se a melhor forma de defender os direitos contrários à vontade da maioria, aplicando-os como se fossem trunfos frente a certas justificações que baseiam as decisões políticas determinantes acerca de quais são os objetivos de uma comunidade em seu conjunto.

A necessidade dos direitos como trunfos inicia quando se justifica uma decisão política pelo fato de melhorar a situação da comunidade em seu conjunto. Um fundamento utilitarista como o benefício da comunidade impactaria a minoria e não a consideraria em igualdade de condições com os demais.

Isto não quer dizer que uma decisão política não pode beneficiar a comunidade em seu conjunto, ao contrário, até deve cumprir este papel. O que não pode ser legitimado é a decisão que tem como fundamento principal o viés utilitário sem que se preocupe com os direitos individuais atingidos. Os direitos do indivíduo não podem ser tratados com inferioridade ao bem comum, concluindo-se, assim, que a aceitação da decisão política pode ocorrer desde que o direito do indivíduo não seja ofendido, pois, neste momento, o direito entra como trunfo para garantir os direitos constitucionalmente protegidos. Eis a importância da decisão judicial nos casos excepcionais e dos limites impostos aos seus efeitos.

Por fim, Dworkin prefere discutir duas questões relevantes ao invés de uma conclusão: *A teoria do Liberalismo descrita corresponde à tese cética? O que o liberalismo exige hoje e se é uma teoria política verdadeira e defensável?* O autor assinala que os motivos da incerteza estão na errônea opinião de que o crescimento econômico é um valor em si – utilitarismo –, eis que este foi um elemento derivado do liberalismo do *New Deal* e teve importante papel na distribuição de recursos igualmente. Se, no momento presente, o crescimento mais prejudica do que auxilia, o liberal está livre para rejeitar ou limitar o crescimento como estratégia<sup>476</sup>.

---

<sup>475</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.296.

<sup>476</sup> *Ibid.*, p.301.

A questão, entretanto, é mais complexa, já que o crescimento pode ser efetivado por várias razões. Por esta razão, o liberalismo é complexo, mas, ao mesmo tempo, parece ser preciso e poderoso quando deixa claro quais as posições políticas que derivam de sua moralidade constitutiva. Nestas circunstâncias, a política permite acordo liberal de posições políticas. A fragilidade deste acordo, contudo, faz com que ele se dissolva, levando os liberais a se reorganizarem pelo estudo e pela análise e, depois, pela criação de um novo e contemporâneo programa. Nenhum está à vista<sup>477</sup>.

A segunda questão seria: *O que dizer a favor do liberalismo?* Ao mesmo tempo em que afirma que sua moralidade constitutiva é uma teoria da igualdade, que exige a neutralidade oficial entre teorias sobre o que é valioso na vida, Dworkin anota que:

O liberalismo não pode basear-se no ceticismo a respeito das teorias do que é bom. Sua moralidade constitutiva provê que os seres humanos sejam tratados como iguais não porque isto é certo ou errado na moralidade política, mas porque é correto. Não nega que a maioria dos seres humanos pensará que o que é bom para eles é que sejam ativos na sociedade. Esta concepção liberal de igualdade é um princípio de organização política exigido pela justiça, não um modo de vida para os indivíduos<sup>478</sup>.

Fica, por conseguinte, a questão de fundo: *Em que consiste o respeito necessário à dignidade e à independência?* A resposta pode ser encontrada no próprio liberalismo proposto por Dworkin, que não faz do conteúdo das preferências o teste para a indicação da distribuição, mas, ao revés, protege os indivíduos para que exista uma distribuição justa em si<sup>479</sup>.

Assim sendo, pode-se considerar que, para o liberalismo dworkiano, a preferência não é condição de possibilidade ou critério de valoração para a distribuição, a distribuição deve ser exercida de maneira íntegra e coerente, justa por si só. Neste sentido este modelo de

---

<sup>477</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.303.

<sup>478</sup> Ibid., p.303.

<sup>479</sup> Ibid., p.304.

liberalismo se assenta sobre um compromisso positivo com uma moralidade igualitária e constitui, nessa moralidade, um firme contraste com a economia do privilégio<sup>480</sup>.

Assim como a questão da interpretação valida a legitimidade do tribunal constitucional para Kelsen em seu debate com Schmitt, a mesma questão interpretativa é o ponto de conexão entre a teoria do direito e a teoria da justiça para Dworkin. A conexão encontra-se em uma teoria holística e coerente sobre a natureza interpretativa dos conceitos e valores morais e políticos a propósito da justificação dos juízos normativos e de valor<sup>481</sup>.

Poderia dizer-se, então, que o problema encontrado no debate Schmitt vs. Kelsen é passível de ser respondido pela teoria de Dworkin, pois, ao fim e ao cabo, trata-se de uma questão de interpretação. A interpretação nos casos excepcionais.

Através da tese da leitura moral do direito, Dworkin soluciona o problema chave das teorias normativistas de Schmitt e Kelsen, o decisionismo do político e a discricionariedade do julgador nos casos extremos.

### 3.2.3 A leitura moral do direito. Uma resposta ao ceticismo jurídico

Tendo se demonstrado o fundamento da teoria interpretativa e liberal de Dworkin, chega-se a sua proposta da *leitura moral* do direito como modelo interpretativo ideal na busca da limitação à decisão judicial e à discricionariedade. O autor procura retirar, com isso, o caráter excepcional das decisões nos casos difíceis, trazendo a análise para *dentro* do direito<sup>482</sup>.

---

<sup>480</sup> O jurista contrapõe o seu liberalismo baseado na igualdade – com o governo tratando seus cidadãos como iguais e somente defendendo a neutralidade moral quando a igualdade a exige – do liberalismo na neutralidade – com o governo não tomando partido em questões morais, apoiando medidas igualitárias somente quando advindas deste princípio. O liberalismo assentado na neutralidade encontra sua defesa no ceticismo moral, conceituando-o de teoria negativa para pessoas sem compromisso, não apresentando qualquer argumento contra posturas utilitaristas e jusnaturalistas, assim como à desigualdade econômica. Cf. DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.306.

<sup>481</sup> PÉREZ, Maria Lourdes Santos. Uma filosofia para erizos: Una aproximación al pensamiento de Ronald Dworkin. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante. n. 26, 2003. p.365.

<sup>482</sup> Inobstante a obra de Dworkin fazer referência a uma leitura moral constitucional, para o fim que se busca neste trabalho, sua proposta será interpretada em termos de uma leitura moral do direito como um todo.

Dworkin propõe que todos os operadores interpretem e apliquem os dispositivos abstratos (direitos individuais) considerando que eles fazem referência a princípios morais de decência e justiça. A teoria da leitura moral nada mais é do que o caminho natural de seu fundamento teórico, ou seja, uma interpretação baseada na coerência da integridade e na sua visão liberal de Estado. Vê-se, em continuidade, que os critérios utilizados em sua indicação são um aprofundamento de sua teoria do direito e da justiça para alcançar uma resposta *de e pelo* direito às complexidades sociais.

A proposta de Dworkin não é revolucionária, contudo lhe falta reconhecimento<sup>483</sup>. Os operadores jurídicos e os legisladores preferem sustentar que os casos constitucionais difíceis podem ser decididos de maneira neutra pela simples obediência ao texto, ao invés de reconhecerem publicamente a possibilidade de uma leitura moral, onde os dispositivos normativos, constitucionais ou não, são interpretados como princípios morais que devem ser aplicados através de um juízo moral<sup>484</sup>.

Neste sentido, toma força, mais uma vez, a acusação de que a teoria da leitura moral seria elitista, anti-populista, anti-republicana e antidemocrática. Em consonância com Dworkin, esta ideia vem difundida em um pressuposto pouco estudado acerca do vínculo que existiria entre a democracia e a vontade da maioria. O autor argumenta que quando se compreender melhor a democracia será possível concluir que a leitura moral de uma constituição política e do próprio direito não só não é antidemocrática como, pelo contrário, é praticamente indispensável para a democracia<sup>485</sup>.

