

ENTRE A REGRA E EXCEÇÃO: KELSEN E SCHMITT NOS DEBATES SOBRE SOBERANIA E OS DIREITOS DA PESSOA HUMANA

Diogo Valério Félix¹

Gustavo Noronha de Ávila²

Resumo: O presente estudo tem por finalidade apresentar um debate crítico, sobre a concepção da soberania moderna dos Estados-nacionais e sua relação dos direitos da pessoa humana (direitos humanos e direitos de personalidade), acompanhando o debate jusfilosófico e político entre Hans Kelsen e Carl Schmitt. Neste sentido, o artigo apresenta, por intermédio do método hipotético-dedutivo, de um lado, os elementos conceituais para se estabelecer a soberania e legitimidade de um Estado democrático de direito sob a ótica do liberalismo, partir da internacionalização dos direitos da pessoa humana, como chave de interpretação tradicional do contrato social, e, do outro, a hipótese quanto a impossibilidade de se estabelecer tal interpretação em razão da relação entre soberania e exceção que marcam a estrutura jurídica, política e econômica dos Estados nacionais contemporâneos.

Palavras-Chave: República de Weimar; Estado democrático de direito; Estado de exceção; Direitos humanos; e, Direitos de

¹ Doutorando em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá – UNICESUMAR (2019-); Mestre em Ciências Jurídicas, pelo Centro Universitário de Maringá – UNICESUMAR (2012).

² Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2004), Mestrado (2006) e Doutorado (2012) em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado, em Ciência Jurídica do Centro Universitário de Maringá.

personalidade.

Abstract: The present study aims to present a critical debate on the conception of the modern sovereignty of the nation-states and their relation of the rights of the human being, following the philosophical and political debate between Hans Kelsen and Carl Schmitt. In this sense, the article presents, on the one hand, the conceptual elements to establish the sovereignty and legitimacy of a democratic State of law from the standpoint of liberalism, from the internationalization of human rights, as a key to the traditional interpretation of the social contract, and on the other, the impossibility of establishing such an interpretation because of the relationship between sovereignty and exception that marks the legal, political and economic structure of contemporary national states.

Keywords: Republic of Weimar; Democratic state; State of exception; and, Human rights of the person.

Sumário: 1. Introdução; 2. Notas sobre a primeira Guerra Mundial e a República de Weimar; 3. A reação conservadora contra os princípios liberais da constituição de Weimar; 4. O excerto de Kelsen: soberania e normatividade; 5 O excerto de Schmitt: soberania e exceção; 6. Soberania e o Estado-nacional moderno; 7. Considerações conclusivas; 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO



A importância do debate teórico envolvendo Hans Kelsen e Carl Schmitt tem profunda repercussão em nossa atualidade, o qual envolve, a partir de ambos os autores, o controle constitucional, suas justificativas, fundamentos, os mais adequados dispositivos institucionais para garantir-lhe a eficácia – da

Constituição –, como a criação de cortes constitucionais, são a prova quanto a importância da releitura do respectivo debate.

Nesse horizonte, o conceito de soberania apresenta-se como um fio condutor à compreensão do essencial em jogo no debate entre os dois autores, na medida em que os problemas postos hoje pela soberania se equacionam em termos análogos aos que foram empregados por Kelsen e Schmitt, que se tornam de grande atualidade e relevância para a compreensão dos mais importantes impasses da filosofia política e do direito.

Dentro dessa perspectiva, o presente estudo promoverá uma releitura a partir do debate teórico entre Hans Kelsen e Carl Schmitt, e do cenário histórico-cultural em que o mesmo é estabelecido, no sentido de apresentar em que medida o conceito de soberania promove a legitimação do governo dos Estados-nacionais contemporâneos.

Assim, no movimento inicial, antes mesmo de se promover a análise do debate anteriormente mencionado, o estudo se propõe a apresentar o contexto histórico-cultural em que a República de Weimar foi constituída, em especial por conta das consequências do fim da primeira Guerra Mundial, e a imposição do tratado de Versales.

Na sequência, por conta da constituição da República de Weimar, e de seus princípios liberais e democráticos, será apresentada a reação antirrevolucionária do movimento conservador em detrimento da República, em caráter autoritário e ditatorial, entendido, pelos intelectuais que compunham o referido movimento, como uma maneira de responder aos problemas que afetavam Weimar, capaz de oferecer uma opção aos fortes movimentos históricos da daquela década de 1920 e de inspiração monárquica cristã, expondo, assim, todo o cenário em que o debate jusfilosófico e político será travado por Kelsen e Schmitt.

Diante desse contexto, o estudo segue apresentando em que medida o trabalho de Hans Kelsen se coloca dentro do cenário jurídico, político e filosófico de Weimar, no sentido de

reconhecer que a soberania só se torna inteligível segundo categorias jurídicas quando posta em conexão com o Estado e, por essa via, com o ordenamento jurídico, motivo pelo qual, a atuação do poder do Estado fica limitada não só ao ordenamento jurídico, dado que o Estado é a própria personificação do mesmo, mas, também, aos princípios do liberalismo e da democracia.

No intuito de apresentar o argumento diametralmente oposto, que marcou o debate acerca da teoria da constituição, do direito internacional, e da teoria do estado e do direito no contexto de Weimar, o presente estudo apresenta, a partir da obra de Carl Schmitt, que o conceito de soberania não pode ser entendido a partir da regularidade da norma, mas da instabilidade da exceção, razão pela qual a soberania assinala um domínio limítrofe situado entre o ordenamento jurídico e o âmbito não jurídico da política, exigindo, assim, toda uma diretriz decisoinista acerca do elemento jurídico, em oposição à teoria do Estado de Direito de Hans Kelsen, firmando o entendimento schmittiano de que o “soberano é aquele quem decide sobre o estado de exceção”.

O estado de exceção – que pode ser entendido como espécie de estado de sítio ou estado de emergência – constitui um vácuo normativo, que de não deve ser considerado pelo jurista como um pressuposto lógico, mas como situação efetiva que precede a ordem que deve ser criada e garantida para evitar o caos. A decisão sobre o estado de exceção cria, para Schmitt, uma situação média homogênea, uma configuração normal das relações políticas, que é condição efetiva e real de possibilidade para aplicação de normas jurídicas.

Nesse sentido, restando fixadas as condições em que se funda o debate acerca do conceito de soberania no século XX, o estudo se propõe a promover o enfrentamento de tais temas na contemporaneidade, a partir da obra de Giorgio Agamben, demonstrando, a partir da barbárie perpetrada pelo nazismo, cujas consequências se estendem até século XXI, de que somente é

possível pensar o elemento de fundação dos Estados-nacionais (*Civitas*) a partir do paradoxo da exceção, mediante a admissão da violência como fato jurídico primordial, fazendo por revelar a estrutura originária na qual o direito se refere à vida e a inclui em si mesmo através de sua própria suspensão.

Cumpra desde já destacar, que o presente trabalho não tem por finalidade esgotar qualquer dos temas abordados, dada a sua importância e complexidade, e, ainda, por conta das limitações impostas por um artigo dessa natureza. Dentro da problemática apresentada, pretende-se demonstrar a exigência de uma releitura, em termos de teoria da Constituição e teoria do Direito e do Estado, a partir do referencial teórico eleito, do mito de fundação do Estado moderno, não mais pelo mito do contrato social, mas pelo Bando Soberano.

2. NOTAS SOBRE A PRIMEIRA GUERRA MUNDIAL E A REPÚBLICA DE WEIMAR

A referência ao contexto histórico da República de Weimar, em que do debate acerca do “guardião de constituição” foi travado, em especial entre Carl Schmitt e Hans Kelsen, como método analítico, tem por objetivo abrir espaço para a compreensão do constitucionalismo contemporâneo, e a tutela da pessoa humana a partir dos temas substanciais, conceitos e categorias daqueles respectivos autores a partir do cenário histórico, político e jurídico de Weimar.

Tal como proposto por Boron e Gonzáles (2006, p. 148), no que se refere a compreensão da obra de algum autor, o presente estudo parte da ideia matricial de que a referida apreensão depende do esforço de compreender as “circunstâncias e avatares que marcaram seu tempo e sua própria biografia”, o axioma fundamental de suas perspectivas intelectuais com a qual a metodologia do presente estudo compartilha (BUENO, 2017, p. 9).

A percepção é, portanto, que os autores anteriormente

nominados – Schmitt e Kelsen – estiveram imersos em seu continente, e que pensaram a suas tradições e contingências para responder ao espectro da história que os rondava. Os textos de ambos estiveram em constante diálogo com os vários sobressaltos daquelas duas tão intensas décadas de 1920 e 1930, razão suficiente para que o estudo ora desenvolvido priorize a análise de alguns dos mais significativos conceitos e categorias schmittianas e kelsenianas à luz do referencial histórico (BUENO, 2017, p. 9), que marcam as concepções de democracia no século XX.

Tal debate tem como referência a Constituição da então nascente república alemã, dada a existência de um significado simbólico para Weimar ser escolhida para sediar a Assembleia Constituinte, esta era a cidade de Goethe³. A Alemanha tentara fundar um país cuja imagem seria a referida cidade de Goethe. No entanto, como escreve Argemiro Martins (2017, p. 33), “a jovem República se assemelhou mais a obra trágica do que o autor, mais a criação do que o criador, mais a Fausto do que a Goethe”.

