

O QUE É UMA CONSTITUIÇÃO? DECISIONISMO COMO ESTRUTURA EM CARL SCHMITT

WHAT IS A CONSTITUTION? DECISIONISM AS STRUCTURE IN CARL SCHMITT

*Cássio Corrêa Benjamin**

Resumo:

Nesse artigo, analisaremos o que Schmitt entende por Constituição. É a partir dessa discussão que determinaremos a estrutura decisionista de seu pensamento. Na verdade, a análise do conceito de Constituição é apenas mais um dos lugares onde Schmitt reafirma o seu decisionismo. O decisionismo é, de fato, o cerne do pensamento schmittiano, é a sua estrutura permanente. A discussão de Schmitt sobre o significado da noção de Constituição é um momento privilegiado para essa compreensão.

Palavras-chave: Constituição. Decisionismo. Estado.

Abstract:

In this paper, we will analyse what Carl Schmitt considers as a Constitution. From this debate, we will determine the decisionist structure of his thought. Actually, the analysis of the Constitution concept is just one of the points that Carl Schmitt emphasizes his decisionism, which is, in fact, the core of Schmitt's thought and his permanent structure. Schmitt's discussion about the meaning of the notion of Constitution is an important aspect for this understanding.

Keywords: Constitution. Decisionism. State.

O livro *Verfassungslehre (Teoria da Constituição)* (SCHMITT, 2003) de Carl Schmitt é uma das obras centrais sobre o tema da Constituição. Na verdade, Schmitt foi um dos primeiros a tratar tal tema de forma sistemática. É, portanto, uma referência quando se trata desse assunto. Como veremos, Schmitt propõe quatro conceitos de Constituição e realiza uma minuciosa análise de cada um deles. Dos quatro conceitos sugeridos, Schmitt afirma ser o conceito positivo de Constituição aquele que expressa o que ele de fato entende como o modo correto de compreensão de tal fenômeno. É no conceito positivo de Constituição que Schmitt baseará as suas discussões e empreenderá a sua crítica ao modo formalista e ao modo liberal de perceber e conceituar as Constituições. Portanto, o que Schmitt faz aqui não se resume a uma análise, mas trata-se também de um ataque ao formalismo e à tradição do Estado de direito burguês, como ele o denomina, e suas noções básicas. Entretanto, o que nos interessa aqui não é propriamente sua crítica

* Doutor em Ciência Política pela UFMG (Universidade Federal de Minas Gerais). Professor Adjunto da UFSJ (Universidade Federal de São João del-Rei). E-mail: ccbenj@yahoo.com.

ao que é denominado Estado de direito burguês. Nosso propósito é mostrar, por meio da análise dos conceitos de Constituição, como Schmitt estabelece uma assimetria fundamental, que é a estrutura básica de sua visão não apenas da Constituição, mas também de seu decisionismo. Trata-se, como veremos em detalhes, da existência de uma vontade que, por meio de uma decisão, literalmente, constitui forma e modo da unidade política. Tal unidade política é anterior, a Constituição é apenas a forma e o modo dessa unidade. O que queremos ressaltar é a estrutura decisionista que informa toda a teoria da Constituição que Schmitt elabora.

Se esse é o nosso objetivo ao analisar essas passagens sobre a Constituição, deve também ficar claro o que não faremos, o que escapa às nossas intenções nessa análise. Primeiramente, não analisaremos o debate constitucional no período de Weimar. Embora tal debate seja muito rico e interessante, escapa completamente aos nossos objetivos retomá-lo. Isso implica também dizer que, do mesmo modo, as posições de Schmitt dentro desse debate não serão examinadas. Na própria *Teoria da Constituição*, percebe-se claramente a tomada de posição por parte de Schmitt em relação a vários temas presentes na época. E, bem ao estilo schmittiano, essas tomadas de posição são quase sempre polêmicas. É um fértil terreno de pesquisa todo o material aqui referente à conturbada República de Weimar.

Outro debate que não realizaremos é aquele sobre o significado, mais geral, de uma Constituição ou, mais especificamente, sobre o sentido atual de constitucionalismo. Esse é um debate candente e bem vivo. Há uma infindável e ainda sempre crescente bibliografia sobre tal tema, com variadas posições. Fora o fato desse mesmo tema ser tratado, de modo muito diferente, seja por juristas, seja por sociólogos. Apenas gostaríamos de ressaltar, principalmente porque quase sempre se esquece dessa permanência, que o debate atual guarda inúmeras continuidades com aquele realizado por Schmitt, em particular o seu debate com Kelsen. É realmente um pouco frustrante perceber como vários temas são retomados quase cem anos depois, senão até mesmo “resolvidos”, sem ao menos existir alguma referência ao rico debate do período de Weimar. De fato, ali se estabeleceu a moldura de muitos problemas posteriores. Talvez porque ali tenham ocorrido pela primeira vez e de forma intensa vários processos que seriam característicos do tempo presente,¹ seja em seus aspectos políticos e jurídicos. E isso deveria ser levado em conta nas atuais discussões.

¹ Uma análise muito rica da República Weimar, do ponto de vista jurídico, é feita por Unger em *O direito na sociedade moderna*, no item específico, *O retrocesso da legalidade: continuação da história alemã*. UNGER, R. M. *O direito na sociedade moderna: contribuição à crítica da teoria social*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979. p. 225-229.

Por fim, um breve comentário sobre o lugar desse livro na sua produção desse período. Embora possa haver divergência sobre o lugar da *Teoria da Constituição* na obra de Schmitt como um todo, não se pode desconsiderar o que ele mesmo afirma, já na primeira linha: “o trabalho em questão não é um comentário nem uma série de dissertações monográficas, mas tem a intenção de sistema” (SCHMITT, 2003, xi). Essa advertência logo no início revela o caráter que Schmitt quer imprimir a esse livro tanto quanto ao lugar especial que ele ocupa em sua obra. Mas, como ressaltamos, esse aspecto da *Teoria da Constituição* não afetará nossa leitura, já que nos interessa precisamente delinear a importância da estrutura decisionista nesse escrito. Portanto, que essa obra busque ser um sistema, isso não tem relevância em nossa leitura, embora marque seu lugar diante dos outros escritos de Schmitt. Se podemos derivar, a partir de nossa hipótese, alguma consideração sobre a relação entre os escritos de Schmitt, insistiríamos na permanência do decisionismo como estrutura.

Schmitt começa o seu livro se perguntando o que é uma Constituição. Ele fornece quatro conceitos de Constituição. São eles: o conceito absoluto de Constituição, o conceito relativo de Constituição, o conceito positivo de Constituição e, finalmente, o conceito ideal de Constituição. Antes de começar a analisar cada um deles, é importante dizer que a visão do próprio Schmitt está expressa no conceito positivo de Constituição. É no seu conceito positivo que a Constituição será definida como ato do poder constituinte que decide sobre a totalidade da unidade política. Veremos este ponto adiante.

Primeira definição: “O conceito absoluto de Constituição: a Constituição como totalidade unitária” (SCHMITT, 2003, p. 3).

O parágrafo sobre o conceito absoluto de constituição tem o seguinte subtítulo: “a constituição como a totalidade unitária [*einheitliches Ganzes*]”. Percebe-se já de início para onde se dirigem as preocupações e a atenção de Schmitt: a unidade. Esse é um dos temas chave de Schmitt e será trabalhado não apenas na busca do sentido da palavra “Constituição”, como em todo o livro. É a unidade substantiva, e como alcançá-la, o que está em jogo aqui. Por hora, voltemos ao texto. Schmitt começa buscando o sentido da palavra Constituição. Cada homem e cada objeto, mesmo uma fábrica ou uma associação possuem uma “constituição”. Não se tem com isso um conceito específico. Por isso, o que interessa aqui é constituição como “constituição do estado”, que fornece o contorno da unidade política de um povo. Nesse sentido, significa então a situação da totalidade [*Gesamtzustand*] da unidade e ordem políticas. Por outro lado, Constituição também pode significar um sistema fechado de normas. Tal sistema expressa uma unidade, embora não de uma existência concreta, mas uma unidade ideal. Schmitt então define o conceito: “em ambos os casos, o conceito de Constituição é absoluto porque indica uma totalidade (real ou pensada)” (SCHMITT, 2003, p. 3).

