

O FALSO TRILEMA DE CARL SCHMITT E A COMPATIBILIDADE DO POSITIVISMO JURÍDICO COM O IDEAL DE ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

CARL SCHMITT'S FALSE TRILEMMA AND THE COMPATIBILITY
BETWEEN LEGAL POSITIVISM AND THE IDEAL OF
CONSTITUTIONAL DEMOCRACY

PAULO BAPTISTA CARUSO MACDONALD¹
(UFRGS/Brasil)

WLADIMIR BARRETO LISBOA²
(UFRGS/CNPq/Brasil)

RESUMO

Em sua obra *Sobre os três tipos de pensamento jurídico*, Carl Schmitt apresenta o positivismo jurídico como normativista em sua estrutura, mas decisionista em suas consequências práticas. A maneira que ele sugeriu de evitar o decisionismo foi pensar o direito não como um sistema abstrato de regras, mas principalmente como uma ordem concreta. Neste artigo, pretendemos primeiro mostrar que as três alternativas de teoria do direito descritas por Schmitt – a saber, o normativismo, o decisionismo e a sua proposta teórica baseada na ordem concreta – são incompatíveis com a realização institucional do ideal de Estado Democrático de Direito tal como este foi concebido por John Rawls. Com esse problema em vista, construímos na sequência uma quarta alternativa de teoria jurídica a partir dos escritos de H. L. A. Hart e Neil MacCormick, a qual seria uma espécie de positivismo jurídico não-normativista que é livre tanto das implicações decisionistas de teorias como a de Kelsen quanto da dependência de algo como a ordem concreta de Schmitt. Nosso último passo consiste em verificar a compatibilidade desta quarta alternativa com a realização do ideal rawlsiano de Estado Democrático de Direito, bem como a viabilidade institucional deste último. **Palavras-chave:** Positivismo jurídico; Estado democrático de direito; Estado de direito; Normativismo; Decisionismo.

ABSTRACT

In his work *On the three types of juristic thought*, Carl Schmitt presents legal positivism as normativistic in its structure but decisionist in its practical consequences. The way he suggested to avoid decisionism was to think of law not as an abstract system of rules but primarily as a concrete order. In this paper, we intend first to show that the three alternatives of legal theory described by Schmitt – namely, normativism, decisionism and his proposed theory based on the concrete order – are incompatible with the institutional realization of the ideal of a constitutional democracy as conceived by John Rawls. Then, with this problem in view, we construct a fourth alternative of legal theory from the work of H. L. A.

Hart and Neil MacCormick, which is a kind of non-normativistic legal positivism that is free both from the decisionist implications of theories like Kelsen's and from the dependence on anything like Schmitt's concrete order. Our last step is to check the compatibility of this fourth alternative with the realization of the Rawlsian ideal of constitutional democracy as well as the latter's institutional viability.

Keywords: Legal positivism; Constitutional democracy; Rule of law; Normativism; Decisionism.

Introdução

O ideal de Estado Democrático de Direito é regulador da vida social, sobretudo de sua dimensão institucional, operando por intermédio dela. Há nisso uma obviedade que não pode ser de modo algum negligenciada: que a noção de Estado de Direito é parte constituinte desse ideal. Mas a prática jurídica pela qual ele necessariamente deve se realizar é capaz de fazer jus às exigências formais impostas por essa última noção?

Para compreender as exigências fundamentais impostas pelo ideal de Estado Democrático de Direito, o aproximaremos da caracterização que Rawls fazia de uma concepção liberal de justiça, a qual deveria cumprir os seguintes requisitos:

Primeiro, uma lista de certos direitos, liberdades e oportunidades fundamentais (tais como aqueles familiares em regimes constitucionais);

Segundo, uma atribuição de prioridade especial a esses direitos, liberdades e oportunidades, especialmente em relação às reivindicações do bem geral e de valores perfeccionistas; e

Terceiro, medidas assegurando para todos os cidadãos meios plurivalentes adequados para tornar efetivo o uso de suas liberdades. (RAWLS, 2005, 450)

Fica explícito que o ideal de Estado Democrático de Direito tem necessariamente um conteúdo distributivo substantivo. Não fosse assim, o tratamento de todos os cidadãos como livres e iguais esbarraria em arranjos sociais em que certas liberdades fundamentais não poderiam ser efetivamente usufruídas por parte dos indivíduos e nos quais não se pudesse reconhecer a vantagem genuína da qual todos reciprocamente tiram proveito. A realização da liberdade e igualdade, no entanto, deve-se dar necessariamente através da forma do direito. A noção formal de Estado de Direito implica imparcialidade - ou ausência de arbitrariedade - na aplicação das regras estabelecidas aos casos concretos - isto é, o

tratamento igual de casos iguais segundo os critérios estabelecidos pelas regras jurídicas. O ideal de Estado Democrático de Direito, por sua vez, requer tratamento imparcial dos cidadãos na definição do conteúdo de tais critérios e nos objetivos a serem perseguidos pelas respectivas regras. Nesse sentido, tal ideal veda que as regras jurídicas instituem discriminações arbitrárias entre os indivíduos, na medida em que existem parâmetros de uma concepção política de justiça capaz de traduzir em princípios o propósito de tratar a todos com igual respeito e consideração.

A questão que pretendemos investigar diz respeito à hipótese da existência de uma limitação intrínseca da prática jurídica identificada nas formulações teóricas do positivismo jurídico que minaria as condições de possibilidade da consecução do ideal de Estado Democrático de Direito. Mais especificamente, indagaremos se a descrição das características necessárias de qualquer ordenamento jurídico segundo as teorias positivistas apontaria para a impossibilidade de realização institucional do referido ideal.

Para tanto, iniciaremos examinando a obra de Carl Schmitt, *Os três tipos de pensamento jurídico*.³ Veremos, inicialmente, que suas críticas dirigidas ao normativismo/positivismo (primeiro tipo de pensamento jurídico) podem ser caracterizadas antes como virtudes à luz daquilo que podemos denominar de *o germe* do Estado Democrático de Direito. Entretanto, na determinação do segundo tipo de pensamento jurídico, a saber, o pensamento decisionista, Schmitt identifica, no seio mesmo do positivismo, um elemento ineliminável de sua caracterização que estaria fora da esfera estritamente normativa: uma decisão que escapa ao escopo das regras jurídicas. A se verificar essa hipótese, teríamos, de fato, um problema para o pensamento de tipo normativista em se colocar como uma teoria que pudesse servir de arcabouço teórico, ainda que parcial, para caracterização de um Estado Democrático de Direito. Na reconstrução que faremos dos dois primeiros tipos de pensamento jurídico, aparecerá o pano de fundo do pensamento da ordem concreta (terceiro tipo) a partir do qual Schmitt pretende apresentar sua teoria do direito. Mostraremos, então, sua absoluta incompatibilidade com o tratamento de todos como livres e iguais. Estaria, assim, comprometida a viabilidade da realização institucional do ideal de Estado Democrático de Direito? Ou haveria alguma alternativa dentro do marco teórico do positivismo jurídico que o viabilizasse?

Na segunda parte do artigo, buscaremos oferecer uma saída do trilema que a exposição de Schmitt vem a ser para quem a lê à procura de uma ordem jurídica que viabilize a realização do ideal de Estado Democrático de Direito. Apresentaremos uma quarta alternativa a partir das teorias do direito de H. L. A. Hart e Neil MacCormick, bem como do

detalhamento das condições de operabilidade do liberalismo político de Rawls. Para marcar o contraste com o tipo de pensamento jurídico defendido por Schmitt em 1934, chamaremos a atenção para que essa maneira de pensar o direito o considera como uma ordem institucional abstrata.

Se tal alternativa se mostrar uma reconstrução racional fidedigna de uma prática jurídica possível, teremos demonstrado: (1) que os três tipos de pensamento jurídico de Schmitt não esgotam o espaço de possibilidades teóricas; (2) que há pelo menos uma teoria do direito que confere viabilidade institucional à realização do ideal de Estado Democrático de Direito; e (3) que o normativismo, tal como caracterizado por Schmitt, não corresponde à única possibilidade de teoria do direito positivista.

Os três tipos de pensamento jurídico segundo Carl Schmitt

O normativismo

Para caracterizarmos o pensamento de tipo normativista, comecemos com uma citação da obra de Schmitt, logo no terceiro parágrafo de seu livro *Os três tipos de pensamento jurídico*:

É de grande alcance saber qual é o tipo de pensamento jurídico que se impõe durante um certo período e a um certo povo. Diferentes tipos de pensamento são atribuídos a povos e raças [*Rassen*] diferentes, e o predomínio de um certo tipo de pensamento pode ser ligado a uma dominação espiritual, e, portanto, política, exercida sobre um povo. Há povos que, sem terra, sem Estado, sem Igreja, apenas existem pela "Lei". Para eles, o pensamento normativista parece o único pensamento do direito razoável, e todo outro modo de pensamento lhes parece incompreensível, místico, fantástico ou ridículo (SCHMITT, 2001, 165; 2015, 100).⁴

O pensamento normativista, segundo Schmitt, reivindica a impessoalidade e a objetividade. É o pensamento abstrato da lei, ao contrário de uma decisão, sempre pessoal, ou de uma ordem concreta que é *supra* pessoal (SCHMITT, 2001, 168; 2015, 103-104). Ele não pode ser, por sua própria natureza, senão abstrato, pois a norma impessoal, ao se elevar acima do particular, dos casos singulares, da situação concreta, não pode apanhar a facticidade dos casos concretos, a mutabilidade e a vontade cambiante dos homens (SCHMITT, 2001, 168; 2015, 103-104).