É nesse cenário que o debate entre Kelsen e Schmitt ocorre em um contexto de crise, cujos complexos fatores que levaram ao seu colapso político, social e econômico impulsionando os referidos autores a apresentarem respostas diferentes acerca da resolução dos problemas em questão, e que se colocam como paradigmas jurídicos-políticos para as democracias contemporâneas, as quais oscilam entre a regra e a exceção políticas (MARTINS, 2017, p. 34), dada a problematização – de fundo – quanto ao conceito de soberania.

A unificação institucional, econômica e geográfica da Alemanha, ocorrida na virada do século XIX para o século XX, aliada à produção interna, impôs à Alemanha um projeto

³ Johann Wolfgang Von Goethe, nascido em 28 de agosto de 1749, na cidade de Weimar, autor e estadista alemão do Sacro Império Romano-Germânico, uma das principais figuras da literatura alemã e do Romantismo Europeu no século XVIII e início do século XIX.

expansionista, pautado na aquisição de matérias-primas, mercados consumidores e controle de regiões remotas do globo, próprio do período, entendido como império colonial, conforme destaca Hobsbaw (2009, p. 88), dependia, para sua concretização, da realização de alianças políticas e do confronto militar direto com as potenciais colônias a serem conquistadas, apresentando um conflito em termos de direito internacional, o que acabou por encaminhar as maiores potenciais estatais para um conflito de supremacia, em que a afirmação de que a próxima guerra consistiria naquela “guerra para acabar com todas as guerras” (WAGAR, 2004, p. 147), a saber: a primeira guerra mundial.

Como algo sem precedentes ao longo da história, a Primeira Grande Guerra não só foi a primeira a envolver as massas populares, mas, inclusive, todo aparato nacional, envolvendo desde a capacidade industrial, até todas as novas tecnologias desenvolvidas, as quais foram utilizadas com o único objetivo de sobrepujar o outro Estado-nação, destruir o seu exército e o seu povo (SILVA; LOPES, 2017, p. 45).

Destaca-se que a participação de cada Estado-nação na Primeira Guerra Mundial, inicialmente, não estava vinculada a nenhuma premissa ideológica - em termos de princípios e diretrizes políticas de organização do Estado -, mas às desordens no âmbito interno, e às demandas diplomáticas no cenário internacional, de modo que, somente

a partir de 1917, foi possível falar validamente de entrechoque de ideologias. Quando a Rússia, na agonia de uma revolução interna, assinou o Tratado de Brest-Litovsk, retirando-se da guerra, e quando os Estados Unidos entraram ao lado dos aliados ocidentais, o alinhamento tornou-se claro. A partir daí, tornou-se principalmente uma guerra entre as potências marítimas ocidentais, que também eram coloniais e de ideias democráticas, e as potências dinásticas centrais e orientais, que eram impérios continentais e hostis aos ideais de democracia (THOMSON, 1971, p. 58).

Com a derrota eminente da Alemanha, evidenciada cada vez mais perto do fim da guerra, somado ao descontentamento

do povo e do exército alemão, imprimiram uma derrota ideológica. A “nova liberdade”, empunhada pelos Estados Unidos, apresentou uma promessa de liberdade e autodeterminação no lugar do absolutismo e da máquina burocrática, sendo, portanto, reconhecida como uma ideologia superior até então empreendida na Prússia (NEUMANN, 1969, p. 08).

Mary Fulbrook (2012, p. 172) destaca que o descontentamento do povo alemão se acentuava perto do fim da guerra era evidente, que toda a conjuntura social e política teria que mudar, não só por causa a própria atuação dos Estados Unidos, mas, sobretudo, por conta da necessidade das reformas internas na Alemanha para negociar um tratado de paz e da vontade do exército de se esquivar da responsabilidade de uma paz desonrosa.

Até o final de setembro, pareceu oportuno os líderes do Exército transferir o poder a um governo civil que assumisse o opróbrio de aceitar a derrota; as reformas de outubro não foram simplesmente uma “revolução feita a partir de cima”, visto que os partidos parlamentares pressionavam há bastante tempo pelas reformas (FULBROOK, 2012, p. 172).

Após quatro anos de guerra e incontáveis perdas, um armistício fundado nos “quatorze pontos”⁴ do presidente norte-americano Woodrow Wilson fora utilizado como meio para criar uma Sociedade de Nações⁵, com o intuito de evitar uma futura guerra entre nações. Contudo, ao final da primeira grande guerra, o que observou, em especial na França, foi um grande sentimento e desejo de vingança. “O então chamado tratado de Versales divergiu, em muito, da proposta de Wilson, responsabilizando exclusivamente a Alemanha pela guerra, resultando, desta forma, numa série de demandas e condições para humilhar e fraquejar ainda mais os alemães” (SILVA; LOPES, 2017, p. 48).

A chamada revolução de 1918, não foi mais que uma revolução

⁴ Plano para paz mundial pós a Primeira Guerra Mundial, elucidados pelo Presidente dos Estados Unidos da América Woodrow Wilson num discurso, a 8 de janeiro de 1918.

⁵ Conhecida, também, como a Liga das Nações.

política e constitucional, do Império à República, mas – de modo crítico – não conseguiu realizar as mudanças radicais nas estruturas socioeconômicas da Alemanha, nem reformou as elites principais. As instituições do Exército, da burocracia, do judiciário, bem como educacionais e religiosas, mantiveram suas posições de poder e influência – e as usaram para falar e agir principalmente contra a nova República (FULBROOK, 2012, p. 173).

Dentro desse contexto, aliado a uma séria de crises políticas ao longo de toda a Alemanha, bem como diante da eminência de uma greve geral, o Kaiser Guilherme II renunciou ao trono em 09 de novembro de 1918, exilando-se na Holanda. No mesmo dia foi proclamada a República de Weimar, e dois dias depois, o armistício foi assinado.

É de destacar que desde o início da República de Weimar, houve um pessimismo no que se refere ao seu fracasso. Peter Gay (1978, p. 27) destaca que havia uma desordem endêmica na Alemanha, uma fome desesperadora, a desmotivação dos intelectuais, havia um exército a ser trazido de volta e a ser desmobilizado, existiam feridas profundas a serem tratadas, sem tempo para fazê-lo, havia uma constituição a ser escrita e posta em prática, e, sobre todas essas circunstâncias, o Tratado de Versales, aquilo que veio a ferir ainda mais a República de Weimar, na medida em que impunha à Alemanha, toda a responsabilidade pelos danos que os países aliados tinham sofrido com a guerra, conforme prescrição do artigo 231⁶ do respectivo tratado.

Apesar da recusa inicial da Alemanha em assinar o tratado, Peter Gay (1978, p. 30) escreve:

O que poderiam os alemães fazer? Eles recusaram-se a assinar, mas assinaram. Em 12 de maio, o Primeiro Ministro Scheidmann classificou o tratado como inaceitável (...). O peso de assinar o *Diktat*, o *Schandfrieden*, o *Schmachfrieden* – a paz vergonhosa e humilhante – recaiu nos ombros de outros Sociais Democratas e em Erzberg, o mais famoso advogado da paz no

⁶ O artigo 231 do Tratado (a cláusula da 'culpa de guerra') responsabilizou unicamente a Alemanha por todas as 'perdas e danos' sofridas pela Tríplice Entente durante a guerra obrigando-a a pagar uma reparação por tais atos.

Partido Central. Eram homens corajosos, aceitando como sua sina uma responsabilidade política da qual nunca se poderiam libertar. Todos odiaram o Tratado; aqueles que advogaram sua aceitação colocaram seus argumentos na base do realismo – a necessidade da paz, a fome da população alemã, a intransigência dos Aliados.

A anexação de algumas das maiores indústrias alemãs aos países aliados, a perda de territórios, a desmilitarização e limitação das forças armadas, aliadas às demandas excessivamente humilhantes de reparação, acabaram por imprimir um sentimento de desonra, antidemocrático e antirrepublicano no povo alemão, levando, assim, à queda da República de Weimar, e à ascensão do Nacional Socialismo – o Partido Nazista.

3. A REAÇÃO CONSERVADORA CONTRA OS PRINCÍPIOS LIBERAIS DA CONSTITUIÇÃO DE WEIMAR

A respeito da mudança radical do Império para a República, e conseqüentemente, da Monarquia para a Democracia, ocorrida em novembro de 1918, as insatisfações do povo alemão não foram atendidas, na medida em que toda tradição político-cultural talhada pelo período Guilhermino ainda se fazia presente na nova República.

Dentro dessa perspectiva, a República não só enfrentava as inúmeras sequelas resultantes da primeira guerra, no âmbito econômico e social, mas, também, enfrentava uma tradição marcada pelo autoritarismo que se mostrava disposto a combater qualquer mudança que subvertesse seus valores, se mostrando, assim, disposta a pôr fim à República (SILVA; LOPES, 2017, p. 57).

Com um caráter liberal e democrático, a Constituição de Weimar se colocava dignamente junto com as constituições das grandes democracias ocidentais (TENBROCK, 1968, p. 258), na medida em que apresentam características marcantes comuns a todas elas, a saber: a garantia, por parte do Estado, dos direitos

sociais fundamentais a todo ser humano (BERCOVICI, 2003, p. 11), imprimindo, assim, uma nova concepção sobre o constitucionalismo social, do qual boa parte dos Estados europeus, e alguns americanos já se valiam.

