

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO

Luiz Felipe Domingos

**Quem guarda a constituição? A contribuição da teoria Schmittiana do poder
constituente para o debate do controle de constitucionalidade**

Florianópolis

2022

Luiz Felipe Domingos

**Quem guarda a constituição? A contribuição da teoria Schmittiana do poder
constituente para o debate do controle de constitucionalidade**

Trabalho Conclusão do Curso de Graduação em
Direito do Centro de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal de Santa Catarina como
requisito para a obtenção do título de Bacharel em
Direito.

Orientador: Prof. Dr. Cláudio Ladeira de Oliveira

Florianópolis

2022

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Domingos, Luiz Felipe

Quem guarda a constituição? : A contribuição da teoria Schmittiana do poder constituinte para o debate do controle de constitucionalidade / Luiz Felipe Domingos ; orientador, Cláudio Ladeira de Oliveira, 2022.

72 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) -
Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Graduação em Direito, Florianópolis, 2022.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Carl Schmitt. 3. Poder Constituinte. 4. Controle de Constitucionalidade. 5. Ativismo judicial. I. Oliveira, Cláudio Ladeira de . II. Universidade Federal de Santa Catarina. Graduação em Direito. III. Título.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “Quem guarda a constituição? A contribuição da teoria Schmittiana do poder constituinte para o debate do controle de constitucionalidade”, elaborado pelo acadêmico **Luiz Felipe Domingos**, defendido em 09/12/2022 e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (dez), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 09 de Dezembro de 2022

Cláudio Ladeira de Oliveira
Professor Orientador

Rafael Caetano Cherobin
Membro de Banca

Luiz Eduardo Lapolli Conti
Membro de Banca



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno(a): Luiz Felipe Domingos

Matrícula: 17203475

Título do TCC: Quem guarda a constituição? A contribuição da teoria Schmittiana do poder constituinte para o debate do controle de constitucionalidade

Orientador(a): Cláudio Ladeira de Oliveira

Eu, Luiz Felipe Domingos , acima qualificado(a); venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido,

Florianópolis, 09 de dezembro de 2022.

NOME DO ALUNO

*À minha mãe, Andrea
a pessoa mais perseverante que conheço.*

*Ao meu irmão, Henrique
cuja personalidade genuína toca a todos que o conhecem.*

AGRADECIMENTOS

A escrita deste trabalho é a consequência de toda a minha experiência universitária e de pesquisa até aqui. Não só encerrando uma fase de minha formação acadêmica, mas todo um ciclo que tomou conta dos últimos cinco anos da minha vida. Nesse sentido, agradeço a todos aqueles que, de alguma maneira, contribuíram para que eu chegasse onde estou hoje e conseguiram deixar sua marca nesse período da minha formação.

Antes de qualquer outra pessoa, agradeço em primeiro lugar a minha mãe, Andrea, por nunca pensar duas vezes antes de colocar os meus objetivos e os do meu irmão antes dos dela, além de nunca medir esforços e fazer todo o possível para que tivéssemos tudo que precisávamos. O esforço e empenho devotados na nossa formação é um exemplo de dedicação sem paralelo.

Agradeço também meu irmão, Luiz Henrique, que além da parceria quase que onipresente também teve considerável paciência, sempre podendo reservar um tempo para me escutar quando eu tinha alguma epifania e precisava compartilhar com alguém. Além de ter a habilidade de me fazer rir a qualquer momento do dia. Agradeço também ao meu pai, Luiz Fernando, que nunca deixou de me dizer o quanto acreditava na minha capacidade e no potencial que a universidade poderia me oferecer.

Agradeço ao meu namorado, Guilherme, que sempre esteve à disposição quando eu precisei, seja para compartilhar comigo os momentos de alegria, seja para me animar e me manter de pé nos momentos de dificuldade. A sua presença na minha vida é algo que de início aconteceu como uma obra do acaso e hoje é algo que não consigo mais me imaginar sem.

Aos meus professores do Colégio de Aplicação deixo aqui também o devido agradecimento, já que meu interesse por pesquisa e o zelo pela excelência acadêmica foram primeiramente despertados nessa instituição. Tanto os professores que a dirigem, quanto o projeto que representa continuam e permanecerão rendendo frutos.

Agradeço a minha amiga Gessica, verdadeira parceira de graduação que, em todas as etapas acadêmicas que tivemos que passar, pudemos contar um com o outro. A afinidade teórica, ideológica e de personalidade percebida já no início da faculdade só fez se aprofundar no percurso até aqui.

Ao Programa de Educação Tutorial, ambiente que passei a maior parte da graduação vinculado, dedico aqui um agradecimento especial. Sua preocupação com a qualidade da

produção acadêmica, rejeitando o academicismo e se dedicando aos temas essenciais são alguns dos traços que tornam esse projeto algo único e que deixa sua marca em todos que passam por ele. Nessa toada, agradeço também a todos os membros que compõem o Instituto de Estudos Latino Americanos (IELA), cujo primeiro contato tive já no ensino médio e onde o trabalho para trazer a universidade brasileira pro terreno latinoamericano é de uma qualidade excepcionalmente rara. O projeto como um todo, sem paralelo em qualquer outra universidade, é uma fonte inesgotável de conhecimento e um marco que torna a própria UFSC uma referência no compromisso com o combate ao eurocentrismo e às quinquilharias academicistas de sempre.

Aos colegas de movimento estudantil eu deixo aqui uma lembrança e agradeço por toda a experiência em conjunto. Tanto pelos ensinamentos sobre a construção de uma base teórica sólida, mas principalmente pelo incentivo a uma disciplina intelectual que não se deixe deslumbrar por todos os modismos que imperam na universidade.

Agradeço, finalmente, aos meus amigos Bruno, Sofia e Tales que contribuíram para tornar esse período da graduação mais leve e proveitoso. Ainda que nem sempre a rotina e os compromissos de cada um tenham facilitado o encontro, o fato de que independente dos percalços tenhamos conseguido manter o contato e a presença nas vidas um do outro é algo que pra mim tem muito significado.

Por fim, agradeço aos professores Rafael Caetano Cherobin e Luiz Eduardo Lapolli Conti por aceitarem participar da banca de avaliação desse trabalho e oferecerem comentários valiosos para seu aprimoramento. E agradeço ao professor Cláudio Ladeira por aceitar orientar essa pesquisa que tenta, na medida do possível, introduzir uma análise crítica em um campo dominado pela hegemonia liberal.

Os protetores são os piores tiranos
(Lima Barreto)

RESUMO

O objetivo deste trabalho é analisar em que medida a teoria constitucional de Carl Schmitt num geral e sua teorização sobre o poder constituinte em particular, podem contribuir para a crítica do constitucionalismo liberal hegemônico e suas consequências sobre o controle de constitucionalidade. Utilizamos para isso a obra principal de Carl Schmitt sobre o tema, sua Teoria Constitucional, sem, no entanto, abrir mão das demais obras do corpo teórico schmittiano que fossem afins com as categorias aqui abordadas. A hipótese deste trabalho, confirmada ao longo do percurso teórico, foi de que o constitucionalismo liberal vê a teoria do poder constituinte como um momento estático de uma ordem política que dá ignição ao ordenamento jurídico e depois se retira de cena, levando consigo os aspectos políticos que o compõem e deixando para trás um “guardião” meramente jurídico e formalista da constituição que se manifesta contemporaneamente no excessivo controle jurisdicional de constitucionalidade e no conseqüente ativismo judicial que dele decorre.

Palavras-chave: Carl Schmitt; controle de constitucionalidade; poder constituinte; constitucionalismo liberal; ativismo judicial;

ABSTRACT

The main purpose of this paper is to analyze to what extent Carl Schmitt's constitutional theory in general and his theorization about constituent power in particular, can contribute to the critique of hegemonic liberal constitutionalism and its consequences for judicial review. To achieve this, we used Carl Schmitt's main work on the subject, his Constitutional Theory, without, however, ignoring other works from Schmitt's theoretical body that were related to the categories discussed here. The hypothesis of this work, confirmed throughout the theoretical course, was that liberal constitutionalism sees the theory of constituent power as a frozen moment of a political order that ignites the legal system and then withdraws from the scene, taking with it the political aspects that constitute it and leaving behind a purely legal and formalistic “guardian” of the constitution that is manifested contemporaneously in the excessive judicial review of the constitution and in the consequent judicial activism that derives from it.

Key-words: Carl Schmitt; judicial review; constituent power; liberal constitutionalism; Judicial activism;

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
1. CONSTITUIÇÃO: MARCO ZERO DA ORDEM POLÍTICA DE UM POVO.....	5
1.1 Schmitt como crítico do constitucionalismo liberal.....	5
1.2 Ciência jurídica e Norma.....	9
1.3 O constitucionalismo schmittiano: desdobramento do Estado e do Político.....	13
1.4 O conceito de Constituição em Schmitt.....	24
2. PODER CONSTITUINTE: FONTE DE LEGITIMIDADE JURÍDICA.....	32
2.1 O poder constituinte como ignição da ordem liberal.....	32
2.2 A decisão constituinte como um ato de vontade.....	36
2.3 Intersecções entre poder constituinte e soberania.....	42
2.4 É o guardião da constituição um soberano?.....	45
3. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE:	48
3.1 O modelo vigente.....	48
3.2 O ativismo judicial como resultado do constitucionalismo liberal.....	50
3.3 A resposta schmittiana.....	53
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	56
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	59

INTRODUÇÃO

O cenário de instabilidade institucional que passam os regimes democráticos pelo planeta inteiro, bem como a democracia brasileira em particular, são causa suficiente para que nos debruçemos sobre a necessidade de atualização das categorias com que sempre pensamos o debate político. A deslegitimação dos regimes eleitorais, a deturpação dos propósitos supostamente republicanos das instituições, o ressurgimento de regimes denominados “populistas” e a insuficiência de categorias clássicas como autoritarismo e liberdade para explicar esse cenário nos levam a perceber a urgência da superação das categorias liberais e a necessidade de uma crítica embasada em critérios concretos de análise. Nesse sentido, é de fundamental importância a recuperação daqueles autores que, ao longo de sua obra, se debruçaram sobre as insuficiências da democracia liberal e das contradições a ela inerentes que, quando calibradas na medida correta, servem de ignição para o desequilíbrio institucional.

A retomada do pensamento de Carl Schmitt cumpre, nesse cenário, o papel de alerta quanto às possíveis consequências dessa insuficiência do regime liberal, bem como da fé no formalismo jurídico e no papel das “instituições”. Não à toa a recuperação de seu pensamento está cada vez mais presente no debate jurídico, seja na teoria constitucional, na teoria do Estado ou no constitucionalismo. É notável que um autor que tenha sido proscrito dadas as suas afiliações políticas seja recuperado justamente pela precisão de suas análises.

Nesse sentido, esse trabalho não busca retomar o trabalho de Schmitt como um mero memorial descritivo de suas categorias para, em seguida, ignorá-las. Se antigamente a hegemonia do pensamento jurídico liberal (predominantemente kelseniano) impedia a recuperação do pensamento schmittiano, hoje em dia o que muitas vezes acontece é uma retomada de suas categorias para, ao final, rejeitá-las e reforçar a hegemonia liberal. Na prática, se retoma o pensamento schmittiano só para rechaçar ao final aquilo que poderia ser uma contribuição genuína para o debate. Não é esse o nosso objetivo aqui. Vemos a obra de Carl Schmitt como um sistema basilar do pensamento jurídico e, além disso, o marco teórico que guia este trabalho, retomando suas categorias para explicitar precisamente as fraquezas do regime liberal vigente e como uma correta apropriação das categorias Schmittianas pode nos ajudar a reforçar a ordem jurídica vigente tornando-a mais resistente a instabilidades ao mesmo tempo em que evidencia o verdadeiro caráter intrinsecamente político que uma ordem constitucional possui.

O trabalho não visa ser uma demonstração de apenas mais uma perspectiva pela qual o prisma constitucional pode ser observado, mas sim como uma perspectiva concreta que não

pode ser desconsiderada justamente por oferecer um tratamento da constituição e do ordenamento jurídico sem paralelo nos demais comentadores constitucionais.

Levando isso em consideração, o objeto específico deste trabalho é a teoria constitucional Schmittiana em caráter geral e suas considerações sobre o poder constituinte em aspecto particular. Visando não só o reconhecimento das implicações que tais categorias possuem no mundo do direito e para o conjunto da ciência jurídica, mas também averiguando suas possíveis aplicações no controle de constitucionalidade.