Schmitt critica aqueles que igualam Constituição e lei constitucional. Essa é uma das distinções fundamentais de todo o livro. O que se critica aqui é uma concepção puramente formalista do direito e da política. A referência a Kelsen esclarecerá esse ponto. Ao mesmo tempo, ela aponta diretamente o que Schmitt quer ressaltar. Se ocorrer uma confusão entre essas duas noções, então, qualquer lei constitucional particular poderia ser equiparada à Constituição. Se isso ocorrer, o conceito se torna relativo (como será analisado no conceito relativo de Constituição). O fato é que, nesse caso, não se trataria de “uma totalidade, uma ordem, uma unidade” (SCHMITT, 2003, p. 3). É importante chamar a atenção para os três substantivos mencionados, pois é em torno deles que Schmitt constrói a sua argumentação.

Serão diferenciados e tratados em pormenor os dois tipos já citados de Constituição em sentido absoluto. O primeiro significa “o modo de ser concreto de cada unidade política existente que se dá a si mesma o modo de ser” (SCHMITT, 2003, p. 4). Esse primeiro significado se desdobra em três itens.

- a. Constituição como “a concreta situação da totalidade [*Gesamtzustand*] da unidade política e da ordem social de um Estado determinado” (SCHMITT, 2003, p. 4). O contraponto aqui é novamente “um sistema ou uma série de sentenças jurídicas ou normas” (SCHMITT, 2003, p. 4). Nesse sentido, “o Estado não tem uma Constituição... o Estado é Constituição” (SCHMITT, 2003, p. 4). A Constituição é equiparada à “alma” da vida concreta e da existência individual do Estado. Schmitt aproxima tal noção da filosofia grega. Em Aristóteles, a *politéia* [πολιτεία], que Schmitt traduz por Estado, é uma ordem [τάξις] que, por sua vez, indica uma finalidade [τέλος]. Em Isokrates, a Constituição é a alma [ψυχή] da pólis.
- b. Constituição como “um modo específico de ordem política e social... uma determinada forma de governo [*Form der Herrschaft*]” (SCHMITT, 2003, p. 4), a saber, monarquia, aristocracia ou democracia. Constituição é, então, forma de Estado [*Staatsform*]. O Estado aqui é uma Constituição, ou seja, é uma monarquia, aristocracia ou democracia. O Estado não tem uma Constituição, por exemplo, uma Constituição monárquica, mas é uma Constituição. “Forma” significa aqui um *status*, algo que diz respeito ao ser, e não a meras sentenças jurídicas ou normativas. A Constituição é “forma das formas” [*forma formarum*]. Havendo uma revolução bem sucedida, há um novo *status*, portanto, uma nova Constituição.
- c. Constituição como “princípio de transformação dinâmica da unidade política, princípio do processo contínuo da formação e da gênese dessa unidade

a partir de uma base de vigor e energia efetivos” (SCHMITT, 2003, p. 5). Schmitt afirma que, nessa visão, a unidade política deve ser diariamente construída a partir de interesses e posições distintos e opostos, a unidade política deve ser continuamente “integrada”. Nesse sentido, essa noção se encontra em oposição àquela de *status* e sua ideia de uma unidade estática. A Constituição aqui é “o princípio ativo de um processo dinâmico de energias efetivas, um elemento de transformação, mas efetivo e não um procedimento regulado de um “dever” - prescrições e imputações” (SCHMITT, 2003, p. 6).

O segundo tipo de Constituição em sentido absoluto significa “um regulamento de leis fundamentais, ou seja, um sistema unitário e fechado de normas mais elevadas e últimas” (SCHMITT, 2003, p. 7). Constituição é a norma das normas. O que há aqui é algo normativo, um dever. Mas trata-se de sentido absoluto porque há unidade e tal unidade é dada pela lei fundamental [*Grundgesetz*], ou seja, a “lei das leis”. Todas as outras leis e normas se relacionam a ela.

O que é, então, o Estado nessa concepção? O Estado se torna um conjunto de normas baseado em uma Constituição tomada como norma fundamental, ou seja, “uma unidade de normas jurídicas” (SCHMITT, 2003, p. 7). O Estado é uma unidade enquanto unidade de normas jurídicas. O Estado se identifica à Constituição, não porque o Estado seja a Constituição, mas porque a Constituição é o Estado. O Estado é algo de acordo com normas, um “dever”. O Estado é uma ordem jurídica, mas não como algo existente simplesmente, mas devido ao fato de ele ter validade exatamente porque “vale” como norma. Mas como se trata de uma unidade fechada e sistemática de normas, equiparada ao Estado, pode-se então falar de conceito absoluto de Constituição.

Também nesse sentido, a Constituição é qualificada como soberana. Entretanto, para Schmitt, e esse será um ponto central de sua crítica, “somente algo que existe concretamente pode ser soberano, e não uma mera norma válida” (SCHMITT, 2003, p. 7). Para Schmitt, “essa curiosa personificação de uma lei escrita tem o objetivo de elevar a lei, com sua garantia da liberdade burguesa e da propriedade privada, acima de qualquer poder político” (SCHMITT, 2003, p. 8). Entre outros, o caso de Guizot é um dos mais esclarecedores. Ele fala de soberania da razão, da justiça e de “outras abstrações” (SCHMITT, 2003, p. 8). No fundo, a ideia de uma “Constituição soberana” seria a “solução” liberal para a crise da soberania e a alternativa para a disputa entre o príncipe e o povo. Nem o príncipe, nem o povo, soberana é a Constituição.

Não é fortuito que Kelsen seja tratado logo em seguida. Para Schmitt, ele seria “a última ramificação da autêntica teoria do Estado de direito burguês” (SCHMITT, 2003, p. 8). Nos séculos XVII e XVIII, a burguesia expressou o seu sistema de um

direito individualista, racional e natural, e construiu suas normas válidas a partir das ideias de propriedade privada e liberdade pessoal. Tais normas valem diante de qualquer concretude política porque elas seriam justas e racionais. Elas instituem um dever perante qualquer realidade legal positiva. Como “normatividade consequente” (SCHMITT, 2003, p. 9), pode-se então falar de “sistema, ordem e unidade” (SCHMITT, 2003, p. 9). Kelsen, contudo, continua e transforma essa tradição, ao compreender o Estado como um sistema e uma unidade a partir de normas jurídicas [*Rechtsnormen*]. Levando essa ideia a seu extremo, só as normas positivas valem. Mas as normas não valem porque haja um dever, porque haja alguma qualidade de justiça ou racionalidade. Elas valem porque são normas positivas. “Aqui termina o dever, aqui se extingue a normatividade. Em seu lugar aparece a tautologia de uma crua facticidade [*Tatsächlichkeit*]: algo vale, quando vale e porque vale. Isso é positivismo” (SCHMITT, 2003, p. 9). Segundo Schmitt, se a Constituição quiser ser pensada como “norma fundamental” (como em Kelsen), então, não se pode tomar como “fundamento de um sistema puro de normas puras apenas determinações concretas” (SCHMITT, 2003, p. 9). Essas seriam designadas como positivas por terem sido postas por um determinado órgão [*Stelle*] e seriam somente eficazes. Para Schmitt, “só de proposições sistemáticas justas em si mesmas, devido à sua racionalidade e justiça, podem ser derivadas uma unidade ou ordem normativas” (SCHMITT, 2003, p. 9). Schmitt acaba por compreender a teoria de Kelsen como derivada do liberalismo, mas perdendo o seu centro normativo. É como se toda a normatividade na qual se sustentou o liberalismo fosse perdida na positivização radical empreendida por Kelsen. O que sobra então, segundo Schmitt? Um mero conjunto de normas com uma unidade meramente formal.

Ao realizar um resumo do pensamento de Kelsen, Schmitt fornece o ponto central da permanente discordância entre os dois.² De fato, há uma espécie de “imanência legal” em Kelsen. E o que significa positivismo senão imanência legal? É a partir desse ponto de vista que ele estrutura o seu pensamento. E é exatamente essa forma que Schmitt não aceita. Como ficará mais claro no tópico do conceito positivo de Constituição, toda a argumentação de Schmitt se dirige à afirmação de um lugar necessariamente extralegal, de um lugar além da mera legalidade da norma. É esse ponto que constitui a estrutura necessária de sua argumentação. Várias figuras em sua obra apontam para essa distinção: a diferença entre normas do direito e normas de realização do direito,³ a exceção, o lugar

² Esse debate se prolongará em vários momentos de sua obra. Um lugar paradigmático dessa questão é o segundo capítulo (*O problema da soberania como problema da forma jurídica e da decisão*) e terceiro capítulo (*Teologia política*) de sua *Teologia Política*. SCHMITT, C. *Politische theologie: vier kapitel zur lehre von der Souveränität*. Siebente auflage. Berlin: Duncker & Humblot, 1996.