Reconhecidamente, uma Constituição democrática traz em seu corpo, entre os direitos individuais e de proteção das minorias, uma série de dispositivos com uma linguagem moral

---

<sup>483</sup> Para o jurista, a leitura moral é aplicada no cotidiano dos operadores. De acordo com ele, as mais importantes decisões constitucionais dos Estados Unidos foram tomadas a partir da leitura moral, contudo, as piores também. O autor entende que embora aplicada diretamente, o que não ocorre é seu reconhecimento, uma vez que os operadores reconhecem-na como uma medida radical que não seria aplicada por um constitucionalista sensato. Esta confusão produziu efeitos na política, palco em que os conservadores argumentavam no sentido de que a Constituição não era interpretada, mas modificada. Este era o problema, se os juízes deveriam modificá-la por decreto ou deixá-la como está. Os conservadores preferiam a invenção de um novo documento do que interpretar o antigo, não havendo, portanto, uma preocupação para se saber acerca da *necessidade* de interpretação da constituição ou de sua modificação. Cf. DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla; revisão técnica Alberto Alonso Muñoz. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.4-6.

<sup>484</sup> *Ibid.*, p.8.

<sup>485</sup> *Ibid.*, p.9-10.

excessivamente abstrata<sup>486</sup> que, segundo a leitura moral, devem ser compreendidos da maneira mais naturalmente sugerida por sua linguagem<sup>487</sup>.

É evidente, entretanto, que nem todos os dispositivos constitucionais são abstratos, portanto, a leitura moral não é adequada para a interpretação de tudo que, ali, se encontra registrado, pois, há casos em que a aplicação legal é direta. Assim sendo, Dworkin deixa claro que, apenas nos casos extremos, haverá a necessidade da leitura moral, tendo em vista que, por ser excepcional, ele fugirá da normalidade e a norma não terá uma resposta *correta*.

Em virtude disto, o mote principal está no fato de se saber quais as provas ou os argumentos existentes para identificar quando um artigo é um princípio moral e quando não é. Em conformidade com Dworkin, esta é uma questão de interpretação, ou de tradução, pois, deve-se buscar uma linguagem que capte, da melhor maneira possível e em termos que pareçam claros, o conteúdo do que os “autores” quiseram dizer quando criaram a regra. Nesta ótica, vê-se que a História é um elemento crucial para a proposta, porque se deve saber o contexto que estava sendo vivido quando da criação de dado *dizer*, determinando uma importância extrema à tradição no exercício de construção do direito<sup>488</sup>.

Ao lado da tradição e da linguagem, a interpretação deve levar em conta a prática jurídica e política estabelecida por meio dos precedentes irrevogáveis no passado. Assim sendo, a interpretação deve partir do que foi dito pelos autores, considerar as informações e o contexto em que estes autores se encontravam quando criaram a regra<sup>489</sup>. Eis o motivo pelo

---

<sup>486</sup> Esta linguagem abstrata refere-se a princípios morais abstratos e, por referência, incorporam-nos como limites aos poderes do Estado, por isso, estes princípios devem ser interpretados através de um juízo, também, moral. DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla; revisão técnica Alberto Alonso Muñoz. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.10.

<sup>487</sup> Ibid., p.10.

<sup>488</sup> Dworkin usa como exemplo da interpretação, através da tradição jurídica, o caso da Terceira Emenda norte-americana (soldados não devem ser aquartelados em residências em tempos de paz) e da Décima Quarta Emenda (nenhum estado pode negar a nenhuma pessoa a mesma proteção de lei). Para o primeiro caso, o autor afirma não haver nenhuma intervenção histórica que dificulte a aplicação. Contudo, para a segunda emenda referida, embora não sejam diretamente expostas questões como discriminação racial, sexual ou afim, este princípio, por ser geral, permite sua aplicação para diversos casos desta natureza. A amplitude do princípio *igual proteção de lei* pode levar a sua interpretação há diversos caminhos. Por este motivo, o jurista propõe três momentos interpretativos que, se não fechem todas as arestas para a identificação do princípio, dão a base inicial para o exame. Para início, as interpretações devem ser reconhecidas como um princípio de moralidade política. Em um segundo momento, qual dessas interpretações pode mais sensatamente atribuída aos autores por tudo que sabemos. Terceiro, cada uma dessas possibilidades deve ser reconhecida como um *princípio político*. Ibid., p.11-3.

<sup>489</sup> Dworkin postula que a interpretação deve considerar o histórico e as pretensões dos autores e utiliza como exemplo o juízo firmado sobre as palavras de amigos e desconhecidos. Mesmo neste juízo cotidiano, são consideradas informações específicas sobre eles e o contexto em que foram ditas. Da mesma maneira, devem

qual a História é importante, não apenas para saber *as intenções*, mas ara saber o que os autores *pretendiam dizer* com a regra. Somos governados, então, pelo que os legisladores disseram – pelos princípios que declararam – e não pelo juízo subjetivo deles sobre como teriam aplicado determinado princípio<sup>490</sup>.

Em síntese, a interpretação constitucional deve ser disciplinada pela exigência de *integridade* constitucional. O intérprete não pode pensar que os dispositivos morais abstratos expressam um juízo moral particular a menos que seja coerente com o desenho estrutural da Constituição como um todo, assim como na linha predominante seguida por outros juízes no passado. O operador deve juntar passado e presente em uma construção *coerente*, harmonizando-se com todas outras contribuições interpretativas já tecidas<sup>491</sup>. O que se vê, neste pensar, é a aplicação prática dos elementos formulados na teoria do direito e da justiça proposta por Dworkin<sup>492</sup>. Os elementos que foram preparados teoricamente contribuem, na prática, para a interpretação do direito.

O jurista embasa sua resposta as acusações de que sua teoria levaria ao ativismo justamente nestes elementos. Consoante Dworkin, *a Constituição é uma lei e, como toda lei, está ancorada na história, na prática e na integridade*<sup>493</sup>. Mesmo os casos em que existam diferenças acerca do significado de um princípio podem ser harmonizados através da linguagem, dos precedentes e da história, e todos os casos podem oferecer uma resposta adequada; cabe, portanto, aos juízes decidirem por si mesmos qual das concepções mais honra a sua comunidade.

Como decorrência desta queixa, de que a leitura moral dá um poder ilimitado aos juízes, são buscadas estratégias no sentido de limitar o poder judicial e, com isso, a possibilidade de ocorrer o ativismo. Para tanto, já foram exploradas duas possibilidades

---

ser executadas pelos intérpretes. DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla; revisão técnica Alberto Alonso Muñoz. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.14.

<sup>490</sup> Ibid., p.14-5.

<sup>491</sup> Ibid., p.16.

<sup>492</sup> Identifica-se, na teoria da leitura moral, o uso da integridade, da coerência, da tradição para que, através de uma interpretação construtiva, como um romance em cadeia, se possa fornecer a melhor resposta.

<sup>493</sup> Ibid., p.17.

diferentes: a primeira aceita a leitura moral como correta, mas não admite que o juiz tenha a autoridade suprema de fazê-la, deixando a última palavra para o povo<sup>494</sup>.

A segunda alternativa, chamada de originalista, não aceita uma leitura moral. Enquanto a leitura moral insiste em que a Constituição significa o que seus autores quiseram dizer, o originalismo insiste que ela significa o que eles queriam que sua linguagem fizesse, ou seja, os princípios seriam interpretados como referências, em código ou disfarçadas, aos pressupostos e às expectativas que os próprios autores tinham acerca da correta aplicação daqueles princípios. Por esta concepção, não haveria uma interpretação do caso concreto, ou seja, se retiraria a possibilidade do direito adaptar-se às mudanças sociais, constituindo-se em uma leitura (lei) constitucional permanente<sup>495</sup>.

De acordo com Dworkin, a leitura moral quase nunca é expressamente defendida e é muitas vezes explicitamente condenada. Contudo, ao mesmo tempo em que desprezam as duas estratégias, os críticos não apontam uma saída satisfatória e, embora apontem para uma via do meio que opere um justo equilíbrio entre a proteção dos direitos individuais essenciais e a obediência à vontade popular, não demonstram o que fazer para encontrá-la. Tais críticos apenas asseveram que a interpretação não deve levar em conta somente a filosofia moral ou política, mas também a História e a estrutura geral da Constituição.