Buscou-se uma estrutura do trabalho que em primeiro lugar pudesse explicitar as principais categorias do corpo teórico constitucional schmittiano pertinentes ao objeto aqui estudado. Em seguida uma delimitação da sua teoria do poder constituinte e sua relação com a ordem constitucional e, ao final, uma análise das implicações na teoria do controle de constitucionalidade.

A todo momento na pesquisa buscou-se, em conjunto com a sistematização acima apontada, apontar a teoria constitucional schmittiana como uma crítica do constitucionalismo liberal e do liberalismo como um todo. Ao nosso ver essa elucidação se faz necessária devido às ênfases dadas pelo próprio Carl Schmitt em sua crítica, mas também para distanciar este trabalho de algumas abordagens liberais que visam se apropriar das categorias de Schmitt apenas para recauchutar o decadente regime liberal burguês.

O primeiro capítulo do trabalho visa balancear o conceito de constituição de Schmitt com o conceito hegemônico no pensamento liberal e formalista. O início do capítulo inverte a ordem de exposição do próprio Schmitt para demonstrar as insuficiências do constitucionalismo liberal e, com isso, melhor evidenciar em que medida o conceito Schmittiano de constituição é uma resposta direta ao liberalismo.

Para tanto, foi necessário uma recuperação de como Schmitt enxerga o papel da ciência jurídica e do conceito de Lei propriamente dito. Esse esclarecimento é estratégico não só neste capítulo, mas ao longo de todo o texto já que sendo a lei objeto de interesse primordial no regime liberal e no controle de constitucionalidade se faz necessário averiguar como esse fenômeno é descrito por Schmitt.

Ainda nesse capítulo se observou a abordagem schmittiana da Teoria do Estado e do Político dentro do sistema do autor. Vendo como categorias chave do pensamento político de Schmitt estão presentes ao longo de todos seus textos, se mostrou fundamental evidenciar em que medida elas contribuem para sua teoria constitucional, sem perder de vista o objeto específico do poder constituinte, suas aplicações práticas e sua crítica ao regime liberal.

Com isso se pôde chegar ao conceito de Constituição de Carl Schmitt. O foco principal do item foi elucidar o que Schmitt compreende por Constituição, sua diferenciação entre constituição e lei constitucional e o papel que ela possui dentro da ordem jurídica de um determinado país.

No segundo capítulo nos debruçamos mais especificamente sobre o tema do poder constituinte e a forma com que este se relaciona com a constituição em seu momento de fundação, bem como *a posteriori* na relação com a ordem jurídica como um todo. Essa relação é comumente negada dentro da teoria liberal do poder constituinte que o vê apenas como um momento extrajurídico que não deve ter influência na análise rotineira do ordenamento.

Feita esta crítica se levou em conta as considerações de Schmitt sobre o tema, evidenciando não só o que é este poder constituinte, mas também quem é o sujeito que o coloca em movimento. Essa relação entre sujeito e poder constituinte fez necessária uma pequena digressão sobre o papel que o tema da soberania exerce dentro desse engendro. Tendo em vista que é um conceito já formalizado nas constituições vigentes hoje em dia, a soberania carece de certas ambiguidades em relação ao poder constituinte e, mais ainda, naquele que tem legitimidade para guardar a Constituição.

O capítulo se encerra com uma análise se o guardião da constituição pode ser considerado um soberano e se, independente do caso, essa salvaguarda lhe permite interpretar o fenômeno constitucional independente de qualquer escrutínio em razão de ser uma interpretação feita por um ente legitimado para tal.

O último capítulo traz a implicação prática das análises anteriores. Busca compreender em que medida a visão constitucional aqui sustentada pode oferecer subsídios para um correto controle de constitucionalidade que não se apegue a aspectos meramente formais, não desconsidere o caráter eminentemente político da constituição e seja capaz de dizer a última palavra sobre o significado da constituição sem que esta “palavra” esteja contaminada com interesses alheios ao papel público que este cargo possui.

Após uma abordagem do modelo vigente de controle de constitucionalidade, onde se buscou estudar a relação entre uma análise procedimental da lei constitucional e os interesses da corte suprema, foi realizada uma sustentação sobre a consequência prática do modelo vigente: o ativismo judicial.

O estudo desse ativismo não se limitou ao fenômeno contemporâneo, mas buscou concatená-lo com as categorias expostas por Schmitt ao longo de todo o trabalho. O objetivo primordial deste capítulo final foi tentar demonstrar de que maneira o ativismo judicial e o

modelo de controle de constitucionalidade vigente são uma consequência das insuficiências do liberalismo previamente apontadas e também do caráter eminentemente formal que o “jurídico” acaba adquirindo dentro do constitucionalismo liberal.

Ao final, a contribuição da teoria schmittiana para o controle de constitucionalidade foi inserida dentro das demais categorias de seu pensamento. Reconhecendo, nesse sentido, que o pensamento de Carl Schmitt consegue, ainda que com algumas ambiguidades referentes à conjunturas específicas, conformar um sistema que não pode ser corretamente exposto e compreendido sem uma visão de totalidade inerente à obra do autor, bem como à sua forma particular de observar o fenômeno jurídico.

1. CONSTITUIÇÃO: MARCO ZERO DA ORDEM POLÍTICA DE UM POVO

É recorrente no ensino hegemônico da teoria constitucional tratá-la de forma abstrata, removendo-a de seu contexto. Todavia, o constitucionalismo não pode ser corretamente interpretado sem levar em consideração a conjuntura e o contexto histórico em que suas principais categorias foram formuladas.

A *Teoría de la constitución* de Carl Schmitt tem, dentre seus inúmeros pontos de interesse, justamente essa preocupação. O autor demonstra querer tratar da teoria constitucional sem escamotear os termos e os personagens concretos em que essas categorias foram baseadas. Isso faz com que a abordagem schmittiana seja muito mais rica do que a mera conceituação do ordenamento presente na maioria desses estudos.

O contraste entre uma teoria concreta do Direito e a vertente liberal é a marca registrada na obra do autor. Logo, se faz necessário abordar as principais diferenciações elencadas pelo próprio autor antes de adentrar naquilo que este considera como sua contribuição para a teoria constitucional.

1.1 Schmitt como crítico do constitucionalismo liberal

Schmitt se opõe em toda sua doutrina a um conceito ideal de constituição, sendo compreendido como uma equiparação entre constituição e às garantias de liberdade burguesa.¹ É particularmente interessante a maneira com que consegue inserir esse conceito ideal dentro do período de luta política entre a burguesia e a monarquia absolutista. Para ele, o fato da burguesia ter conquistado suas garantias contra o Rei fez com que visse nessas garantias o conceito último de constituição, negando o caráter constitucional a toda forma de organização política que não possua essa mesma formação.²

Essa tendência de absolutização das categorias liberais dentro da teoria constitucional é amplamente hegemônica nos dias atuais, assim como o era na época de Schmitt. Parte dos motivos que o levam a uma rigorosa crítica do liberalismo é essa tentativa constante de deslegitimar os fenômenos constitucionais das mais variadas realidades em prol de uma conceituação ambígua baseada em valores universais, abstratos, mas que na verdade são circunscritos a um determinado período da história.

¹ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 2003. p. 58-59.

² *Ibid.*

Aliado a isso, três outras características compõem essa idealização de como se deve dar uma determinada constituição: ela deve ser escrita, deve conter uma clara divisão de poderes e deve possuir um caráter “negativo”, ou seja, em oposição ao Estado.³ Todas estas características derivam do fato da constituição ser vista como um pacto, um contrato entre indivíduos livres e um poder soberano capaz de coagi-los e respeitá-los na medida em que os termos do contrato se desenvolvam.

A forma escrita, por exemplo, tem como objetivo discriminar de forma iniludível os termos de um determinado contrato para retirar ou, no mínimo, diminuir ao máximo possível a possibilidade de que as cláusulas sejam quebradas. Daí podemos compreender uma tendência na teoria constitucional das últimas décadas de ver a constituição muito mais como um conjunto de acordos a serem respeitados do que de fato uma forma de organização política de um povo.

Essa terminologia não é empregada em vão, os indivíduos livres e o poder soberano são os sujeitos do contrato justamente porque para Schmitt o que define a contradição principal dentro de uma constituição liberal é a batalha entre liberdade e poder.⁴ Faz sentido que dentro de uma monarquia absolutista tenha que haver uma certa pressão pela limitação dos poderes do monarca, mas essa condenação do poder em nome da liberdade possui um pressuposto concreto que termos abstratos como estes não podem elucidar: trata-se de uma liberdade individual.

Sendo a constituição um fenômeno coletivo, cuja força que lhe dá sustento, dentro da teoria do poder constituinte do povo, é justamente um critério numérico das massas, é consideravelmente temerária uma absolutização de um pressuposto individualista de constituição. O papel por ele cumprido no âmbito das monarquias feudais é incontestável, e não há dúvida de que influencia e continuará influenciando o processo constitucional. Mas essa importância não significa que o individualismo pode servir como parâmetro contínuo daquilo que é ou deixa de ser uma constituição de fato.

Ainda mais pensando que essa oposição liberdade/direito implica em uma gama de contradições entre conceitos díspares. Na mesma medida em que garante uma quantidade de liberdades individuais (leia-se burguesas) precisa coexistir com o fato de que este regime possuirá uma forma de governo que não respeita este aspecto meramente “negativo” de Estado, conferindo uma duplicidade ao constitucionalismo liberal que, nas palavras de

³ *Ibid.* p. 60-61.

⁴ *Ibid.*

Schmitt “leva a uma duplicação correspondente em conceitos centrais, como o conceito de Lei”.⁵

Em *A Crise da Democracia Parlamentar* Schmitt traça um diagnóstico do sistema parlamentarista que nos é muito útil aqui como uma avaliação das consequências práticas das contradições do regime liberal. O parlamentarismo é nesse contexto o resultado do combate entre a burguesia e o monarca.⁶ Schmitt retoma a ideia de livre concorrência do liberalismo para explicar como os dogmas do regime parlamentar se sustentam, precisamente na ideia de representação e na ideia de descoberta da verdade por meio do debate racional.⁷

A racionalidade é para o liberalismo aquilo que o direito divino era para a monarquia absoluta. É um fundamento que confere legitimidade para o sistema, ainda que, no fim das contas, não passe de um dogma justificado em si mesmo. A ideia de que a lei não vale mais porque é imposta, mas sim porque é justa (argumento constantemente utilizado no regime liberal burguês para explicar porque as normas postas são justificadas) não pode deixar de explicitar que essa justiça deriva do fato de ser a norma possuidora de uma racionalidade intrínseca adquirida por meio do debate.

Esse princípio da racionalidade não deixa de ser também uma derivação do fenômeno da separação de poderes. Ambos os fenômenos possuem a mesma origem: a ideia de que a justiça está no equilíbrio, no resultado de diferentes forças oferecendo contrapeso umas às outras.⁸ Ao contrário da separação dos poderes que implica em uma fragmentação do poder, Schmitt afirma que o caráter representativo do sistema parlamentar é um perigo para o próprio sistema, já que implica em uma contradição. Se o poder constituinte do povo pode ser estagnado em prol de uma representação parlamentar capaz de *interpretar* o desejo das massas, esse mesmo parlamento pode, em circunstâncias específicas, ser estagnado e representado pelo chefe do poder executivo.⁹

Aqui também o caráter individualista do liberalismo é evidenciado por Schmitt ao colocar que, no que tange por exemplo a liberdade de manifestação o critério de avaliação se está ou não sendo suprimida é o indivíduo em particular e não o conjunto da ordem constitucional. Para o regime liberal a privação de fala de uma única pessoa “cria uma inexplicável intranquilidade nos positivistas, porque eles achavam que justamente aquela pessoa poderia talvez estar mais próxima da verdade”.¹⁰

⁵ Ibid. p. 62.

⁶ SCHMITT, Carl. *A crise da democracia parlamentar*. São Paulo: Scritta, 1996. p. 33.

⁷ Ibid. p. 33.

⁸ Ibid. p. 37-38.

⁹ Ibid. p. 34.

¹⁰ Ibid. 38.