³ Ver a “nota preliminar” da primeira edição (1921) de *A Ditadura*. SCHMITT, C. *Die diktatur: von den Anfängen des modernen souveränitätsgedankes bis zum proletarischen klassenkampf*. Sechste auflage. Berlin: Duncker & Humblot, 1994. p. XIII-XX.

da ditadura, o soberano decisionista, o político. Como vai ficando claro, o ponto chave para Schmitt é o estabelecimento desse lugar além da lei, extralegal, essa é sua distinção fundamental (e o sujeito que nele se coloca). Numa diferenciação um pouco primária, o âmbito de análise de Kelsen é aquele da imanência da legalidade, tudo o que estiver fora é visto como não essencial. Do ponto de vista de Schmitt, a análise do direito só tem sentido se for determinado quem põe a lei, quem é o sujeito que estabelece a norma legal, quem está além da lei exatamente porque a institui. Não pode haver imanência em Schmitt, trata-se de teísmo. Sem essa pergunta pelo sujeito, pela “pessoa”, toda a argumentação seria uma equivocada abstração. Já começa a se esboçar como Schmitt constrói uma assimetria que possibilita a resposta sobre o problema do fundamento.

Isso fica mais explícito quando ele introduz as noções de poder e autoridade: “uma Constituição vale porque é derivada de um poder constituinte (a saber, poder ou autoridade)⁴ e através de sua vontade é posta” (SCHMITT, 2003, p. 9). Aqui está a assimetria: uma norma não vale por si, mas devido a uma vontade. A questão da validade é deslocada para a vontade que põe a lei. Por isso, a vontade, em oposição às normas, indica “uma grandeza segundo o ser como origem de um dever” (SCHMITT, 2003, p. 9). Ou ainda, “a vontade é presença existencial, seu poder ou autoridade residem em seu ser” (SCHMITT, 2003, p. 9). Deve-se sempre ter em mente essa definição de vontade. Ela é uma das definições fundamentais de Schmitt. É só a partir dela que se pode compreender com clareza como Schmitt busca e constrói sua assimetria básica, pois é ela que expressa a estrutura decisionista. Só há, portanto, duas possibilidades: a norma vale porque é justa, então estamos na tradição liberal baseada no direito natural (como vimos, segundo Schmitt, Kelsen abandona exatamente esse critério), ou, então, uma norma vale porque está positivamente posta por uma vontade existente. Uma norma nunca vale por si mesma. A crítica novamente se dirige a Kelsen. Dado que Schmitt sempre parte de uma assimetria, é inconcebível para ele a imanência lógico-normativa de Kelsen. Um sistema positivo de normas fundado apenas em um pressuposto lógico de uma norma fundamental é “uma confusão cheia de contradições” (SCHMITT, 2003, p. 9). No fundo, o problema para Schmitt está na imanência.⁵

⁴ O tema do poder ou autoridade será uma questão sempre repetida por Schmitt exatamente porque a estrutura decisionista necessita de uma justificação para sua assimetria básica, a saber, o sujeito que decide. E essa pergunta é ainda mais crucial para Schmitt porque ele, ao transpor tal forma ao Estado e à Constituição, em um âmbito da democracia, não pode mais contar com a transcendência. A volta ao tema e sua repetição em mais de um livro é o sinal da permanência da questão. A pergunta que persevera: o que funda a autoridade em um tempo sem transcendência? Ou, dito de outro modo, o que possibilita a assimetria na ausência da transcendência?

⁵ Deve-se ressaltar que tanto Schmitt quanto Kelsen estão tentando solucionar o problema do fundamento. Kelsen pensa em uma norma fundamental [*Grundnorm*], que embora pressuposta (KELSEN, H. *Introduction to the problems of legal theory*. Oxford: Oxford University Press, 1992. p. 58), é ainda uma norma. E o que

A unidade não está no conjunto de leis constitucionais, mas na unidade de uma vontade. Comentando o termo “ordem jurídica” [*Rechtsordnung*],⁶ Schmitt afirma: “o conceito de ordem jurídica contém dois elementos completamente distintos: o elemento normativo do direito e o elemento segundo o ser da ordem concreta” (SCHMITT, 2003, p. 10). O que dá o aspecto concreto e efetivo ao direito, para Schmitt, nunca pode ser apenas o conjunto das normas legais. Ao analisar os componentes do termo “ordem jurídica”, Schmitt pode encontrar novamente posta a questão que atravessa todo o direito. E ele sempre aponta aquele que instaura a ordem, pois, para Schmitt, só ele, de fato, mantém a unidade. Aqui reside a assimetria. Portanto, “a unidade e ordem residem na existência política do Estado, não em leis, regras ou qualquer tipo de normatividades” (SCHMITT, 2003, p. 10). Schmitt afirma que isso também seria verdadeiro para o *Reich* alemão. Sua unidade não estaria nos 181 artigos e sua vigência, mas “na existência política do povo alemão” (SCHMITT, 2003, p. 10). De forma precisa, Schmitt afirma:

a vontade do povo alemão, portanto, algo existencial, funda a unidade política e jurídica, acima de todas as contradições sistemáticas, falta de unidade e clareza das leis constitucionais. A Constituição de Weimar vale porque o povo alemão deu a si mesmo essa Constituição. (SCHMITT, 2003, p. 10).

A assimetria aqui é bem clara e Schmitt inclusive a utiliza para discutir a polêmica situação alemã. O que confere unidade e validade ao conjunto das leis constitucionais é uma vontade, algo “anterior” a esse conjunto. As leis não podem ter validade nelas mesmas. A vontade em questão é a vontade do povo.

Em uma crítica ao seu tempo, Schmitt afirma que cada vez mais se fala em Constituição em um sentido formal. A fé na possibilidade de existência de um sistema de normas justas, essa fé liberal, isso não ocorreria mais. O que se entende por Constituição seria então uma maioria ou pluralidade não sistemática de determinações constitucionais

é bastante revelador em Kelsen é que a noção de pressuposição da norma fundamental tenta, no fundo, criar uma assimetria em relação às outras normas, mas ainda dentro da imanência legal. A ideia de norma fundamental pressuposta é uma tentativa de criar uma assimetria sem recurso a alguma transcendência, ou seja, dentro da imanência. Esse problema surge somente porque Kelsen, assim como Schmitt, acreditam na necessidade de fundamentos. Por sua vez, Schmitt desloca a questão para a existência de uma vontade que põe a norma. Desse modo, toda a discussão é transferida para a determinação das características e do estatuto dessa vontade. Não é fortuita a afirmação reiterada de Schmitt sobre o poder ou autoridade dessa vontade. O problema então passa a ser a determinação do que vem a ser tal poder ou autoridade. Essa é a busca da assimetria. Desse ponto de vista, que sempre olha para além da pura imanência legal, o sistema de Kelsen seria uma mera abstração ou um puro jogo lógico. Mas do ponto de vista da imanência legal, o que Schmitt procura simplesmente não existe.

⁶ Ver a mesma questão em *Teologia Política*: “a ordem tem que ser estabelecida para que o ordenamento jurídico [*Rechtsordnung*] tenha sentido”. SCHMITT, C. *Politische theologie: vier kapitel zur lehre von der Souveränität*. Siebente auflage. Berlin: Duncker & Humblot, 1996. p. 19.

legais. Portanto, “o conceito de Constituição é relativizado como um conceito de leis constitucionais particulares” (SCHMITT, 2003, p. 11).

Segunda definição: “O conceito relativo de Constituição: a Constituição como uma pluralidade de leis particulares” (SCHMITT, 2003, p. 11).