Ora, tal afirmação é de certa forma paradoxal, uma vez que a própria teoria de Dworkin fundamenta que tais instrumentos são para a leitura moral, sendo que os críticos não indicam qualquer justificativa para que estes instrumentos sejam analisados de uma maneira diferente, tampouco expõem critérios ou uma estratégia distinta da indicada pelo jurista norte-americano. Há, neste aspecto, uma crítica pela crítica sem que se postule uma estratégia melhor ou diferente<sup>496</sup>.

Seguindo esta linha, Dworkin declara haver uma controvérsia política girando em torno da teoria da leitura moral, pois, segundo seus críticos, a única objeção substantiva à

---

<sup>494</sup> Dworkin esclarece que esta afirmação não quer dizer uma combinação de posições contraditórias, posto que a leitura moral é uma teoria acerca do que a Constituição significa, e não acerca de quem deve dizer o que ela significa. DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla; revisão técnica Alberto Alonso Muñoz. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.18.

<sup>495</sup> Ibid., p.19-20.

<sup>496</sup> Ibid., p.22.

leitura moral é a de que ela ofenderia a democracia. No entanto, para o jurista, a questão não tem por objeto definir um lado como defensor da democracia e outro como crítico, mas debater o que a democracia realmente é<sup>497</sup>.

E o que realmente é democracia? Embora seu significado seja governo do povo, ainda não se estabeleceu um conceito definitivo e absoluto sobre o instituto. Dworkin avalia que há, por detrás desta controvérsia conceitual, uma disputa filosófica acerca do *valor* ou do *objetivo* fundamental da democracia e esta disputa somente poderá ser esclarecida após chegar-se ao consenso sobre a aceitação ou a renúncia da *premissa majoritária*<sup>498</sup>.

O debate sobre a premissa majoritária e a concepção majoritária de democracia é controverso, suscitando entendimentos diversos sobre sua legitimidade e sua necessidade. Dworkin manifesta esta controvérsia através do exemplo das concepções britânica e americana acerca do princípio da maioria.

No Reino Unido, a premissa majoritária é executada através do Parlamento, ou seja, pela maioria política, sendo este poder que define os direitos individuais e o melhor modo de respeitá-los e garanti-los. Uma vez impostas as decisões parlamentares, elas não podem ser invalidadas pelos tribunais britânicos. Isto se dá pelo fato da premissa majoritária ter sido mais ou menos tacitamente aceita pela moralidade política britânica.

Já nos Estados Unidos, há uma concepção diferente, visto que se tem a aceitação de que eventualmente a vontade da maioria não deve predominar, ocorrendo a concordância de que a maioria não deve ser sempre a juíza suprema para definir quando seu próprio poder deve sofrer limitações para que se protejam os direitos individuais. Porém, essa atenuação seria lamentável do ponto de vista moral, pois qualquer limitação aos poderes da maioria política seria uma limitação injusta, inobstante sua justificação<sup>499</sup>.

---

<sup>497</sup> DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla; revisão técnica Alberto Alonso Muñoz. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.23.

<sup>498</sup> A *premissa majoritária* é uma tese a respeito dos “resultados” justos de um processo político. Defende que os processos políticos sejam projetados de maneira que a decisão seja a favorecida pela maioria dos cidadãos ou, pelo menos, seja a que eles favoreceriam se dispusessem de informações adequadas e de tempo suficiente para refletir. Talvez inconscientemente essa expressão tenha sido tomada como expressão própria da democracia. O mote, portanto, “é que as leis geradas pelo complexo processo democrático e os cursos de ação por ele seguidos sejam, no fim, aprovados pela maioria”. No que diz respeito aos valores morais, a premissa majoritária não nega que os indivíduos os têm e entende que estes valores devem ser respeitados pela maioria. Não está, por conseguinte, ligada a qualquer teoria coletivista ou utilitarista, segundo a qual esses direitos não teriam sentido. *Ibid.*, p.23-4.

<sup>499</sup> DWORKIN. *O direito da liberdade...* op. cit., p.25.

Dworkin filia-se à concepção americana e defende a rejeição da premissa majoritária. A partir deste ponto de vista, constata-se a necessidade de se ter outra explicação sobre o valor e a finalidade da democracia e, neste sentido, indica a *concepção constitucional da democracia*, visão que rejeita, por si, a premissa majoritária<sup>500</sup>.

Para o jurista americano, *o fato das decisões coletivas serem sempre as decisões que a maioria dos cidadãos tomaria se fossem plenamente informados não é nem uma meta nem uma definição de democracia*<sup>501</sup>. O objetivo que define a democracia é outro, ele exige que as decisões políticas, embora tomadas por instituições políticas legítimas, devem ser tomadas dedicando-se a todos os membros da comunidade, como indivíduos, a mesma consideração e o mesmo respeito. O ponto principal é a preocupação com a igualdade, não com metas de uma soberania por maioria. Por isso, a concepção constitucional não opõe objeção a eventual procedimento não-majoritário em ocasiões especiais, quando se queira proteger ou promover a *igualdade*, que, sob este prisma, é a própria essência da democracia.

Destarte, a concepção constitucional da democracia<sup>502</sup> tem como foco o fato de que a democracia é um governo sujeito às condições de igualdade de *status* para todos os cidadãos. Quando as instituições majoritárias respeitam estas condições, elas devem ser aceitas por todos. No entanto, quando não o fazem, não pode haver objeção alguma, em nome da democracia<sup>503</sup>, a que se apliquem outros procedimentos que garantam e respeitem as condições democráticas<sup>504</sup>.

Costuma-se dizer que, em uma democracia, o governo é feito pelo povo, ou seja, o povo agindo coletivamente faz coisas que o cidadão individualmente não pode fazer. Qualquer conclusão sobre a premissa majoritária passa invariavelmente pela definição de qual

---

<sup>500</sup> DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla; revisão técnica Alberto Alonso Muñoz. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.26.

<sup>501</sup> Ibid., p.26.

<sup>502</sup> Dworkin rechaça as críticas alicerçadas em qualquer forma de “ceticismo moral segundo a qual os valores e princípios morais não podem ser objetivamente verdadeiros, mas limitam-se a representar poderosas concatenações de gosto ou interesse próprio, ou dos interesses de uma classe, raça ou sexo”. Este argumento, para o jurista, é autocontraditório e incoerente, eis que os mais poderosos argumentos em favor da premissa majoritária são eles mesmos baseados na moralidade política (igualdade, liberdade e comunidade). Se ela se sustentar, será corroborada em um ou nos três pilares descritos. Ibid., p.29.

<sup>503</sup> Para o jurista norte-americano, a ideia da premissa majoritária é a origem da ideia de que a revisão judicial das normas é antidemocrática. Ibid., p.28.

<sup>504</sup> Dworkin usa, como exemplo, a eventual discriminação racial para ocupação de cargos públicos através de lei majoritária. Não haveria qualquer custo moral se um tribunal a declarasse inconstitucional, pois as leis devem respeitar antes de tudo a Constituição. Ibid., p.27.

o tipo de ação coletiva exigida pelo governo democrático. Neste caminho, Dworkin apresenta dois tipos de ação coletiva, a estatística e a comunitária<sup>505</sup>.

A ação coletiva é estatística quando o grupo executa uma função de algo que os membros individuais fazem sem pensar que estão agindo como grupo. O controle do indivíduo sobre as decisões coletivas, que afetam sua vida, é medido pelo seu poder de, sozinho, influenciar de algum modo o resultado<sup>506</sup>.

Por outro lado, a ação coletiva é comunitária quando pressupõe um agente coletivo especial e distinto, ou seja, os indivíduos agem juntos de forma que fundam suas ações, de modo que o ato unificado, encarado em um conjunto, é um ato deles<sup>507</sup>.

Após ser feita a distinção das duas concepções de democracia, a *majoritária*, que aceita a premissa fundamental e a *constitucional*, que a rejeita; e a distinção entre as ações coletivas *estatística* e *comunitária*<sup>508</sup>, tem-se uma nova distinção acerca da democracia como governo do povo. Dworkin avalia que os argumentos mais fortes em favor da premissa majoritária apoiam a interpretação comunitária e, por isso, se demonstram injustificados.