A mais célebre destas Constituições, que influenciou as elaboradas posteriormente, foi Constituição de Weimar, de 1919. A Constituição de Weimar foi elaborada sem maiorias claras, em um contexto político cujo equilíbrio era precário e instável. Desta forma, não era uma Constituição homogênea, monolítica, mas uma expressão das relações entre as formas políticas em disputa em 1919. Neste quadro político, de acordo com Dettlev Peutkert, só seriam possíveis duas saídas: uma constituição instrumento de governo, limitando-se em organizar os poderes do Estado, ou uma síntese de conteúdos concorrentes, dentro de um quadro de compromisso deliberadamente pluralista. O julgamento (em geral, negativo) da Constituição de Weimar foi feito pela política posterior a ela. Ainda de acordo com Peutkert, só seria feita justiça em relação à Constituição se fossem levadas em consideração as diferentes possibilidades potencialmente contidas em seu texto e que não puderam se realizar nas condições políticas e econômicas da década de 1920. A Constituição de Weimar era um compromisso politicamente aberto de renovação democrática na Alemanha. O difícil em sua análise não é demonstrar suas incoerências, mas definir qual seria a saída satisfatória no contexto complexo e contraditório de uma sociedade industrial moderna nas condições alemãs do pós-primeira guerra mundial (BERCOVICI, 2003, p. 11-12).

É nesse cenário que as disputas políticas e jurídicas acerca dos destinos da República e da Constituição de Weimar serão travadas não só pelos teóricos e intelectuais alemães, mas, sobretudo, pelos próprios partidos políticos, que, apesar de todas as divergências ideológicas, tinham em comum a condenação do Tratado de Versales como injusto e inaceitável.

As instabilidades republicanadas nos primeiros anos da década de 1920, aliada a resistência às instituições liberais e democráticas, fomentou a formação de uma postura antirrevolucionária em detrimento da República, em caráter autoritário e

ditatorial, o que foi refletido nos trabalhos de cientista políticos e jurídicos, tal como Carl Schmitt, numa tentativa de responder aos problemas que afetavam Weimar, capaz de oferecer uma opção aos fortes movimentos históricos da daquela década de 1920 (BUENO, 2017, p. 81-82), e de inspiração monárquica cristã.

A monarquia representava a verdadeira e virtuosa base normativa da sociedade, que, conectada com a civilização católica, tinha por visão de fundo o objetivo de organizar e estabilizar o poder estatal de maneira ditatorial, o que, segundo Schmitt, em recepção da obra de Donoso Cortés, já teriam sido demonstrado, em razão das monarquias cristãs, em vários casos, terem um expressão política realmente estável, dado o êxito em relação ao exercício da benevolência e da pacificação dos tormentosos movimentos sociais (BUENO, 2017, p. 86).

O constitucionalismo liberal e democrático, combatido pelo conservadorismo autoritário alemão, teria por projeto promover a paralização da monarquia por meio da instituição do Parlamento, sem, contudo, remover o monarca de seu trono (SCHMITT, 1996, p. 125).

A concentração de poderes no Parlamento era, conjuntamente com o poder deste em fiscalizar os atos do Poder Executivo e do reconhecimento dos direitos contra o Estado, o tripé sobre o qual se assentava o conceito de constitucionalismo liberal. Na visão de Donoso Cortés, compartilhada por Schmitt, esta estrutura fomenta as instabilidades políticas e, por conseguintes, os movimentos revolucionários, portanto, atribuídos pelo espanhol em grande parte, a uma teoria liberal que era em absoluto incapaz de indicar o inimigo e, por fim, se decidir por seu eficaz enfrentamento (BUENO, 2017, p. 87).

Dentro dessa concepção, a tradição conservadora e autoritária da política alemã, compreende que o liberalismo seria incapaz de enfrentar os grandes desafios que a Alemanha passava naquele momento (década de 1920). Assim, República de Weimar, destituída da percepção dos valores ínsitos ao processo de centralização dos poderes, desarticulava o poder do monarca dissolvendo-o no Parlamento em múltiplas faces e jogos de

interesses alheios aos interesses do Estado. O liberalismo, juntamente com a democracia, eram as estruturas que mereceriam todas as críticas do conservadorismo, enquanto este se colocava como modelo político elogiável na concentração de poderes na figura do soberano, monarca ou não, mas preservando o modelo de amplos poderes, tal como propõe Schmitt (BUENO, p. 87).

Nesse cenário, a ação contrarrevolucionária do conservadorismo alemão, associado a ideia da ineficiência do espírito de libertação da Revolução Francesa no século XVIII, acabaram por imprimir a concepção de que – em razão das diversas crises e dificuldades que a Alemanha passava na década de 1920 – o mais importante era que as decisões fossem tomadas do que a maneira *como* elas são tomadas (SCHMITT, 1996, p. 123) formando, assim, de maneira conexas, o conceito de decisão e ditadura (SCHMITT, 1996, p. 121).

É de se destacar, ainda, no que se refere à crítica do anti-liberalismo, que a matriz estrutural se consolida a partir na noção conflitiva do político, cuja imagem é o dualismo *amigo-inimigo*, proposto por Schmitt em *Der Begriff des Politischen*⁷, ocasião em que direciona a crítica ao Estado e ao constitucionalismo liberal, na medida em que este pretende refutar o antipolítico localizado, para Schmitt, no liberalismo (HERZOG-MARQUES, 1996, 151). Assim, liberalismo e democracia, não se apresentam como termos sinônimos, mas como conceitos estrategicamente aproximados a fim de tornar possível a crítica à República de Weimar, no sentido de que apontar que a mesma, a partir de sua constituição liberal, não se mostra capaz de resolver, concretamente, os problemas políticos, sociais e econômicos da Alemanha (BUENO, 2014, p. 135).

Segundo Schmitt, a associação que, no século XIX, pela via do parlamentarismo e da oposição às monarquias absolutas, teria se estabelecido entre democracia e liberalismo, não seria necessária. Pelo contrário, a emergência da democracia de massa tornaria evidente a natureza circunstancial dessa aproximação

⁷ O conceito do Político.

e estaria conduzindo à crise da ordem liberal-parlamentar. (...) Schmitt pensa a antítese entre liberalismo e democracia a partir do contraste – na verdade, um autêntico antagonismo – entre natureza política das ideias democráticas e a recusa do político no pensamento liberal (FERREIRA, 2004, p. 197).

Essa objeção de Schmitt ao liberalismo se dá pelas pretensões desse último de despolitização da vida social e fortalecimento de mecanismos institucionais de mediação que não tinham nenhuma efetividade concreta em termos políticos (RAMIRES; BELTRAM, 2017, p. 110), e, ainda, “estruturas de mercado que, por trás, tinham os atores judeus à formata-las” (BUENO, 2014, p. 137).

No fundo, a Alemanha, segundo Schmitt, precisava se afastar de uma concepção de Estado fundada no relativismo liberal, apontando como o caminho correto a seguir no contexto cultural e jurídico de Weimar (BUENO, 2014, p. 138) – em que um dos representantes em maior destaque era Hans Kelsen – na medida em que o respectivo relativismo não passaria de uma perversa ação política impedindo o reconhecimento da identidade entre governo e sociedade (RAMIRES; BELTRAM, 2017, p. 110), ou, conforme as palavras de Schmitt, a separação ou dualismo entre estado e sociedade (SCHMITT, 1996b).

A democracia, escreve Schmitt, deverá abolir todas as distinções, todas as despolitizações típicas do século XIX liberal, e ao apagar a oposição entre Estado-sociedade (o político oposto ao social) fará também desaparecer as contraposições e as separações que correspondem à situação do século XIX (SCHMITT, 1992, p. 47). Tal concepção encontra sentido na medida em que o conceito do político, para Schmitt, é entendido como o território do conflito, não sendo, assim, possível imaginar uma harmonização feita através da discussão parlamentar (SCHMITT, 1996, p. 125). Assim, com a concepção da democracia moderna, em que se encontram o parlamento alemão da República de Weimar, houve a transformação da discussão pública, argumentativa, numa simples formalidade vazia. No

entender do pensador alemão ora debatido, um governo da discussão e um estado que garante direitos fazem parte de um universo intelectual do liberalismo e não da democracia (SCHMITT, 1996, p. 10).

É nesse sentido que o liberalismo, ao alcançar o poder, aspira uma fusão com o conceito de democracia e modifica-se no sentido de afastar do político a imagem contingente, propondo a necessidade e possibilidade de construção de um contexto pacífico de existência social, de um governo das leis e não dos homens, princípios estes que orientavam a nova República de Weimar (RAMIRES; BELTRAM, 2017, p. 111).

Na concepção de Schmitt (1992, p. 88),

o liberalismo decerto não negou radicalmente o Estado, mas por outro lado também não encontrou nenhuma teoria positiva do Estado e nenhuma reforma própria do Estado, mas procurou, isto sim, prender o político ao ético e subordiná-lo ao econômico; ele criou uma doutrina da divisão e do equilíbrio dos 'poderes', isto é, um sistema de obstáculos e controles do Estado que não se pode designar como teoria do Estado ou princípio de construção o político.