Relativizar o conceito de Constituição, para Schmitt, significa “colocar no lugar da Constituição unitária em sua totalidade, somente a lei constitucional particular” (SCHMITT, 2003, p. 11). Isso implica também tomar o conceito de lei constitucional em suas características formais. Segundo sua definição, “Constituição em sentido relativo significa a lei constitucional particular” (SCHMITT, 2003, p. 11). Há um claro movimento em direção ao formalismo. Como todas as leis específicas são igualadas no conceito relativo, perde-se a noção de alguma lei como sendo fundamental. Todas as leis são iguais, formalmente iguais, por isso, tudo o que se apresenta na Constituição é relativizado. Comentando a Constituição de Weimar, ele mostra como tal visão equipara artigos de importância tão díspares como aquele que afirma ser o *Reich* uma república e aqueles que regulam as reuniões em espaço público ou normatizam os direitos e deveres dos docentes de escola pública.

É nesse momento que Schmitt discute o art. 76 da Constituição de Weimar. Essa discussão está relacionada à questão da reforma dificultada como característica formal da lei constitucional. As leis constitucionais podem ser modificadas desde que submetidas a um procedimento. Essa dificuldade maior do procedimento é o que diferencia, então, leis constitucionais de leis ordinárias. O critério de uma lei constitucional (no limite, da própria Constituição, se entendida como o conjunto dessas leis) é, portanto, a modificação dificultada. Isso é para Schmitt o reconhecimento patente do caráter formal e relativo das leis constitucionais. Não há nenhum atributo específico na lei constitucional a não ser a dificuldade de sua reforma. O art. 76 da Constituição de Weimar, que permitia uma alteração das leis constitucionais, desde que realizadas por dois terços ou majorias, indica essa concepção de modificação dificultada.

Embora haja de fato uma certa garantia de duração e estabilidade, um partido ou uma coalizão de partidos podem cumprir os requisitos necessários para a modificação da lei constitucional. Para Schmitt, a noção de modificação dificultada fragiliza a própria ideia de Constituição. A Constituição deveria ser considerada superior a suas leis, portanto, deveria ter a garantia de sua duração devido a seu sentido fundamental que é, no fundo, o resultado de um ato de vontade. Para Schmitt, quando se confunde Constituição e lei constitucional, então, a modificação dificultada se torna meramente um instrumento para proteger as leis constitucionais das majorias parlamentares cambiantes. O problema então é que “através da relativização da Constituição em leis constitucionais e da formalização das leis constitucionais, abdica-se completamente do sentido objetivo da Constituição”

(SCHMITT, 2003, p. 19). Schmitt comenta uma passagem de Jellinek⁷ na qual ele afirma que o sinal da essência legal das leis constitucionais está em “sua elevada força legal formal” (SCHMITT, 2003, p. 19). Isso significaria apenas dificultar as modificações constitucionais. No caso de Weimar, isso implicaria dar uma centralidade absoluta ao art. 76, ou seja, ele seria “o núcleo essencial e o único conteúdo da Constituição” (SCHMITT, 2003, p. 19). Todas as leis se tornariam modificáveis, a Constituição não passaria de uma lei em branco. Ironicamente, Schmitt afirma que as leis deveriam ser compreendidas como: “‘o *Reich* alemão é uma república’ (Art. 1), salvo modificação pelo Art. 76, ou ‘o matrimônio é o fundamento da vida familiar’ (Art. 119), se não for determinado de outro modo pelo Art. 76” (SCHMITT, 2003, p. 19). E assim por diante.

Para Schmitt, não se pode definir dessa forma um conceito de Constituição, nem logicamente nem juridicamente. Não se pode determinar o conceito de Constituição simplesmente por meio de um critério de modificação das leis constitucionais. Não se pode também definir lei constitucional como lei suscetível de ser reformada por certo procedimento porque as regras desse procedimento são baseadas em determinações legais constitucionais e pressupõem tal conceito. Além disso, o procedimento de modificação não pode definir o objeto modificado. Por conseguinte, “uma reforma constitucional, segundo a Constituição, é logicamente e cronologicamente dependente da Constituição” (SCHMITT, 2003, p. 20). A competência para reformar as leis constitucionais está baseada na Constituição, não está acima dela. Schmitt então apresenta uma nova definição não formal da Constituição.

Terceira definição: “O conceito positivo de Constituição: a Constituição como decisão total sobre modo e forma de unidade política” (SCHMITT, 2003, p. 20).

No conceito positivo de Constituição, Schmitt irá expor, na verdade, o seu conceito de Constituição, o modo como ele realmente entende o que é uma Constituição. Como já pode ter ficado claro por meio de suas críticas, o que Schmitt busca é uma instância, um lugar fora do texto legal ou das meras normas constitucionais particulares. Esse lugar distinto da mera norma, distinto no sentido de anterioridade e importância, é o que permite a Schmitt argumentar no sentido de um fundamento. Em outras palavras, como toda argumentação sobre fundamento, Schmitt busca uma assimetria. Como veremos, esse lugar assimétrico é dado pela ação da vontade do poder constituinte. Voltemos ao texto.

Schmitt insiste na distinção, essencial para o seu argumento, entre Constituição e lei constitucional: “um conceito de Constituição somente é possível se Constituição e lei constitucional são separados” (SCHMITT, 2003, p. 20). Isso porque a unidade não reside na lei, mas no ato que põe a lei. Portanto,

⁷ Passagem do influente livro de Jellinek, *Teoria Geral do Estado (Allgemeine Staatslehre)*.

a Constituição em sentido positivo surge através de um ato do poder constituinte. O ato constituinte não contém quaisquer normas [*Normierungen*] particulares, mas através de uma decisão única determina a totalidade da unidade política em relação à sua forma própria de existência. Este ato constitui a forma e o modo da unidade política cuja existência é pressuposta (SCHMITT, 2003, p. 21).⁸

Quem “põe” a Constituição é, portanto, um ato do poder constituinte. É ele que determina a totalidade da unidade política, é ele que dá a unidade. Literalmente, ele constitui a unidade. A decisão, outro conceito essencial em Schmitt, é relacionada a esse ato do poder constituinte. E por ser decisão, não pode haver normas antes desse ato, o que revela claramente a estrutura decisionista presente aqui. O poder constituinte e seu ato são fundamentais para a compreensão da visão schmittiana da Constituição. E como as próprias noções de ação e decisão pressupõem um sujeito, é ele que cria a assimetria. Toda a questão de validade é deslocada da norma posta para o sujeito que a põe, o efetivamente existente.

Não ocorre que a unidade política surja porque tenha sido dada uma Constituição, mas

a Constituição em sentido positivo contém somente a determinação consciente de uma específica forma da totalidade para a qual decide uma unidade política. Essa forma pode mudar. Fundamentalmente, novas formas podem ser introduzidas, sem que o Estado, isto é, a unidade política do povo acabe (SCHMITT, 2003, p. 21).

A ideia de uma unidade (povo ou unidade política do povo) que é a origem e fundamento da lei é tão marcante em Schmitt que chama atenção a sua afirmação de que novas formas podem ser postas sem que a unidade cesse. Isso porque é exatamente tal unidade a fonte da norma. Por outro lado, como Schmitt aproxima a noção de poder constituinte de uma vontade, tal antropomorfização tem claras consequências. Está, portanto, sempre ligado ao ato constituinte “um sujeito com capacidade de ação que tem a vontade de instituir uma Constituição. Tal Constituição é uma decisão consciente, a qual a unidade política, através do titular [*Träger*] do poder constituinte, toma para si mesma e se dá a si mesma” (SCHMITT, 2003, p. 21). Como será analisado na sequência, a questão reside em quem é o “titular” do poder constituinte.

⁸ Não trataremos da influência de Sieyès na obra de Schmitt. Na *Teoria da Constituição*, ela é bastante evidente. Entre outros aspectos, “sua doutrina de ‘poder constituinte’ da nação é uma das mais importantes fontes de inspiração da *Teoria da Constituição* de Carl Schmitt”. PASQUINO, P. *Sieyès et l'invention de la constitution en France*. Paris: Odile Jacob, 1998. p. 9. Esse livro de Pasquino é uma análise minuciosa da importância da obra de Sieyès.