O normativismo, portanto, porque intrinsecamente desenraizado, reduz toda ordem concreta a regras jurídicas. Ele subordina o direito à lei. Entretanto, afirma Schmitt, *nomos* não significa lei [*Gesetzt*], mas “direito” [*Recht*]. Essa é a ideia do *Nomos basileus*, o direito como soberano:

Apenas podemos falar de um *Nomos* real e de um rei real se o *Nomos* significa o conceito de *direito*, englobando uma ordem concreta e uma comunidade [*Gemeinschaft*] concreta. [...] Graças a este “reino da lei”, a lei destrói essa ordem concreta do rei ou do líder [*Führer*]; os mestres da *lex* assujeitam o *rex*. Tal é, então, na maior parte do tempo, a intenção política concreta, quando jogamos, de modo normativista, a *lex* contra o *rex* (SCHMITT, 2001, 170; 2015, 105-106).

Para Schmitt, no normativismo, toda ordem e toda comunidade concreta se dissolvem apenas em um conjunto de normas válidas. A tarefa do aplicador de tal norma consiste apenas em, verificada a ocorrência no mundo da hipótese descrita no antecedente da regra, aplicar a consequência normativa (SCHMITT, 2001, 172; 2015, 108). O crime, por exemplo, que “fundamenta a pretensão punitiva do Estado, reduzido pela perspectiva normativista ao pressuposto do suporte fático de uma aplicação da norma, não é ordem nem desordem em grau maior do que o noivado de uma jovem, que fundamenta, entretanto, o direito ao dote.” (SCHMITT, 2001, 173; 2015, 109)

O pensamento normativista, assim, para Schmitt, não consegue apanhar a materialidade normativa da ordem concreta, uma vez que a ordem do dever [*Sollen*], permanece inalterada pela ordem do ser [*Sein*]. As normas pairam acima da ordem concreta. É nessa medida que crime e noivado são apenas tipos legais.

Para Schmitt, portanto, a ordem da legalidade é puramente formal, abstrata, moldada à imagem de uma sociedade cujo interesse é voltado exclusivamente para a previsibilidade de uma regulamentação segura, tal como, por exemplo, o regramento do trânsito em uma grande cidade moderna. Isto tudo, entretanto, é apenas técnica, não direito. A essência especificamente jurídica de uma ordem concreta somente pode ser apanhada a partir da substância que dela emana. Os exemplos que nos fornece o autor são muito esclarecedores. Todos eles tratam do “viver juntos”, da “comunidade”:

a vida em comum [*Zusammenleben*] – dos cônjuges em um matrimônio, dos membros da família em uma família, de um

clã [*Sippengenossen*] em uma associação de clãs [*Sippenverband*], dos funcionários do Estado, dos clérigos de uma igreja, dos camaradas de um campo de trabalho, dos soldados de um exército - não pode ser dissolvida nem em um funcionalismo de leis pré-definidas, nem em regulamentações contratuais (SCHMITT, 2001, 174; 2015, 110-11).⁵

O que dizem esses exemplos? Primeiramente, o conceito concreto que exprime essa ordem concreta discrimina, diferentemente dos conceitos abstratos, quem é membro e quem não é membro, ele define os direitos segundo sua subordinação à comunidade. Esse *viver junto* constitui as capacidades jurídicas segundo o pertencimento. Tais direitos, portanto, não determinam nenhuma posição jurídica subjetiva autônoma.⁶ Cada ordem de vida define um direito de uma comunidade de pertencimento. A transformação dos indivíduos em membros de uma comunidade determina quem eles devem ser.⁷

O normativismo, portanto, para Schmitt, conduz à perda da ligação estrita entre *Sein* e *Sollen* (Ser e Dever). Os fatos concretos não podem mais exprimir a desordem, por oposição à ordem.⁸ O crime e a desordem existem, entretanto, independentemente da lei. Subordinando o *rex* à *lex*, inviabiliza-se a possibilidade de identificar quem ameaça a ordem concreta de um povo. Ou seja, é apenas no interior de uma comunidade concreta que podemos obter o conceito de crime.

Desse modo, ao princípio liberal *nullum crimen nulla poena sine lege* (não há crime, não há pena sem lei) se substitui o lema *Nullum crimen sine poena* (não há crime sem pena). Essa é a verdade do direito penal da ordem concreta. À lei se substitui o *nomos*. Trata-se de um direito penal que antevê o crime independente da ocorrência da ação típica e antijurídica. Ele pode visar o foro interno em sua tarefa de depuração do povo. Sobre esse ponto, escreve Schmitt: "Hoje, todos perceberão a frase 'nenhum crime sem pena', *nullum crimen sine poena*, em oposição à sentença 'Nenhuma pena sem a lei', *nulla poena sine lege*, como a maior e mais forte verdade do direito [...]" (SCHMITT, 1934, 693).⁹

Finalmente, temos o colapso entre o direito e a moralidade, isto é, temos um retorno à ética da comunidade [*Gemeinschaft*]. Como afirma Schmitt, "Ele [o *Führer*, Hitler] mostrou a oposição entre um direito substancial, não separado da moralidade e da justiça [*Gerechtigkeit*], e a legalidade vazia de uma falsa neutralidade" (SCHMITT, 2003, 165).

Todavia, cremos que é justamente na abstração, na forma da lei, na legalidade, na separação entre aquilo que o direito é e uma moralidade que se quer genuína, que reside um germe civilizatório trazido pelo

normativismo. O *nomos* de uma ordem concreta, que sincretiza o ser e o dever, introduz a noção da homogeneidade, dos incluídos e dos excluídos, do amigo e do degenerado que ameaça a ordem. Ora, justamente, a abstração de que se trata aqui consiste em separar a forma da lei, ou qualquer fonte normativa, de toda determinação concreta “comunitária”. Não há, e não pode haver uma suposta normatividade concreta e heterônoma à própria prática jurídica. Não há uma suposta autenticidade de uma comunidade qualquer da qual se deva “extrair” o “direito”. Assim, por exemplo, se a hipótese contida na regra trata de comerciante ou de testador, não cabe mais perguntar, no momento de aplicação da regra, se *este* comerciante ou *este* testador em particular são membros de uma comunidade (*Glied- Sein*), se o negócio jurídico ou o testamento, foram realizados por alguém que pertence a essa comunidade homogênea, um *Volksgenosse*, ou por, exemplificativamente, um judeu. Não há, e não pode haver legalidade em uma ordem jurídica com a supressão do princípio legal *nullum crimen nulla poena sine lege*, pois é justamente ele que determina que os indivíduos não sejam discriminados em nome de um suposto pertencimento. Tal ordem é, claramente, incompatível com um Estado Democrático de Direito. Sobre a importância da legalidade e da não retroatividade das leis penais na sustentação de tal Estado, Rawls afirma:

[O] preceito de que não há crime sem uma lei (*Nullum crimen sine lege*), e as exigências que isso implica, também decorrem da ideia de um sistema jurídico. Este preceito exige que as leis sejam conhecidas e expressamente promulgadas, que seu significado seja claramente definido, que as leis (*statutes*) sejam gerais tanto na formulação (*statement*) quanto na intenção, e que não sejam usadas como um meio de causar dano a indivíduos particulares que podem ser expressamente nomeados (*bills of attainder*), que pelo menos as infrações mais graves sejam interpretadas de maneira estrita, e que as leis penais não sejam retroativas em detrimento daqueles aos quais se aplicam (RAWLS, 1999, 209).

O decisionismo

Podemos juridicamente encontrar o fundamento jurídico último de toda validade e de todo valor jurídico em um ato da vontade, em uma decisão que, enquanto decisão, cria o “direito”, e cuja “força jurídica” não pode ser derivada da força

jurídica das regras da decisão (SCHMITT, 2001, 179; 2015, 117).

Essa citação resume, pensamos, o núcleo daquilo que Schmitt caracteriza como o pensamento decisionista. Na reconstrução que faz da ideia do decisionismo, o autor primeiramente afirma que a representação antiga e cristã da ordem do universo não caracteriza um modelo puro de decisionismo, pois, nesse contexto, a decisão não funda a ordem, mas a pressupõe:

Os conselhos de um Deus pessoal, por mais insondáveis que sejam, são, na medida em que acreditamos em Deus, sempre ordens 'e não uma pura decisão'. O dogma católico romano da *infallibilidade* da decisão papal contém igualmente elementos jurídico-decisionistas muito fortes. Mas a decisão infalível do papa não funda nem a ordem nem a instituição da Igreja, mas, ao contrário, ela as pressupõe (SCHMITT, 2001, 180; 2015, 117-118).