Nesse horizonte de perspectiva schmittiana, o liberalismo ambiciona uma supremacia do seu individualismo sobre o político, deseja uma desconstrução do público, passando esse último a ser representado por sua imagem institucionalizada apenas. Então, no período weimariano, Schmitt objetiva construir sua reflexão a partir da aceitável noção de ditadura comissária, uma figura justificável político-juridicamente, que nos remete ao modelo da magistratura em Roma, dada a natureza de governo de crise, significa dizer que o ditador comissário teria de aparecer em situações de crise da ordem ou de potencial abalo a estabilidade política (RAMIRES; BELTRAM, 2017, p. 117).

É dentro desse contexto histórico-filosófico que a reação conservadora aos princípios liberais e democráticos que orientavam a nova república de Weimar, cujo expoente se afigura na tese de Schmitt, defendendo a ditadura comissarial como melhor arquétipo a sepultamento da ideia de limites ao poder

soberano e a divisão de poderes do pensamento liberal, como forma política da democracia.

4. O EXCERTO DE Kelsen: SOBERANIA E NORMATIVIDADE

Como delineado ao tempo da introdução do presente estudo, a matriz compreensiva do debate envolvendo Hans Kelsen e Carl Schmitt toma por horizonte o conceito de soberania, que, especialmente para Kelsen, somente pode ser compreendido a partir da regularidade da norma.

Em seu trabalho intitulado *O Problema da Soberania e a Teoria do Direito Internacional. Contribuição para uma Doutrina Pura do Direito*, publicado em 1920, dois anos após a instituição da Constituição de Weimar, Kelsen reconhece que na soberania um dos conceitos mais difíceis e controversos da doutrina moderna do direito público. Contudo, o fenômeno da soberania só se torna inteligível segundo categorias jurídicas quando posto em conexão com o Estado e, por essa via, com o ordenamento jurídico. Trata-se de reconhecer a necessidade de determinação de seu conteúdo de verdade (GIACOIA, 2017, p. 163).

Por isso, segundo as palavras de Kelsen (2002, p. 02), no fundo é uma ideia errada aquela de eliminar em geral o conceito de soberania da moderna doutrina do direito e do Estado somente porque um dos seus muitos significados – que sem nenhuma fundamentação profunda é retido como o único justo, como ‘autêntico’, *in genere* aquele de poder absoluto e ilimitado do Estado – não se concilia com a moderna concepção do Estado de direito.

A respeito do conceito de soberania, Kelsen escreve que nenhum outro conceito

Ofereceu cobertura teórica para postulados supremamente práticos, de modo que justamente sua história pode fornecer o exemplo clássico seja anarquismo metódico que ameaça a ciência jurídica em seu caráter teórico, seja, sobretudo, daquela

funestra mistura entre a consideração político-moral e jurídica, mas também entre a consideração jurídica e a sociológico-política (KELSEN, 2002, p. 01).

Portando, para um tratamento adequado e consistente – científico – do conceito de soberania consiste em aplicar-lhe o preceito metodológico da purificação, ou seja, tratá-lo como um conceito inserido no âmbito normativo do direito, regrado pela noção de dever-se e pela categoria da imputação, inenso, portanto, ao âmbito do ser, bem como do princípio da causalidade natural, “liquidando o anarquismo metodológico produzido, no campo da ciência jurídica, pela instabilidade semântica das definições de soberania” (GIACOIA, 2017, p. 164).

Como consequência desse programa metodológico rigoroso, impõe-se definir soberania em relação inextrincável com o conceito de norma, de tal modo que a soberania é somente a norma suprema, ou um conjunto de normas cuja validade não é logicamente derivada de nenhuma norma, ou conjunto de normas, anteriormente pressupostos – sendo anteriormente lógica. Soberania é, portanto, em termos rigorosos, uma designação metafórica para denotar uma propriedade lógica das normas, ou antes, de um sistema de normas sistematicamente unificado como ordenamento jurídico, que tem propriedade de não ser ulterior derivável, ou seja, cuja validade não pode ser logicamente dedutível de nenhuma outra norma que lhe sirva de fundamento (GIACOIA, 2017, p. 164).

Nesse sentido, “o Estado soberano é um ordenamento supremo, que não deriva de nenhum outro ordenamento superior o que é pressuposto como supremo” (KELSEN, 2002, p. 09). Assim, Kelsen concebe o conceito de soberania como algo tomado como uma propriedade do próprio sistema jurídico, na medida em que este encontra-se ligada a uma única norma fundamental. A unidade, a exclusividade e a independência, correspondem, portanto, a condições jurídicas e não políticas. Logo, soberania se coloca na qualidade ideal do direito, convertendo a teoria da soberania na teoria da identidade do sistema jurídico derivado da norma fundamental (GUMPLOVÁ, 2017, p. 151).

Assim, o conceito de soberania de talhado por Kelsen,

passa pela tese da identidade e da assertiva de que o Estado pode ser soberano apenas na medida em que se coloca como representação do sistema jurídico, tendo, desta forma, absoluta independência normativa.

Segundo as lições de Kelsen (2002, p. 13),

ordenamento jurídico soberano é aquele que não está ‘contido’ em nenhum outro porque não pode ser derivado de nenhum outro; em outros termos, soberano é unicamente o ordenamento total que reúne todos os outros como ordenamentos parciais, é o Estado como conceito jurídico somente se coincide com o ordenamento jurídico total. Somente se reconhecemos a soberania como qualidade do Estado definido pelo ordenamento jurídico, pode ter um sentido a tentativa, feita precisamos do lado jurídico da teoria do estado, de interpretar a soberania como conceito jurídico.

Desse modo, a reflexão de Kelsen indica que a soberania dos ordenamentos jurídicos nacionais é absorvida e diluída normativamente no direito público internacional e no ordenamento jurídico global, motivo pelo qual, conforme aponta Oswaldo Giacoia Júnior (2017, p. 165), somente quando satisfeitas as condições de normatividade, o conceito de soberania teria lugar numa teoria pura do direito, numa ciência jurídico-normativa depurada de todo elemento espúrio advindo das ideologias morais ou políticas, ou da racionalidade própria das ciências da natureza ou das ciências sociais empíricas.

5. O EXCERTO DE SCHMITT: SOBERANIA E EXCEÇÃO

De maneira absolutamente inversa, no extremo teórico oposto, Schmitt destaca que o conceito de soberania não pode ser entendido a partir da regularidade da norma, mas da instabilidade da exceção, e, portando, dentro do âmbito real da natureza e da política.

Dentro dessa perspectiva, para Schmitt, a soberania assinala um domínio limítrofe situado entre o ordenamento jurídico e o âmbito não jurídico da política. E, como escreve Oswaldo

Giacoaia Júnior (2017, p. 165), “por constituir essa fronteira evanescente, ele conserva um elemento fundamental pelo que faz-se acessível à racionalidade jurídica e, em verdade, só adequadamente acessível a ela, pois que constitui a essência do jurídico – o elemento decisão”.

A exceção é o insubsumível. Ela se subtrai à apreensão sob o universal, mas ao mesmo tempo manifesta com absoluta pureza um elemento formal especificamente jurídico, a decisão. Na sua forma absoluta, o caso de exceção se verifica somente quando se deve criar a situação na qual normas jurídicas podem ter eficácia. Toda norma universal requer uma configuração (*Gestaltung*) normal de relações de vida sobre as quais ela deve encontrar aplicação sob a forma de fato típico, que ela submete à própria regulação normativa. A norma necessita de uma situação normal média homogenia. Essa normalidade de fato não é um simples pressuposto que o jurista pode ignorar; ela diz respeito, aliás, diretamente à sua eficácia imanente. Não existe nenhuma norma que seja aplicável ao caos. Primeiro se deve estabelecer a ordem: só então faz sentido o ordenamento jurídico. É preciso criar uma situação normal, e o soberano é aquele que decide de modo definitivo se este estado de normalidade reina de fato. Todo direito é direito aplicável a uma situação (*Situationrech*). O soberano cria e garante a situação como um todo na sua integridade (SCHMITT, *apud* GIACOAIA, 2017, p. 165-166).

A ideia traça na citação acima transcrita, apresenta, com propriedade, o resumo de toda diretriz teórica acerca do decisionismo jurídico de Carl Schmitt, e, conseqüentemente, sua oposição à teoria do Estado de Direito de Hans Kelsen, firmando o entendimento de que o “soberano é aquele quem decide sobre o estado de exceção”, ou seja, aquele a quem o ordenamento jurídico confere a prerrogativa de decidir sobre a suspensão total ou parcial dos direitos e garantias individuais e as liberdades públicas.

Nesse sentido, o estado de exceção – sinônimo de estado de sítio ou estado de emergência – constitui um vácuo normativo, que de não deve, segundo as lições de Oswaldo Giacoia (2017, p. 166), ser considerado pelo jurista como um pressuposto lógico, mas como situação efetiva que precede a ordem

que deve ser criada e garantida para evitar o caos. A decisão sobre o estado de exceção cria, para Schmitt, aquela situação média homogênea, aquela configuração normal das relações políticas, que é condição efetiva e real de possibilidade para aplicação de normas jurídicas.