Segundo a premissa majoritária, uma virtude moral se perde ou se compromete se a decisão política contradisser a vontade da maioria. Mas a indagação importante vem do questionamento sobre qual o valor que se perde ou se compromete? Ao invés da resposta acompanhar o senso comum que seria a perda da igualdade, ela será diferente. Dworkin defende que, no momento em que determinados dispositivos constitucionais limitam os

---

<sup>505</sup> DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla; revisão técnica Alberto Alonso Muñoz. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.30.

<sup>506</sup> Como exemplo de ação estatística, Dworkin traz o mercado de ações que, para oscilar, necessita de um grande grupo de pessoas agindo no mesmo sentido, mesmo que não a façam conscientemente. *Ibid.*, p.30.

<sup>507</sup> Como exemplo, pode ser trazida a culpa coletiva do povo alemão que, até os dias de hoje, envergonha-se pelo terror proporcionado pelo Nazismo como se tivesse sido cometido pela coletividade, mesmo aqueles que dele não tenham participado; ainda, pode-se citar uma *orquestra*, onde cada um toca individualmente, mas tocam *como* uma orquestra, cada qual com uma parte da responsabilidade coletiva; e, por fim, pode ser trazido o exemplo de um time de futebol. *Ibid.*, p.31-2.

<sup>508</sup> Na ação coletiva estatística, as decisões políticas são tomadas de acordo com os votos ou os desejos de uma função – uma maioria ou pluralidade – de cidadãos individuais. Na comunitária, as decisões são tomadas por uma entidade distinta – o povo enquanto tal – e não por um conjunto qualquer de indivíduos encarados um a um. Dworkin reconhece a interpretação estatística na teoria política norte-americana. Já a comunitária é um mistério que pode assumir ares de um perigoso totalitarismo. Dworkin demonstra que as duas redes favoráveis à premissa majoritária apoiam a interpretação comunitária, contudo, ao final, apunham-na pelas costas. Cf. *Ibid.*, p.31.

poderes de uma maioria, como no caso da proteção dos direitos individuais, o que se perde é a liberdade da comunidade<sup>509</sup>.

No sentido de construir a justificação de sua proposta, o autor diferencia as liberdades em negativas e positivas<sup>510</sup> e determina que, no momento em que o constitucionalismo protege as liberdades negativas, o faz à custa da liberdade positiva, da autodeterminação. Este raciocínio faz com que o autor afirme que o argumento da liberdade tem base na interpretação comunitária, e o faz com a intenção de concluir que é a liberdade positiva que queda comprometida quando se impede que a maioria faça sua vontade.

Por mais poderosa que possa ser a ideia de autogoverno democrático, ela gera alguns questionamentos: Como se pode classificar um indivíduo como livre quando este tem que obedecer a atos de outrem, mesmo contra sua própria segurança? Como este indivíduo poderia considerar decisões injustas mesmo que outros não a tenham considerado? Que liberdade é essa? Segundo Dworkin, a resposta somente pode ser dada através da concepção comunitária de ação coletiva, porque ela é a única concepção que permite pensar que nos governamos a nós mesmos<sup>511</sup>.

Esta visão demonstra-se vinculada a certos aspectos morais, uma vez que, para que se responda o que significa ser um membro real de uma comunidade política ou porque as pessoas se sentem responsáveis por atos do grupo ao qual pertencem, torna-se necessário identificar um elo entre um indivíduo e um grupo que representa. Deve ser considerado justo que um indivíduo seja considerado responsável pelo grupo e para que o próprio indivíduo se considere como tal.

Por isso, Dworkin afirma que *se a verdadeira democracia é o governo do povo, então, no sentido comunitário de autogoverno, a verdadeira democracia é baseada na participação moral*<sup>512</sup>. Sendo assim, o majoritarismo somente seria considerado um autogoverno se todos

---

<sup>509</sup> DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla; revisão técnica Alberto Alonso Muñoz. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.32.

<sup>510</sup> Entre as liberdades negativas estão a liberdade de expressão e a privacidade, enquanto que as positivas são refletidas pela autodeterminação. Segundo esta concepção, o constitucionalismo protege as liberdades negativas à custa da liberdade positiva da autodeterminação, prejudicando a concepção majoritária da democracia. Ibid., p.32

<sup>511</sup> Ibid., p.34-5.

<sup>512</sup> Ibid., p.36.

os membros da comunidade fossem seus membros *morais*. Porém, a premissa majoritária não permite tal restrição<sup>513</sup>.

Quando Dworkin expressa a concepção constitucional de democracia frente à teoria majoritária, ele pressupõe condições democráticas que são as condições de participação moral em uma determinada comunidade política. Logo, a liberdade positiva não diminui, mas aumenta no momento em que a premissa majoritária é rejeitada. *Se é verdade que o autogoverno somente é possível dentro de uma comunidade que atenda às condições de participação moral, precisamos de uma concepção de democracia segundo a qual a democracia só existe quando essas condições são atendidas*<sup>514</sup>.

Mas quais seriam as condições de participação moral, segundo a concepção constitucional? A resposta vem através da proposição de duas condições. Uma condição *estrutural*<sup>515</sup>, ou seja, de condições que determinam o caráter que a comunidade, como um todo, deve ter para que possa ser considerada uma verdadeira comunidade política; e, em segundo, através de condições de *relação*, isto é, determinam como um indivíduo deve ser tratado por uma comunidade política para que possa ser um membro moral. Esse indivíduo tem que ter uma *participação* em qualquer decisão coletiva, um *interesse* e uma *independência* sobre esta decisão<sup>516</sup>.

Esta participação se dará através da ocorrência de três ações distintas. A primeira é a possibilidade de modificação das decisões coletivas sem condicioná-las ou fixá-las ao valor ou *status* do indivíduo, ou seja, deve pressupor-se a liberdade de manifestação nos processos de autogoverno. Em segundo lugar, o processo político deve ter uma concepção de igualdade de consideração com os integrantes, ou seja, para haver a participação moral, o indivíduo deve ser aceito e tratado pelos outros como um membro, com poder de decisão isonômico aos demais. A terceira condição parte da ideia de que os membros de uma comunidade política

---

<sup>513</sup> Os judeus, por exemplo, não eram membros morais da comunidade que tentou exterminá-los, embora tenham votado nas eleições que elegeram Hitler; assim, o holocausto não foi um autogoverno por parte deles, mesmo que a maioria dos alemães o tenha aprovado.

<sup>514</sup> DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla; revisão técnica Alberto Alonso Muñoz. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.36-7.

<sup>515</sup> Dentre as condições estruturais estão as históricas, psicológicas e sociais.

<sup>516</sup> *Ibid.*, p.37-8.

podem encarar uns aos outros como sócios em um empreendimento, mas com independência moral<sup>517</sup>.

Ultrapassando-se a questão da liberdade, torna-se imprescindível refutar o prejuízo da igualdade nos casos de afastamento judicial das decisões majoritárias. Independentemente do tipo de interpretação escolhida, seja a estatística, seja a comunitária, a igualdade não será afetada.

No primeiro caso, tal alegação é absurda quando se verifica que, em um país democrático de grandes dimensões, o poder político de cada cidadão é insignificante e, por conseguinte, sua diminuição produz efeitos também insignificantes<sup>518</sup>.

Já na confrontação da igualdade com uma interpretação comunitária se incorreria no mesmo erro já referido quando em relação à liberdade, uma vez que liberdade e igualdade são, em geral, dois aspectos do mesmo ideal. Portanto, as mesmas críticas levantadas sob o enfoque da liberdade podem ser trazidas para cá<sup>519</sup>.