O regime liberal opera com o conceito de racionalidade da lei conforme já evidenciado. Mas esse pressuposto possui como consequência uma pergunta ainda não ponderada: essa racionalidade confere a Lei, dentro do regime parlamentar, o *status* de soberana?¹¹ Porque, do ponto de vista da teoria clássica, o soberano é o monarca do qual emana o direito. Todavia, no Estado de Direito, essa soberania é atribuída à própria lei que atua como mantenedora da ordem e sujeito ativo do ordenamento constitucional.¹²

Há nesse sistema, para Schmitt, uma equiparação entre Lei e verdade.¹³ Essa equiparação evidencia o conflito entre o jusnaturalismo e o positivismo jurídico no bojo da formação do Estado de Direito Liberal Burguês. Enquanto a lei precisa ser justa e racional, justificativas utilizadas no período em que a burguesia lutava ainda pelo poder, após a sua chegada ao aparelho estatal a lei passa a ser identificada com a verdade em sentido positivo, ou seja, é imposta e deve ser obedecida.

Essa exposição demonstra que a crítica de Carl Schmitt ao liberalismo não se fundamenta em uma mera indisposição com o regime vigente na época em que viveu. Muito menos uma demonstração de seu temperamento atavicamente autoritário. Essa crítica possui como respaldo o fato de que as insuficiências do constitucionalismo liberal, bem como do regime parlamentarista acabam por minar a própria base política que lhes deu sustento, levando assim o sistema à instabilidade e a uma indeterminação perigosa que serve de combustível para regimes autoritários.

Por isso, autoras como Chantal Mouffe acabam cometendo equívocos quando param para analisar as teorias schmittianas. Para ela, a supressão do regime liberal implica necessariamente em uma saída autoritária e a crítica que Schmitt faz, ainda que aproveitável, possuiria este problema atávico de estar interligada à uma alternativa autoritária de governo que não respeita os direitos individuais:

A lógica democrática da identidade de governantes e governados não pode, por si só, garantir o respeito aos direitos humanos. Em condições em que já não se pode falar do povo como se fosse uma entidade unificada e homogênea com uma única vontade geral, é somente em virtude de sua articulação com o liberalismo político que a lógica da soberania popular pode evitar de cair na tirania. (tradução nossa)¹⁴

¹¹ *Ibid.* 41-42.

¹² Há aqui uma reformulação daquilo que na teoria do contratualismo clássico era considerada a “vontade geral”. Aqui, essa vontade geral é substituída por uma racionalidade fruto não do sujeito da vontade, mas sim por uma suposta racionalidade atingida através do diálogo entre entes representativos do povo. Cf. *Ibid.*

¹³ *Ibid.* p. 44.

¹⁴ MOUFFE, Chantal. *The Return of the Political*. Londres: Verso, 1993. p. 122.

Mouffe, ainda que numa tentativa legítima de criticar as insuficiências do regime liberal, acaba inadvertidamente legitimando-o.¹⁵ Recai no mesmo problema que tantas outras interpretações de Schmitt que veem no autor uma tentativa genuína de diagnosticar o regime liberal, mas que não conseguem reconhecer um prognóstico que consiga romper definitivamente com esse mesmo regime.

1.2 Ciência jurídica e Norma

Antes de adentrar a teoria da constituição de Schmitt propriamente dita é necessário traçar alguns dos aspectos que tornam a sua análise do fenômeno jurídico como um todo uma obra original. Categorias como Lei e Direito possuem ambiguidades e polissemias intrínsecas, então se faz necessária uma melhor exposição sobre a maneira com que Schmitt enxerga estas categorias para então compreender como as instrumentaliza em sua teoria constitucional.

Em *Três modos de pensar a ciência jurídica* uma espécie de tipologia organiza a exposição ao longo de todo o livro. A ciência jurídica é vista como o estudo particular de uma norma, de uma decisão ou de uma ordem concreta.¹⁶ O jurídico visto como norma é o aspecto mais relevante dentro da concepção de um Estado de Direito, conforme exposição supracitada. Sendo este Estado uma forma de organização política que alça a norma a um grau de soberania é natural que Schmitt trace comentários sobre a insuficiência desse modelo para uma correta compreensão da ciência normativa.

Essa visão normativista do direito possui uma ambição de sistematização, ainda que esse sistema seja simplesmente um arremedo de regras compiladas que possuem (ou pretendem possuir) alguma coesão entre si.¹⁷ Ainda que haja uma diferenciação entre Lei e princípios, é compreensível que o normativismo descambe cada vez mais para uma base principiológica. Afinal, sendo ele um dever-ser contínuo o respaldo que legitima esse dever, conforme o sistema se exaure, vai cada vez mais tendo que se sustentar em princípios.

O sistema normativo desconsidera os agentes concretos que fazem valer esta norma positivada. Ao submeter todos os membros de uma ordem constitucional a soberania da Lei

¹⁵ Questões como a domesticação da política por regras mutuamente acordadas, a racionalidade da abstração das leis dentro do Estado de Direito entre tantos outros pontos são consensos do regime liberal que Mouffe se apropria e reivindica como necessários e apenas “melhoráveis”. Nesse sentido não reconhece o teor da crítica schmittiana que reside justamente na insuficiência e contradição destes princípios abstratos quando se manifestam concretamente. No fim das contas, o que a autora busca é um pluralismo ativo que combata o autoritarismo.

¹⁶ SCHMITT, Carl. *Sobre los tres modos de pensar a ciência jurídica*. Madrid: Editorial Tecnos, 1996. p. 43.

¹⁷ *Ibid.* p. 49.

acaba criando uma abstração que legitima o sistema, mas não possui uma devida consequência prática. Afinal, sem os indivíduos que aplicam o direito posto não é possível que se faça valer uma ordem jurídica. Daí vem a contraposição prezada por Schmitt entre ciência jurídica como norma e ciência jurídica como ordem concreta.¹⁸

Considerando ainda o fato de que estas normas se conformam em um Estado de Direito liberal burguês, é de se colocar em dúvida inclusive o caráter sistemático desse normativismo. A positivação de interesses de um grupo dominante dentro de um contexto histórico é um elemento oposto à ideia de regras gerais que a Lei deve possuir dentro de um sistema normativista.

Pensando nesse caráter concreto dos indivíduos responsáveis pela execução das Leis, a questão sobre quem interpreta essa mesma norma também deve ser colocada em evidência aqui. Afinal, dentro do debate do controle de constitucionalidade a interpretação não só adquire um caráter prático, mas também político, já que pode ser atribuída uma mudança de sentido no significado das normas. Por isso se faz relevante a distinção entre uma interpretação concreta da Lei, feita pelos juízes da magistratura comum, e uma interpretação abstrata da lei realizada pela corte responsável por guardar a lei máxima de um sistema normativista, a constituição.¹⁹

Essa constante preocupação quanto aos sujeitos responsáveis por “movimentar”, por assim dizer, o dia a dia do mundo jurídico implica em uma segunda distinção que chamou a atenção de Schmitt: a dicotomia entre direito e poder. Era particularmente preocupante este debate devido à constante equiparação entre ambos, onde tudo aquilo que se pode fazer valer pelo poder (pela intuição dominante) se faz valer também como direito. Schmitt contradiz essa teoria, pois ela teria para ele uma consequência indefensável:

Se a lei positiva for direito porque, através do meio de determinadas formas, é uma intuição dominante que se pode trazer à validade, então a alusão da lei à intuição dominante significa um regresso à própria origem, ao estado de natureza; a intuição dos homens que pensam de modo decente e consentido é paradigmática porque os homens decentes estão em maioria. (tradução nossa)²⁰

Schmitt não descarta a imensa influência que o poder tem sobre o direito, o que busca fazer aqui é consolidar uma visão qualitativa de poder em oposição à uma visão quantitativa, ou meramente abstrata. Para ele a ideia de que poder é necessariamente direito implica em

¹⁸ *Ibid.* p. 52.

¹⁹ *Ibid.* p. 76.

²⁰ SCHMITT, Carl. *Direito e Poder*. Trad. Alexandre Franco de Sá. In: *Ágora Filosófica*, v. 1, n. 1, 2013, p. 309-330.p. 8

uma conclusão lógica, a de que todos os poderes se equivalem, levando assim a uma equalização dos poderes e por consequência daquilo que é considerado Direito. Sendo o direito uma forma de organização social que busca uma sistematização, esse modelo disperso e ambíguo romperia com qualquer ambição de totalidade, ambição essa que é fundamental na conformação não só de Leis, mas de uma ordem jurídica como um todo.

O direito é conceituado no texto como uma forma particular de poder, uma “supremacia consciente”.²¹ Esta conceituação de direito é consideravelmente próxima dos ideais de racionalidade e generalidade reivindicados pelo conceito de Lei do normativismo. A conceituação em si não é uma tentativa de legitimar o conceito de direito liberal, mas de contrapor o direito com a teoria absolutista do poder. Schmitt não acredita que não há nada no direito além de poder e por isso explica que o que torna esse poder particular genuíno é sua consciência. Com isso, o autor demonstra que há no conceito de direito categorias e qualidades que derivam daqueles que o moldam. No caso do Estado de Direito é a burguesia revolucionária, no caso de um Estado soviético é a classe proletária e assim por diante.

Aqui se busca combater uma teoria individualista e utilitária do poder e do direito, onde ambos os conceitos seriam apenas instrumentalizados em prol de indivíduos isolados. O indivíduo, ou um conjunto de indivíduos não consegue formar norma por si mesmo.²² Aqui Schmitt reivindica em parte as teorias clássicas do contratualismo sobre a formação da vontade geral e de que esta vontade não é a soma de suas vontades particulares, mas sim o resultado desse conjunto. E ao mesmo tempo que as reivindica tenta retirar destas teorias o verniz liberal que adquiriram ao longo do tempo, já que uma visão individualista de norma quebra justamente com o caráter generalista que uma Lei deve possuir, já que nenhuma lei é capaz de satisfazer a vontade particular de todos os indivíduos ao mesmo tempo em que estrutura uma ordem jurídica coesa.²³

Schmitt encerra o texto tentando elaborar uma síntese dialética dos dois mundos que vem descrevendo até então, afirmando que não se trata de abordar a questão do direito e do poder como contrapostos irreconciliáveis, como a matriz liberal passou a promover o tema.

²¹ *Ibid.* p. 11.

²² *Ibid.* p. 16.

²³ Cabe destacar aqui que *Direito e Poder* se trata de uma obra da juventude de Schmitt onde a influência das teorias contratualistas e do arcabouço conceitual clássico do direito ainda tinha predominância sobre o pensamento Schmittiano. Influência que pode ser percebida ao longo de todo o texto. Todavia, é notável que mesmo reivindicando estes dogmas Schmitt é capaz de realizar uma apreciação crítica, percebendo, já em sua juventude, as insuficiências que esse modelo vai acarretar no longo prazo. Isso se comprova quando Schmitt afirma que “A pergunta pelo fim não é a pergunta pela essência do direito, mas a pergunta pelo sujeito do ethos que se pode encontrar no direito”, deixando clara a sua preocupação em estabelecer um caráter concreto da ciência jurídica e dos agentes que lhe dão vida. Cf. SCHMITT, Carl. *op cit.* p. 20.

Nem tampouco confirmar a teoria da absolutização do poder que o coloca como equiparado ao direito e retira deste segundo o seu aspecto original e independente. O objetivo principal é abordar direito e poder de uma forma que insira o indivíduo concreto no mundo das normas, estando o direito por cima do poder.²⁴ Basicamente Schmitt está trabalhando aqui com algumas das categorias que serão importantes no futuro quando as insuficiências do liberalismo se encontrarem no auge. Ao mesmo tempo em que o Direito deve ser Justiça e ética ele também precisa submeter aqueles que se encontram sob seu comando. Algo que o liberalismo aplica sem, contudo, reivindicar como parte de seu sistema.

Schmitt passará a defender que o conceito de lei e de norma precisa adquirir certas qualidades para que possa cumprir seu papel dentro do Estado de Direito.²⁵ Sendo este Estado uma forma de organização política que, em teoria, predomina o “Império da Lei”, esta lei não pode ser uma mera abstração formal, deve ter atributos que lhe confirmam um caráter específico que é útil à esse regime e o diferencie dos períodos monárquicos de supremacia do arbítrio.

O principal alvo da artilharia de Schmitt é o conceito formal de Lei tal como descrito em sua teoria constitucional. Em outros textos Schmitt também se refere a ele como normativismo. Para o autor essa vertente teórica enxerga a Lei como o resultado dos debates e disputas dentro de um órgão legislativo competente para emitir esse documento na forma escrita.²⁶

E como a teoria liberal, tendo seu expoente maior o Kelsen, equipara Lei e Direito, “direito é norma”, isso acaba se tornando um problema ainda maior se levarmos a conceituação de Schmitt a sério. O direito seria tudo aquilo que passa por um determinado procedimento protocolar e é positivado. Qualquer coisa poderia ser considerada lei nesse sistema.²⁷

A abordagem desse conceito formal de lei e a crítica ao seu caráter procedimental não é de maneira nenhuma uma mera elucubração teórica. Schmitt sabe, conforme exposto na Crise da Democracia Parlamentar, que o parlamento, autoridade responsável pela emissão das leis, não é de maneira nenhuma um órgão neutro que apenas respeita um determinado procedimento a ser seguido. Pelo contrário, por ser uma instituição resultado de um amplo combate entre a classe burguesa e o monarca absolutista, o parlamento possui uma marcação

²⁴ *Ibid.* p. 22.