O estado de exceção é instaurado, em sua estrutura paradoxal, tendo em vista que a ordem é criada sem qualquer vinculação com o direito, na aplicação da constituição pela sua desaplicação, ou seja, suspendendo a eficácia de suas próprias garantias, no todo em parte, permanecendo válidas, contudo sem qualquer validade ou eficácia, motivo pelo qual a essência da soberania se revela somente na exceção, tendo em vista que o soberano é aquele que se está, ao mesmo tempo, dentro e fora do ordenamento jurídico. Na situação normal decide conforme a ordem jurídica, e na situação excepcional, decide desligado dela, pois, dada a inexistência - na condição excepcional - de situação média homogênea, não haveria a possibilidade de aplicação do ordenamento jurídico. Assim, o soberano, suspendendo e desligando-se da ordem jurídica, age, decide, no sentido de atribuir normalidade à situação, e, assim, restituir a validade e eficácia da completude da ordem jurídica.

O estado de exceção (GIACOIA, 2017, p. 166) situa-se na extremidade do ordenamento jurídico, é o que torna inteligível a essência da normalidade e do jurídico, pois que a soberania como suprema *potestas* não se define pelo monopólio da forma, mas pelo monopólio da *decisão*, o que constitui a essência do jurídico.

Nisto reside a essência da soberania estatal, que, portanto, não deve ser propriamente definida como monopólio da sanção ou do poder, mas como monopólio da decisão, onde o termo decisão é usado como um sentido geral. O caso de exceção torna evidente do modo mais claro a essência da autoridade estatal. Aqui a decisão se distingue da norma jurídica e (para formular um paradoxo) a autoridade demonstra que não necessita do direito para criar direito (...). A decisão é mais importante do que o caso normal. Este último nada prova, a exceção prova tudo;

ela não só conforma a regra: a regra só vive da exceção (SCHMITT, 1996, p. 22).

A tese da soberania e do estado de exceção de Carl Schmitt, exposta em seu trabalho intitulado *A Teologia Política*, foi publicada no mesmo ano de 1920, em que Kelsen publica seu trabalho *O Problema da Soberania e a Teoria do Direito Internacional. Contribuição para uma Doutrina Pura do Direito*, os quais irão delinear o debate sobre o direito constitucional, o direito internacional, a teoria do direito e o estado, tornando possível não só uma compreensão do desenvolvimento jurídico, filosófico e político do início da República de Weimar, mas, em especial, dos principais problemas contemporâneos ligados à questão dos direitos da pessoa humana e os estados democráticos liberais, que configuram historicamente as soberanias nacionais.

6. SOBERANIA E O MODERNO ESTADO-NACIONAL

Toda a problemática formatada pela teoria da soberania, está ligada ao fenômeno histórico do surgimento dos estados liberais, configurados, segundo Oswaldo Giacoia Júnior (2017, p. 167), como soberanias nacionais, ao constitucionalismo fundado nas declarações fundamentais dos direitos do homem e do cidadão, promovendo, assim, uma reconfiguração da soberania moderna, razão pela qual são esses direitos que foram positivados nos ordenamentos jurídicos dos modernos estados de direito, em especial, após o movimento revolucionários das *Luzes* no final do século XVIII.

Nesse contexto histórico, jurídico e filosófico, a Declaração de Direitos da Virgínia de 1776, prescreveu em seu artigo III,

que o governo é instituído, ou deveria sê-lo, para proveito comum, proteção e segurança do povo, nação ou comunidade; que de todas as formas e modos de governo esta é a melhor, a mais capaz de produzir maior felicidade e segurança, e a que está mais eficazmente assegurada contra o perigo de um mau

governo; e que se um governo se mostra inadequado ou é contrário a tais princípios, a maioria da comunidade tem o direito indiscutível, inalienável e irrevogável de reformá-lo, alterá-lo ou aboli-lo da maneira considerada mais condizente com o bem público.

Dentro dessa mesma perspectiva, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, promulgada em 1793, prescreve, em seu artigo segundo, que “a finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão”.

Essa mesma concepção é corroborada pelo documento que “constitui talvez a expressão mais radical do entendimento moderno de política e soberania: a Declaração dos direitos do homem e do Cidadão da Constituição Francesa de 24 de julho de 1793” (GIACOIA, 2017, p. 168). Na referida declaração de direitos, em seus artigos primeiro e segundo, há a prescrição de que “o objetivo da sociedade é a felicidade comum. O governo é instituído para garantir ao homem o usufruto dos seus direitos naturais e imprescritíveis. Esses direitos são a igualdade, a liberdade, a segurança e a propriedade”.

É nesse horizonte que o surgimento do moderno estado de democrático de direito, agora fundado na natureza humana como fonte de direitos fundamentais e inalienáveis, prerrogativas éticas e jurídicas universais, cuja validade se sobrepõe aos ordenamentos empíricos, que, com efeito, teriam a função precípua justamente de assegurá-los e torna-los efetivos (GIACOIA, 2017, p. 168).

Na base desse modelo, situa-se a forma tipicamente jusnaturalista de inteligibilidade da sociedade política e do Estado fundado na teoria clássica do contrato social. Sendo assim, dependendo da posição teórica e metodológica que é tomada no confronto entre Kelsen e Schmitt pode-se interpretar diferentemente o fundamento da ordem política e do Estado, o contrato originário, seja privilegiando o elemento da razão ou o elemento da vontade. Num caso, teríamos como consequência uma disputa entre direito e força, direito e violência, e,

consequentemente um entendimento positivo dos direitos humanos como garantia de liberdade, isonomia e dignidade pessoal. Noutro caso, o do predomínio do elemento voluntarista, teríamos uma interpretação complementemente distinta tanto dos fundamentos da sociedade, do direito e do Estado, quanto da função histórico-política dos direitos humanos (GIACOIA, 2017, p. 168).

Nessas condições, uma interpretação racionalista do contrato social como fundamento da soberania da política, encontra na obra de Kelsen uma importância ímpar à concepção positivista – científica – do direito, na medida em que é graças ao jusfilósofo de Viena que

a teoria do direito natural foi banida do pensamento jurídico contemporâneo, não se podendo conceber qualquer ordem jurídica concorrente em relação à do direito positivo, o único direito efetivamente existente. A ideia de direito natural permanece viva apenas no plano jusfilosófico, confundindo-se com a noção de justiça. Hoje a teoria do direito natural apresenta importância apenas retórica, servindo unicamente para criticar e propor mudanças nas normas de direito positivo, e não para negar sua validade, como ocorria na Antiguidade, no medievo e na modernidade. (MATOS, 2006, p. 09-29).

Desde o prefácio da primeira edição da *Teoria Pura do Direito*, Kelsen (1999, pg. VII) esclarece que sua pretensão é desenvolver uma teoria jurídica livre de toda a ideologia política e de todos os elementos de ciência natural, uma teoria jurídica consciente de sua especificidade porque consciente da legalidade do seu objeto, aproximando tanto quanto possível os seus resultados do ideal de toda a ciência: objetividade e exatidão.

É preciso esclarecer, que uma leitura desatenta da *Teoria Pura do Direito*, divorciada das bases epistemológicas e das condições sócio-políticas fixadas por Kelsen, pode levar a interpretações equivocadas quanto à pretensão e consequências da obra do autor de Viena. Muito embora o projeto de epistemologia jurídica é apresentado na *Teoria Pura do Direito*, a ciência do direito não pode ser dissociada das condições políticas em que o mesmo é concebido e aplicado, de tal modo que a proposta

teórica apresentada no respectivo texto exige uma conjugação com o texto *A Democracia*, não só para uma compreensão do propósito teórico de Kelsen quanto à ciência do direito, mas, em especial, para o objeto de estudo do presente trabalho.

Ao discorrer sobre a validade normativa, Kelsen (1999, p. 146) destaca que

As normas de uma ordem jurídica valem enquanto a sua validade não termina, de acordo com os preceitos dessa ordem jurídica. Na medida em que uma ordem jurídica regula a sua própria criação e aplicação, ela determina o começo e o fim da validade das normas jurídicas que a integram. As constituições escritas contêm em regra determinações especiais relativas ao processo através do qual, e através do qual somente, podem ser modificadas. O princípio de que a norma de uma ordem jurídica é válida até a sua validade terminar por um modo determinado através desta mesma ordem jurídica, ou até ser substituída pela validade de uma outra norma desta ordem jurídica, é o princípio da legitimidade.

Neste sentido, a legitimidade é apresentada, na *Teoria Pura do Direito*, como princípio que estabelece as condições para a aferição da validade normativa. Uma norma jurídica será válida e eficaz se estiver de acordo com a Constituição – em seu sentido lógico-jurídico –, ou seja, se for legítima.

Kelsen apresenta uma limitação importante ao princípio em questão, destacando que o mesmo não encontra nenhuma aplicação em caso de revolução ou de golpe de estado, ambos entendidos como toda e qualquer modificação ilegítima da Constituição, isto é, toda modificação da Constituição, ou a sua substituição por uma outra, não operadas segundo as determinações da mesma Constituição (KELSEN, 1999, p. 146). É de se destacar que a referência de Kelsen à Constituição, e de sua alteração, diz respeito às condições jurídico-políticas da constituição do corpo político e sua mediação pela norma fundamental⁸,

⁸ Kelsen descreve a norma fundamental como um “puro” dever ser dito dinâmico, já que vazio de conteúdo. Trata-se, em linhas gerais, de uma norma que somente “pode fornecer o fundamento de validade, mas não o seu conteúdo de validade das normas sobre ela fundadas” (KELSEN, 2006, p. 219). Kelsen, ainda, sintetiza a norma

a qual vincula, em termos jurídicos, a validade normativa e as condições de legitimação do governo⁹.