Por fim, os críticos da leitura moral acusam-na de enfraquecer a noção de comunidade, haja vista que esta teoria deixaria as decisões políticas a critério de uma elite de profissionais do direito. Estes críticos, também chamados de comunitaristas, entendem que a discussão pública da justiça constitucional ganha em qualidade se não for decidida pelo tribunal, mas pelo legislativo. Contudo, Dworkin refuta esta afirmação, pois, para ele, os cidadãos podem ser mais capazes de exercer as responsabilidades morais da cidadania quando as decisões finais saem do âmbito da política comum e ficam a cargo do poder judiciário, uma vez que

---

<sup>517</sup> Traz-se, como exemplo, a orquestra em que o regente pode decidir como ela interpreta uma peça em particular. É preciso a aceitação do grupo e que ela seja obrigatória, já que o regente é o único que pode tomá-la. Contudo, não há nenhuma intervenção em sua vida, nos gostos musicais particulares, pois eles não mais seriam sócios, mas subalternos. “A pessoa que acredita deter a responsabilidade pelos valores centrais de sua vida não pode entregar essa responsabilidade a um grupo, mesmo que disponha de um voto igual nas deliberações desse grupo. Portanto, a comunidade política verdadeira é uma comunidade feita de agentes morais independentes. Ela não pode determinar o que seus cidadãos devem pensar a respeito de política ou ética, mas deve, por outro lado, propiciar circunstâncias que lhes permitam chegar a crenças firmes em matéria de ética e política através de sua própria reflexão e, por fim, de sua convicção individual”. Assim, pode-se postular que um músico nada sacrificaria de essencial no controle de sua vida e de seu auto-respeito quando aceitasse que o maestro decidisse como a orquestra interpreta uma partitura particular. Tal não seria o caso se, por exemplo, o maestro ditasse não apenas como o violinista deve tocar sob sua direção, mas também estabelecesse o gosto musical que o músico deveria cultivar. DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla; revisão técnica Alberto Alonso Muñoz. São Paulo: Martins Fontes, 2006., p.37-40.

<sup>518</sup> *Ibid.*, p.41-3.

<sup>519</sup> *Ibid.*, p.44.

seriam levados em consideração argumentos de princípio em detrimento de argumentos de política. Finalmente, o autor refere que:

o ideal de comunidade não corrobora a premissa majoritária nem refuta a leitura moral; não mais do que a liberdade e a igualdade, os dois membros mais velhos da brigada revolucionária. Temos que deixar de lado a premissa majoritária e, com ela, a concepção majoritária de democracia. Ela não é uma concepção coerente da verdadeira democracia<sup>520</sup>.

Um regime democrático está diretamente vinculado à questão da igualdade, onde as decisões coletivas tratam o conjunto dos cidadãos com igual respeito, atribuindo-lhes uma atenção igual na medida em que considera que nenhum indivíduo possui importância ou valor menor que os demais<sup>521</sup>.

Assim sendo, a democracia, em síntese, apenas requer procedimentos majoritários na circunstância em que sua efetivação constitua o meio mais adequado para tratar os indivíduos com igual respeito. Quando tal não se verifica, um procedimento não majoritário passa a ser exigido pela democracia no sentido de alcançar a condição de igual respeito. É o que se verifica, por exemplo, em questões onde preconceitos de uma maioria ameaçam conduzir a decisões discriminatórias aos adeptos de modos de vida e de valores minoritários. Existem, portanto, normas de direito fundamental independentes de todo o procedimento majoritário. O poder legislativo, enfim, não se mostra como a via mais adequada para a proteção de direitos de grupos menos populares<sup>522</sup>.

Se antes a democracia seria inviabilizada em caso das mudanças constitucionais serem realizadas por uma oligarquia de especialistas não-eleitos, neste momento histórico, a situação é oposta. Quando existem motivos para se querer saber se determinada lei ou regulamento ou

---

<sup>520</sup> DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla; revisão técnica Alberto Alonso Muñoz. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.46-7.

<sup>521</sup> LISBOA, W. B. A fundamentação do direito na democracia: entre moralidade, utilidade e legislação. *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito*. Mestrado e Doutorado 2008. Centro de Ciências Jurídicas UNISINOS. Organização José Luiz Bolzan de Moraes/Lenio Luiz Streck. São Leopoldo, 2009. p.217-8.

<sup>522</sup> *Ibid.*, p.218.

programa de governo prejudica ou enfraquece o caráter democrático da comunidade, cabe sua revisão e a estrutura constitucional propõe essa questão ao poder judiciário<sup>523</sup>.

Neste caso, verifica-se o quanto é *falaciosa* a argumentação de que sendo a revisão judicial das normas antidemocrática, a leitura moral deveria ser rejeitada. Deve-se, contudo, chegar a conclusões que tenham limite, nesta perspectiva, o que se propõe é um quadro equilibrado, onde as diversas estruturas democráticas de interpretação possam digladiar-se<sup>524</sup>.

As Constituições, e as próprias leis infraconstitucionais, associam diversos dispositivos muito específicos com outros majestosamente abstratos. A leitura moral, por sua vez, é compatível com todas as soluções institucionais ao problema das condições democráticas. Ela é antes uma teoria que trata de como certos dispositivos constitucionais devem ser interpretados, de quais perguntas devem ser feitas do que uma teoria sobre quem deve fazer ou quem deve respondê-las. Por isso, a leitura moral, embora seja uma parte de uma teoria interpretativa, é um significativo instrumento para exercer-se uma limitação às discricionariades<sup>525</sup>.

Esta função se evidencia pelo fato de, embora, a tese da leitura moral refutar qualquer intervenção interpretativa subjetivista, realista, discricionária, isto não significa que ela exija uma exclusão das vontades, dos desejos, das preferências pessoais, dos valores, no momento da interpretação, pois, tal exigência seria utópica e irrealizável. Estes são valores inerentes a todo indivíduo, e, portanto, estarão presentes sempre que este formar sua convicção. O que se

---

<sup>523</sup> O autor exemplifica com o caso da aprovação de uma lei que “considere crime alguém queimar sua própria bandeira em sinal de protesto. Supõe, ainda, que essa lei é discutida também por tolher o autogoverno por restringir a liberdade de manifestação e um tribunal a aceita derrubando-a”. Para Dworkin, se a decisão estiver correta, ou seja, estiver de acordo com a formação e a interpretação que foram dadas no decorrer da História (integridade), ela não é antidemocrática, ao contrário. “Nenhum valor moral se perdeu, pois, ninguém, nem individual nem coletivamente ficou em pior situação em nenhuma das dimensões acima esboçadas. Ninguém perdeu o poder de participar do poder autogovernante. Ninguém teve sua liberdade comprometida. Ninguém perdeu vantagens éticas conferidas pela sua participação no poder deliberativo”. Por outro lado, se o tribunal não tivesse feito seu papel, todos teriam perdido em todas as dimensões da democracia. O erro, contudo, pode ser do tribunal e, neste caso, prejudicaria a democracia, mas não é menos prejudicial do que uma “legislatura majoritária tomando uma decisão constitucional errada e que continue de pé”. Por isso, a crítica à premissa majoritária. Cf. DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla; revisão técnica Alberto Alonso Muñoz. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.49-50.

<sup>524</sup> Ibid., p.50-1.

<sup>525</sup> Ibid., p.52.

busca com uma interpretação íntegra e coerente é imporem-se limites ou condições de verificação sobre a correção de cada decisão<sup>526</sup>.

Na teoria da leitura moral, portanto, trata-se de um modelo que aplica a interpretação através dos princípios, explicando porque a fidelidade à Constituição e ao direito exige que os juízes façam juízos atuais de moralidade política e encoraja, desta forma, a franca demonstração das verdadeiras bases desses juízos através da justificação<sup>527</sup>, na esperança de que os julgadores elaborem argumentos mais sinceros, fundamentados em princípios e que permitam ao público participar da discussão<sup>528</sup>.

Dworkin assinala que a leitura moral pede aos julgadores que encontrem a melhor concepção dos princípios morais constitucionais que se encaixe no conjunto da história<sup>529</sup>, na tradição, e construam sua interpretação através da coerente integridade observada. Entretanto, a condição de possibilidade para que se possa ter êxito neste modelo interpretativo é que o operador seja virtuoso. A leitura moral, portanto, é uma estratégia aplicável por operadores que ajam de boa-fé, e nenhuma estratégia de interpretação pode ser mais do que isto<sup>530</sup>.

---

<sup>526</sup> STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica em Crise*. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p.362.