A seguir, Schmitt identifica em Thomas Hobbes o caso clássico do raciocínio decisionista. A decisão de superar a desordem da condição de guerra de todos contra todos presente no estado de natureza é realizada por alguém, o soberano, que não retira sua competência para tal a partir de uma ordem já existente. À desordem sucede a ordem através de uma vontade soberana cujo comando e ordem são lei. Esse é o tipo de decisionismo puro¹⁰ (SCHMITT, 2001, 182; 2015, 120).

A partir dessa consideração do pensamento de Thomas Hobbes, Schmitt passa a analisar o positivismo jurídico como uma combinação de decisionismo e normativismo. Tal positivismo, prossegue Schmitt, apenas pode ser compreendido na suposição de uma ordem estável da política e segurança domésticas. Seu propósito é garantir objetividade, firmeza, inviolabilidade, segurança e calculabilidade máximas. No seu empenho de fundamentação científica, ele rejeita todo direito extralegal, isto é, não criado por uma instituição humana. O pensamento do direito se torna então um pensamento da legalidade (SCHMITT, 2001, 184; 2015, 123). Precisamente, por fundar a unidade normativa, tal como a descreve Kelsen, na noção de validade, isso é, na ideia de que um ato que só tem valor jurídico se seu sentido for aquele que lhe atribui uma norma jurídica, caso em que tal ato tem um sentido objetivo, isso é, um sentido para o direito, torna-se impensável desqualificar a juridicidade de um ato se quem o pôs tinha competência jurídica para fazê-lo. O ato é válido¹¹. Mas, precisamente, se o ato é válido porque foi decidido por quem tinha competência jurídica, então parece que a norma deixa de, *per se*, indicar o

caminho de uma eventual correção da decisão segundo seu conteúdo. No limite, não haveria padrão jurídico para julgar os atos das autoridades constituídas, que por uma decisão, mesmo que fora do escopo das normas, poderiam subverter completamente o sistema de regras. Se esta interpretação do pensamento normativista que Schmitt tem em mente aqui estiver correto, e pensamos que nesse ponto específico ela está, então temos duas consequências a serem extraídas.

Primeiramente, ainda que a abstração da norma garanta sua independência de compromissos morais supostamente imanentes em grupos ou sociedades políticas, e esta é uma das características de um Estado de Direito, não há garantia, todavia, tendo em vista que sempre é possível que uma decisão jurídica esteja fora da moldura das regras do sistema, de que os indivíduos terão um tratamento imparcial ou de que estarão protegidos de discriminações arbitrárias, exigências que, como vimos, constituem características essenciais do Estado Democrático de Direito.

Se é assim, então estaria correta a suposição aventada no início desse artigo de que haveria uma limitação intrínseca nas formulações teóricas do positivismo jurídico que minaria as condições de possibilidade da consecução do ideal de Estado Democrático de Direito. Assim, supondo-se que a classificação dos três tipos de pensamento jurídico de Schmitt seja exaustiva, permanece agora a tarefa de analisar o terceiro tipo de pensamento, a saber, o pensamento da ordem concreta, e verificar sua compatibilidade com a ideia de um Estado Democrático de Direito.

O pensamento da ordem concreta

Em acréscimo às observações já feitas acerca do pensamento da ordem concreta quando da caracterização do normativismo por Schmitt, passemos às suas considerações a este tipo de pensamento realizadas ao final de seu livro. Começemos com sua recusa de denominar sua teoria jurídica pela expressão, tomada de Hauriou, de “pensamento institucional”:

Naturalmente, em cada nação, é nos termos, assim como nos conceitos e formas que correspondem à sua natureza e à sua tradição histórica, que debatemos o pensamento que ela desenvolveu até aqui. É uma das grandes compreensões que devemos ao movimento nacional-socialista. Esta é a razão pela qual eu não proporei a expressão “pensamento institucionalista para designar o terceiro tipo de pensamento jurídico - a saber, o tipo atual -, mas antes o de “pensamento

da ordem concreta" e pensamento da configuração concreta (*konkretes Ordnungs- und Gestaltungsdenken*). (SCHMITT, 2001, 208; 2015, 152).

A expressão alemã *Gestaltung*, que traduzimos por "configuração concreta", é plena de significação no discurso *völkisch*. Ela deve ser entendida como o ato de dar uma forma, de criar uma ordem. *Gestalten*, por sua vez, significa dar a algo uma *Gestalt*, uma figura, uma forma.¹² Configurar, modelar, remete, assim, a um gesto estético. Essa figura, essa configuração, então, não é, evidentemente, a de uma norma abstrata. Ao contrário, ela é a forma concreta, a configuração plástica do objeto.¹³

Ter uma *Gestalt*, portanto, significa possuir uma configuração da qual participa o indivíduo que, como afirma Ernst Jünger em 1932, é integrado

em uma grande hierarquia de formas (*Gestalten*) - poderes cuja realidade, corporeidade e necessidade não podemos adequadamente representar. Por comparação, o próprio indivíduo se torna uma aproximação, um representativo - e a força, a riqueza, o sentido de sua vida depende da medida na qual ele participa na hierarquia e no combate das figuras (*Gestalten*) (JÜNGER, 2002, 24).

O artista dessa configuração, em uma ordem concreta, não pode ser, segundo Schmitt, senão o *Führer*, o guardião, o protetor do direito: "O *Führer* protege o direito contra o pior uso abusivo. No momento do perigo ele legisla diretamente em virtude de sua qualidade de *Führer* e de autoridade judiciária suprema [...]. O verdadeiro *Führer* é sempre igualmente juiz".¹⁴ (SCHMITT, 2003, 166) Incarnando o *Gestalter*, o *Führer* apaga toda separação entre ele, o Estado, o movimento e o povo. A *Gestalt* permite, portanto, pensar a política para além do pensamento formalista, abstrato e separador (do *Sein* e do *Sollen*) do normativismo, assim como do vazio substancial do decisionismo.

Já em 1928, em sua *Teoria da Constituição*, Schmitt escreveu: "A igualdade de 'tudo o que tem uma figura humana' não pode proporcionar nem um Estado, nem uma forma de governo, nem um regime político" (SCHMITT, 1993, 364). Ora, como vimos, na medida em que a abstração não permite distinguir uma ordem concreta, isto é, aqueles que fazem e aqueles não fazem parte de uma comunidade, sua linguagem não pode ser senão a da forma vazia da norma. Uma figura humana não remeteria a nada de substancial e, portanto, não poderia constituir uma ordem política concreta. Mais concretamente, Schmitt está designando aqui o povo judeu. É o que podemos ver no texto de 1938 de Schmitt:

Face aos conservadores prussianos, e ao próprio rei, ele [o judeu Stahl-Jolson] sabe se esforçar para tornar plausível a monarquia “constitucional” como conceito salvador apropriado na luta contra a monarquia parlamentar. Ele os atrai assim sobre o terreno do inimigo político interior, o “constitucionalismo”, sob o qual o Estado militar prussiano desabarará em outubro de 1918 na provação de uma guerra mundial. Stahl-Jolson trabalha aqui na ótica de seu povo, na duplicidade de uma existência mascarada, que se torna tanto mais aterrorizante quanto ele busca mais desesperadamente ser outro que ele é. (SCHMITT, 2002, 130-131).

Como vimos, o pensamento da ordem concreta deve repousar sobre uma concepção política substantiva. Ao contrário, o pensamento abstrato, legalista, que separa o dever do ser, que busca a previsibilidade e a segurança jurídica, subordina o *nomos basileus* ao formalismo. Em seu texto de 1936,¹⁵ Schmitt escrevia assim a respeito da relação entre o normativismo e o judaísmo:

Como todas as apresentações mostraram¹⁶, a lei judaica aparece como a libertação de um caos. A estranha polaridade entre o caos judeu e a legalidade judaica, entre o niilismo anarquista e o normativismo positivista, entre o materialismo grosseiramente sensualista e o moralismo o mais abstrato, está agora tão claramente presente aos nossos olhos de uma maneira tão clara e concreta que podemos fundar o trabalho jurídico futuro sobre este fato, a saber, a descoberta científica de nosso Congresso, igualmente decisiva para a psicologia das raças (*Rassen*) (SCHMITT, 2003, 2).