²⁵ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 2003. p. 149.

²⁶ *Ibid.* p. 153.

²⁷ *Ibid.* p. 154

de classe incluível. As leis promulgadas por ele, bem como seu procedimento, não são ausentes de conteúdo político, ainda que se apresentem como tal.

A contraposição do conceito formal de lei é o seu conceito político. Esse conceito confere à lei algumas qualidades próprias do regime a qual ela está inserida, bem como ao objetivo que ela visa cumprir. Nesse conceito as “regras” enunciadas na lei são de caráter *geral*, ou seja, abstrato, de igual aplicação a todos os sujeitos do regime. E são ao mesmo tempo um mandamento concreto, um ato de *soberania*.²⁸

Essa concepção soberana da lei explica a tentativa de a todo momento a teoria realista do direito buscar o sujeito que aplica essas lei ou, no mínimo, o ente concreto que dá encaminhamento aos atos rotineiros da administração pública.

A Lei também possui um aspecto material, ela é a forma do poder soberano “se dirigir aos seus súditos”, colocando os devidos limites nas atitudes que podem tomar e limitando sua liberdade.²⁹ Essa característica não parece estar necessariamente vinculada à lei no Estado Burguês de direito, todo regime de alguma maneira utiliza da lei como instrumento coercitivo para podar as atitudes dos cidadãos. Mas é fundamental reconhecer esse aspecto material justamente para tirar do regime liberal parlamentar a ideia de que está necessariamente vinculado à liberdade absoluta construída em oposição à arbitrariedade do absolutismo monárquico. A lei pode não ter mais o mesmo conteúdo do antigo regime, mas ela não pode abrir mão de seu objetivo principal: ordenar um sistema.

Qualquer tentativa de retirar estas características políticas e materiais da Lei dentro do Estado de direito está tentando esvaziar o seu sentido e deslegitimar seu fundamento principal. A própria ideia de “soberania da lei” é uma tentativa de esvaziar o significado daquele que é o soberano concreto.³⁰

1.3 O constitucionalismo schmittiano: desdobramento do Estado e do Político

A formação do Estado, seu papel específico dentro de uma determinada ordem jurídica e como a política se dá particularmente nessa forma de organização estatal é assunto constante na teoria política e no Direito. A questão aqui é ver em que medida estes conceitos se relacionam com a constituição e o poder constituinte. Para Schmitt o Estado é “o

²⁸ *Ibid.* p. 155.

²⁹ *Ibid.* p. 156.

³⁰ *Ibid.* p. 155.

monopólio da decisão política”.³¹ Esse monopólio é exercido de forma unilateral por depender de uma unidade para existir. O Estado decide sobre a guerra e a inimizade, ou seja, quem é amigo e quem é inimigo³², não é um agrupamento qualquer e estes conceitos não são abstratos, conforme veremos mais adiante.

Tanto a guerra quanto a inimizade enunciadas aqui possuem um caráter de oposição, de disputa. Daí podemos concluir que o mundo do Estado e da política implica em uma negação, em um conceito que está necessariamente interligado com a disputa. Ao contrário de uma vertente liberal fundada no discurso.

A unidade que conforma esse sistema de decisão estatal implica em uma derrota do adversário. É nesse sentido que a relação amigo-inimigo não é necessariamente um fenômeno de regimes autoritários. Para fazer valer a sua vontade política o adversário necessariamente precisa que a vontade dele não prevaleça. Por isso, para o autor não faz sentido recriar ou estereotipar o conceito de inimizade, já que no mundo da política esse conceito de negação tem um papel fundamental.³³

“O conceito de Estado pressupõe o conceito de político”. Assim, Schmitt abre o livro *O Conceito do Político*. O Estado é, nas palavras dele, “o *status* político de um povo organizado em uma unidade territorial”.³⁴ Essa circunscrição territorial é importante porque confere a cada povo um status político único a depender de onde está inserido. O caráter universalista e de hegemonia do liberalismo perde lugar para uma visão concreta de como o fenômeno político acontece. Afinal, se o *status* político é de um “povo” a forma com que esse povo opera e confere a si mesmo uma nova ordem vai variar de acordo com critérios culturais, religiosos, econômicos, etc.

Os princípios abstratos do liberalismo e, particularmente, do constitucionalismo liberal cumprem aqui então um papel de homogeneização no sentido pejorativo da palavra. Onde uma sociedade se homogeneiza não por estar conformando uma unidade, mas porque está paulatinamente sendo submetida a uma hegemonia abstrata que nada tem a ver com a sua realidade.

A política está interligada com o Estado que traz seu fundamento de um povo. Mas ainda que estejam interligados, a equiparação dos conceitos de Estado e do político não é recomendável. Corre-se nesse caso o risco de equiparar aquilo que é político com aquilo que

³¹ SCHMITT, Carl. *O Conceito do Político*. Lisboa: Edições 70, 2019. 30

³² *Ibid.* p. 31.

³³ *Ibid.* p. 35.

³⁴ *Ibid.* p. 41.

é estatal, no sentido de administração ou atos gerais de governo.³⁵ E com isso excluir a chamada “sociedade civil” do processo e mutilando já de partida a base de atuação da política. Afinal, na sociedade democrática, todas as manifestações, independente de estarem ou não integradas no aparato estatal, são passíveis de se transformarem em fenômenos políticos, sejam costumes, religião, etc.³⁶

Schmitt vai se apropriar das ideias de Burckhard para afirmar que o Estado, em seus aspectos mais gerais, acaba adquirindo uma forma contraditória dentro do regime liberal que não permite que ele possa assumir a plenitude de sua potencialidade:

“O estado deve ser, então, por um lado, a realização e a expressão da ideia de cultura de cada partido; por outro lado, deve ser onipotente *ad hoc*! Ele deve *poder* tudo aquilo que é possível, mas já nada deve lhe *ser permitido*, nomeadamente não lhe é permitido defender a sua forma existente contra qualquer crise - e, finalmente, querer-se-á sobretudo voltar a participar do seu exercício do poder. Assim, a forma do Estado torna-se cada vez mais discutível e a *delimitação* do poder cada vez maior” (tradução nossa)³⁷

A onipotência *ad hoc* é uma contradição em termos, mas essa é justamente a intenção de Schmitt em exacerbar o absurdo da concepção liberal de Estado. Para o liberalismo o Estado deve ser capaz de qualquer coisa para preservar os interesses do próprio liberalismo, só nesse sentido ele pode ter um poder ilimitado. A permissão é o que ativa a onipotência e essa permissão é dada pela lei.

Schmitt vai afirmar que aquela diferenciação que é propriamente política é a diferenciação entre amigo e inimigo. Ela representa o mais absoluto grau de intensidade e antagonismo.³⁸ Em outras palavras, a disputa é a regra intrínseca da política. Outros autores que não necessariamente compactuam com o campo de Schmitt, mas que se opunham ou eram críticos ao liberalismo também chegaram a essa conclusão por outros caminhos.

O marxismo via o antagonismo das classes como motor essencial da história, as vertentes pós-modernas colocam as “relações de poder” no centro do estudo da política e da conformação da ordem social e até teóricos da guerra como Napoleão e Clausewitz assumiram que a guerra é a continuação da política. Então a concepção de inimidade apresentada aqui não é de maneira nenhuma objeto apenas do *corpus* schmittiano, ainda que tenha sido indiscutivelmente aperfeiçoada por ele.

³⁵ *Ibid.* p. 46.

³⁶ *Ibid.* p. 46.

³⁷ *Ibid.* p. 47.

³⁸ *Ibid.* p. 50-51.

A própria ideia de criação de um partido político para disputar demandas políticas implica em um reconhecimento da relação amigo/inimigo. O partido é uma agremiação daqueles com os quais se possui um vínculo político de amizade e que se juntam para combater um inimigo comum que se opõe aos objetivos que esse partido deseja. O inimigo toma a forma de um adversário eventual, mas isso não diminui o fato de que sua razão de ser, na política, é a inimizade quanto aos objetivos centrais em contenda.

Esse antagonismo é o oposto da ideia liberal de consenso, tão importante no parlamentarismo. Ao nosso ver em uma distorção completa daquilo que seria a dialética, o regime parlamentar assume que o confronto oral entre dois adversários é capaz de produzir uma síntese coesa o suficiente para eliminar os traços de antagonismo e arrefecer a temperatura do combate em prol de uma mediação paliativa da disputa. O liberalismo quer, entre outras coisas, dissolver o inimigo num concorrente do ponto de vista dos negócios e num oponente do ponto de vista da política.³⁹

Ainda que Schmitt não se debruce sobre o aspecto econômico dessa questão, não poderíamos deixar de observar que o fato da burguesia ser uma classe comerciante, com vínculos estreitos com o mundo da produção e distribuição de riqueza, é natural que passe a conceber o domínio do político e todos os outros domínios como uma extensão do domínio econômico que lhe forneceu as ferramentas para pela primeira vez conquistar o poder. A confirmação da burguesia enquanto classe consciente se dá na mesma medida em que a sociedade a sua volta passa a ser moldada pela sua forma de ver o mundo.

Schmitt coloca que as contraposições morais, éticas, religiosas ou qualquer outras podem se transformar em políticas se são suficientemente fortes para agrupar pessoas na relação amigo inimigo.⁴⁰ A “força” é conceito chave aqui, pois podemos inferir a partir daí que as relações culturais, costumeiras, entre tantas outras passam, na sociedade democrática, a ser instrumentalizadas pela política. Não pensando aqui em uma concepção autônoma do político que manipula os demais setores, mas sim que a depender das circunstâncias, manifestações mundanas da vida cotidiana podem ser empurradas em direção a inimizade e para o mundo da política.

Importante ressaltar que o liberalismo, enquanto um movimento político concreto que acontece na história, não escapa ao âmbito do político. Suas abstrações pretensamente universais e portadoras de uma racionalidade intrínseca são uma forma de tentar diminuir o

³⁹ *Ibid.* p. 54.

⁴⁰ *Ibid.* p. 69.

grau de politicidade e conseguem deformar a política tradicional, mas cumprem um papel em si mesmas de conceito político.⁴¹

Toda a teoria chamada “iluminista”, ainda que tenha possuído lapsos de verdadeira cientificidade e recuperação do conhecimento clássico perdido, quando entra no campo da política serve majoritariamente para tentar universalizar conceitos políticos próprios do liberalismo e absolutizá-los para qualquer sociedade. A própria teoria contratualista de Rousseau, ainda que tenha um caráter democrático indiscutível, tem como ponto de partida o indivíduo. Nem que seja para depois afirmar sua insuficiência.

Os ramos que o liberalismo busca se debruçar com mais afinco em substituição ao político são a ética e a economia. Sua desconfiança do mundo político se deve ao fato de que este exige um tipo de sacrifício pessoal que o individualismo burguês não é capaz de fazer.⁴² A aposta na economia se justifica historicamente já que a conformação da burguesia liberal se dá primeiro de maneira econômica. O apelo à ética é necessário, pois quando se sacrifica a concretude política só se pode compensar com um dever-ser abstrato.

A deformação dos conceitos tradicionais do político se dá de várias formas. Estado vira sociedade, combate vira cálculo econômico, povo vira público, trabalhadores ou consumidores e domínio vira propaganda.⁴³ Todos os aspectos da vida pública passam a ser considerados de um ponto de vista individualista. A unidade política necessária é impedida por uma hegemonia abstrata dos conceitos que veda uma possível identidade entre o povo e a ordem política.

É por isso que para conformar suas necessidades o liberalismo molda o Estado de Direito e este, para funcionar, só precisa da garantia dos direitos fundamentais e da divisão dos poderes. Ou seja, os aspectos limitadores dos poderes do Estado e corporificadores dos interesses da burguesia.⁴⁴ Essas configurações não exigem nenhuma forma de governo específica, podendo a burguesia facilmente transitar entre a democracia, a monarquia constitucional, etc.