<sup>527</sup> Para Streck “a justificativa é condição de possibilidade da legitimidade da decisão”, portanto, trata-se de um importante freio a ser imposto às discricionariedades. Cf. STRECK. *Verdade e Consenso...* op. cit., p.222-83. No mesmo sentido Dworkin refere que: “qualquer juiz obrigado a decidir uma demanda descobrirá, se olhar nos livros adequados, registros de muitos casos plausivelmente similares, decididos há décadas ou mesmo séculos por muitos outros juízes, de estilos e filosofias judiciais e políticas diferentes, e períodos nos quais o processo e as convenções judiciais eram diferentes. Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mão e não partir em alguma nova direção. Portanto, deve determinar, segundo seu próprio julgamento, o motivo das decisões anteriores, qual realmente é, tomando como um todo, o propósito ou o tema da prática até então”. DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.238.

<sup>528</sup> DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla; revisão técnica Alberto Alonso Muñoz. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.57.

<sup>529</sup> Sobre o tema da interpretação substancial e dos poderes criadores do juiz ver a obra CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*. Tradução de Carlos Alberto de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993.

<sup>530</sup> DWORKIN, op. cit., p.16.

### 3.2.4 Por que a leitura moral do direito? Aportes finais

A grande questão a ser respondida no presente trabalho diz respeito a qual teoria jurídica, dentre as três estudadas, seria a proposição mais democrática, ou seja, qual a teoria que melhor aplica a igualdade, tratando o conjunto dos cidadãos com igual respeito e atribuindo-lhes uma atenção igual?

O caminho lógico faz-se no sentido de que para que se exerça a democracia em sentido amplo, qualquer normatização ou ato que retire o viés igualitário, ou coloque em risco determinados direitos individuais e fundamentais, deve ser revisado.

A revisão judicial passa, portanto, a ter um papel relevante na construção social, uma vez que é através dela que se restituirão os direitos democráticos, constitucionalmente expressos.

Por conseguinte, o amplo exercício jurisdicional, que se dá diante de questões cada vez mais complexas e excepcionais, faz com que o decisor incorpore um poder superior, mas que não pode ser ilimitado. Assim, o debate vigente na teoria do direito gira em torno da questão das limitações ao poder judiciário e a criação de estratégias para que se evitem as discricionariedades.

Neste sentido, buscou-se analisar este problema trazendo à cena o debate estabelecido entre Schmitt e Kelsen sobre a guarda da Constituição. Esta controvérsia demonstrou a justificação de dois pontos de vista calcados em teorias, de certa forma, incompatíveis.

Carl Schmitt fundamentou sua concepção no fato de que o chefe de Estado seria o verdadeiro guardião da Constituição. Para o autor alemão, a ideia de um terceiro poder decidindo nos casos excepcionais era inviável e, por isso, procurava, na figura do presidente, o verdadeiro soberano.

Já Hans Kelsen criticou veementemente a teoria schmittiana, entendendo que a legitimidade para a guarda da Constituição competiria ao Tribunal Constitucional.

Muito embora se reconheça na teoria do autor vienense uma proposta baseada na democracia e na defesa dos direitos fundamentais, conclui-se que nenhuma das duas proposições responderia satisfatoriamente a questão da discricionariedade. Enquanto na primeira, haveria o decisionismo do chefe de Estado, na segunda, apareceria forte a discricionariedade sempre que os casos fossem excepcionais. Portanto, ambas atribuiriam poderes ilimitados aos decisores.

Assim, arguiu-se a teoria de Ronald Dworkin como uma terceira via, a interpretação através da leitura moral.

Todavia, resta ainda responder uma questão chave: A teoria de Dworkin afasta a discricionariedade?

Antes de respondê-la, porém, é necessário tecer alguns comentários sobre o quão paradoxal é a questão da interpretação no debate Positivismo vs. Moralismo. E porque se afirma isto?

Veja-se: Os autores que defendem uma hermenêutica que alie a teoria do direito à moral acusam os positivistas de atuarem sem qualquer limite nos casos extremos. Acusam-nos de *discricionários*, ou seja, nos casos excepcionais, o intérprete pode atuar fora da moldura kelseniana ou pode criar o direito, se quiser valer-se da teoria de Hart, sem qualquer freio moral ou critério de interpretação, ou ainda pelo decisionismo em nome da governabilidade, caso opte pela teoria schmittiana da guarda da Constituição.

Já os defensores do positivismo denunciam os *moralistas*<sup>531</sup> de ativistas, jusnaturalistas, realistas, o que, em última análise, significa a mesma *discricionariedade*, porque, para aqueles, os princípios utilizados nas teorias moralistas são metafísicos e podem ser usados a critério dos intérpretes indiscriminadamente.

O paradoxo configura-se justamente por este fato. As linhas teóricas esforçam-se para criar novos modelos, modernizar os já existentes, defender seus fundamentos sob o enfoque

---

<sup>531</sup> Este termo será usado como sinônimo para os autores que defendem uma leitura moral do direito.

de sobrepuem-se ao seu *adversário*, mas, ao final, no âmago da questão, ambos chegam à mesma conclusão; acusam-se reciprocamente de cometerem o mesmo pecado; ambos são acusados de incorrerem na *discricionarietà* quando decidem na exceção.

Assim posto, ainda resta um questionamento: Ambas as teorias levam à discricionarietà?

Por certo, a resposta não é óbvia, tampouco fácil, como se viu no presente trabalho, contudo, pode ser analisada sob dois prismas diversos.

Uma ressalva é necessária. Somente se poderá levar adiante este debate partindo-se do princípio que se está frente a intérpretes que atuam de boa-fé, que é condição de possibilidade para qualquer estratégia de interpretação, seja formalista ou moralista. Sem a virtude da boa-fé, qualquer teia teórica soçobra diante de um operador que usa do ardil para justificar suas decisões, o que terá uma única consequência, a discricionarietà.

Inicialmente, admitindo-se que as teorias levam à discricionarietà, deve ser considerado o seguinte ponto: se o que se busca é uma maneira de limitar a decisão excepcional a fim de que não fique ao livre arbítrio de uma terceira pessoa, no caso o julgador ou legislador, resta uma dúvida, isto é, seria menos *perigoso* para o sistema uma teoria discricionária *pura* ou sem qualquer freio moral ou critério, que dê ao intérprete poderes ilimitados para a criação da decisão; ou uma teoria discricionária que impusesse algum tipo de freio moral ou seja, que tenha em princípios elencados da história político-jurídica da comunidade uma base para decidir? Parece, ao menos preliminarmente, que, dentre estas duas opções, a segunda teoria é a que apresentaria uma menor *zona* discricionária, porque, mesmo que houvesse certa discricionarietà, ela seria, de certa forma, limitada pela justificação nos princípios. Esta conclusão parece ser óbvia, mas serviria somente se fosse aceito que a teoria da leitura moral é discricionária.

A partir deste ponto, deve-se analisar a questão sob um segundo cenário. Se, já de início, reconhecendo-se ambas as teorias como discricionárias, elege-se a teoria *moral* do

direito como a menos ativista, cabe responder à acusação de seus críticos. Seria a teoria *moral* do direito uma teoria que leva à discricionariedade?

A resposta inicia-se com o conceito de direito como *integridade*. A teoria dworkiana fornece um conjunto de critérios para a formação de princípios coerentemente íntegros. São de valores históricos que vêm sendo formados pela sociedade com fundamento na tradição de uma determinada comunidade personificada. Não se tratam de preceitos criados ao léu e que podem ser usados de qualquer forma, mas de princípios identificados na história e construídos coerentemente a partir de seu uso e da legitimação da própria comunidade.

Com isto, pode-se responder que uma teoria jurídica aliada a princípios morais não é um retorno ao jusnaturalismo, não leva ao ativismo, ao realismo e, tampouco, à discricionariedade, ao menos, quando se tem como parte ativa um intérprete de boa-fé.

Esta afirmação reforça-se diante de outro freio à discricionariedade, a justificação da decisão. Significa, pois, que o operador deve fundamentar sua decisão, justificando os critérios e os princípios utilizados como decorrência de uma construção firmada na coerência da tradição do direito. A justificação, portanto, é um ponto imprescindível para a limitação do intérprete, visto que ele terá que construir o *romance* de acordo com o caminho já traçado pela história jurídica da comunidade.