O estabelecimento de uma assimetria, por meio da ideia de que a Constituição é o resultado de uma ação, é o que permite a Schmitt solucionar o problema central da “validade”: “a Constituição vale devido à vontade política existente daquele que a institui” (SCHMITT, 2003, p. 22). A validade da Constituição, por conseguinte, não reside em si mesma, mas em algo “exterior”, a saber, em uma vontade que a estabelece. Essa noção de algo existente que precede e põe a norma por meio de uma decisão e que, por isso, lhe confere validade é a posição fundamental de Schmitt, como já ressaltamos. E deve-se lembrar mais uma vez: isso é decisionismo. O que importa, novamente, é a assimetria criada: o existente e o normativo, a decisão e a norma, o ser e o dever, o poder constituinte e a Constituição (e a Constituição e as leis constitucionais). Toda norma, no fundo, não vale por si mesma, mas porque uma vontade a estabeleceu através de uma decisão.⁹

Na continuação do texto, tal contraposição fica ainda mais clara:

toda lei, como regulação normativa, inclusive a lei constitucional, necessita para sua validade [*Gültigkeit*], em seu fundamento último, de uma decisão política precedente que é tomada por um poder ou autoridade politicamente existentes. Toda unidade política existente tem seu valor e sua razão de existência não na justiça ou na utilidade das normas, mas em sua existência. O que existe como grandeza política é, juridicamente considerado, digno porque existe. Por isso, o seu ‘direito à conservação’ é o pressuposto de toda discussão subsequente. Ele busca, antes de tudo, conservar-se em sua existência; ‘in suo esse perseverare’ (Spinoza). Ele protege ‘sua existência, sua integridade, sua segurança e sua constituição’ - todos valores existenciais (SCHMITT, 2003, p. 22).

Aqui, novamente, aparece a dupla conceitual poder e autoridade. Novamente, a argumentação de Schmitt estabelece uma clara assimetria entre o existente e o normativo, além de fundar o segundo no primeiro. A validade se funda em uma decisão de uma unidade política. Qualquer discussão sobre o valor do normativo é remetida ao existente. Por isso, o uso de um argumento ou - ou (dissociativo). Ou uma “grandeza política” existe ou não existe. E por existir, vale. Não há como não perceber aqui uma interessante espécie de formalismo.

É nesse sentido que a Constituição é definida como decisão política. Segundo Schmitt, “é necessário falar da Constituição como unidade” (SCHMITT, 2003, p. 23). Para tanto, não se pode desconhecer a relatividade das leis constitucionais, já que

⁹ Novamente, o contraste com Kelsen e toda a tradição de imanência legalista, chamada por Schmitt de positivismo, é claro.

“a essência da Constituição não reside em uma lei ou em uma norma. Antes de cada conjunto de normas encontra-se uma decisão política fundante do titular [*Träger*] do poder constituinte” (SCHMITT, 2003, p. 23). Que seja ressaltada mais uma vez a assimetria construída entre decisão e norma. Do ponto de vista de uma tradição que dá um valor central à norma, obviamente, trata-se de um esvaziamento desta. O que se quer ressaltar aqui é o que existe antes do conjunto de normas, o que forma a Constituição e o que lhe dá unidade. O que se encontra antes é, em suma, uma decisão unitária de um sujeito unitário. Novamente, isso é decisionismo. Não há regra antes da decisão, exatamente por isso, ela é livre, arbitrária.

Schmitt faz uma importante observação sobre a democracia. Se o conjunto de normas constitucionais se estabelece sobre uma decisão política fundante do titular (*Träger*) do poder constituinte, então, tem-se, na democracia, o povo e, na monarquia autêntica, o monarca. Essa divisão é essencial para a compreensão do papel da democracia em Schmitt. Schmitt não pensa em nenhuma volta a qualquer tipo de monarquia. Schmitt se coloca no âmbito da democracia, não há nenhuma ambiguidade em relação a isso. A questão é como ele define tal democracia. Comentando a Constituição de Weimar, depois de dizer que essa Constituição foi o resultado da decisão do povo alemão como o titular (*Träger*) do poder constituinte, Schmitt afirma: “o especificamente democrático da Constituição reside no fato de que não é o rei, mas o povo que exerce o poder constituinte” (SCHMITT, 2003, p. 25). Ao citar o caso específico da Constituição de Weimar, Schmitt mostra como o povo alemão, por tomar consciência política de sua existência, decide pela democracia. O povo alemão decide também pela república, decide por uma estrutura estatal federativa, decide por uma forma parlamentar representativa da legislação e de governo, decide por um Estado de direito burguês. Ocorre então que algumas determinações da Constituição de Weimar não são leis constitucionais. Schmitt afirma que algumas sentenças como “o povo alemão se deu uma Constituição”, “o poder do Estado emana do povo”, “o *Reich* alemão é uma república”, não são leis e nem tampouco leis constitucionais. Elas são “decisões políticas concretas” (SCHMITT, 2003, p. 24) que dão forma política ao ser do povo alemão. São tais decisões a base da validade de toda legalidade e normatividade do *Reich* alemão, “elas compõem a substância da Constituição” (SCHMITT, 2003, p. 24). A assimetria aqui é clara quanto à validade da Constituição.

Uma das consequências do conceito positivo é a diferenciação entre instituir ou reformar uma Constituição. Instituir uma Constituição é um ato do poder constituinte e, por conseguinte, qualitativamente distinto de uma revisão de leis constitucionais particulares. Do mesmo modo, uma Assembleia Constituinte é também qualitativamente distinta de um parlamento ou de um corpo legislativo que age segundo a Constituição. O fato de uma Constituição poder ser reformada não significa que as decisões políticas fundamentais possam ser substituídas pelo parlamento. Por isso, o art. 76 poderia apenas

possibilitar a reforma das leis constitucionais, mas não a alteração da Constituição como totalidade. Há claramente aqui um momento fundador, a saber, o momento de atuação da Assembleia Constituinte e todas as decisões fundamentais tomadas por ela. Como afirma Schmitt, a Assembleia toma uma decisão sobre a totalidade, o parlamento se ocupa de leis constitucionais.

Esse conceito positivo de Constituição permite a Schmitt retomar a sua discussão sobre a ditadura. A polêmica ocorre em torno da possibilidade do art. 48 da Constituição de Weimar estabelecer uma ditadura comissária exercida pelo Presidente do Reich.¹⁰ Aqui também se percebe claramente a importância da assimetria entre decisão e norma, Constituição e leis constitucionais, totalidade e particularidade. Se o fundamento é a decisão sobre a totalidade da Constituição, então Schmitt pode afirmar que “a Constituição é inviolável, entretanto, as leis constitucionais podem ser suspensas durante o estado de exceção [*Ausnahmezustand*] e, através das medidas do estado de exceção, podem ser rompidas” (SCHMITT, 2003, p. 26). Tais leis podem ser suspensas exatamente porque, como um ato de um ditador comissário (que é citado na passagem referida), a lei é suspensa exatamente para a sua conservação ou, falando mais precisamente, as leis constitucionais são suspensas para a conservação da Constituição.¹¹ Novamente aqui o que importa é assimetria estabelecida por Schmitt. Se não houvesse assimetria entre Constituição, como ato de vontade, e lei constitucional, o estado de exceção seria um

¹⁰ É em seu livro, *A Ditadura*, que os conceitos de ditadura comissária e soberana são definidos. O ditador comissário tem uma missão específica e apenas suspende temporariamente as leis. A ditadura comissária, segundo Schmitt, suspende a Constituição para protegê-la. Já a ditadura soberana não suspende uma Constituição existente, mas almeja uma situação que torne possível a instituição de uma Constituição que considere verdadeira. O prefácio à segunda edição de 1921 é bastante esclarecedor sobre o sentido e a extensão desses conceitos na obra de Schmitt. A ditadura é um meio para alcançar um fim determinado. A ditadura aponta sempre para a exceção de uma norma: “em termos abstratos, o problema da ditadura, que até agora não foi tratado de forma minimamente sistemática na teoria geral do direito, seria o problema da exceção concreta” (SCHMITT, C. *Die diktatur: von den Anfängen des modernen souveränitätsgedankes bis zum proletarischen klassenkampf*. Sechste auflage. Berlin: Duncker & Humblot, 1994. p. XVIII). Deve-se notar como na conceituação de ditadura, assim como naquela de soberano, as noções de exceção e suspensão da norma sempre revelam a estrutura decisionista de fundo. Na segunda edição de *A Ditadura*, Schmitt acrescentou um longo texto denominado precisamente *A ditadura do Presidente do Reich segundo o artigo 48 da Constituição de Weimar*. É o texto no qual ele trata com mais detalhes essa questão. SCHMITT, C. *Die diktatur: von den Anfängen des modernen souveränitätsgedankes bis zum proletarischen klassenkampf*. Sechste auflage. Berlin: Duncker & Humblot, 1994. p. 211-257.