Assim, a modificação da Constituição corresponde a modificação da norma fundamental de uma ordem jurídica estadual, pois é a norma fundamental (*pacta sunt servanda*) quem funda a ordem social, e, portanto, a ordem jurídica. O termo *Constituição* empregado por Kelsen, diz respeito à constituição do corpo político, o que inclui a sua forma política e o seu governo.

Segundo Kelsen, a Constituição, legítima e eficaz, só permitirá considerar como autoridade jurídica um parlamento eleito pelo povo. De acordo com a norma fundamental de uma ordem jurídica estadual o governo efetivo, que, com base numa Constituição eficaz, estabelece normas gerais e individuais eficazes, é o governo legítimo do Estado. Uma Constituição é eficaz se as normas postas de conformidade com ela são, globalmente e em regra, aplicadas e observadas (KELSEN, 1999, p. 147).

O Estado, que concentra em si a personificação da ordem jurídica, apresenta-se como Estado de Direito, pois somente é possível falar em Estado na medida em que os direitos e deveres a ele atribuídos são estatuídos pela mesma ordem jurídica que representa e personifica. Esta atribuição ao Estado, isto é, a referência à unidade de uma ordem jurídica e a personificação desta mesma ordem, daí mesmo resultante, é, como importa sempre acentuar, uma operação mental, um instrumento auxiliar do conhecimento. O que existe como objeto do conhecimento é apenas o Direito (KELSEN, 1999, p. 218).

Se o Estado é reconhecido como uma ordem jurídica, se todo Estado é um Estado de Direito, esta expressão representa um pleonasma. Porém, ela é efetivamente utilizada para designar

fundamental (*Grundnorm*) segundo a máxima, dirigida a partir da ordenação dos Estados nacionais, de que “devemos nos conduzir como a constituição prescreve” (KELSEN, 2006, p. 225).

⁹ Kelsen entende o governo como a capacidade jurídica de criação de normas individuais e gerais na ordem jurídica.

um tipo especial de Estado, a saber, aquele que satisfaz aos requisitos da democracia e da segurança jurídica. “Estado de Direito” neste sentido específico é uma ordem jurídica relativamente centralizada segundo a qual a jurisdição e a administração estão vinculadas às leis - isto é, às normas gerais que são estabelecidas por um parlamento eleito pelo povo, com ou sem a intervenção de um chefe de Estado que se encontra à testa do governo os membros do governo são responsáveis pelos seus atos, os tribunais são independentes e certas liberdades dos cidadãos, particularmente a liberdade de crença e de consciência e a liberdade da expressão do pensamento, são garantidas (KELSEN, 1999, p. 218).

O governo legítimo, ou seja, a validade e legitimidade das normas jurídicas criadas pelo Estado – como representação e personificação da ordem jurídica – se constitui mediante a satisfação das exigências da democracia e da segurança jurídica, exigindo, metodologicamente, a superação do dualismo entre Estado e Direito, a fim de se construir uma legítima teoria geral do direito fundada em um positivismo jurídico coerente. O Direito, precisamente como o Estado, não pode ser concebido senão como uma ordem coerciva de conduta humana - com o que nada se afirma sobre o seu valor moral ou de Justiça. E, então, o Estado pode ser juridicamente apreendido como sendo o próprio Direito - nada mais, nada menos. Esta superação metodológico-crítica do dualismo Estado-Direito é, ao mesmo tempo, a aniquilação impiedosa de uma das mais eficientes ideologias da legitimidade. Daí a resistência apaixonada que a teoria tradicional do Estado e do Direito opõe à tese da identidade dos dois, fundamentada pela *Teoria Pura do Direito* (KELSEN, 1999, p. 223).

Tais pressupostos, já traçados desde a *Teoria Pura do Direito*, impedem toda e qualquer tentativa de vinculação de Kelsen ao regime nazista, ou, ainda, a qualquer regime autocrático e totalitário, revelando a falácia do argumento *reductio ad hitlerum*, se apresentando como o resultado de uma leitura desatenta e descompromissada da obra do professor de Viena.

Em *A Democracia*, Kelsen reafirma os pressupostos

democráticos quanto à legitimidade do governo. Ao definir a democracia como um governo do povo – participação dos governados no governo –, ou seja, na participação da criação e aplicação das regras gerais e individuais da ordem social que constitui a comunidade, sendo este o critério essencial da democracia, Kelsen destaca esta não se define pelo conteúdo da ordem jurídica, mas ao processo em que esta ordem é constituída (KELSEN, 2000, p. 142).

O método de criação da ordem é sempre regido pela própria ordem, desde que a mesma seja uma ordem jurídica. Pois é característico do direito o fato de ele reger sua própria criação e aplicação. Sem dúvida, o moderno conceito de democracia, que prevalece na civilização ocidental não é exatamente idêntico ao conceito original da Antiguidade, na medida em que este foi modificado pelo liberalismo político cuja tendência é restringir o poder do governo no interesse da liberdade do indivíduo. Sob essa influência, a garantia de certas liberdades intelectuais, em especial a liberdade de consciência foi incluído no conceito de democracia, de tal modo que uma ordem social que não contenha tal garantia não seria considerada democrática mesmo que seu processo de criação e aplicação garantisse a participação dos governados no governo (KELSEN, 2000, p. 142-143).

A posição de Kelsen é absolutamente clara no sentido de definir a democracia não só em uma perspectiva formal – como o governo *do* povo –, mas, também, em uma perspectiva substancial, de um certo tipo ideal de conteúdo (ainda que secundário) que define conceitualmente a democracia como um sistema político através do qual uma ordem social é criada pelos que estão sujeitos à ordem, de tal modo que a liberdade política, no sentido de autodeterminação, esteja assegurada, e, necessariamente, em qualquer lugar e circunstância, a democracia estará a serviço desse ideal de liberdade política (KELSEN, 2000, 144).

Ao promover a definição de liberdade política como ideal da democracia, Kelsen o faz a partir do princípio da autodeterminação, destacando que

O problema da liberdade política é: como é possível estar

sujeito a uma ordem social e permanecer livre? [...] um sujeito é politicamente livre na medida em que sua vontade individual está em harmonia com a vontade “coletiva” (ou “geral”) expressa na ordem social. Tal harmonia da vontade “coletiva” com a vontade individual é garantida apenas se a ordem social for criada pelos indivíduos cuja conduta ela regula. Ordem social significa determinação da vontade do indivíduo. A liberdade política, isto é, a liberdade sob a ordem social, é a auto-determinação do indivíduo por meio da participação na criação da ordem social. A liberdade política é liberdade, e liberdade é autonomia (KELSEN, 2005, p. 408).

Se em uma tal conjuntura a liberdade política (na sua acepção mais ampla) não for atendida, se em um caso concreto a ordem social criada não atenda ao ideal da liberdade, das liberdades públicas e individuais, significa que a democracia foi abandonada (KELSEN, 2000, 144), motivo pelo qual um governo, e, conseqüentemente, a ordem social, somente poderá ser consideradas legítima se atendidas as exigências da democracia, a saber: a constituição de um governo do povo, e da garantia da liberdade política (na sua concepção mais ampla).

Observa-se que desde obra de Kelsen a ideia da legitimidade do governo e da ordem social se apresenta como uma pauta do liberalismo, na medida em que o autor pontua que a vontade da comunidade, numa democracia, é sempre criada através da discussão contínua entre maioria e minoria, através da livre consideração dos argumentos a favor e contra certa regulação de uma matéria, a qual não fica restrita ao âmbito do parlamento, mas está permeada em todo o *locus* social e veículos de opinião. Uma democracia sem opinião pública é uma contradição em termos. Uma vez que “a opinião pública somente pode surgir onde são garantidas a liberdade intelectual, a liberdade de expressão, imprensa e religião, a democracia coincide com o liberalismo político, embora não necessariamente com o econômico” (KELSEN, 2005, p. 412).

Contudo, em que pese o esforço de Kelsen, o século XX demonstrou a impossibilidade de compreender e explicar, com

auxílio de categorias tradicionais da filosofia política e da racionalidade jurídica ocidental, os conceitos de soberania e Estado de Direito, em razão da barbárie perpetrada pelo nazismo.

Em razão das consequências e do próprio cenário deixado pela segunda guerra mundial, Hannah Arendt (2012, p. 406) já indicava que o homem do século XX tornou-se tão emancipado da natureza, quanto o homem do século XVIII se emancipou da história, de modo que, tanto uma, quanto a outra, ou seja, a natureza e a história, tornaram-se alheias ao homem, no sentido de que sua condição natural – como elemento metajurídico – não pode ser compreendida como elemento fundacional das modernas declarações de direitos, concluindo pelo “fim dos direitos do homem”.

A concepção dos direitos do homem baseada na suposta existência de um ser humano como tal, caiu em ruínas tão logo aqueles que a professavam encontraram-se pela primeira vez diante de homens que haviam perdido toda e qualquer qualidade e relação específica - exceto a puro fato de serem humanos (ARENDR, 1994, p. 299).