Por outro lado, as teorias positivistas, mesmo que argumentem no sentido de que suas decisões excepcionais são fundamentadas, não têm um critério jurídico originário que embase esta justificação. Uma decisão em caso difícil será justificada em que, se a teoria normativa não admite a existência de valores morais no direito? Ora, se um caso foge à normalidade, por consequência, foge da esfera do direito, abrindo a possibilidade do operador *criar* uma decisão ao caso. A fundamentação, se houver, será em cima de ponderações subjetivas do próprio intérprete. Em outras palavras, não se trata de fundamentação, mas de invenção.

Destarte, a justificação é um ponto importante para que se retire qualquer caráter de ativismo ou realismo da teoria dworkiana e, aliada à imprescindibilidade da construção

coerente através da integridade faz com que a proposta de Dworkin seja considerada a teoria que melhor se adapta ao contexto moderno. Ela equilibra a igualdade, que melhor exerce a democracia e que atribui uma mais eficaz limitação dos poderes do decisor nos casos excepcionais.

Por óbvio que o argumento usado em defesa da leitura moral não significa proibição de que o operador interprete, não significa exclusão total da subjetividade, das vontades, dos desejos, uma vez que estes valores são inerentes a todo indivíduo. O que se busca é uma forma de limitar esta zona através de condições de verificação sobre a correção ou veracidade, e isto se dá através de uma fundamentação coerente e íntegra. Este é o espaço para a *resposta correta*.

Conclui-se, então, que o problema da teoria do direito apresenta-se na questão da interpretação e nos limites colocados ao intérprete a fim de que se evitem discricionariedades. Neste sentido trabalha a teoria da leitura moral do direito, uma concepção que se não é perfeita, ao menos atribui freios aos decisores, freios estes que estão *no* direito. Portanto, trata-se de uma teoria que não admite a decisão na exceção, e, por ela, se tem a condição de atribuir a resposta adequada à Constituição, uma resposta democrática em sua essência.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em três partes colocamos o problema da interpretação e da discricionariedade em cheque, problematizando a necessidade de limitações ao decisor e a imprescindibilidade de se levar em consideração uma teoria que alie a si o valor moral, no caso, através dos princípios da integridade e da coerência.

O trabalho enfocou as bases para a crítica através das concepções céticas de Carl Schmitt e Hans Kelsen, demonstradas em seu debate sobre a guarda da Constituição. Em um segundo momento, confrontaram-se suas ideias com a teoria de Ronald Dworkin sobre a leitura moral do direito.

Respeitando esta formatação, na primeira parte, o enfoque recaiu no pensamento de Carl Schmitt e nos conceitos que levaram à formulação de sua teoria sobre o soberano e sua legitimação para custodiar a Constituição. Demonstrou-se seu ceticismo quanto à aceitação do parlamento como poder representativo do povo e suas críticas ao liberalismo e ao positivismo jurídico. Além disso, debateu-se a sua concepção de que o chefe de Estado é o soberano legítimo para decidir na exceção e a consequência deste entendimento, o decisionismo.

O segundo ponto tratou da teoria de Hans Kelsen, delimitando-se, em um primeiro momento, os pilares de sua teoria em relação à democracia, ao liberalismo e à moral. Após, adentrou-se em sua crítica à teoria schmittiana, identificando-se as questões em que a teoria de Schmitt poderia ser superada e, como consequência, a defesa do Tribunal como guardião da Constituição. Ao final, apontou-se para o calcanhar de Aquiles da teoria kelseniana, a saber, da interpretação que, embora valide a atuação do Tribunal Constitucional, deixa o julgador livre para decidir, sem qualquer limitação quando se tratar de casos difíceis.

Na terceira parte do trabalho, foi exposta a hipótese de David Dyzenhaus no sentido de aproximar a decisão em situação de exceção amplamente utilizada na Alemanha de Weimar com a decisão *criadora e ilimitada* nos casos difíceis. Através da procura por respostas

adequadas aos perigos de um intérprete com poderes exacerbados, colocou-se em confronto as teorias de Schmitt e Kelsen com a teoria de Ronald Dworkin. A partir de sua leitura sobre o direito e sua ideia de interpretação a partir dos princípios, buscou-se impor critérios limitativos para o exercício da interpretação, trazendo para *dentro* do direito as respostas às questões rodeadas pela indeterminação normativa.

Diante desta organização chegou-se a algumas conclusões que merecem ser debatidas:

As teorias defendidas por Carl Schmitt e Hans Kelsen, embora se contraponham em vários pontos, se aproximam na questão da decisão de casos excepcionais.

Enquanto Schmitt rejeita o positivismo jurídico e defende a legitimação do chefe de Estado para decidir na exceção, por se tratar da decisão mais democrática, e no intuito de fugir da discricionariedade do juiz, ele cai, paradoxalmente, no mesmo problema, o decisionismo de seu soberano. Portanto, a sua defesa demonstra uma dificuldade recorrente às teorias céticas em relação à moral no direito e que, fatalmente, pode levar a decisões autoritárias e ilimitadas.

Kelsen, por sua vez, ao desenvolver sua teoria do direito tendo como base critérios democráticos e rejeitando que se deem poderes para o soberano, vale-se do argumento de que é o poder judiciário quem tem a legitimidade para decidir nos casos indeterminados pelo direito. O jurista austríaco peca, contudo, quando reconhece o poder criador de seu julgador, validando que se ultrapassem as barreiras da moldura normativa nos momentos de tensão entre a norma jurídica e o caso concreto.

Assim, nota-se que qualquer das teorias acima identificadas, ao fim e ao cabo, autorizam uma atuação decisionista do operador, na medida que seu *ceticismo* em relação ao valor moral na decisão autorizam a discricionariedade judicial.

No mesmo sentido, verificou-se que as teorias *céticas* apresentam um segundo problema, que é a prescindibilidade de fundamentação das decisões. A justificação, que na concepção de Dworkin mostra-se um importante freio às discricionariedades, não ocupa lugar no pensamento de Schmitt e Kelsen, visto que seus modelos interpretativos são padrões de reprodução do direito, que, por sua vez, alcançam os seus limites especialmente na validade do direito.

Assim posto, a validade por si só se basta para que o intérprete apenas deduza qual norma jurídica será aplicada ao caso. O problema dá-se no campo dos casos difíceis, considerando-se que o intérprete, aqui, sem poder reproduzir o direito, passa a criar, e, em virtude do reconhecimento e da legitimação de que o faça fora da moldura ou em nome da governabilidade, prescinde da necessária justificação moral.

O crescimento das indeterminações do direito a partir do aumento das complexidades sociais e jurídicas demanda, então, a necessidade de se construir anteparos para os poderes dos decisores, o que procurou fazer-se através da teoria de Ronald Dworkin.

Neste sentido, foram apresentadas questões pontuais de suas teses, identificando-se as suas críticas ao positivismo e às discricionariedades em decisões difíceis, assim como a construção de sua concepção de direito como integridade. Aliou-se a esta teoria do direito sua *nova* tese sobre o liberalismo, quando o jurista eleva a igualdade à condição primordial.

Nesta linha, Dworkin monta sua teia teórica no sentido de retirar o caráter de indeterminabilidade do direito e, por consequência, o viés de excepcionalidade que leva às decisões discricionárias. Demonstrou-se que, para Dworkin, o direito apresenta as respostas corretas, ou adequadas, do ponto de vista constitucional, através de uma leitura dos princípios que constroem a sociedade e de sua aplicação íntegra e coerente, unindo o direito e a moral.

Dessa forma, o sentido buscado no presente trabalho foi localizar o problema do poder superior demandado ao decisor pelas teorias *céticas* e a necessidade de apresentarem-se limitações à sua atuação. Neste caminho, a teoria de Dworkin dá um passo adiante em relação

ao positivismo jurídico e às demais teorias que separam direito e moral. O autor traz elementos relevantes para a construção e a justificação da interpretação jurídica, permitindo um maior controle sobre as decisões.