¹¹ Esse é o persistente problema da realização do direito que reaparece com toda evidência nos conceitos de ditadura e soberania. No livro, já clássico, de Hofmann sobre Schmitt, isso é trabalhado no item *A dialética da realização do direito* (HOFMANN, H. *Legitimität gegen legalität: der weg der politischen philosophie Carl Schmitt*. Vierte Auflage mit einer neuen Einleitung. Berlin: Duncker & Humblot, 2002. p. 49-64). Sobre a ditadura do Presidente do Reich HOFMANN, H. *Legitimität gegen legalität: der weg der politischen philosophie Carl Schmitt*. Vierte Auflage mit einer neuen Einleitung. Berlin: Duncker & Humblot, 2002. p. 62-64). O mesmo tema aparece também no livro de Schwab. SCHWAB, G. *The challenge of the exception*. An introduction to the political ideas of Carl Schmitt between 1921 and 1936. New York: Greenwood Press, 1989. p. 37-43.

paradoxo. Mas, para Schmitt, o estado de exceção não é um paradoxo. Sua estrutura não é paradoxal porque se trata de dois níveis distintos. O soberano não se situa no mesmo nível das leis. Por outro lado, o ditador comissário se encontra em um espaço abaixo do soberano. Dito de outro modo: a Constituição não se encontra no nível das leis constitucionais, há uma assimetria. A lei claramente tem um caráter secundário perante a decisão. A noção de estado de exceção remete o centro da discussão não para a lei, mas para a decisão e, mais especificamente, para quem decide. Isso é decisionismo.

Toda a discussão subsequente sobre o “caráter de compromisso da Constituição de Weimar” baseia-se na noção da existência de uma unidade preexistente às leis constitucionais. Uma unidade que parece existir anteriormente (diacronicamente), no tempo, e simultaneamente (sincronicamente), “acima” das leis. Schmitt busca aqui fazer uma distinção entre uma decisão sobre a unidade de uma existência política, por um lado, e compromissos, por outro lado. A Constituição de Weimar é uma Constituição, para Schmitt, porque foi tomada uma decisão pelo povo alemão sobre a unidade de sua existência política expressa nas leis constitucionais. Entretanto, há vários pontos nessas mesmas leis que revelam a ausência de uma unidade, tomando, portanto, a forma de compromissos. Obviamente, esse é um problema crucial para Schmitt porque denota exatamente a ausência de unidade e, no limite, uma ameaça à unidade.

Na Constituição de Weimar, havia, para Schmitt, claras oposições entre autênticas convicções religiosas e, também, oposições entre autênticos conflitos de classe. Desse modo, um compromisso seria muito difícil. Percebe-se aqui como Schmitt coloca, como um dos polos de uma linha, a unidade substantiva e, no outro polo, o conflito aberto que dissolve a unidade. Entre esses dois polos, situa-se o compromisso. O compromisso indica alguma unidade, senão ele nem mesmo seria possível, pois seria transformado em uma luta aberta, mas indica também uma diversidade real (por isso, Schmitt utiliza o adjetivo autêntico). Mas por que ainda havia uma Constituição em Weimar, por que ainda havia unidade? Porque “a vontade de unidade política e a consciência estatal prevalecem, de modo intenso e decisivo, sobre todas as oposições religiosas e de classe” (SCHMITT, 2003, p. 30). Entretanto, aqui só é possível um compromisso porque as contraposições não eram tão extremas. Não poderia haver compromisso, na Constituição de Weimar, entre monarquia ou república, democracia constitucional ou ditadura de conselhos.

Ao lado dos compromissos autênticos, havia na Constituição de Weimar, segundo Schmitt, compromissos não autênticos ou compromissos aparentes [*Scheinkompromisse*]. Aqui nos encaminhamos para o polo oposto da unidade, pois se trata apenas de adiar e protelar a decisão. Portanto, “o compromisso consiste em encontrar uma fórmula que satisfaça todas as exigências contraditórias e deixe sem decisão, em uma expressão ambígua, o próprio ponto do conflito” (SCHMITT, 2003, p. 31). Com isso, apenas se suspende a decisão e as leis e normas ficam abertas para as mais distintas

possibilidades e significados de interpretação. É esse processo que Schmitt denomina “compromisso formal dilatatório” (SCHMITT, 2003, p. 32). Aqui apenas se explicita a ausência de unidade e decisão. O que preocupa Schmitt é a sua percepção de que tais fórmulas dilatatórias se encontram presentes na Constituição de Weimar, fazendo com que se oculte o conflito latente por meio de fórmulas que apenas aparentam autênticos compromissos.

Schmitt, então, relaciona claramente a noção de Constituição e de unidade. Para ele, só assim é possível solucionar conflitos existentes. No fundo, se há uma Constituição, há uma unidade e há uma vontade. Se essa não existir, não será possível resolver conflitos. Nenhum artifício jurídico poderia ajudar aqui: “onde não existe vontade, a percepção jurídica mais aguda nada tem a fazer” (SCHMITT, 2003, p. 35). Novamente, é a assimetria que soluciona a questão. É a assimetria entre vontade e lei que fundamenta a última e dá sentido a ela. O problema, que é uma questão de fundamento, também se desdobra no tempo. Em outras palavras, o tempo se torna aqui algo crucial, o tempo também é assimétrico. Como a vontade põe a lei por meio de uma decisão, tem-se a impressão de que Schmitt parece situar, como já dissemos, a questão do fundamento em três aspectos. Há uma vontade sempre “acima” da lei posta - sincronia (ela é a Constituição posta pela vontade e não as leis constitucionais). E sempre há também uma vontade “antes” do conjunto das leis constitucionais - diacronia. E, finalmente, a questão central para Schmitt em vários textos: há o sujeito que expressa e encarna esta vontade (que aparece nas figuras distintas de ditador, soberano, representante). A noção de formas dilatatórias indica essa percepção. É interessante perceber como o problema da forma dilatatória surge porque Schmitt utiliza uma assimetria temporal. Há uma vontade que expressa uma unidade na forma da lei ou não há uma vontade. Se não há uma vontade única, quando houver a expressão legal, somente será possível a existência de fórmulas não autênticas de compromisso. Mas aqui Schmitt está supondo claramente dois momentos distintos: a vontade que põe a lei e a própria legalidade posta. O problema, então, surgiria quando da aplicação da lei já que ela, no fundo, não indica e não pode indicar a sua interpretação correta. Aqui vem à tona o conflito intenso que não foi resolvido. Aqui se explicita a ausência de uma vontade que ameaça a unidade da totalidade da existência política.

Quarta definição: “Conceito ideal de Constituição: denominada Constituição em um sentido específico, devido a um conteúdo determinado” (SCHMITT, 2003, p. 36).

Schmitt aponta com esse novo conceito de Constituição aquela designação de Constituição como verdadeira ou autêntica por motivos e razões políticas. Constituição então corresponde a um determinado ideal de Constituição. Como a disputa política faz com que cada grupo reconheça como Constituição apenas aquela que se alinha aos seus postulados políticos, isso tem como consequência a eleição de um determinado tipo de Constituição como ideal. Schmitt cita como exemplo a disputa da burguesia liberal com

a monarquia absoluta. A burguesia liberal passa a identificar Constituição apenas como aquele conjunto de normas legais que garantam a liberdade burguesa e sua influência política. A Constituição burguesa passa a ser a Constituição. É desse pressuposto que surge toda a acusação de que há Estados sem Constituição, que surge toda diferenciação entre Estados constitucionais e Estados não constitucionais, que surge toda estranha noção de uma Constituição de Estado constitucional [*konstitutionelle Staatsverfassung*]. Segundo Schmitt,

para o modo de expressão do liberalismo burguês, tem-se uma Constituição somente quando estão garantidas a propriedade privada e a liberdade pessoal; todo o resto não é 'Constituição', mas despotismo, ditadura, tirania, escravidão ou como se queira designar (SCHMITT, 2003, p. 37).

A Constituição então é definida de acordo com determinados conteúdos.