Não é com outro propósito que Schmitt, ao se encaminhar para o final de seu livro sobre os *Três tipos de pensamento jurídico*, lança mão das cláusulas gerais em sua teoria da ordem concreta. Elas são, diz Schmitt, “ovos de cuco”¹⁷ no sistema jurídico liberal. Elas superam o caráter calculável e previsível do direito e são, agora, insuperáveis. Trata-se de conceitos extrajurídicos indeterminados tais como bons costumes, boa-fé, razão pertinente, etc. (SCHMITT, 2001, 209; 2015, 153) Mas qual seria a natureza do ovo de cuco? O que vincularia as cláusulas gerais ao pensamento jurídico da ordem concreta? Precisamente nesse ponto, Schmitt propõe cinco cláusulas como guia para a prática jurídica.¹⁸ É o quarto princípio, que podemos denominar de *Führerprinzip*, que nos interessa aqui. Diz ele: “Para a aplicação e tratamento das cláusulas gerais

pelo juiz, advogado, auxiliares de justiça ou professor de direito, os princípios do nacional-socialismo são imediatamente e exclusivamente determinantes” (SCHMITT, 2021, 54-55).

O circuito, então, se fecha. O normativismo abstrato é incapaz de discriminar quem pertence e quem não pertence a uma ordem concreta. Ao contrário, por não ser capaz de determinar uma configuração concreta, ele é incapaz de identificar o direito que apenas existe em uma comunidade homogênea. A inconformidade do pensamento da ordem concreta com a ideia de um Estado de Direito ou, por mais fortes razões ainda, com um Estado Democrático de Direito, é, portanto, patente. Ele é justamente o antípoda de uma ordem jurídica fundada em normas abstratas que pretendem, dentre outras coisas, proteger o indivíduo do exterior contra a reação repressiva de comunidade. Em uma sociedade em que os cidadãos são concebidos como livres e iguais, e em que as instituições políticas são desenhadas para proteger tais direitos, apenas uma norma jurídica que abstraia os pertencimentos comunitários que confeririam privilégios jurídicos a pessoas ou grupos pode dar garantias aos indivíduos contra o arbítrio de ser identificado, dentro de uma comunidade política, como inimigo, como ameaça.

Resta agora analisar a justeza da frase de Schmitt segundo a qual, com o pensamento jurídico da ordem concreta, está encerrado o tempo do positivismo.

Sobre a possibilidade de uma quarta alternativa compatível com o ideal de Estado Democrático de Direito

Conforme vimos, um corolário da exposição de Schmitt seria que ou bem a interpretação das regras jurídicas encontra-se ancorada em uma ordem concreta que lhe guie o conteúdo, ou bem o ordenamento jurídico repousaria em uma autoridade decisória para a qual não há limitação quanto ao conteúdo possível de sua decisão. Quanto a esse último ponto, o autor identifica o normativismo de Kelsen, levado às últimas consequências, como uma espécie de decisionismo.

Procuramos também mostrar que ambas as alternativas se apresentam como inconciliáveis com a consecução do ideal de Estado Democrático de Direito. Cabe agora indagarmos acerca da existência de uma quarta alternativa teórica que se mostre compatível com o referido ideal. Tal alternativa, para que seja bem-sucedida, deve satisfazer os seguintes requisitos:

(1) oferecer orientações para a interpretação e aplicação das regras jurídicas que possibilitem, tanto quanto possível, a distinção entre decisões de autoridades em conformidade ao direito ou contrárias a ele;

(2) haver compatibilidade dessas orientações com a possibilidade de tratar todos como livres e iguais;

(3) descrever uma prática jurídica factível.

O nosso percurso na construção desta quarta alternativa iniciará com a comparação da teoria positivista de Hart com o normativismo kelseniano, mostrando que a primeira introduz elementos em sua análise do fenômeno jurídico que garantem a satisfação da primeira condição acima, os quais se encontram ausentes no positivismo de Kelsen. Em um segundo momento, apresentaremos o institucionalismo de Neil MacCormick como um desenvolvimento do marco teórico avançado por Hart. Na sequência, defenderemos que a teoria da argumentação jurídica de MacCormick afasta o problema do decisionismo sem depender da invocação de uma ordem concreta. Por fim, mostraremos que os princípios de justiça de um Estado Democrático de Direito, na formulação de Rawls, rejeitam qualquer apelo àquilo que Schmitt identifica como uma ordem concreta e, ainda assim, não enfrentariam nenhum obstáculo intransponível para serem realizados através de uma prática jurídica que possa ser descrita a partir do instrumental oferecido pelas teorias de Hart e MacCormick.

O normativismo de Kelsen

A base da teoria de Kelsen¹⁹ consiste em reduzir o fenômeno jurídico a uma cadeia de normas estruturadas segundo uma hierarquia formal que instituem a competência para a criação de novas normas. Os atos subjetivos de vontade adquirem sentido objetivo na medida em que se lhes imputa a aplicação de uma norma (KELSEN, 2003, 6-8). Em uma ponta da cadeia normativa, encontrar-se-iam necessariamente as normas individuais, que correspondem a ordens dirigidas a indivíduos designados (como em uma decisão judicial). Na outra ponta da mesma cadeia, supor-se-ia a validade de uma norma fundamental, como forma de fechar o sistema jurídico, impedindo um regresso ao infinito de normas (KELSEN, 2003, 217), e de lhe conferir unidade, evitando a sobreposição de inúmeras cadeias normativas desconexas.

Precisamente o caráter puramente formal e hipotético da norma fundamental, a qual ordena obediência à primeira constituição, impediria a existência de qualquer parâmetro para conferir sentido objetivo aos atos de vontade externo às normas formalmente válidas. Nessa descrição da dinâmica de criação de normas, um problema se coloca: poderia estar

juridicamente equivocada uma decisão de última instância proferida fora da margem de interpretação possível oferecida pelas normas? Dentro do marco conceitual kelseniano, a resposta negativa a tal questão parece se impor por uma impossibilidade categorial: normas ou bem possuem, ou bem carecem de validade jurídica - isto é: ou bem estão dentro, ou bem situam-se fora do sistema (KELSEN, 2003, 392-395). Não há como um ato de vontade que as cria ser avaliado como correto ou incorreto, mas apenas bem ou mal-sucedido em sua pretensão de adquirir sentido objetivo.

Na medida em que negar validade jurídica a decisões de última instância que extrapolam a moldura interpretativa iria de encontro ao papel que os tribunais que proferem tais decisões têm em distinguir definitivamente os atos individuais lícitos daqueles ilícitos, Kelsen preservou o poder explicativo de sua teoria - a saber, de explicar comportamentos humanos por cadeias de imputação de normas - reconhecendo a validade jurídica dessas decisões. Não fosse assim, sua teoria teria dificuldade em explicar certas ações pelo seu sentido jurídico mais apropriado, qualificando como ilícitas condutas claramente conformes a normas jurídicas. Imputaria, por exemplo, um roubo ao ato de um oficial de justiça de utilizar a força para apropriar-se de bens pertencentes a um comerciante ao seguir ordem judicial para a satisfação de um débito tributário reconhecido por sentença de primeiro grau que estendeu à venda de legumes um imposto sobre o comércio de laticínios, pois a cadeia de validade jurídica estaria rompida por uma sentença cujo conteúdo não poderia ser derivado do sentido da lei. Para Kelsen, ou bem o ato adquiriria seu sentido objetivo de execução fiscal em virtude de uma norma cuja validade é rastreável até a norma fundamental (precisamente a cadeia de imputação que o teórico do direito utiliza para explicar o sentido objetivo do ato de vontade do oficial de justiça, a qual iniciaria, nesse caso, com a ordem judicial), ou bem adquiriria seu sentido objetivo com a incidência da norma geral do roubo (cuja validade também é rastreável até a norma fundamental). Em qualquer momento, de uma perspectiva estática, um ato é lícito ou ilícito; uma norma, válida ou inválida. Seria apenas quando se adotasse uma perspectiva dinâmica que se permitiria, por exemplo, que um tribunal de instância superior anulasse em t2 a decisão do juiz singular que ordenou o ato de execução fiscal em t1 sem com isso implicar a imputação de roubo ao oficial de justiça, uma vez que em t1 o seu ato era reconhecível como uma execução fiscal na medida em que cumpria uma norma individual válida. Mas, para que isso possa ocorrer, novamente Kelsen teve que conferir a última palavra sobre validade jurídica a quem decide em última instância, quer essa decisão se encontre dentro ou fora da moldura interpretativa. Do ponto de vista da dinâmica jurídica, a decisão de quem

julga em última instância constitui na prática o critério de validade jurídica, não fazendo sentido avaliar como “certo” ou “errado” aquilo que só pode ser compreendido como um ato de vontade (KELSEN, 2003, 217-221, 390-395).

Esse aspecto da teoria kelseniana abre as portas para o decisionismo em um grau incompatível com as exigências da noção de Estado de Direito. Aliás, não seria equivocado afirmar que a teoria de Kelsen fornece antes explicação do sistema que habilita a criação do direito pelas autoridades (isto é, que possibilita conferir sentido objetivo a atos subjetivos de vontade) do que do funcionamento de normas existentes que possam restringir o conteúdo das novas normas criadas. Tal restrição só é possível por um ato de autoridade capaz de anular o ato anterior, nunca tão somente por força do sentido da própria regra jurídica. Não é, pois, de se estranhar que Kelsen tomasse a expressão “Estado de Direito” como um pleonasma: afinal, todo ato capaz de criar uma norma válida seria o ato de uma autoridade estatal, e todo ato imputável a uma autoridade estatal enquanto tal, um ato que por definição obteria a sua validade pelo direito (KELSEN, 2003, 346). Em outras palavras, não haveria direito fora do Estado, nem ato das autoridades estatais que não adquirisse tal condição em virtude do direito. Nenhum dos termos da expressão seria capaz de acrescentar alguma coisa ao outro.