Esses são alguns dos motivos que explicam a ampla adesão que a derrubada da república de Weimar e a chegada dos nazistas teve, inclusive do próprio Carl Schmitt. Ao absolutizar aspectos fundamentais da vida política de uma forma que pouco ou nada tem a ver com o povo em que aquela ordem está inserida o liberalismo incorre em uma formalização da vida pública que simplesmente não possui lastro no concreto

⁴¹ *Ibid.* p. 121.

⁴² *Ibid.* p. 124.

⁴³ *Ibid.* p. 126.

⁴⁴ SCHMITT, Carl. *Teoria de la C. op. cit.* p. 201-202.

O inverso também é válido. Vários regimes autoritários são considerados democráticos justamente por se conformarem a doutrina liberal e salvaguardar os princípios que a sustentam. O terrorismo de Estado colombiano é um dos exemplos mais elucidativos desse caso. A violência e o arbítrio são presença constante na rotina dos cidadãos, mas o regime não é colocado em cheque porque o protocolo liberal continua sendo cumprido.

Nesse sentido, o poder constituinte e a própria soberania acabam sendo esvaziados porque, na prática, ficam no caminho do regime liberal. Ambos os fenômenos cumpriram seu papel no eclipse do regime monárquico e qualquer ativação de seus efeitos na sociedade atual seria apenas em contraposição ao próprio regime liberal, razão pela qual o Estado é sempre limitado e a opinião pública moldada.

Essas contradições conferem ao constitucionalismo liberal um caráter misto, incongruente, que comunga de diversos aspectos das mais variadas formas de governo, ainda que os articule de uma maneira peculiar:

Num sentido mais amplo, a moderna Constituição burguesa do Estado de Direito é também uma Constituição mista, porque no seu segundo elemento, o elemento político, estão ligados e misturados entre si diferentes princípios e elementos político-formais (Democracia, Monarquia, Aristocracia). (tradução nossa)⁴⁵

Por esse motivo, o Estado de Direito não pode ser considerado uma forma política própria, unidade política e nem uma constituição.⁴⁶ Além disso, ele tenta remover o poder constituinte da equação e reduzi-lo a um formalismo abstrato apriorístico que pouco resolve a questão do poder em si. Se para Schmitt a relação amigo/inimigo é fundamental, a decisão que funda a ordem não pode ser dissolvida em formalismos.

O estado de direito se torna assim uma casca vazia, podendo assumir qualquer forma desde que ela atenda os interesses da burguesia liberal. É por isso que pode no percurso histórico assumir um poder executivo assemelhado com a monarquia soberana e um legislativo fundado no princípio democrático.⁴⁷ Essa mescla resulta na ambiguidade do liberalismo e na postergação ou no mínimo congelamento da decisão fundamental que funda a ordem política.

Particularmente sobre a questão do Estado, Schmitt afirma que ele configura a realidade de um determinado povo, sendo:

⁴⁵ *Ibid.* p. 203.

⁴⁶ *Ibid.* p. 204-205.

⁴⁷ *Ibid.* p. 205.

Um determinado *status* de um povo e o *status* da unidade política. A forma política é o modo especial de conformação dessa unidade. Sujeito de toda determinação conceitual do Estado é o povo. Estado é uma situação, a situação de um povo. Mas o povo pode alcançar e manter a situação de unidade política de duas maneiras diferentes. Pode ser passível de ação política, já em sua realidade imediata —em virtude de uma forte e consciente homogeneidade em consequência de firmes fronteiras naturais, ou por qualquer outro motivo—, e então é uma unidade política como uma grandeza real —atual na sua identidade imediata - consigo mesmo. (tradução nossa)⁴⁸

A unidade real definida por Schmitt, onde o povo adquire sua consciência, pode ser comparada com a classe para si da literatura marxista, onde um determinado povo consciente de suas determinações é capaz de superá-las e conformar uma nova ordem. Mais uma vez vemos as semelhanças das teorias que criticam o liberalismo.

Essa homogeneidade que conforma a unidade tem uma relação intrínseca com a dinâmica amigo/inimigo definida anteriormente. Para que haja essa homogeneidade o inimigo não pode ser considerado um mero adversário em um mundo plural, mas sim como alguém que representa um antagonismo à proposta de ordem jurídica estabelecida. A política é nesse caso o meio pelo qual se subjuga o inimigo, seja derrotando-o no regime democrático ou aniquilando-o nos regimes autoritários, conforme Schmitt explicita mais a frente. Essa atuação direta do povo consciente pode ser equiparada para Schmitt com o poder constituinte.

A ideia de poder constituinte está intrinsecamente ligada com o conceito de Nação, que é o sujeito desse poder.⁴⁹ Todavia, o liberalismo, como pudemos ver, subverte a vontade popular e por consequência o poder constituinte ao escamotear a questão do poder em um liberalismo normativista abstrato e transformar a nação no mecanismo de configuração da vontade burguesa.

Esse normativismo impede uma correta identificação do povo, sujeito do poder, com o governo instituído. Aqui Schmitt traz um conceito chave de identidade e representação que é fundamental para a análise do nível de lastro popular que uma ordem liberal possui. A identidade é a identificação do povo com a sua condição de governante, de quem exerce diretamente o poder. A representação faz com que esse poder seja exercido por meio de titulares eleitos para tal por um mandato do poder constituinte.⁵⁰ Nesse sentido, quanto mais forte é o princípio da identidade, mais democrático é um regime e quanto mais forte o da representação, menos exercício do poder direto o povo possui:

⁴⁸ *Ibid.* p. 205.

⁴⁹ COLON-RIOS, Joel. *Carl Schmitt and Constituent Power in Latin American Courts: The Cases of Venezuela and Colombia*. In: *Constellations*, vol. 18, nº 3, 2011. p. 2

⁵⁰ SCHMITT, Carl. *Teoria de la C. op. cit.* p. 205.

Onde o povo é sujeito ao Poder constituinte, a forma política do Estado é determinada pela ideia de uma identidade; a Nação está aí; não precisa e não pode ser representada, pensamento que empresta sua irrefutabilidade democrática às tão citadas explicações de Rousseau.⁵¹

Assim, a identidade e a representação são contrapostas. Existem em qualquer ordem política, mas representam graus diferentes de intensidade que servem de parâmetro para avaliar o quão democrático é um determinado ordenamento. Um conceito não exclui o outro, ambos são formas de conformação concreta da unidade política.⁵² Afinal, ainda que um Estado tenha sua base mais voltada para a representação do que para a identidade, essa representação não pode ignorar o povo, sujeito do poder, então a identidade se faz presente de qualquer forma.⁵³

A propaganda se torna aqui um mecanismo fundamental da sociedade burguesa. Fazer com que o sujeito do poder constituinte se identifique minimamente com o regime liberal ainda que este não represente de forma apropriada seus interesses. O modelamento da opinião pública é uma tentativa de suprimir ou direcionar o exercício do poder constituinte.

A representação no Estado de Direito é pública, não pode ser secreta.⁵⁴ Justamente pelo fato de ser um mandato autorizado pelo poder constituinte. Está diretamente relacionada com a ideia de publicidade do regime parlamentar, onde as discussões e debates são feitos de forma aberta e transparente para que possa ser visto. Desnecessário dizer que a atuação do poder judiciário, quando observada por esse prisma, passa a ter ainda mais objeções do que o próprio legislativo, já que possui um caráter de segredo e discussões a portas fechadas muito mais recorrentes.

Quando se opta pela representação, essa tem que se dar por órgãos específicos, não por meros atos administrativos. Governar é diferente de administrar para Schmitt.⁵⁵ Por isso o parlamento assume preponderância, possui em seus alicerces o caráter de generalização necessário a representação de toda uma unidade política. Esse caráter abstrato e geral se estende também para a norma por ele emitida.

Quanto mais se caminha no sentido da identidade, mais o governo passa a adquirir um caráter mínimo.⁵⁶ Mínimo aqui não significa a conotação adquirido após o avanço das teorias neoliberais, onde o Estado diminui suas funções. Isso é plenamente condizente com os

⁵¹ *Ibid.* p. 205.

⁵² *Ibid.* p. 206.

⁵³ *Ibid.* p. 207.

⁵⁴ *Ibid.* p. 208.

⁵⁵ *Ibid.* p. 211.

⁵⁶ *Ibid.* p. 213-214.

propósitos burgueses. Mínimo aqui tem um sentido objetivo de não necessidade de governo dado que existe um exercício direto do poder pelo povo.

Nas suas movimentações históricas a burguesia nunca quis o extremo nem da identidade nem da representação. Ela buscava equilibrar os dois por meio do regime parlamentar de forma a consolidar a separação de poderes, criando um executivo de atuação direta e um legislativo representativo, ambos emulando características formais.⁵⁷

Podemos observar a aplicação prática destas ideias schmittianas no período contemporâneo se observarmos o terreno concreto da América Latina, onde diversos pensadores se debruçaram sobre a falta de identidade da população com os regimes liberais instalados artificialmente aqui e a necessidade de reformá-los por meio de uma constituição.

Arturo Sampay é um desses casos. Eminente constitucionalista argentino, liderou o processo de elaboração da Constituição argentina de 1949 (chamada de constituição social), tendo, portanto, participado concretamente de uma convenção constitucional e da fundação de uma ordem constitucional.

Em “*Constitución y Pueblo*” Sampay nos oferece um elegante apanhado de qual a sua fundamentação do poder constituinte. Amplamente motivado pelo processo constitucional acima mencionado que estava acontecendo na Argentina, o autor não deixa de oferecer, em conjunto com medidas próprias da realidade argentina, análises aguçadas de porque o povo exerce o poder constituinte.

Seu livro que talvez tenha mais aderência com a crítica schmittiana é “*La Crisis del Derecho Liberal-Burgues*”. Trata-se de estudo denso sobre as insuficiências do regime liberal e como, de uma perspectiva constitucional, estas insuficiências podem ser superadas. Orientado sempre por sua concepção popular e da justiça social (foi grande quadro do peronismo), Sampay oferece um conjunto de análise que, em terrenos latinoamericanos, até agora não foi superado.

O pensador Clinton Rossiter é outro caso de um autor que viu nas teorias de Schmitt uma possibilidade de aprimoramento do regime liberal. Dessa vez nos Estados Unidos. Para ele, que está interessado particularmente na forma de sobrevivência de uma constituição em tempos de crise, é necessário incorporar à constituição dispositivos que confirmam ao poder executivo poderes especiais para que se possa preservar a ordem constitucional.

O trecho abaixo elucida melhor o que queremos demonstrar:

Hindenburg havia adotado uma concepção de presidência que há muito era

⁵⁷ *Ibid.* p. 215.

defendida por certos juristas alemães, particularmente Carl Schmitt. No notável e polêmico livro deste último, *Der Huter der Verfassung*, publicado em 1931, havia sido expressa essa ideia tipicamente germânica do presidente como o pivô do esquema constitucional, como um poder "neutro, mediador, regulador e conservador" colocado acima todos os outros ramos para defender a Constituição e manter o estado. O presidente sozinho foi eleito por todo o Reich; por esse motivo, ele tinha uma pretensão peculiar de representar o povo. Ele deveria estar acima do partido e de nenhum partido, um árbitro neutro para regular o funcionamento do sistema parlamentar e, no caso de seu colapso, governar o país com o Artigo 48 e um Gabinete presidencial. Schmitt considerava o Artigo 48 a arma indispensável do presidente em sua qualidade de guardião da Constituição. Mas como um observador apontou, Hindenburg não era o "Guardião", mas o "Reformador" da Constituição. Fosse o que fosse, ele era o governante da Alemanha de uma forma não prevista pela Assembleia de 1919 - tudo em virtude do artigo da ditadura e seu lugar mal definido no esquema constitucional. (tradução nossa)⁵⁸

É interessante a incorporação do autor por se tratar de um pensador estadunidense que, tendo como ponto de partida o constitucionalismo forte dos EUA reflete que mesmo lá a fé nas instituições ditas "democráticas" é insuficiente para dar coesão a um regime jurídico em constante desestabilização institucional.

Até na principal matriz do pensamento liberal as insuficiências do liberalismo na teoria constitucional se fazem perceber. A ideia do presidente como um árbitro neutro não consegue se sustentar nem por seus próprios termos, mas essa visão do presidente como acima da ordem constitucional consegue ao menos oferecer uma maior amostra de como o fenômeno constitucional realmente se manifesta.