Schmitt prossegue em sua análise do conceito ideal de Constituição que, na verdade, serve mais como uma crítica à concepção liberal de Constituição. Isso é bem claro e ele mesmo afirma que “o conceito ideal de Constituição que atualmente predomina corresponde sempre ao ideal de Constituição do Estado de direito burguês” (SCHMITT, 2003, p. 40). É essa espécie de consenso sobre o significado de Constituição que Schmitt questiona. Schmitt quer mostrar como é possível pensar a Constituição fora dos moldes construídos pela tradição liberal. Segundo ele, esse conceito ideal é tão difundido que desde o século XVIII só se denomina Constituição aquela que se refira à liberdade burguesa e que contenha as garantias dessa liberdade. A Constituição é pensada então como um sistema de garantias da liberdade burguesa. Tais garantias constitucionais da liberdade burguesa são o “reconhecimento dos direitos fundamentais, divisão de poderes e um mínimo de participação do povo no poder legislativo através de uma representação popular” (SCHMITT, 2003, p. 38). Com o tempo, surge uma nova exigência para a garantia da liberdade. Ela reside na existência de um governo parlamentar que é considerado um governo livre ou “free government”. A Constituição também é pensada como “a denominada divisão (mais corretamente: distinção) de poderes” (SCHMITT, 2003, p. 39). É ela que se torna a garantia contra o mau uso do poder de Estado. Para Schmitt, enquanto a proclamação dos direitos fundamentais expressa apenas um princípio geral da liberdade individual, é a divisão dos poderes que constitui, de modo efetivamente institucional, uma determinada estrutura do Estado. É assim que tal divisão chega a ser uma característica da Constituição. Novamente, onde tal divisão não existe, o governo é denominado despotismo, absolutismo, ditadura. Todas essas formas recebem sua denominação por contraste, elas são o que um governo liberal não é. E, nesse caso, “elas designam a negação do princípio de organização da distinção entre legislativo, executivo e justiça” (SCHMITT, 2003, p. 39). Schmitt cita

o art. 16 da *Declaração Francesa dos Direitos do Homem* de 1789: “toda a sociedade na qual a garantia dos direitos não está assegurada, nem determinada a separação dos poderes, não tem uma Constituição” (SCHMITT, 2003, p. 39). A divisão dos poderes, então, passa a ser fundamental na delimitação do que é uma Constituição.

Como já foi dito, Schmitt afirma que o conceito dominante de Constituição no seu tempo é sempre referido ao ideal de Constituição do Estado de direito burguês. Ele percebe que, excluída a Rússia bolchevique, é essa noção de Constituição que predomina na maior parte do mundo. Mas o que Schmitt quer ressaltar é que tal ideal de Constituição conforma uma organização de Estado que apresenta um ponto de vista negativo e crítico em relação ao poder de Estado, uma organização que busca proteger o cidadão contra o mau uso do poder do Estado. Mesmo contra o próprio Estado são organizados os meios e métodos de seu controle. São criadas formas de segurança contra abusos do Estado e freios para o exercício do poder estatal. Schmitt afirma ironicamente que “uma Constituição que não contivesse nada mais do que essas seguranças de um Estado de direito burguês seria inconcebível porque o próprio Estado, a unidade política, mesmo para ser controlado, tem que existir ou ser organizado ao mesmo tempo” (SCHMITT, 2003, p. 41). Retomando mais uma vez sua principal crítica ao Estado de direito, sua crítica sempre presente como base de todas as suas observações contra tal Estado, Schmitt afirma que

o esforço do Estado de direito burguês consiste em fazer recuar o político, limitando em uma série de normatividades todas as expressões da vida estatal e transformando toda a atividade estatal em competências, a saber, competências rigorosamente circunscritas e limitadas (SCHMITT, 2003, p. 41).

Esse é o juízo tantas vezes repetido por Schmitt. Continuando esse julgamento do Estado de direito burguês, ele diz que tal Estado só pode compor uma parte de uma Constituição de Estado, pois a outra parte deve conter a decisão positiva sobre a forma de existência política. Portanto, as Constituições dos Estados burgueses contêm sempre dois elementos. Um deles é o conjunto de princípios do Estado de direito para a proteção da liberdade burguesa contra o Estado. O outro elemento é o especificamente político do qual se deduz propriamente a forma de Estado, segundo Schmitt, monarquia, aristocracia, democracia ou um “status mixtus”. É na reunião desses dois elementos que residiria a particularidade das Constituições de Estado de direito burguês. Segundo Schmitt, tal duplicidade determinaria toda a estrutura dessas Constituições, assim como acabaria por marcar seus conceitos centrais.

Depois de expor os quatro conceitos de Constituição, Schmitt faz uma breve análise dos modos de surgimento de uma Constituição, que vale a pena retomar aqui. Ele realiza também uma breve análise histórica das noções de Constituição até o seu tempo.

Para Schmitt, uma Constituição nasce de uma decisão política unilateral do sujeito do poder constituinte ou por meio de um acordo recíproco de vários sujeitos. Estas seriam as duas maneiras pelas quais surge uma Constituição. Schmitt afirma que uma Constituição nasce com o próprio Estado. Ela é como o Estado concreto em sua unidade política e ordem social. Como já havia dito outras vezes, “Constituição em sentido positivo significa um ato consciente de configuração dessa unidade política, através do qual a unidade recebe sua forma especial de existência” (SCHMITT, 2003, p. 44). Se várias unidades políticas e sujeitos autônomos do poder constituinte tomam para si uma decisão que determina seu *status* político, tem-se então uma constituição pactada ou uma constituição por acordo.

Em uma análise histórica, Schmitt afirma que na Idade Média tardia, o estado de estamentos [*Ständestaat*] evidenciava a ausência de unidade política. Os múltiplos pactos concluídos entre tais estamentos não podem ser reconhecidos como Constituição, pois falta a eles exatamente “o objeto das constituições modernas, a saber, o modo e forma de existência da unidade política” (SCHMITT, 2003, p. 45). Schmitt aqui chama a atenção para o fato de que a questão central das Constituições é a questão da unidade. É isso o que importa a ele ressaltar. Quando comenta a afirmação de que a Magna Carta inglesa de 15 de junho de 1215 deveria ser considerada o modelo das modernas Constituições liberais, Schmitt mostra como ela não passava de um acordo ou convenção entre o rei João e seus barões. Portanto, seria um erro histórico tentar compreendê-la como uma Constituição moderna democrática ou liberal. Historicamente, então, a Magna Carta não passa de um pacto entre uma aristocracia feudal e seus suseranos. Por outro lado, a Declaração de Direitos de 1688 é uma especificação contratual entre o Príncipe de Orange e o parlamento inglês. Entretanto, o parlamento já aparece aqui como representante [*Vertreter*] da unidade política da Inglaterra. Por causa disso, para Schmitt, “aqui já se pode falar de determinações legais constitucionais em sentido moderno porque está clara a noção de unidade política” (SCHMITT, 2003, p. 47). O acordo entre o parlamento e o rei não constitui a unidade, mas a pressupõe, na medida em que o parlamento se conduz como representante da unidade. Schmitt destaca mais uma vez que é em torno da ideia de unidade política que é estruturada a discussão sobre o conceito de Constituição.