O positivismo jurídico de Hart e as contribuições de MacCormick

O positivismo jurídico de Hart traz mudanças com relação ao de Kelsen que ao mesmo tempo impedem a sua conversão automática ao decisionismo e resgatam as condições de sentido da expressão “Estado de Direito”. Na base do instrumental teórico de Hart, encontra-se a noção de regra de reconhecimento para ocupar a função da norma fundamental kelseniana de conferir unidade a um sistema jurídico. A principal diferença entre ambas consiste em a regra de reconhecimento não ser pressuposta como válida pelo teórico, mas sim ter uma existência empiricamente verificável enquanto uma prática social complexa (HART, 2012, 100-110). O teórico que busca descrever a regra de reconhecimento de um sistema jurídico procura compreender aquilo que se encontra implícito no comportamento dos usuários das regras do sistema (principalmente as autoridades) e que possibilita uma certa convergência em torno da prática.

Nesse sentido, no positivismo de Hart não há apenas uma cadeia de imputação que responde pela validade formal das regras, mas também pode haver uma prática mais ou menos convergente com respeito à sua interpretação, estando incluídos também na regra de reconhecimento

modos de resolver divergências quanto à aplicação das regras, bem como uma possibilidade de distinguir os desacordos que ocorrem no interior da prática daqueles que representariam antes uma ruptura com ela. Com base nesses critérios, que vão muito além dos requisitos formais de validade das regras, torna-se possível reconhecer na própria prática do direito elementos que permitem avaliar de maneira justificada se uma determinada decisão seguiu os parâmetros do sistema jurídico ou deles se desviou. Isso não implica, para Hart, negar a validade jurídica da decisão de uma autoridade judicial, ainda mais se ela foi dada em última instância e o sistema não conferir a possibilidade de revertê-la. No entanto, sendo fundada a constatação de sua discrepância com a prática, ela pode marcar quer um erro em um caso isolado, quer uma modificação, ainda que ligeira, na própria compreensão que se tem da prática - ou seja, na regra de reconhecimento. Nos termos do autor, o fato de uma decisão ser final - no sentido de ser irreversível na medida em que irrecorrível - não implica que ela seja infalível. Em oposição a Kelsen, na moldura teórica de Hart faz sentido avaliar decisões como juridicamente corretas ou incorretas independentemente da sua validade jurídica (HART, 2012, 141-147).

O foco de Kelsen na estrutura formal de validade acabava também por distorcer o fato de que o fenômeno jurídico nem sempre se apresenta na forma de um ordenamento. A abertura de novas possibilidades de dinâmica jurídica ensejadas pela introdução de regras de reconhecimento, mudança e adjudicação é exposta por Hart na última seção do capítulo V de sua obra *O conceito de direito* (HART, 2012, 91-99). Neil MacCormick desenvolve essa questão contrastando ordens normativas não institucionalizadas e ordens normativas institucionalizadas, sendo a presença da noção de autoridade a grande diferença entre ambas. No entanto, como o autor deixa claro em sua obra, a possibilidade de instituir autoridades - o que pressupõe regras que confirmam poderes - depende de que já haja uma ordem normativa em funcionamento (MACCORMICK, 2007, 21-24). Ou seja: a competência atribuída a uma autoridade não é criada *ex nihilo*; ao contrário, situa-se no contexto de uma prática social em que se compartilham crenças, valores e expectativas mútuas (MACCORMICK, 2007, 14-20), não sendo possível o exercício da competência se dar senão com ao menos alguma medida de consideração a tal ordem normativa. Com isso não se quer sugerir que decisões "fora da moldura" sejam impossíveis, incapazes de produzirem efeitos práticos ou necessariamente inválidas do ponto de vista jurídico. Apenas que uma visão decisionista do exercício da autoridade implica inevitavelmente uma ruptura com a própria ordem normativa que tornou possível, em um primeiro momento, a sua instituição. Eis o que as ferramentas teóricas fornecidas pelo normativismo de Kelsen

são incapazes de captar, restando impotentes frente à sua redução ao decisionismo.

A viabilidade da realização das exigências formais da noção de Estado de Direito no marco teórico do positivismo de Hart e a teoria da argumentação jurídica de MacCormick

Até o momento, buscamos deixar claro, a partir das obras de Hart e MacCormick, que nem todo positivismo jurídico impõe uma visão necessariamente normativista ao fenômeno jurídico. Conforme já havia sido sustentado, isso necessariamente descamba em uma descrição decisionista de tal fenômeno, tornando impossível a limitação do exercício do poder por meio de regras jurídicas tal como preconizada pela noção de Estado de Direito. Cabe agora apontar para um caminho possível de prática jurídica de um Estado de Direito e mostrar que a superação do decisionismo não depende da invocação de uma ordem concreta nos termos de Schmitt. Para isso, seguiremos tomando de empréstimo contribuições da obra de MacCormick; desta vez, de sua teoria da argumentação jurídica.

Ao contrário das ferramentas analíticas fornecidas por MacCormick em sua teoria geral do direito, as quais visam poder descrever toda manifestação do fenômeno jurídico, sua teoria da argumentação opera uma restrição normativa ao seu escopo de aplicação. Ela busca precisamente satisfazer as exigências formais impostas pelo ideal de Estado de Direito, identificado pelo autor com a promoção da segurança jurídica.

A segurança jurídica é compreendida por MacCormick em seu duplo aspecto da previsibilidade e da não-arbitrariedade. As ações das autoridades são previsíveis na medida em que seguem regras preestabelecidas; do mesmo modo, são não-arbitrárias em um sentido relevante por serem orientadas por tais regras e não pela vontade da autoridade. Com isso, os indivíduos são capazes de planejar suas vidas sabendo com certa precisão o que podem ou não podem fazer ou deixar de fazer, o que esperar como consequência em caso de violação de um dever jurídico e o comportamento que pode ser esperado daqueles que se encontram submetidos às mesmas normas (MACCORMICK, 2005, 12-16).

As regras jurídicas, todavia, encontram uma limitação enquanto base da previsibilidade e da não-arbitrariedade. Essa limitação consiste naquilo que Hart denominou textura aberta do direito: não importa a fonte da qual provenha a regra - lei, precedente ou costume -, seu conteúdo nem sempre é preciso, podendo gerar dúvidas acerca de seu escopo de aplicação. Até mesmo a mais promissora forma de determinar o direito - a legislação cuidadosamente sistematizada em códigos - pode enfrentar problemas para

prever a solução jurídica a ser conferida a casos concretos devido à inescapável vagueza dos termos da linguagem ordinária dos quais ela necessariamente lança mão - isso sem falar no poder que alguns sistemas jurídicos conferem ao julgador de excepcionar a regra nos casos em que a sua aplicação se revelar inadequada (HART, 2012, 124-136).

A textura aberta do direito, no entanto, não impede que se alcancem níveis satisfatórios de segurança jurídica, mas apenas impossibilita que ela seja pensada como uma aplicação mecânica de regras preestabelecidas, cujos termos gerais de seus suportes fáticos seriam capazes de enquadrar qualquer situação concreta que pudesse ser discutida em juízo. Embora a interpretação literal da lei seja em muitos casos satisfatória, não dando causa a divergência, ela não necessariamente constitui a formulação definitiva da regra que fundamentará a decisão judicial, cuja interpretação e aplicabilidade ao caso concreto podem ser debatidas pelas partes interessadas ao longo do contraditório processual. Em função de tal derrotabilidade dos argumentos que embasam soluções jurídicas para os casos, MacCormick concebe o devido processo legal como um mecanismo para selecionar, tanto quanto possível, as melhores razões para fundamentar a sentença, a qual também deve dar conta de justificar a posição tomada frente aos argumentos apresentados pelas partes (MACCORMICK, 2005, 23-43).

O parâmetro de avaliação de interpretações e enquadramentos jurídicos rivais apresentado por MacCormick consiste em examinar a coerência normativa das alternativas em disputa (MACCORMICK, 2005, 189-213). Supondo-se que regras jurídicas discriminam tipos de situação fática para prever suas respectivas consequências normativas tendo em vista a promoção de um conjunto de finalidades (o que, no mais das vezes, não se encontra explicitado, mas pode ser reconstruído pelo intérprete), cabe examinar se a aplicação da regra àquele caso serve para a promoção de algum desses objetivos que lhe podem ser atribuídos. A busca por coerência normativa, porém, não se encerra apenas nessa análise da teleologia da regra considerada de modo isolado em relação ao ordenamento jurídico: ao contrário, ela exige que o fim a ser promovido pela sua aplicação possa ser reconhecido como uma finalidade do sistema como um todo, sem entrar em conflito desnecessário com outros fins protegidos pelo ordenamento, nem ignorar a importância relativa desses fins e o modo como seriam afetados na situação em exame.