No trecho abaixo podemos ver mais claramente a incorporação da crítica schmittiana pela teoria realista americana da constituição:

Na prática, mesmo quando a democracia alemã estava em seu auge, a tese de Schmitt-Jacobi estava mais próxima dos fatos do que do ponto de vista estrito e legalista. Várias disposições da Constituição, além daquelas especificamente mencionadas no Artigo 48, foram claramente violadas por decretos presidenciais. Juizados especiais foram várias vezes instituídos, apesar da declaração explícita do Artigo 105 de que os tribunais excepcionais eram ilegais e totalmente proibidos. Além disso, há ampla evidência de que a independência dos juízes garantida pelo Artigo 102 foi várias vezes transgredida por pessoas que executam as medidas do Presidente nos termos do Artigo 48. Outros artigos que foram violados impunemente foram o 129 (manutenção do cargo e outros direitos civis servos), 37 (liberdade de restrição de deputados do Reichstag e Landstage) e 45 (proporcionando o consentimento necessário do Reichstag para tratados relativos a assuntos regidos pela legislação nacional). (tradução nossa)⁵⁹

Rossiter está abordando a república alemã na tentativa de achar uma saída para a crise

⁵⁸ ROSSITER, Clinton. *Constitutional Dictatorship: Crisis Government in the Modern Democracies*. Londres: Routledge, 2002. p. 56.

⁵⁹ *Ibid.* p. 69

americana. Isso lhe atrai a questão do papel do presidente dada a importância que ele possui nos Estados Unidos e também na Alemanha. É por isso que os estudos de Schmitt sobre a constituição de Weimer lhe são tão pertinentes, para ele o papel do presidente na república alemã era preponderante mesmo em seu período democrático, em seu período pré terceiro Reich.

O reconhecimento da força política que o presidente possui é um dos principais aspectos que fazem diversos juristas retornarem as análises de Schmitt e um dos motivos que faz Rossiter conceder razão a Schmitt e sua interpretação do fenômeno constitucional como um fenômeno político.

Para Rossiter, reivindicando Schmitt, a lei (enquanto compreendida como mero formalismo) cede lugar para a decisão política emanada do portador da soberania.⁶⁰ É nesse sentido que aspectos formais da constituição de Weimar eram desrespeitados pelo poder executivo e ainda assim o ordenamento se mantinha, pois essa constituição não estava fundada em um todo de normas pueris, mas em uma decisão política preestabelecida. Esse é o sentido de uma constituição moderna.

Esse conceito de constituição moderna, a qual Schmitt se refere recorrentemente tem o sentido de constituição dominante, aquele modelo que consegue se impor aos demais. O regime liberal, nesse sentido, possui a tendência a se hegemonizar e suprimir, em todo lugar que se encontra, as relações políticas concretas de determinada sociedade.⁶¹ Isso se deve a própria natureza do capitalismo que para se fazer valer precisa dominar globalmente, criando com isso uma multiplicidade de regimes jurídicos que possam lhe servir.

A Constituição moderna é feita aos moldes da vontade burguesa, ela reflete seus interesses e corporifica seus institutos. É daí que vem a necessidade constante de deslegitimar como regimes do arbítrio ou não constitucionais aqueles que não respeitam os caprichos da burguesia.⁶² O desrespeito a propriedade, mecanismos de expropriação, limites do monopólio de imprensa, todos estes são mecanismos que vão de encontro à sociedade burguesa, ainda que possam ser plenamente legítimos e apoiados pelo povo. Este é o caráter conflituoso nato do regime liberal, se faz dominante mesmo sem ser popular.

O estado passa a ser unidade, mas unidade de normas. Sua sistematicidade é apenas no sentido de melhor servir aos propósitos da burguesia liberal.⁶³ O Estado é assim visto de forma instrumental, sem um papel ativo predefinido e sem organização autônoma. Sua

⁶⁰ *Ibid.* p. 72.

⁶¹ SCHMITT, Carl. Teoria de la C. *op. cit.* p. 137.

⁶² *Ibid.* p. 137.

⁶³ *Ibid.* p. 137.

divisão de poderes e sistemas de freios e contrapesos serve também a esse propósito de limitar as possibilidades do Estado se autodeterminar.⁶⁴ Estes freios também derivam do caráter misto e contraditório do Estado burguês de direito.

1.4 O conceito de Constituição em Schmitt

Esclarecido o papel do Estado e do Político no sistema schmittiano, cabe agora esmiuçar o que a constituição significa para o autor e como ela ajuda a conformar a ordem jurídica concreta. Schmitt inicia sua teoria constitucional afirmando que quando se fala de constituição está se falando da constituição do Estado, conforme conceituado anteriormente. Esse Estado é uma unidade e como tal deve ser encarada, seja uma unidade política, seja uma de normas.⁶⁵ Mas no segundo caso adquirindo um caráter abstrato.

Schmitt, justamente por ter uma visão concreta do fenômeno constitucional e reconhecer as circunstâncias concretas em que se deu, impugna qualquer análise que separe o Estado da chamada sociedade civil. Por isso seu conceito de constituição também não pode reconhecer essa separação, já que implicaria em uma quebra da unidade.

A primeira definição palpável de Schmitt para a constituição é de uma “concreta situação de conjunto da unidade política e ordenação social de um certo Estado”.⁶⁶ Daqui se deduz que a constituição “normativista” tal como se desenha e predomina nos dias de hoje, não pode ser considerado para Schmitt um modelo válido. O dever ser não é capaz de moldar o ser por critérios puramente formais.⁶⁷ Daí se explica suas constantes tentativas de unir o mundo do direito com o mundo dos fatos, o ser e o dever ser.

Outra conceituação é a de que a constituição seria o “princípio do devir dinâmico da unidade política, do fenômeno da formação e criação continuamente renovadas dessa unidade a partir de uma força e energia subjacentes ou operacionais na base”.⁶⁸ A constituição assume aqui um papel ativo e incessante. A todo momento ela pode se atualizar ou reformar as bases nas quais está inserida, desde que faça uso do poder constituinte.

A constituição em sentido absoluto também pode vir a assumir o caráter de uma regulação ou lei fundamental, uma norma suprema e última, uma “norma das normas”⁶⁹ Se

⁶⁴ *Ibid.* p. 138-139.

⁶⁵ *Ibid.* p. 29.

⁶⁶ *Ibid.* p. 30.

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ *Ibid.* p. 31.

⁶⁹ *Ibid.* p. 33.

antes o Estado fazia a constituição, agora a constituição faz o Estado.⁷⁰ Essa inversão operada por Schmitt não é reivindicada por ele, é apenas uma maneira de demonstrar o absurdo de tentar subsumir na norma fenômenos políticos concretos. Porque só algo com existência concreta pode ser soberano.⁷¹

Retomando a Lei enquanto um ato de soberania cabe a nós aqui indicar a ênfase na palavra “ato”. A lei é a maneira com que o soberano se dirige ao todo da sociedade, mas de maneira nenhuma consegue ser soberana em si mesmo justamente devido a sua essência abstrata. A forma escrita que a lei possui é justamente uma tentativa de elevá-la acima do político.⁷²

As mais diversas formas de interpretação da lei que surgem ao longo da história do direito e se popularizam particularmente hoje em dia com o fenômeno do neoconstitucionalismo são maneiras de reintroduzir o político na Lei. A tentativa de abstrair da política na Lei só faz com que ela tenha que entrar novamente quando a lei se choca com o caso concreto. O neoconstitucionalismo contemporâneo e seu enfoque na interpretação principiológica da constituição é uma das manifestações disso. De certa forma, o jusnaturalismo e seus conceitos de justiça e racionalidade da lei se introjetam na norma positiva para lhe conferir alguma característica política.

A matriz kelseniana do direito contemporâneo vai afirmar que uma norma deve valer porque é positivada. Schmitt considera isso uma tautologia que nada diz sobre o caráter da norma ou do direito.⁷³ Simplesmente está se afirmando aqui que uma norma vale porque vale. O formalismo é nesse caso a forma última de tecnicização do direito e de retirada de seu conteúdo político.

Kelsen poderia ser considerado o autor último da teoria jurídica da burguesia depois que esta conquista o poder de Estado, já que não seria mais necessária uma suposta racionalidade das leis pois estas são impostas de acordo com a vontade da burguesia. Essa interpretação passa longe da visão do próprio Kelsen que via na teoria pura uma forma de transformar o direito num fenômeno à parte ou pelo menos independente da política. Isso explica porque sua visão de soberania é presumida e se encontra fora do terreno propriamente jurídico.

A constituição é então uma decisão concreta que surge de uma vontade de um sujeito:

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ *Ibid.*

⁷² *Ibid.*

⁷³ *Ibid. p. 34.*

Na realidade, uma Constituição é válida quando emana de um poder constituinte (isto é, força ou autoridade) e é estabelecida por sua vontade. A palavra "vontade" significa, em contraste com as normas simples, uma grandeza do ser como origem de um dever-ser. A vontade se dá de forma existencial: sua força ou autoridade reside em seu ser. Uma norma pode ser válida quando é justa; então a concatenação sistemática conduz ao direito natural e não à Constituição positiva; ou então uma norma é válida porque é positivamente ordenada, isto é, em virtude de uma vontade existente. (tradução nossa)⁷⁴

Todos os termos acima utilizados são derivações concretas de fenômenos políticos. Sujeito, vontade, existência, decisão são conceitos que podem facilmente ser rastreados no contexto histórico em que uma constituição se funda e, por isso mesmo, são indispensáveis no mundo do Direito. A unidade, nesse sentido, não pode ser representada em normas particularistas sem cair em arbitrariedade, só não é arbitrária quando emana de uma vontade.⁷⁵

Podemos considerar que quando Schmitt está falando em vontade está se referindo a vontade exercida pelo poder constituinte. É importante discriminar o sujeito concreto autor da vontade porque é dele que vai partir a decisão última sobre modo e forma de organização política. E sendo essa decisão uma vontade, ela necessariamente tem que ser constante, já que a vontade não desaparece uma vez que é exercida.

A esses aspectos concretos Schmitt contrapõe um conceito relativo de constituição. Essa relatividade se dá porque há o sopesamento entre a Constituição como unidade e a lei constitucional como particularidade. Relatividade da constituição é em relação a lei constitucional em particular.⁷⁶ Essa é uma das principais ideias de Schmitt que possuem aplicação na interpretação constitucional como um todo e no problema específico do controle desenfreado de constitucionalidade que enfrentamos. Schmitt coloca que esse caráter de constituição como lei constitucional se dá pela origem contratual da constituição, ela precisava ser bem discriminada na relação burguesia/monarca.⁷⁷

Esse conceito formal de constituição só o que consegue fazer é tentar relativizar aquilo que é concretamente político.⁷⁸ Ele tenta a todo custo regular a vontade estatal⁷⁹. Mas como veremos adiante, por partir de um poder constituinte soberano essa vontade não pode ser regulada. Ela é portadora de soberania. Mas a tentativa de controlá-la explica o anseio codificador das constituições contemporâneas e particularmente da brasileira.

⁷⁴ *Ibid.* p. 34.

⁷⁵ *Ibid.* p. 35.

⁷⁶ *Ibid.* p. 37.

⁷⁷ *Ibid.* p. 39.

⁷⁸ *Ibid.* p. 41.

⁷⁹ *Ibid.* p. 40.

O que abole a constituição então é um ato do poder constituinte, não uma alteração da lei constitucional.⁸⁰ A dificuldade de reforma da lei não garante a durabilidade da constituição, isso deveria vir de seu significado fundamental.⁸¹ Se tomarmos como exemplo histórico o caso da antiga Iugoslávia, seu processo de reforma constitucional era um dos mais complicados já criados e ainda assim o país se desintegrou, porque a raiz da unidade está na Nação e sua decisão, não na norma abstrata.

Essa também é uma contradição do regime liberal, porque ao mesmo tempo em que busca uma durabilidade do regime que defende seus interesses, também promove pactos dilatórios que nada mais fazem do que postergar o conteúdo político. Por não ter uma decisão clara a ambiguidade da constituição acaba sendo seu pior adversário. As medidas formalistas de dificultar a reforma são uma tentativa do liberalismo de conservação da constituição, mas cometem o erro comum de confundir o poder constituinte com o poder de reformar a lei constitucional.⁸²

A constituição concreta que Schmitt defende não é um pacto, no sentido burguês histórico. Ela é permanente e irrevogável⁸³. A própria conceituação de “decisão sobre modo e forma” implica na impossibilidade de um pacto já que quem decide irá impor um modo e uma forma específica excluindo os demais, inviabilizando qualquer pacto possível. O conceito positivo de constituição defendido por Schmitt aqui não é positivo no sentido de “positivista” (formal, normativo), mas sim em contrário a um conceito negativo. O Estado conforma aqui um papel ativo, não só de delimitação de poder. Para ele, só o conceito positivo pode impedir que a constituição se dissolva num formalismo⁸⁴. Sua relação com o poder constituinte é indissolúvel:

A Constituição em sentido positivo surge por meio de um ato do poder constituinte. O ato constitutivo não contém nenhum regulamento como tal, mas sim, e precisamente para um único momento de decisão, a totalidade da unidade política considerada em sua forma particular de existência.⁸⁵

Se o ato constituinte porta a totalidade da unidade política é correto dizer que ele possui uma porção da soberania, pois ele decide sem qualquer limitação legal e negando a possibilidade de decisão aos seus inimigos políticos. Essa decisão não implica

⁸⁰ *Ibid.* p. 42.