Esse paradoxo apresentado por Arendt a saber: o da existência de serem humanos sem direitos humanos, formulado pela autora a partir da análise dos deslocados de guerra, encontra uma significação singular à temática em questão, na medida em que apresenta uma conexão íntima e necessária entre os destinos dos direitos humanos ao moderno Estado-nação (AGAMBEN, 2002, p. 133).

Agamben destaca que no sistema do moderno Estado-nação, os ditos direitos sagrados e inalienáveis do homem mostram-se desprovidos de qualquer tutela e de qualquer realidade no mesmo instante em que não seja possível configurá-los como direitos dos cidadãos de um Estado (AGAMBEN, 2002, p. 133), desvelando o paradoxo indicado por Arendt quanto a exigência da uma condição política – a cidadania – para a efetiva tutela dos respectivos direitos.

Em razão dessa ambiguidade, Agamben (2002, p. 135)

entende que

As declarações dos direitos devem então ser vistas como o local em que se efetua a passagem da soberania regia de origem divina a soberania nacional. Elas asseguram a *exceptio* da vida na nova ordem estatal que deverá suceder a derrocada do *ancien regime*. Que, através delas, a "súdito" se transforme, como foi observado, em "cidadão", significa que o nascimento - isto é, a vida nua natural como tal - torna-se aqui pela primeira vez (com uma transformação cujas consequências biopolíticas somente hoje podemos começar a mensurar) o portador imediato da soberania. O princípio de natividade e o princípio de soberania, separados no antigo regime (onde o nascimento dava lugar somente ao *sujet*, ao súdito), une-se agora irrevogavelmente no corpo do "sujeito soberano" para constituir o fundamento do novo Estado-nação. Não é possível compreender o desenvolvimento e a vocação "nacional" e biopolítica do Estado moderno nos séculos XIX e XX, se esquecemos que em seu fundamento não está o homem como sujeito político livre e consciente, mas, antes de tudo, a sua vida nua, o simples nascimento que, na passagem do súdito ao cidadão, e investido como tal pelo princípio de soberania. A ficção aqui implícita e a de que o *nascimento* torne-se imediatamente nação, de modo que entre os dois termos não possa haver resíduo algum. Os direitos são atribuídos ao homem (ou brotam dele), somente na medida em que ele e o fundamento, imediatamente dissipante (e que, aliás, não deve nunca vir a luz como tal), do cidadão.

Não se trata de negar a importância histórica das declarações de direitos como garantia de liberdades públicas, sua função histórica de emancipação e resistência ao arbítrio e à tirania, ou seu papel relevante na história do constitucionalismo moderno, mas seu caráter bifronte que nelas se pode reconhecer, tal como em qualquer acontecimento de efetiva relevância histórica (GIOACOIA JR., 2018, p. 15).

Sobre essa incapacidade de compreensão e explicação da soberania a partir de categorias tradicionais da filosofia política e da racionalidade jurídica, Celso Lafer pontua que

as considerações de Hannah Arendt sobre a inaplicabilidade da razão de estado clássica permeiam a recente reflexão de Giorgio Agamben sobre o estado de exceção no mundo

contemporâneo. Observa Agamben – e este é o seu ponto de partida – que o terceiro Reich pode ser considerado, do ponto de vista jurídico, como um estado de exceção de durou doze anos e que o totalitarismo pode ser definido como um estado de exceção instaurador de uma guerra civil legal que permite a eliminação física de adversários políticos, mas de classes inteiras de cidadãos que, por uma razão ou outra, parecem não integráveis no sistema político. (...). O que torna o horror do Holocausto ainda mais incompreensível – para a razoabilidade que caracteriza a lógica jurídica – é precisamente o fato de não ser a consequência de um estado de necessidade. Com efeito, o totalitarismo – e o Terceiro *Reich* em especial – pode ser considerado do ponto de vista jurídico como um estado de exceção permanente. Foi como Giorgio Agamben em seu *O Estado de Exceção*, a instauração, por meio da exceção à ordem jurídica, de uma guerra civil legal (LAFER, 2006, .28-29).

É neste ponto que se observa o resultado de uma interpretação voluntarista do contrato social, em uma clara oposição irreconciliável oposta à tradição que remonta a clássica racionalidade do contrato social e ao reforço à tendência histórica de internacionalização dos direitos humanos como solução para os conflitos surgidos no domínio do direito, da justiça social e da política devido à crise estrutural e permanente dos Estados Nacionais soberanos e à globalização da sociedade mundial pela via dos mercados (GIOACCOIA, 2017, p. 172).

Assim, a teoria da soberania que se encontra na obra de Agamben, e que ocupa o lado oposto do espectro jusfilosófico e político de Kelsen, e a ideia mais contemporânea acerca da internacionalização dos direitos humanos, quanto ao Estado de Direito e sua relação com a exceção, consiste no direito de vida e morte, direito de fazer morrer ou deixar viver é o fato jurídico primordial, que tem a exceção como estrutura originária na qual o direito se refere à vida e a inclui em si mesmo através de sua suspensão (AGAMBEN, 2002 p. 35).

É nesse sentido que a genealogia da relação entre o direito e política, sujeito de direito e soberano, apresentada por Agamben, apresenta um ponto de inflexão quanto ao mito de

fundação Estado moderno, de Hobbes a Rousseau, na medida em que o jusfilósofo italiano destaca que

o relacionamento jurídico-político originário é o *bando* (...) que mantém unidos justamente a vida nua e o poder soberano. É preciso dispensar sem reservas todas as representações do ato político originário como um contrato ou uma convenção, que assinalaria de modo pontual e definido a passagem da natureza do Estado. Existe aqui, ao invés, uma bem mais complexa zona de indiscernibilidade entre *nómos* e *physis*, na qual o liame estatal, tendo a forma do *bando*, é também desde sempre como *nómos* e estado de exceção. Este mal-entendido do mitologema hobbesiano em termos de contrato em vez de *bando* condenou a democracia à impotência toda vez que se tratava de enfrentar o problema do poder soberano e ao mesmo tempo tornou-a constitutivamente incapaz de pensar verdadeiramente incapaz de pensar verdadeiramente, na modernidade, uma política não estatal (AGAMBEN, 2012, p. 115).

Dentro desse quadro teórico, somente é possível pensar o instituto da pena, e, via de consequência, da organização jurídica da sociedade (*civitas*), a partir do paradoxo da exceção como estrutura e verdade da *norma*, dada a relação necessária existente entre direito, força e poder, pelo viés da soberania, o que desabilita a interpretação prevalecente da sociabilidade, mediante a admissão da violência como fato jurídico primordial, fazendo por revelar a estrutura originária na qual o direito se refere à vida e a inclui em si mesmo através de sua própria suspensão (AGAMBEN, 2002, p. 35).

Nesse sentido, aquele que foi posto sob o *Bando* é, então, remetido à própria separação e, com isso, à mercê de quem o abandona, sendo, ao mesmo tempo, excluído e incluído, dispensado e, simultaneamente, capturado, fazendo por concluir, no paradigma do jurídico-político, pela possibilidade da expropriação das categorias e atributos de qualificam o indivíduo como homem e cidadão, por intermédio de uma decisão soberana, revelando a figurado do *Homo sacer*, sendo este o condenado cuja a morte não constitui nem sacrifício nem homicídio, portando aquele excluído tanto da esfera do direito divino como do direito

humano. Neste sentido, *bando* e *exceptio* exibem uma analogia estrutural, na medida em que a exceção significa a captura daquele que foi posto para fora do circuito de direito próximo do banimento. (AGAMBEN, 2002 p. 116).

O *bando*, escreve Agamben (2002, p. 116), é essencialmente o poder de remeter algo a si mesmo, ou seja, o poder de manter-se em relação com um irrelato pressuposto. O que foi posto em bando é remetido a própria separação e, juntamente entregue à mercê de quem o abandona, ao mesmo tempo excluído e incluído, dispensado e, simultaneamente, capturado.

Oswaldo Giacoia Júnior, ao promover uma interpretação da relação entre bando e exceção – *exceptio* – esclarece que

Exceptio provem de *ex-capere*, o que significa que a exceção consiste etimologicamente, em capturar fora, isto é, uma paradoxal exclusão incluída, tal como o banimento. É necessário analisar a estrutura e a lógica da exceção para compreender a relação entre a vida, o direito e a política que é própria da instituição do *bando*. Essa palavra traduz o termo alemão *Bann*, que significa o poder de governo, a soberania, o direito de estatuir comandos e proibições, de impor e executar penas; e o direito de *banir*. Como conceito, mantém íntima relação com o instituto da *Friedlosigkeit* do antigo direito germânico e a correspondente *Friedlos*, que designa a condição daquele que, banido e proscrito, está excluído da esfera de proteção do ordenamento jurídico da comunidade de origem, e, portanto, impossibilitado de gozar do privilégio da *paz* assegurada por esse ordenamento (GIACOAIA, 2018, p. 183).

Dentro dessa perspectiva, o conceito moderno de soberania, que passa, necessariamente, pelos elementos fundacionais do Estado e do direito, revela que não é mais possível estabelecer uma fundamentação das declarações de direitos a partir da existência de um ser humano em si mesmo. Para Agamben, as modernas declarações de direitos asseguram a captura da vida natural na moderna ordem estatal. Que através do nascimento – isto é, a vida natural como tal – tona-se o portador imediato da soberania, ou seja, o *locus* privilegiado da atuação do biopoder, na medida em que o princípio da natividade e o princípio da

soberania, separados no antigo regime, unem-se, agora, irrevogavelmente, no corpo do Estado-nação (AGAMBEN, 2002 p. 135).