Em vários países do continente europeu, a unidade política foi obra do absolutismo monárquico e “o estado moderno se desenvolve ao tornar ‘absoluto’ o príncipe” (SCHMITT, 2003, p. 48). Essas formações políticas eram monarquias absolutas e, como Schmitt ressalta, ser absoluto significa que o príncipe é “*legibus solutus*”, ou seja, está autorizado e é capaz de recusar, por razões políticas, as pretensões legítimas dos estamentos, os privilégios e acordos existentes. Aqui reside a ligação entre a noção de Estado e a palavra “*status*”. A abrangência do *status* da unidade política relativiza e absorve todas as outras diferentes relações de *status*, principalmente, aquelas referentes à Igreja e aos estamentos. Desse modo, o Estado, que é o *status* político, converte-se

então no *status* em sentido absoluto. É isso o que indica a soberania do Estado. Por isso, o Estado é soberano e seu poder é percebido como indivisível. Só aqui se tem de fato unidade política. Schmitt declara que essa foi a importante função do conceito de soberania, a saber, aquela de superar a legitimidade do *status quo* feudal e estamental, criando assim uma nova noção de soberania. Retomando a discussão já feita em seu livro *A Ditadura*, Schmitt assevera como Bodin em seu livro *Os Seis Livros da República* (1577), que seria a primeira exposição do direito político moderno, percebe esse ponto e o desenvolve com clareza. Trata-se de esclarecer quem tem o poder mais elevado, não como funcionário ou comissário, mas por direito próprio e de modo permanente, o que significa exatamente que tal poder se deve à existência desse ser. A pergunta se refere à possibilidade desse sujeito estar limitado pelo legítimo *status quo*, se isso constitui um obstáculo a suas decisões políticas, se alguém pode lhe cobrar alguma justificação pelas decisões e, fundamentalmente, sobre quem decide em caso de conflito. A qualidade essencial aqui é que “o soberano pode mudar e infringir leis, quando exigirem o tempo, o lugar e as especificidades individuais. Desse modo se manifesta precisamente a sua soberania” (SCHMITT, 2003, p. 49). Por isso, as noções associadas a esse ato: anular, cassar, infringir, dispensar e superar as leis e os direitos existentes. Segundo Schmitt, é no século XVII que esse ponto atinge uma clareza sistemática com Hobbes e Pufendorf: “a questão à qual se retorna sempre é *quis iudicabit*, sobre o que o bem público e a utilidade comum exigem, decide o soberano” (SCHMITT, 2003, p. 49). Não se pode fixar normativamente em que consiste o interesse do Estado, na medida em que ele exige a ruptura ou eliminação do direito existente. Tais questões “só recebem seu conteúdo concreto através da decisão concreta da instância soberana” (SCHMITT, 2003, p. 49). Percebe-se que é esse aspecto da decisão que se põe acima das normas e que parte de uma instância concreta, de um sujeito, é isso o que Schmitt tem como importante e positivo nessa leitura que realiza de Bodin, Hobbes e Pufendorf. São essas as características essenciais da soberania que ele valoriza.

A Revolução Francesa de 1789 foi fundamental para a teoria política e jurídica. Segundo Schmitt, sua ideia central era aquela do poder constituinte e esse pressupunha um povo como grandeza política existente. É isso inclusive o que o termo *nação* designa: um povo com consciência política e capaz de ação. O povo francês, então, toma consciência de sua capacidade de atuar e, ao dar-se a si mesmo uma Constituição, decide sobre seu modo e forma específicos de existência. Dito de outra maneira, “o povo francês constitui-se a si mesmo em um sentido determinado” (SCHMITT, 2003, p. 50). É essa consciência de si mesmo como povo, essa reflexividade que faz do povo uma nação. Então, “o povo se torna nação, ou seja, consciente de sua existência política” (SCHMITT, 2003, p. 50). Aqui Schmitt levanta uma questão que já aparecera em outros momentos. Esse problema é relevante porque ele aponta um aspecto sempre presente em Schmitt

que indica exatamente o seu decisionismo. A pergunta é sobre qual momento em que o povo torna-se nação: no ato de dar-se uma Constituição ou antes? Para Schmitt, o ser político existe antes do momento constituinte, pois “o que não existe politicamente, não pode também decidir conscientemente” (SCHMITT, 2003, p. 50). Portanto, o povo já existia antes de dar-se uma Constituição. Queremos ressaltar a estrutura do decisionismo que mostra a resposta a esse problema. Embora pareça óbvio, deve-se lembrar de que o decisionismo depende de um sujeito. Porque um sujeito decide, é necessário haver um sujeito antes da decisão. Em vários momentos essa questão volta nos textos e Schmitt sempre recorda o pressuposto da decisão, a saber, o sujeito. E como ele sempre dirá toda Constituição pressupõe uma unidade que a institui.

Depois da análise do texto de Schmitt, voltemos à questão do decisionismo. O principal aspecto que gostaríamos de ressaltar nesta conceituação de Constituição feita por Schmitt é a permanência da estrutura decisionista. A assimetria é dada por um sujeito que decide e é isso que funda uma norma ou lei. Uma lei, portanto, não pode ter o fundamento em si mesma. Por isso, a Constituição não é o mero conjunto das leis constitucionais, mas o resultado de uma decisão sobre a totalidade da unidade política. Quando Schmitt retoma os termos de Sieyès, afirma então que o fundamento da lei é uma decisão do sujeito do poder constituinte. Novamente, o decisionismo. A consequência é que esse ato do poder constituinte é radicalmente fundante. Toda norma tem seu fundamento neste ato. É esse ato que confere unidade e validade às leis, é esse ato que torna um conjunto de leis uma Constituição. Por isso, a polêmica afirmação, se compreendida em toda a sua extensão, de que as formas podem mudar, desde que permaneça a unidade do sujeito.

Mas qual é a questão que o decisionismo pretende solucionar, por que ele aparece na obra de Schmitt? Muitas discussões ocorrem em torno do decisionismo. São muitos os aspectos que ele suscita e sugere. Entretanto, gostaríamos de ressaltar uma característica específica, uma questão própria. Embora seja evidente, gostaríamos de salientar que o decisionismo se refere a um juízo, a uma justificação, a uma razão. A repetida afirmação de Schmitt sobre o caráter existencial de uma decisão e sua contraposição ao normativismo não devem levar à desatenção sobre o problema eminente da busca de um fundamento. É isso o que estamos chamando aqui de assimetria. O decisionismo é uma forma muito específica de traçar essa assimetria, de justificar uma distinção. O que justifica que uma regra ou norma seja caracterizada como assimetricamente preferível em relação a outras? Por que escolher uma norma ou regra em detrimento de outras? Em suma, como traçar essa assimetria? A resposta para essa pergunta exige que se aponte uma distinção e que essa distinção seja justificada de algum modo. O decisionismo é uma resposta para essa pergunta na forma de um sujeito que decide e que, exatamente por ser excepcional, justifica a distinção. Embora não seja aqui o lugar para uma discussão

mais ampla sobre sua atualidade, apenas lembramos da permanência dos problemas que o decisionismo coloca.¹²

Ouro Branco, 13 de outubro de 2015.

Referências

HABERMAS, J. *Legitimation crisis*. Boston: Beacon Press, 1975.

HOFMANN, H. *Legitimität gegen legalität: der weg der politischen philosophie Carl Schmitt*. Vierte Auflage mit einer neuen Einleitung. Berlin: Duncker & Humblot, 2002.

KELSEN, H. *Introduction to the problems of legal theory*. Oxford: Oxford University Press, 1992.

PASQUINO, P. *Sieyès et l'invention de la constitution en France*. Paris: Odile Jacob, 1998.

SCHMITT, C. *Die diktatur: von den Anfängen des modernen souveränitätsgedankes bis zum proletarischen klassenkampf*. Sechste auflage. Berlin: Duncker & Humblot, 1994.

_____. *Politische theologie: vier kapitel zur lehre von der Souveränität*. Siebente auflage. Berlin: Duncker & Humblot, 1996.

_____. *Verfassungslehre*. Neunte auflage. Berlin: Duncker & Humblot, 2003.

SCHWAB, G. *The challenge of the exception*. An introduction to the political ideas of Carl Schmitt between 1921 and 1936. New York: Greenwood Press, 1989.

UNGER, R. M. *O direito na sociedade moderna: contribuição à crítica da teoria social*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979.

¹² Em um texto sobre o problema de legitimação no capitalismo tardio, Habermas, ao fazer uma crítica do conceito de legitimação de Weber, realiza uma aproximação entre o decisionismo schmittiano e a concepção do direito de Luhmann (e por que não Kelsen também?) (HABERMAS, J. *Legitimation crisis*. Boston: Beacon Press, 1975. p. 98). Não é possível fazer aqui um comentário de um texto tão rico, mas é interessante lembrar que a solução habermasiana direciona-se para a busca de um ponto arquimediano para escapar da arbitrariedade do decisionismo. O problema da arbitrariedade do primeiro passo no decisionismo é apenas deslocado por essa abordagem, mas não resolvido. Pode-se novamente perguntar em que se baseia a justificação para seguir uma regra ou um princípio, ao contrário de simplesmente decidir. De uma maneira ou de outra, algum *a priori* tem que ser alcançado. E dizer que há algum *a priori* significa apenas suspender o jogo infinito do fundamento.