Podemos reconhecer o emprego da coerência normativa em alguns exemplos corriqueiros de raciocínio jurídico. Se a finalidade da punição ao homicídio é proteger o direito à vida, não parece fazer sentido punir quem matou como único meio disponível para preservar a sua própria vida; se a

saúde e a vida de uma pessoa são bens mais importantes do que resguardar os usuários de um parque de pequenas perturbações, deve-se permitir que uma ambulância adentre locais em que a circulação de veículos é proibida para atender a uma emergência; se, de um modo geral, não se deve permitir que ninguém se beneficie de sua própria torpeza, não se deve reconhecer direito de herança a quem matou seu ancestral para impedi-lo de modificar o testamento que o favorece, ainda que a letra da lei ordene o contrário.

Fica claro por esta breve exposição que a coerência normativa constitui tão somente um critério formal para a avaliação de questões de interpretação e aplicação de regras jurídicas. Sua busca redundaria na promoção de segurança jurídica do modo igualmente formal como este valor foi descrito anteriormente - a saber, como previsibilidade e não-arbitrariedade. Nessa linha, a coerência normativa possui a propriedade de conservar o caráter justo das regras em sua aplicação, transmitindo ao tratamento do caso concreto as razões que justificariam as regras consideradas abstratamente. Desse modo, uma regra justa de um sistema jurídico cujos fins são razoavelmente justos apenas produziria decisões justas segundo os mesmos critérios substanciais de avaliação se for coerentemente interpretada e aplicada. A coerência normativa, todavia, nada teria a contribuir para a avaliação dessas finalidades como justas ou injustas. Conforme alerta o autor, até mesmo ordenamentos jurídicos cujas regras servem para promover fins iníquos, como a discriminação racial, podem ser aplicados de modo coerente: nessa situação, seria o caráter injusto das regras transmitido às decisões (MACCORMICK, 2005, 201-204).

O que reconstruímos até o momento a partir das teorias de Hart e MacCormick já nos permite mostrar (1) que nem todo positivismo jurídico é redutível a uma forma de normativismo que acaba por se revelar um decisionismo e (2) que a teoria da argumentação jurídica de MacCormick é capaz de apontar um caminho para a realização da ideia de um Estado de Direito sem que seja necessário recorrer-se, em princípio, a uma ordem concreta nos termos schmittianos. O nosso próximo passo agora será examinar se esse tipo de pensamento jurídico forneceria as ferramentas adequadas para descrever a realização institucional de uma concepção política de justiça concebida sem referência a qualquer noção de comunidade constituída em torno da reivindicação de uma origem comum, de um destino comum, de uma cultura comum ou de uma concepção abrangente de bem compartilhada. Se a resposta for positiva, uma quarta alternativa de tipo de pensamento jurídico além das três expostas por Schmitt pode ser identificada, a qual não prejudicaria de plano a realização do ideal de Estado Democrático de Direito.

A viabilidade da realização do ideal de Estado Democrático de Direito no marco teórico do positivismo de Hart

Conforme já havíamos anunciado, nos valem da concepção política de justiça de Rawls, a qual cumpre com os requisitos acima por fundar-se nos interesses fundamentais de cidadãos que veem uns aos outros como livres e iguais (RAWLS, 2001, 39). A força da teoria de Rawls para os nossos propósitos reside precisamente no caráter abstrato e procedimental do argumento da posição original como artifício teórico para justificar a escolha dos princípios de justiça²⁰. Ao mesmo tempo em que se afasta de qualquer consideração com base em uma ordem concreta, Rawls fornece princípios substanciais que permitem avaliar quais regras e ordenamentos jurídicos são compatíveis com o tratamento de todos como livres e iguais, podendo também esses princípios orientar a interpretação e aplicação das normas jurídicas, pensando-se a coerência do sistema a partir deles.

Não há dúvida que a implementação institucional dos princípios de justiça de Rawls exige o cumprimento dos requisitos formais da noção de Estado de Direito. O fato de as autoridades agirem com base em regras públicas que se aplicam a todos - o que corresponderia à exigência de não-arbitrariedade cumprida pela teoria da argumentação jurídica de MacCormick - se impõe como condição para a preservação da igualdade de todos enquanto cidadãos (RAWLS, 1999, 208-209). Por outro lado, o fato da atuação das autoridades ser previsível em razão dessas regras públicas relaciona-se a dois aspectos essenciais da liberdade dos cidadãos: o primeiro, de poder ter suas liberdades básicas claramente definidas e suficientemente protegidas (RAWLS, 1999, 210-213); o segundo, de as regras jurídicas, em contraste com outros modos de controle social, apelarem para sua capacidade deliberativa enquanto seres autônomos, capazes de tomá-las como razões para agir (RAWLS, 1999, 207-208).

Reconhecendo a necessidade de um sistema de regras jurídicas para implementar os princípios da justiça como equidade, Rawls distingue quatro estágios deliberativos por intermédio dos quais isso é efetivado. O primeiro, seria o estágio hipotético de escolha dos princípios, representado pelo argumento da posição original. O segundo, o estágio de definição das normas constitucionais, que definem tanto os direitos e liberdades fundamentais como a organização político-institucional básica da sociedade em particular de acordo com o que é exigido pelo primeiro princípio de justiça.²¹ O terceiro, o estágio legislativo, em que são definidas pelos mecanismos democráticos esboçados pelas normas constitucionais as regras jurídicas que detalham o sistema de proteção de liberdades e criam

as políticas públicas para promover a distribuição de recursos socioeconômicos de acordo com o segundo princípio de justiça²². Por fim, no quarto e último estágio, as normas gerais são aplicadas para o tratamento dos casos particulares tanto pela administração pública quanto pelo poder judiciário (RAWLS, 1999, 171-176). Em todo esse percurso, fica evidente não apenas uma hierarquia formal das normas de direito positivo (normas constitucionais, legislação e normas individuais dos atos administrativos e das decisões judiciais), mas também como os princípios de justiça do primeiro estágio hipotético servem para conferir coerência a todo o sistema, podendo guiar a interpretação das normas positivas.

Resta ainda destacar que a realização do ideal de sociedade bem ordenada de Rawls, que corresponderia ao que identificamos como plena realização do ideal de Estado Democrático de Direito, depende da satisfação de algo mais exigente do que a coincidência accidental de haver um ordenamento jurídico cujas regras sejam (1) efetivamente aceitas e usadas pelas autoridades e pela população em geral e (2) tenham um conteúdo compatível com a concepção política de justiça. Em uma sociedade bem ordenada, as regras jurídicas são aceitas *porque* são reconhecidas como a tradução institucional dos princípios de justiça, os quais são referendados por todos os cidadãos a partir da concepção abrangente de bem de cada um (RAWLS, 2005, 35-40). Nesse sentido, a condição de Rawls para a existência de uma sociedade bem ordenada é muito mais exigente do que a de Hart para que possa haver um sistema jurídico em operação na sociedade, sendo passível de ser identificado por uma regra de reconhecimento. Para o último autor, bastaria a convergência com respeito a um critério de validade formal (por exemplo, aquilo que o parlamento aprova é lei), pouco importando as razões de cada indivíduo para tal convergência, as quais nem sequer precisam ser de natureza moral (HART, 2012, 116-117, 202-203). Para Rawls, além de o conteúdo das regras precisar ser compatível com certo tipo de concepção de justiça, a razão para a sua aceitação deve repousar exatamente no reconhecimento mútuo da concepção de justiça como os termos moralmente aceitáveis para a cooperação social entre indivíduos livres e iguais em sociedades pluralistas (isto é, marcadas pela divergência entre concepções abrangentes de bem razoáveis).²³

Essa diferença pode, à primeira vista, depor contra a compatibilidade entre a teoria do direito positivista e o projeto de Rawls. No entanto, não parece plausível contrapor uma teoria que se pretende meramente descritiva a outra com pretensões normativas. A questão que parece se impor, portanto, é se as ferramentas teóricas de Hart e MacCormick são compatíveis tanto com a descrição do sistema jurídico de uma sociedade

bem ordenada quanto com o seu advento a partir das sociedades reais - isto é, examinar a compatibilidade tanto em uma perspectiva estática quanto diacrônica. A resposta ao primeiro problema não parece difícil, uma vez que as exigências adicionais quanto ao conteúdo das normas e às razões de sua aceitação poderiam ser incorporadas a uma possível regra de reconhecimento. Aliás, como Hart deixou claro em seu artigo sobre o positivismo, seria exatamente a sua orientação metodológica de limitar-se à descrição daquilo que o direito é em determinada sociedade que permitiria analisá-lo criticamente a partir de uma concepção de como ele deveria ser (HART, 1983, 52-55). Bentham empregou o seu utilitarismo como parâmetro da crítica; nada impediria a adoção de uma concepção política de justiça como a de Rawls.