⁸¹ *Ibid.* p. 43.

⁸² *Ibid.* p. 44.

⁸³ *Ibid.* p. 45.

⁸⁴ *Ibid.* p. 45.

⁸⁵ *Ibid.* p. 45-46.

necessariamente que toda constituição irá fundar um novo Estado⁸⁶, mas ela sempre remaneja o Estado atual de acordo com seus objetivos. As revoluções burguesas fizeram precisamente isso. Se aproveitaram da estrutura preexistente do estado absolutista monárquico e colocaram a seu favor aquilo que interessava nessa estrutura. Daí o caráter misto do regime parlamentar que Schmitt denuncia em seus textos.

Fazendo uma analogia com o cenário brasileiro, a ruptura da república velha após a Revolução de 30 não necessariamente fundou um novo Estado (foi papel da independência fazer isso), mas ela reorganizou a estrutura estatal vigente de forma indiscutivelmente soberana e negou aos demais inimigos a possibilidade de persistirem na forma antiga de organização estatal.

Tanto no caso das revoluções burguesas quanto na analogia brasileira o que confere unidade da decisão é sempre uma unidade política⁸⁷, daí a completa insuficiência do formalismo que pode ao máximo garantir coesão normativa na lei constitucional, mas nunca unidade política. Resultando em insegurança e instabilidades institucionais. O regime parlamentar não é capaz, por si só, de reformar a constituição⁸⁸, ele pode no máximo tratar da lei constitucional. Por não ser poder constituinte, nem mesmo mandatário deste, é incapaz de reformar a decisão fundamental sobre modo e forma de organização política.

Schmitt trata a ideia de um parlamento constituinte como um absurdo em termos:

Se tal Assembléia Constituinte não fosse qualitativamente diferente de um Parlamento ordinário, levaria ao resultado absurdo e distorcido de que um Parlamento, por meio de acordos adotados por maioria simples, pudesse vincular todos os Parlamentos seguintes (eleitos pelo mesmo povo e através dos mesmos métodos democráticos), tornando exigível uma maioria estabelecida para a supressão de certas leis (não qualitativamente diferentes) que foram postas em vigor por uma maioria simples.⁸⁹

Aquilo que Schmitt classifica como absurdo é justamente o que ocorreu em nossa assembleia constituinte de 88. A CF de 88 pode ser considerada como o pacto dilatatório por excelência. Ela vincula os demais parlamentos por meio de um parlamento ordinário e posterga as decisões fundamentais. Qualquer obscuridade na constituição serve majoritariamente a classe que dá o tom político. No regime brasileiro isso é feito pelas cortes. A fórmula dilatatória não é decisão e também não é compromisso.⁹⁰ O compromisso implica

⁸⁶ *Ibid.* p. 46.

⁸⁷ *Ibid.* p. 46.

⁸⁸ *Ibid.* p. 49.

⁸⁹ *Ibid.* p. 50.

⁹⁰ *Ibid.* p. 56.

em um reconhecimento das alternativas políticas em disputa, coisa que o pacto dilatatório não faz.

Não cabe aos guardiões da constituição, nesse sentido, interpretar uma vontade inexistente, não manifesta.⁹¹ Onde a vontade e a decisão não ficam claras a normatização é inútil, particulariza aquilo que não possui conteúdo em primeiro lugar e apenas abre margem para que a interpretação judicial tenha ainda menos amarras.

Cabe aqui fazer uma asseveração sobre a opinião schmittiana de que o pacto dilatatório não possui decisão. Para nós, o que fica claro ao longo da leitura é que o pacto dilatatório tem uma decisão implícita. Schmitt a desconsidera por ver que não conforma uma unidade, é uma decisão da classe dominante imposta de cima pra baixo, mas de qualquer maneira há de se reconhecer que uma classe dominante, ainda que não representando unidade, está dando o tom político da formulação constitucional. Além disso, Schmitt categoriza Weimar como um caso contrário ao exposto aqui, onde os socialistas achavam que havia pacto dilatatório havia na verdade decisão, pelo Estado burguês de Direito.⁹² Evidenciando também que a dilação pode adquirir uma decisão de classe

Colón-Ríos, nos ajuda a entender o porque da teoria normativista tergiversar a decisão. Para ele, um autor como Kelsen não tem uma teoria do poder constituinte, mas explica que o sujeito constituinte vincula os demais com suas normas.⁹³ Trocando em miúdos, o sujeito constituinte é pensado como uma abstração fora do direito que inicia uma ordem e se retira, não tendo nada mais a ver com ela posteriormente. Essa visão eminentemente abstrata que ignora o papel contínuo do poder constituinte bate de frente com o pensamento schmittiano:

Schmitt tinha, por falta de um termo melhor, uma concepção “normativa” da constituição material em oposição à concepção “descritiva” de Kelsen. As leis constitucionais poderiam ser legalmente alteradas, mas a modificação das decisões políticas fundamentais contidas na “constituição” nunca poderia ser alcançada por meio de um processo legal totalmente regulamentado. A constituição material foi criação de um constituinte extralegal e só poderia ser por ele alterada, através de qualquer tipo de procedimento que considerasse adequado. (tradução nossa)⁹⁴

A diferenciação clássica entre constituição formal e material para Schmitt é uma diferenciação entre formal e concreta, formal e absoluta, formal e sistemática. Qualquer abstração normativa corrompe o sentido político da constituição e tranca seu potencial. Essa diferenciação é particularmente útil na dogmática constitucional dada a tendência

⁹¹ *Ibid.* p. 57.

⁹² *Ibid.* p. 57.

⁹³ COLÓN-RIOS, Joel. *Constituent Power and the Law*. Oxford: Oxford Press, 2020. p. 200.

⁹⁴ *Ibid.* p. 205.

generalizada de conferir as características ali enumeradas da constituição concreta para serem utilizadas na constituição formal.

A aplicação concreta desses conceitos na realidade podemos ver no livro *State, movement people*, que talvez seja um dos textos de Schmitt que exija maior contextualização histórica. Aqui vemos o autor colocando à prova seus conceitos e teorizando na conjuntura efervescente da queda da república de Weimar. O surgimento do partido nazista e a erosão formalista do regime liberal vigente na Alemanha oferece oportunidade tanto para averiguar os aspectos corretos das insuficiências do constitucionalismo liberal, como também as consequências que a proposta schmittiana adquiriu na política concreta.

De início há uma hipertrofização do papel amigo/inimigo, a função fundamental que essa dicotomia possuía no sistema schmittiano passa aqui a ser o centro do debate. Para o autor a neutralidade⁹⁵ da república de Weimar a impedia de combater o inimigo da nação, corporificado por Schmitt no partido comunista.⁹⁶ O inimigo colocava em cheque a unidade que a constituição dependia e por isso era necessário o seu combate. O pacto dilatatório, que na teorização era considerado reprovável, na batalha política acaba se tornando algo mortal.

Para o autor, que sempre defendeu a teoria do poder constituinte do povo, não fazia sentido que este povo conferisse poder a uma organização política que estava morta, que não possuía mais respaldo algum na sociedade alemã:

Seria um absurdo tanto política quanto moralmente, assim como legalmente, que o empoderamento fosse aqui concedido pela impotência, e assim, retomar o poder para um sistema que se tornou impotente. O que está vivo não pode ser legitimado por meio do que está morto, e a força não precisa se legitimar por meio da impotência. (tradução nossa)⁹⁷

Se em *Direito e Poder*, texto de sua juventude, Schmitt buscava ainda alguma identidade com os preceitos liberais de direito, aqui ele os abandona por completo. O poder não é visto como igual ao direito, mas como aquilo que lhe confere legitimidade e força. O direito sem o poder é fórmula vazia.

Há também uma relação com o debate da identidade e representação apresentado anteriormente. O povo alemão se identificava com o partido nazista. Isso nos fornece subsídios para afirmar que ainda que a identidade entre governante e governado seja um dos

⁹⁵ Neutralidade aqui tem o sentido de ausência de decisão fundamental, não de mera imparcialidade diante de duas opções.

⁹⁶ SCHMITT, Carl. *State, Movement, People: the triadic structure of the political unity/The Question of Legality*. Corvallis: Plutarch Press, 2001. p. 4.

⁹⁷ *Ibid.* p. 7.

pressupostos do regime democrático, quando ela acontece a democracia não é necessariamente o resultado. Os alemães se identificavam com o regime do terceiro Reich. Eles se identificavam *com* o governante e não *como* governantes.

Isso explica o porquê das formulações constitucionais de Weimar terem sido completamente insuficientes em barrar as arbitrariedades do Chanceler. Para Schmitt “o Chanceler do Reich é o líder político do povo alemão, politicamente unido no Reich alemão”⁹⁸. Estando a unidade política alcançada, não há nada que o formalismo possa fazer para obstruí-la. No auge do regime de Weimar o máximo que conseguiu exercer foi uma autoridade difusa, sem nunca gozar de um poder concreto genuíno. Essa unidade adquirida pelo terceiro Reich existia para Schmitt *de facto* e *de jure*.⁹⁹

Novamente, essa dualidade entre ordem constituída e poder constituinte que quer desfazê-la pode ser equiparado com outros movimentos antiliberais. A teoria marxista da dualidade de poderes enxerga nesse conflito entre dois poderes que precisam se anular mutuamente a fronteira da revolução. Para Schmitt é a fronteira do poder constituinte. Vemos então como pode ser arregimentados os dois conceitos.

A unidade política existe para o Schmitt nesse caso em três pilares: Estado, movimento e povo.¹⁰⁰Esse movimento se corporifica no partido. Reforça aqui a ideia de um povo consciente capaz de tomar a decisão política, porque apenas um povo consciente é capaz de se “movimentar”. A mera postura apática de opinião pública moldada pela propaganda não tem serventia num momento de ruptura institucional.

⁹⁸ *Ibid.* p. 8.

⁹⁹ *Ibid.* p. 9.

¹⁰⁰ *Ibid.* p. 11.

2. PODER CONSTITUINTE: FONTE DE LEGITIMIDADE JURÍDICA

O poder constituinte, ainda que não fosse o objeto do capítulo anterior, esteve recorrentemente aparecendo como ator, já que é para Schmitt o sujeito fundador da ordem constitucional. Nesse sentido, cabe observar aqui se além do papel de fundação da ordem esse poder também possui uma função no decorrer do ordenamento jurídico.

O aspecto político desse poder é normalmente exacerbado para removê-lo do mundo do direito. É nosso objetivo aqui delimitar em que medida este poder funda a ordem jurídica, se ele é ou não soberano em suas atribuições, quais os procedimentos e mecanismos de sua ativação e o papel que pode oferecer no mundo jurídico para além de uma mera ilustração quase simbólica do fundamento da ordem jurídica.

2.1 O poder constituinte como ignição da ordem liberal

Gilberto Bercovici afirma que a concretização da revolução é a constituição. Partindo do ponto de vista liberal a função do ato constitucional é bloquear a revolução.¹⁰¹ Bercovici esbarra aqui, querendo ou não, em algumas advertências feitas por Carl Schmitt sobre o papel do normativismo. A norma visa encerrar o poder constituinte (a revolução, conforme Bercovici) e delimitar os parâmetros em que ele vai atuar. O fenômeno do bonapartismo foi exemplar nisso ao criar um vínculo de identidade direto entre o imperador e o povo passando direto pela norma.¹⁰²

A matriz schmittiana de Bercovici também se evidencia no reconhecimento do constitucionalismo, em sua vertente liberal, como um pacto dilatatório que não é capaz de sacramentar as decisões políticas fundamentais tomadas. No caso histórico alemão, a impossibilidade de retorno ao antigo regime e o não interesse em um avanço para a revolução fez com que se optasse pelo constitucionalismo como o meio termo ideal.¹⁰³

A constituição pode ser uma saída não revolucionária do ponto de vista liberal. Pode ser uma recauchutagem generalizada da ordem que apenas por meio do discurso e da razão (pressupostos liberais) consegue renovar a ordem vigente. Esse desejo intrínseco de afastar a revolução é também um instinto liberal de afastar a figura do soberano, tornar essa questão

¹⁰¹ BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 158.