Essa relação estrutural entre bando e exceção (*exceptio*), apresentada por Agamben, exige o fim da interpretação dos direitos fundamentais e humanos como valores metajurídicos e eternos, atraindo uma interpretação a partir de sua função histórica real, como dispositivo de inserção a vida no ponto fulcral da decisão soberana, o que incluir o dogma da sacralidade da vida, e, via de consequência, relação entre sujeito de direito e o estado de exceção.

7. CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

Pode-se, então, compreender com a análise articulada no presente estudo, que a concepção contemporânea de soberania, em especial aquela que se encontra na obra de Giorgio Agamben, exige uma releitura dos elementos fundacionais do Estado moderno para além da tradicional concepção racionalista do positivismo jurídico de matriz kelseniana.

Em que pese o esforço de Kelsen tentar promover a superação da dicotomia Estado e Direito, em especial no que tange à sua preocupação em torno do conceito de legitimidade e sua relação com o conceito de soberania, o horror perpetrado pelo nazismo e os regimes autocráticos que se realizaram ao longo do século XX, acabam por exigir uma reestruturação dos elementos fundacionais do Estado moderno, e da conceituação da soberania em uma tensão e oposição ao mito do contrato social, e, conseqüentemente, da perspectiva da normalidade engendrada pela obra de Kelsen.

Por derradeiro, a fim de se pensar criticamente acerca da fundação do Estado moderno, em oposição do mitologema do contrato social, e, em especial da garantia dos direitos da pessoa humana, entendidos como universais, aproximou ao debate entre

Kelsen e Schmitt, quanto ao conceito e identificação da soberania, a reflexão de Giorgio Agamben, a qual evidencia a relação do poder soberano com a vida, em especial, quanto à possibilidade dessa relação estar “desligada” do ordenamento jurídico, ou seja, da inclusão vida no centro do palco do político e das estratégias de poder do Estado, desvelando, assim, um novo paradigma da teoria da constituição e do direito moderno, a saber: a exceção.

Torna-se possível com Agamben, em uma superação da concepção contratual, ponderar um estado de exceção na origem das relações políticas e de fundamentação do Estado e do Direito, reflexão que nos autoriza a buscar uma melhor compreensão acerca do caráter dual da forma jurídica, de modo que o estado de normalidade (Estado de Direito) seria garantido por uma íntima relação com o estado de exceção.

Desse modo, a partir da ideia de estado de exceção – Bando soberano – torna-se necessário refletir a respeito da possibilidade da despersonalização da pessoa natural mediante retirada de direitos pela decisão do poder soberano, fazendo eclodir a vida matável e insacrificável, aquilo que Agamben defini por *vida nua* (a vida desprovida de qualquer direito) que se mostra em espaços de exceção.

Assim, ao invés de ainda buscarmos uma fundamentação para os direitos da pessoa humana no sentido de seu reconhecimento por parte dos Estados-nações e limitação do poder soberano, na estrutura do contrato social, mostre-se mais necessário pensar como é possível o surgimento de uma vida matável e insacrificável - como a do *homo sacer* de Agamben –, ou seja, um instituto retirado do direito romano para significar uma vida contra a qual não se comete homicídio e que também não serve ao sacrifício; talvez seja exatamente esse tipo de vida que coloca em cheque o constitucionalismo moderno, a teoria do direito internacional, e, ainda, a própria figura do sujeito de direito; o que aviva na memória a ideia de que um poder político que se

exerce sobre os corpos dos indivíduos sempre esteve aí, inclusive no que diz respeito às origens do moderno estado democrático de direito, evidenciando uma verdadeira politização da vida que acarreta implicações para a reflexão e a ação no que tange aos direitos da pessoa humana.



7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer. O poder soberano e a vida nua I*. Trad. Henrique Burigo, Belo Horizonte. Editora UFMG, 2002.
- BERCOVICI, Gilberto. *Entre o estado total e o estado social: atualidade do debate sobre direito, estado e economia na República de Weimar*. 2003. Tese (Livre docente em Direito Econômico) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003. Disponível em <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/livredocencia/2/tde-22092009-150501/pt-br.php>> Acesso em 22/04/2019.
- BERNANDO, Ferreira. *O risco do político: crítica ao liberalismo e teoria política no pensamento de Carl Schmitt*. Belo Horizonte: UFMG, 2004.
- BELTRAN, Fernanda E.; RAMIRO, Caio E. L. *Os primeiros passos rumo ao autoritarismo: aproximação da crítica da Carl Schmitt a democracia weimariana*. In: BUENO, Roberto; RAMIRO, Caio Henrique Lopes (Orgs.). *Sonhos e Pesadelos da Democracia em Weimar – Tensões entre Carl Schmitt e Hans Kelsen*. São Paulo: LiberArs, 2017.
- BORON, Atílio; Gonzáles, Sabrina. *Resgatar o inimigo? Carl Schmitt e os debates contemporâneos da teoria do estado*

- e da democracia. *Filosofia Política Contemporânea: Controvérsias sobre Civilização, Império e Cidadania*. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales – CLACSO; São Paulo: Departamento de Ciências Políticas. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Universidade de São Paulo. Abril 2006.
- BOTTOMORE, Tom. (ed.). *Dicionário do pensamento marxista*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1988.
- BUENO, Roberto. *Schmitt: pensando a exceção desde a crítica à democracia parlamentar weimariana*. In BUENO, Roberto (Org.). *Filosofia & política: tensões entre liberdade, poder e democracia*. Uberlândia-MG/Madrid: EDUFU/Editorial Dykison, 2014.
- _____. *Antiliberalismo e conservadorismo teológico: de Donoso Cortés a Carl Schmitt*. In: BUENO, Roberto; RAMIRO, Caio Henrique (Orgs.). *Sonhos e Pesadelos da Democracia em Weimar – Tensões entre Carl Schmitt e Hans Kelsen*. São Paulo: LiberArs, 2017.
- BUENO, Roberto; RAMIRO, Caio Henrique (Orgs.). *Sonhos e Pesadelos da Democracia em Weimar – Tensões entre Carl Schmitt e Hans Kelsen*. São Paulo: LiberArs, 2017.
- GAY, Peter. *A cultura de Weimar*. Trad. De Laura Lúcia da Costa Braga. – Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.
- GIACOIA JÚNIOR, Oswaldo. *Agamben: Por uma ética da vergonha e do resto*. São Paulo: n-1 Edições, 2018.
- _____. *Entre a regra e a exceção: fronteiras da racionalidade jurídica*. In: BUENO, Roberto; RAMIRO, Caio Henrique (Orgs.). *Sonhos e Pesadelos da Democracia em Weimar – Tensões entre Carl Schmitt e Hans Kelsen*. São Paulo: LiberArs, 2017.
- GONÇALVES, Ana Teresa Marques. *Lei e ordem na república romana: uma análise da obra de Legibus de Cícero*. *Justiça & História*, Porto Alegre, v. 2, n. 3, p. 125-148, 2002.
- Disponível em

- <http://repositorio.bc.ufg.br/tede/handle/ri/13407>.
- FULBROOK, Mary. *História Concisa da Alemanha*. Trad. Barbara Duarte. São Paulo: Edipro, 2012.
- HERZOG-MARQUES, Jesus Silva. *Sismologia política. Um apunte sobre Carl Schmitt*. In: *Isonomia: Revista de teoria y filosofía del derecho*, nº 4, p. 149-155, 1996.
- HOBSBAWM, Erick. *A era dos impérios: 1875-1914*. São Paulo: Paz e Terra, 2009.
- KELSEN, Hans. *Direito internacional e Estado soberano*. Tradução de Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- _____. *Teoria pura do direito*; [tradução João Baptista Machado]. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- _____. *A Democracia*. 2ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- _____. *Teoria Geral do Direito e do Estado*; [tradução Luiz Carlos Borges]. 4ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- LOPES, Paulo C. L.; SILVA, Felipe A. *E tudo era efêmero e se desfez: uma leitura do colapso econômico e social da República de Weimar*. In: BUENO, Roberto; RAMIRO, Caio Henrique Lopes (Orgs.). *Sonhos e Pesadelos da Democracia em Weimar – Tensões entre Carl Schmitt e Hans Kelsen*. São Paulo: LiberArs, 2017.
- MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. *A Norma Fundamental De Hans Kelsen Como Postulado Científico* Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 58, p. 41-84, jan./jun. 2011.
- NEUMAN, Franz. *Estado democrático e estado autoritário*. Trad. Luiz Corção. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1969.
- SCHMITT, Carl. *Teologia Política*. Trad. Inês Lohbauer. In: *A crise da democracia parlamentar*. São Paulo: Scritta, 1996.
- _____. *O conceito do político*. Trad. Alvaro L. M. Valls. São Paulo: Vozes, 1992.
- TENBROCK, Robert-Hermann. *História da Alemanha*.

Traducido del alemán por Francisco Equiaray Bohigas.
München: Max Hueber, 1968.

THOMSON, David. *Pequena História do Mundo Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1971.

WAGAR, W. Warren, H. G. Wells: *Traversing Times*. Wesleyan University Press, 2004.