Pelas considerações tecidas, vislumbrou-se que a troca de acusações entre as teorias *céticas* e a teoria *moral* desemboca no mesmo problema. Ambas acusam-se reciprocamente de serem discricionárias, contudo, a teoria *moral* dworkiana mostrou-se mais eficaz no sentido de assegurar uma resposta correta, ou, constitucionalmente adequada.

O jurista norte-americano impôs freios à interpretação em momentos importantes. O primeiro dá-se quando vê a necessidade da construção interpretativa basear-se em princípios de integridade e serem coerentes com a história jurídica da comunidade. Neste ponto, Dworkin reconhece uma legitimação jurídica, *do* direito, na construção de respostas a questões excepcionais. Em um segundo momento, não de menor importância, há a indicação de um novo freio ao poder ilimitado dos intérpretes. Isto se verificou quando o autor obriga o operador a justificar, fundamentar, construir sua decisão como um romance. Neste sentido, o operador não fica livre para criar critérios subjetivos, ao contrário, deve justificar dentro dos princípios da comunidade os motivos de sua decisão.

Embora se tenha negado a existência de um grau zero de subjetividade e reconhecido que o intérprete carrega no ato interpretativo valores e crenças pessoais, uma vez que se trata de sentidos implícitos em todo ser humano, concluiu-se pela necessidade de se postular uma teoria que dê elementos possíveis para que este grau subjetivo seja o mínimo possível, e esta resposta a teoria de Ronald Dworkin ofereceu.

É bem verdade que qualquer busca neste sentido não encontrará êxito se não houver *bons* intérpretes ou, como aduz Dworkin, intérpretes de boa-fé. Este é o pressuposto para que funcione qualquer teoria interpretativa, seja *cética* ou *moral*.

Portanto, como conclusão do que se expôs no presente trabalho, tem-se que a proposta de uma teoria do direito como integridade, assim como a de uma leitura moral do direito, é a que melhor responde às necessidades de um sistema político-jurídico complexo e conflituoso, afastando a possibilidade de decisionismos e discricionariedades.

Assim sendo, a teoria de Ronald Dworkin não se trata da teoria *correta*, ou da *única* teoria, mas sim de uma teoria adequada a aplicar os princípios Constitucionais no intuito de alcançar-se uma atuação democrática e transformadora por parte dos decisores dentro do direito.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Tradução da 1ª edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi; revisão da tradução e tradução dos novos textos Ivone Castilho Benedetti. 5.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Tradução de Iraci D. Poletti. São Paulo: Boitempo, 2004.

BARRETTO, Vicente de Paulo (Org.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARZOTTO, Luis Fernando. Modernidade e Democracia. Os fundamentos da teoria da democracia em Kelsen. *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito*. Mestrado e Doutorado 2001. Centro de Ciências Jurídicas UNISINOS. Organização Leonel Severo Rocha/Lenio Luiz Streck. São Leopoldo, 2001. p.139-64.

BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo*. Uma introdução a Kelsen, Ross e Hart. Série Acadêmica. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2000.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução, Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BEAUD, Olivier. *Les derniers jours de Weimar*. Carl Schmitt face à l'avènement du nazisme. Paris: Descartes & Cie, 1997.

BERCOVICI, Gilberto. O Estado de Exceção Econômico e a Periferia do Capitalismo. *Pensar (UNIFOR)*, v.11, p.95-9, 2006.

BERCOVICI, Gilberto. Carl Schmitt e a Constituição de Weimar: Breves Considerações. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v.2, p.363-72, 2003.

BERCOVICI, Gilberto . Carl Schmitt, o Estado Total e o Guardião da Constituição. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, n.1, p.195-201, jan/jun. 2003.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e estado de exceção permanente*. Rio de Janeiro: Azougue, 2004.

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2000.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*: Lições de filosofia do direito. Compilado por Nello Morra; tradução e notas Márcio Publesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante, n.21-I, p.209-20, 1998.

CALSAMIGLIA, Albert. El concepto de integridad en Dworkin. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante. n. 12, 1992. p. 155-176.

CALSAMIGLIA, Albert. ¿Por que és importante Dworkin? *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante, n.2, p.159-65, 1985.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993.

DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo Jurídico*: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006.

DWORKIN, Ronald. É o direito um sistema de regras? *Estudos Jurídicos. Revista do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Rio dos Sinos*, v.34. n.92, p.119-58, 2001.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos em serio*. 7.impr. Tradución: Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 2009.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jéferson Luiz Camargo. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade*: a leitura moral da Constituição norte-americada. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla; revisão técnica Alberto Alonso Muñoz. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DYZENHAUS, David. *Legality and Legimacy*: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar. Oxford: University Press, 1999.

ECO, Umberto. *Como se faz uma tese*. 14.ed. São Paulo: Perspectiva, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre a faticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneicler. Tempo Brasileiro. Rio de Janeiro, 1997. v. I.

HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. 5.ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

HART, Herbert L. A. Positivism and the separation of law and morals. *Essays in jurisprudence and philosophy*. Tradução: Wladimir Barreto Lisboa. Oxford: Clarendon Press, 1983. p.62-72.

HERRERA, Carlos Miguel. Carl Schmitt, el marxismo. Puntos de encuentro y de ruptura en torno de realismo político. *Res publica*, v.2, p.35-68, 1988.

HERRERA, Carlos Miguel. La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución. *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, n.86, p.195-227, 1994.

HERRERA, Carlos Miguel. Schmitt, Kelsen y el Liberalismo. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante, n.21, p. 201-218, 1998.

HERRERA, Carlos Miguel. *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*. 2.ed. Paris: Kimé, 1997.

KELSEN, Hans. *A democracia*. Tradução Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla, Vera Barkow. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KELSEN, Hans. A garantia jurisdiccional da Constituição. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.119-211.

KELSEN, Hans. Quem deve ser o Guardião da Constituição? *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.237-98.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. 8.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KLEIN, Joel Thiago. A teoria da democracia de Schmitt. *Princípios*, v.16, p.139-56, 2009.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. A Guarda da Constituição em Hans Kelsen. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, v.1, n.1, p.203-9, 2003.

LISBOA, W. B. A fundamentação do direito na democracia: entre moralidade, utilidade e legislação. *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito*. Mestrado e Doutorado 2008. Centro de Ciências Jurídicas UNISINOS. Organização José Luiz Bolzan de Moraes/Lênio Luiz Streck. São Leopoldo, 2009. p.207-20.

MANIN, Bernard. Carl Schmitt, ¿el “mejor enemigo del liberalismo”? *Política y Gobierno*, v.10, n.2, p.401-12, 2003.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: A hermenêutica e a (in)determinação do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

PÉREZ, Maria Lourdes Santos. Uma filosofia para erizos: Una aproximación al pensamiento de Ronald Dworkin. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante, n.26, p.347-85, 2003.

RICHARD, Lionel. *A República de Weimar (1919-1930)*. São Paulo: Companhia das Letras. Círculo do Livro, 1988.

ROSANVALLON, Pierre. *A crise do Estado-providência*. Goiânia: Editora UFG; Brasília: Editora UnB, 1997.

SANCHIS, Luis Prieto. Teoria del derecho y filosofía política em Ronald Dworkin. *Revista Espanhola de Derecho Constitucional*, v.5, n.14, p.353-77, maio/ago. 1985.

SCHMITT, Carl. *O conceito de político/Teoria do Partisan*. Coordenação e supervisão Luiz Moreira; Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

SCHMITT, Carl. *Sobre el parlamentarismo*. Madrid: Alianza, 1990.

SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Tradução: Geraldo de Carvalo; coordenação e supervisão Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SCHMITT, Carl. *Teologia Política*. Tradução Elizete Antoniuk. Coordenação e supervisão Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Madrid: Alianza, 2009.

SIRCZUK, Matías. La crítica al liberalismo: Carl Schmitt y Donoso Cortés. *Politeia*, ene, v.27, n.32-33, p.173-208, 2004.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica em Crise*. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 8.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso*. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 2.ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann . *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIANELLO, Lorenzo Córdova. *Derecho y poder*. Kelsen y Schmitt frente a frente. México: FCE, UNAM, IJ, 2009.

WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; Revisão técnica de Gabriel Cohn. Brasília, DF: Ed. UnB: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2004. v. 2.