A solução do segundo problema é um pouco menos simples. Se, por um lado, é possível conceber uma regra de reconhecimento que incorpore as demandas da teoria ideal rawlsiana, por outro lado isso por si só não indica a factibilidade da adoção de uma regra de reconhecimento com tal conteúdo. Para dar conta disso, podemos nos valer da reconstrução racional elaborada por Rawls da passagem de um liberalismo como *modus vivendi* a um consenso constitucional, e deste a um consenso sobreposto entre as concepções morais abrangentes razoáveis (RAWLS, 2005, 158-168). Não nos cabe aqui expô-la em detalhes, mas chamar a atenção para o fato de que ela parte precisamente da mera aquiescência de um número suficiente de pessoas a regras de um ordenamento jurídico (como em Hart) que protejam a liberdade de todos, bem como os processos democráticos, até chegar no compartilhamento público integral de uma concepção liberal de justiça que orienta as instituições, incluindo aí as razões corretas para a sua aceitação. Por mais tortuosa que possa ser a realização prática de tal passagem, a lição importante a extrair da reconstrução de Rawls é que ela aponta um caminho possível para que ela possa ocorrer sem depender de qualquer referência a uma ordem concreta, respeitando assim o pluralismo de concepções morais capazes de endossar uma concepção política de justiça que tenha condições de tratar a todos como cidadãos livres e iguais.

Com isso, completamos a nossa tarefa de desfazer o trilema que os três tipos de pensamento jurídico de Schmitt põe àquele que se preocupa com as condições institucionais de realização do ideal de Estado Democrático de Direito. Pode o positivismo normativista acabar por falhar em fornecer as ferramentas teóricas necessárias à descrição de um sistema jurídico que possa satisfazer tais condições, mas a sua alternativa institucionalista se encontra apta a satisfazê-las.

Conclusão

O pensamento jurídico, como vimos, não se esgota nas possibilidades descritas por Schmitt entre regra, decisão e ordem concreta.

Quanto a este último, pensamos ter deixado clara sua absoluta incompatibilidade com uma ordem jurídica fundada em normas abstratas que justamente desconsideram uma moral substantiva que se imporá, desde uma perspectiva comunitária, isto é, desde uma perspectiva de pertencimento, na formulação do dever jurídico. Mais incompatível ainda o é, entretanto, este pensamento, com uma ordem jurídica assentada em valores tais como direitos e liberdades individuais. O tratamento de todos os cidadãos como livres e iguais é justamente o oposto daquilo que busca o pensamento jurídico da ordem concreta. Para essa última, o direito frui de uma comunidade à qual os indivíduos pertencem e da qual retiram seus direitos.

Quanto ao pensamento normativista, procuramos mostrar, a partir de Kelsen, que, como seu propósito consiste buscar explicar ações humanas através da imputação de uma cadeia de normas que conferem sentido objetivo a atos subjetivos de vontade, fechando-se a cadeia com uma norma fundamental pressuposta pelo teórico, não parece haver aqui critério jurídico de correção para o ato de vontade de uma autoridade (que é sempre produtor de normas, sejam elas gerais ou individuais), apenas a possibilidade de anulação posterior desse ato por outra autoridade hierarquicamente superior, sendo definitiva a decisão em última instância. O normativismo de Kelsen converte-se assim em um decisionismo. Ou seja, o modo como descreve a ordem normativa a torna incompatível com a caracterização de um Estado Democrático de Direito.

Mostramos, igualmente, que para Hart e MacCormick a cadeia normativa de uma ordem jurídica não se fecha mais em uma norma pressuposta pelo teórico, mas na compreensão de uma prática social complexa que envolve o reconhecimento de autoridades e expectativas mútuas quanto ao uso das normas estabelecidas por essas autoridades. Pode haver desacordo sobre como as normas devem ser interpretadas e aplicadas aos casos concretos, mas, no contexto da prática jurídica de um Estado de Direito, há grau suficiente de convergência no que tange aos meios pelos quais esses desacordos devem ser resolvidos: o respeito ao devido processo legal adquire, por conseguinte, um papel central como mecanismo garantidor da continuidade da legitimidade das instituições frente à divergência de interpretações. Não há espaço para o decisionismo nesse modelo porque, aqui, a noção de erro judicial faz sentido. A decisão

não deixa de ser um ato de vontade, mas é concebida como um ato de vontade que deve ser autorizado por razões constituídas pela interpretação das regras vigentes e apreciação dos argumentos das partes interessadas dentro do contexto do devido processo legal.

Procuramos demonstrar, igualmente, não haver uma limitação intrínseca nas teorias do positivismo jurídico, tal como formuladas por Hart e MacCormick, para pensar, a partir de seu instrumental teórico, a possibilidade de descrição tanto do sistema jurídico de uma sociedade bem ordenada quanto do seu advento a partir das sociedades reais. Tais teorias positivistas estão aptas, mostramos, para a descrição jurídica de um Estado Democrático de Direito.

Finalizamos nosso artigo explicando por que Rawls, por ter uma teoria normativa robusta acerca das exigências para a consecução de uma sociedade bem ordenada, precisa mostrar quais valores substantivos necessitam as instituições políticas sustentar para que prevaleçam, nessa sociedade, princípios de justiça que sejam compartilháveis na medida em que moralmente aceitáveis para a cooperação social entre indivíduos livres e iguais em sociedades pluralistas (isto é, marcadas pela divergência entre concepções abrangentes de bem razoáveis).

Instituições políticas justas, construídas a partir da consideração de indivíduos livres e iguais, com igual valor moral, isto, em que as pertinências comunitárias, religiosas ou de status são abstraídas, isto é, desconsideradas na elaboração das regras que impõem deveres e asseguram direitos, era a isso que nos referíamos quando falávamos da possibilidade de realização de um Estado Democrático de Direito.

Notas

¹ Professor adjunto da UFRGS, com atuação na Faculdade de Direito e no Programa de Pós-Graduação em Filosofia. Foi pesquisador visitante na Equipe NoSoPhi (Normes, Sociétés, Philosophies - Université de Paris I - Panthéon-Sorbonne), no Law & Philosophy Group (Universitat Pompeu Fabra - Barcelona) e no Departamento de Filosofia da Universidade da Pensilvânia (na condição de bolsista do Fulbright Program). Possui graduação em Direito pela UFRGS (2005), mestrado em Filosofia pela UFRGS (2010), Master of Law (LLM) pela Universidade de Cambridge (2009) e doutorado em Filosofia pela UFRGS (2013). Tem experiência nas áreas de Teoria do Direito e Filosofia Política.

² Professor associado da Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS. Ex-coordenador da Pós-Graduação em Filosofia (2017-2019). Pesquisador do corpo permanente do programa de pós-graduação (mestrado e doutorado) em Filosofia

da UFRGS. Pós-Doutorado, bolsista CAPES, junto à Université Paris Descartes - Sorbonne. Possui Doutorado em Filosofia - Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne) (2005), Mestrado em Filosofia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (1996) e graduação em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (1987). Tem experiência na área do Direito e da Filosofia, com ênfase em Filosofia do Direito, atuando principalmente nos seguintes temas: Filosofia do Direito Contemporânea, Thomas Hobbes, século XVII.

³ A obra de Schmitt, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*. Hambourg: Hanseatische Verlagsanstalt, 1934, será cotejada com as traduções francesa (SCHMITT, 1995) e brasileira (SCHMITT, 2001). Esse texto de Schmitt baseia-se nas conferências de 21 de fevereiro e 10 de março de 1934 junto à Federação nacional-socialista dos juristas alemães, em Berlim. Citaremos primeiramente a paginação da edição brasileira, seguida da paginação francesa.

⁴ Em 1941, em seu livro *Völkerrechtliche Grossraumordnung* [O direito a um grande espaço em direito internacional], Schmitt nomeia a quem se refere o povo sem solo: "A quase ausência de uma relação entre o povo judeu e o solo [*Boden*], a região [*Land*], o domínio [*Gebiet*], que é tão característica, está fundada em seu modo de existir politicamente. A relação de um povo com uma terra moldada [*gestaltet*] por seu próprio trabalho colonial e cultural, e as formas concretas de poder que dela emanam, são incompreensíveis para o espírito judeu. O espírito judeu não quer entendê-lo de forma alguma, mas apenas apreender estes conceitos e colocar os seus no lugar deles" (SCHMITT, 1995, 317).

⁵ A expressão *Sippe* utilizada nessa passagem, tem uma longa história no direito alemão. Ela remete às discussões sobre a originalidade do parentesco na história germânica. Para uma discussão mais detalhada deste termo, ver HUMMER, 2018. Em um contexto *völkische*, ela é preferida ao conceito de família. Assim, a pesquisa acerca da história da família [*Familiengeschichtsforschung*] torna-se "pesquisa de parentesco" [*Sippenforschung*], o livro de família de uma comunidade transforma-se no "livro de parentesco da comunidade". Ademais, não se deve esquecer que, no contexto dos anos 30, a evocação da camaradagem militar que demanda o sacrifício e a ação, constitui tema recorrente do nacional-socialismo. O espírito militar, *soldatisch*, encontra-se encarnado na camaradagem daqueles que combateram nas trincheiras da Grande Guerra. Na conjuração da camaradagem dissolve-se o indivíduo, apagam-se as diferenças sociais. Ela é constitutiva da ordem encarnada no espírito do *Führer*. No parágrafo seguinte ao acima citado, Schmitt afirma: "Todo o direito das corporações, como tal, pressupõe figuras concretas e típicas, surgidas da ordem da situação concreta, e que não são reconhecíveis senão a partir dela. Por exemplo, o soldado corajoso, o funcionário consciente de seu dever, o companheiro honesto, etc. Tais figuras suscitam frequentemente a crítica e a ironia dos juristas normativistas." Para um estudo do mito do parentesco (*Sippe*), ver FrølaNd, 2020. Sebastian Haffner, em seu romance *Histoire d'un Allemand* (HAFFNER, 2004), descreve de modo brilhante esse fenômeno da camaradagem no período de 1914-1933 na Alemanha. A expressão *völkische* significava, dito de modo breve "o espírito de um povo (*Volk*), mas reconciliado e reconduzido a suas determinações raciais e culturais puras,

sendo a cultura apenas a expressão do sangue da raça". Sobre esse tema, ver sobretudo JOUANJAN, 2017, 74, e GROSS, 2000, 58-59.

⁶ Os direitos subjetivos individuais possuem uma dimensão de universalização na medida em que suprimem interdições legais ligadas a um status particular. Tais direitos são impensáveis sob a perspectiva de um pensamento jurídico da ordem concreta.

⁷ A pergunta que aqui se impõe, então, é a seguinte: um povo que vive sem solo, um povo que vive na abstração da lei, a qual comunidade concreta ele pertence? E se ele não pertence a uma ordem concreta, quais são seus direitos frente a ela?

⁸ Para Schmitt, é como se tudo se reduzisse a determinar, segundo o pensamento normativista, se o fato é o caso da hipótese da norma. A questão de saber se há ordem ou desordem, ameaça existencial a um povo ou uma simples troca de mercadoria entre comerciantes, já não é relevante para o pensamento normativista.

⁹ Em *Le Führer protège le droit* (SCHMITT, 2003, 170), ele escreve: "Ora, o direito imanente, que é próprio das ordens vitais e comunitárias, que sustentam o Estado e que se fundam de maneira particular na fé jurada ao Führer, também faz parte de uma coisa comum (*Gemeinwesen*) estruturada e organizada em *Estado, Movimento, Povo*". A alusão aqui é ao título de seu livro intitulado *Staat, Bewegung, Volk*, de 1933.

¹⁰ Não cabe, nos limites deste artigo, analisar a propriedade de atribuir a Hobbes essa noção de um "decisionismo puro".

¹¹ Explicaremos de um modo mais analítico esse movimento na sequência do artigo.

¹² Para uma análise da configuração da ordem concreta, ver JOUANJAN, 2017, 223 e seg. Para um estudo da estetização da política no discurso nazista, ver LACOUÉ-LABARTHE, 1998.

¹³ Em uma carta de abril de 1933, Göbbels escreve a Furtwängler: "A política é, ela também, uma arte, e, talvez, a arte a mais elevada e a mais ampla que existe, e nós, que configuramos (*gestalten*) a política alemã moderna, nós nos sentimos como artistas aos quais foi confiada a mais alta responsabilidade de formar, a partir da massa do povo, a imagem sólida e plena desse povo. A missão da arte e do artista não é apenas de unir. Ela vai muito além. É seu dever criar, configurar, eliminar o que está doente e abrir a via ao que é são [...]. A arte não deve ser somente de qualidade. Ela deve surgir do povo, ou, mais exatamente, apenas uma arte que se extraia do *Volkstum* inteiro pode ser de qualidade ao final das contas e significar alguma coisa para o povo ao qual ela é destinada" (JOUANJAN, 2017).

¹⁴ Um dos propósitos de Schmitt nesse texto consiste em defender a Lei de 3 de julho de 1934 que declarava conforme ao direito as ações de eliminação sumária daqueles considerados como inimigos de Hitler dentro do movimento nacional-

socialista. A denominada *Lei sobre Medidas de legítima defesa do Estado* afirma: "O Governo do Reich decretou a seguinte lei que agora se proclama: Artigo único. As medidas tomadas em 30 de junho, 1 e 2 de julho de 1934 para reprimir complôs contra a segurança do Estado e contra atos de alta traição são legais a título de legítima defesa do Estado." Temos aqui uma instanciação clara das situações concretas a que se aplica o princípio do direito defendido por Schmitt *nullum crimen sine poena*.

¹⁵ Trata-se do *Le Führer protège le droit*.

¹⁶ Tratam-se das palestras proferidas no congresso de Professores da Federação Nacional Socialista dos defensores do direito (*Rechtswahrer*).

¹⁷ Pássaro que coloca seus ovos em ninho alheio para ser cuidado e chocado por outros pássaros.

¹⁸ Trata-se do texto *Fünf Leitprinzipien für die Rechtspraxis*, de 1933. O quinto princípio conclui: O Estado nacional-socialista é um Estado justo (SCHMITT, 2021, 56).

¹⁹ Valemo-nos, neste trabalho, da formulação apresentada na segunda edição da sua *Teoria pura do direito* (KELSEN, 2003).

²⁰ O argumento a partir da posição original como um procedimento teórico para avaliar princípios de justiça é exposto e justificado em RAWLS, 1999, 15-19, 102-168 e em RAWLS, 2001, 80-134.

²¹ "Cada pessoa tem o mesmo direito irrevogável a um esquema plenamente adequado de liberdades fundamentais iguais que seja compatível com o mesmo esquema de liberdade para todos" (RAWLS, 2001, 42).

²² "[A]s desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas condições: [b.1] primeiro, devem estar vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades; e, [b.2] em segundo lugar, têm de beneficiar ao máximo os membros menos favorecidos da sociedade (princípio da diferença)" (RAWLS, 2001, 42-43).

²³ Sobre concepções abrangentes de bem razoáveis, ver RAWLS, 2005, 58-66.

Referências

FRØLAND, C. M. *Understanding Nazi Ideology. The Genesis and Impact of a Political Faith*. Jefferson, North Carolina: McFarland & Company, Inc., 2020.

GROSS, R. *Carl Schmitt et les juifs*. Paris: PUF, 2000.

HAFFNER, S. *Histoire d'un Allemand*. Arles: Actes Sud, 2004.

HART, H. L. A. Positivism and the separation of law and morals. In: *Essays in jurisprudence and philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 1983, 49-87.

HART, H. L. A. *The concept of law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

HUMMER, H. *Visions of Kinship in Medieval Europe*. Oxford: Oxford University Press, 2018.

JOUANJAN, O. *Justifier l'injustifiable. L'ordre du discours nazi*. Paris: PUF, 2017.

JÜNGER, E. *Worker*. Stuttgart: Klett-Cotta, 2002.

KELSEN, H. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LACOUÉ-LABARTHE, P. *La fiction du politique. Heidegger, l'art et la politique*. Paris: Christian Bourgois éd., 1998.

MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law*. New York: Oxford University Press, 2005.

MACCORMICK, Neil. *Institutions of law*. New York: Oxford University Press, 2007.

RAWLS, John. *A theory of justice*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1999.

RAWLS, John. *Justice as fairness: a restatement*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2001.

RAWLS, John. *Political liberalism*. New York: Columbia University Press, 2005.

SCHMITT, C. *Der Weg des deutschen Juristen*. Deutsche Juristen-Zeitung, 1934.

SCHMITT, C. *Les trois types de pensée juridique*, Paris: PUF, 1995.

SCHMITT, C. Sobre os três tipos de pensamento jurídico. In: MACEDO, R. P. *Carl Schmitt e a fundamentação do direito*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

SCHMITT, C. *Völkerrechtliche Grossraumordnung*. In: *Staat, Großraum, Nomos*. Arbeiten aus den Jahren 1916-1969. Berlin: Duncker & Humblot, 1995.

SCHMITT, C. *Le Führer protège le droit, à propos du discours d'Adolf Hitler au Reichstag du 13 juillet 1934*, *Cité*, n. 14, 2003/2.

SCHMITT, C. *Théorie de la Constitution*, Paris: PUF, 1993.

SCHMITT, C. *Le Léviathan dans la doctrine de l'État de Thomas Hobbes*. Paris: Seuil, 2002.

SCHMITT, C. Fünf Leitprinzipien für die Rechtspraxis. In: *Gesammelte Schriften 1933–1936*. Berlin: Duncker & Humblot, 2021.

Received/Recebido: 16/11/2022
Approved/Aprovado: 29/12/2022