¹⁰² A identidade aqui possui a conotação de identificação entre governado e governante dada por Schmitt. Cf. *Ibid.* p. 159.

¹⁰³ *Ibid.* p. 166.

resolvida.¹⁰⁴ O liberalismo associa a figura do soberano ao terror jacobino da revolução francesa, criando assim um conceito de “despotismo democrático”, onde o exercício do poder constituinte é tratado como maligno, instável e arbitrário.¹⁰⁵

Quase que redundante afirmar que essas intenções políticas da burguesia estão completamente corporificadas na positivação normativa que pressupõe a figura do soberano como um ente distante que há muito não habita mais entre nós. Mas, de qualquer forma, o poder constituinte nunca deixa de existir, ele se mantém legitimando a ordem constantemente.

A relutância do constitucionalismo liberal em assumir o poder constituinte se deve ao fato de que suas manifestações fogem ao controle da norma e não podem ser reduzidas ao contrato em sua forma individualista que o Direito burguês se funda. A revolução francesa foi nesse sentido o marco inescapável de que qualquer ordem está sujeita a derrubada frente a efetivação do poder constituinte, inclusive a ordem liberal. Disso resulta o fato de que a limitação dos poderes do Estado que já vinha da época da monarquia passou a ser reforçada visando uma defesa do terror jacobino. Essa limitação não pára no Estado e vai de encontro ao poder constituinte, tendo o liberalismo tentado constantemente domesticá-lo e fazer dele um ente que se manifeste em momentos oportunos e com determinadas regras.

O poder constituinte também vai de encontro a ideia burguesa de “segurança jurídica”. Ao ser ilimitado e exercício de soberania o poder constituinte é capaz de colocar qualquer contrato ou pacto constitucional sob sua tutela. Logo, a mesma legitimação democrática do poder constituinte que permitiu a burguesia liberal eliminar a figura do rei é a que permite hoje a possibilidade de eliminação da própria burguesia. Do ponto de vista liberal onde o povo é uma soma de indivíduos atomizados a soberania necessariamente será igual ao arbítrio, já que encara o exercício do poder constituinte como cada indivíduo realizando de forma ilimitada sua vontade particular, o que se trata de uma interpretação incorreta. A tecnicidade do direito surge aí para remover essa possibilidade de exercício político do mesmo, a codificação constitucional é um resultado disso.¹⁰⁶

Bercovici vai afirmar que o caso *Marbury v. Madison* da suprema corte estadunidense é um marco no constante embate entre o poder constituinte e o *rule of law*.¹⁰⁷ A corte se opôs ao presidente Jefferson e sacramentou a ideia de controle judicial de constitucionalidade. Porém, Bercovici adverte que o *rule of law* foi a consequência, não a causa dessa decisão. No

¹⁰⁴ *Ibid.* p. 168.

¹⁰⁵ *Ibid.* p. 169.

¹⁰⁶ *Ibid.* p. 174.

¹⁰⁷ *Ibid.* p. 177.

momento o que estava em disputa era um poder constituinte do executivo e a validade da lei referendada pelo judiciário.

Para os propósitos de debater o ativismo judicial esse caso oferece uma gama de possibilidades, já que é um momento onde não só a corte usurpa a competência de um outro poder de Estado, como também o faz em oposição a reivindicação do poder constituinte por parte de Jefferson. Sendo o regime estadunidense o regime liberal por excelência é compreensivo que a fé no normativismo se sobreponha à legitimidade democrática da atuação do poder constituinte. A corte aqui foi um ator político, suprimiu o conflito político por meio de sua juridificação e sacramentou a supremacia da lei em oposição a ação política concreta.¹⁰⁸

Essa domesticação do poder constituinte deriva ativamente da ideia de constituição como pacto, onde se tenta derivar a ideia de Estado de um acordo e dar uma explicação jurídica para o tema.¹⁰⁹ Esse conceito não se confunde com o conceito positivo de constituição já exposto aqui. Conforme vimos até agora podemos concluir que o pacto enquanto tal não pode fornecer o respaldo político necessário para conformar uma unidade política, dado seu caráter particularista. Schmitt não necessariamente se opõe ao papel que o contratualismo representou, mas afirma que ele não é capaz de, sozinho, conformar uma constituição, ele pressupõe essa constituição:

O contrato social não é idêntico em nenhum caso a Constituição em sentido positivo, isto é, as decisões políticas concretas sobre modo e forma de existência da unidade política que adota o sujeito do Poder Constituinte, e muito menos das regulações legais constitucionais emanadas sobre a base e na execução de decisões. (tradução nossa)¹¹⁰

Podemos confirmar essa tese apenas observando os principais teóricos do direito liberal que constantemente pressupõem o início de uma ordem jurídica sem contudo adentrar no significado desse início. A forma de aliviar as incongruências dessa pressuposição é o normativismo, que vai esmiuçar, supostamente, aquilo que é ambíguo.

É próprio do pacto constitucional não resolver a decisão fundamental já que ele opta majoritariamente pela conciliação. Schmitt retoma a história do constitucionalismo alemão que receava ativar o poder constituinte e por isso mesmo não resolvia a questão política, abrindo caminho para uma instabilidade.¹¹¹

¹⁰⁸ *Ibid.* p. 179.

¹⁰⁹ SCHMITT, Carl. Teoria de la C. *op. cit.* p. 80.

¹¹⁰ *Ibid.* p. 81.

¹¹¹ *Ibid.* p. 82.

Schmitt usa o caso da constituição federal para explicar a peculiaridade da constituição nacional:

Ora, é consequência do princípio democrático que o Poder Constituinte do povo, tratando-se de unidade política, com a igualdade nacional e a consciência nacional do povo, rompe os limites dos diferentes Estados da Federação e coloca, em vez do acordo constitucional federal entre os Estados membros, um ato do Poder Constituinte das pessoas sãs. A Constituição do Reich alemão de 11 de agosto de 1919 repousa sobre tal ato do Poder Constituinte do povo alemão. Não é, portanto, um pacto e, portanto, tampouco uma Constituição federal.¹¹²

A federação tem importância aqui porque ela implica em uma segregação ou união do povo. Como o povo é o sujeito do poder constituinte, as características que o configuram são de vital importância aqui. Esta ideia de nação como um povo unido e consciente que, só nessas condições, pode se dar uma constituição nos ajuda a entender porque tantas “nações” se fragmentam em outros Estados sem conseguir reter a decisão da unidade política fundamental.

Pensando particularmente na Alemanha que sempre teve uma identidade nacional espezinhada, com diversos reinos compondo a confederação germânica e só muito tardiamente sendo unificados por Bismarck sob hegemonia prussiana, podemos ver a importância desse caráter verdadeiramente nacional do povo. A constituição precisa ter como base um povo concreto, não indivíduos atomizados em regiões díspares.

Fazendo uma analogia com o Brasil, se fôssemos aplicar os conceitos schmittianos rigorosamente, o único momento que podemos falar de uma constituição Nacional propriamente dita é com a revolução varguista de 1930. Até a república velha o regionalismo predominava e a identificação do povo repousava nas unidades federativas muito mais do que na Nação. Vargas consegue unificar o país sob a égide do positivismo riograndense e com isso conformar pela primeira vez uma república que porta a “decisão sobre modo e forma” tão aludida por Schmitt.

Obviamente as categorias schmittianas não podem ser aplicadas de forma tão direta sem as devidas mediações, mas ilustra a importância da identidade democrática e da homogeneidade do povo, já que só a nação enquanto unidade política pode conformar constituição. Várias “uniões” políticas não conformam constituição, mas sim pacto.¹¹³ Particularmente a questão da homogeneidade nos ajuda a entender regimes autoritários como o terceiro Reich que, por ter uma concepção racial de povo, necessitava de uma eliminação criminosa das demais etnias para conformar essa unidade.

¹¹² *Ibid.* p. 84.

¹¹³ *Ibid.* p. 85.

O pacto tem, para Schmitt, um viés individualista que entra no caminho da constituição enquanto decisão *permanente*.¹¹⁴ Os termos de um pacto são específicos e individualmente discriminados, não conformam unidade. Além disso, como o pacto surge onde já existe unidade política e poder constituinte, em um momento de conflito ele não tem força suficiente para sobrepujar o poder constituinte.¹¹⁵

A mudança de pacto por parte de uma entidade do Estado é o máximo que se pode alterar sem implicar em uma dissolução da unidade política e uma ruptura com o poder constituinte. Se esse segundo acontece, a unidade se dissolve definitivamente.¹¹⁶ O pacto é uma forma de resolver a questão constitucional sem a ativação do poder constituinte, mas ainda assim depende dele para lhe conferir legitimidade, já que alguém precisa portar a decisão.¹¹⁷

Schmitt também delimita que um tratado internacional que marca o status político de um outro Estado não pode ser considerado propriamente um pacto. Ele na prática cancela o poder constituinte daquele Estado que controla.¹¹⁸ Schmitt cita exemplos antigos de protetorados, mas exemplos contemporâneos nesse sentido são abundantes e normalmente se dão por meio da guerra.¹¹⁹

2.2 A decisão constituinte como um ato de vontade

A magna carta inglesa de 1215 é o modelo dominante de nascimento da constituição liberal, pelo menos seu ponto de origem, já que uma constituição propriamente dita só irá se dar em 1688 com a revolução gloriosa. Ainda que a constituição inglesa não seja escrita, essa magna carta o é justamente pela necessidade de discriminar os dispositivos do contrato. O que conforma o caráter de proto constituição a ela são seus sujeitos (burguesia e monarquia), seu conteúdo (um pacto) e a forma escrita correspondente ao conteúdo.

A transformação desse acordo em uma constituição pós 1688 é a existência da decisão sobre modo e forma. Essa decisão implica na relação amigo/inimigo proposta por Schmitt, já que o exercício do poder constituinte se dá *sobre* um outro sujeito que não goza desse *status*.

¹¹⁴ *Ibid.* p. 85.

¹¹⁵ *Ibid.* p. 86-87.

¹¹⁶ *Ibid.*

¹¹⁷ *Ibid.* p. 88.

¹¹⁸ *Ibid.* p. 91.

¹¹⁹ A guerra do Iraque, a invasão do Afeganistão, a divisão da península coreana, etc.

A unidade política aqui não é entre rei e parlamento, mas o próprio parlamento.¹²⁰ Trata-se de uma unidade com lastro na classe burguesa, tendo no parlamento sua melhor manifestação.

Schmitt define o Estado da seguinte maneira:

O Estado, tal como é, o *status* político, torna-se assim o *status* em sentido absoluto. Este Estado moderno é soberano; Seu poder, indivisível. Qualidades como seu fechamento e impermeabilidade são deduzidas da essência de sua unidade política. O conceito de soberania, sobretudo, teve uma grande função na história universal: a de superar a legitimidade do *status quo* (feudal e estamental) da época.¹²¹

No caso da Europa continental era necessário um rei absolutista na cabeça desse estado que pudesse manter a unidade territorial. Uma analogia poderia ser traçada com o período do Brasil Império, onde a formação do Estado e sua constituição implicavam num executivo forte capaz não só de assegurar o território, mas manter o instituto da escravidão.

O fundamento da revolução francesa é a teoria do poder constituinte e seu percurso é o grande marco do constitucionalismo. A constituição em sentido positivo surge daí.¹²² A ideia de um povo que dá a si mesmo uma constituição é uma ideia revolucionária já que abre mão de qualquer concepção metafísica. Ainda que conceitos de justiça e racionalidade venham depois justificar a constituição, não são estes conceitos que lhe *legitimam*.

A ideia de soberania da constituição e não de um sujeito concreto do poder constituinte só prospera enquanto o status quo se encontra inacabado. Seu objetivo é aniquilar a figura do poder constituinte.¹²³ Sem contar que pensa a constituição como lei constitucional o que é uma contradição em termos já que se a constituição é soberana não pode ser delimitada e dissolvida em dispositivos normativos.¹²⁴ O poder constituinte como um mecanismo constante também é fundamental porque é ele que resolve a questão da lacuna constitucional. Se o poder constituinte toma a decisão sobre a unidade política uma resolução de lacuna também não pode escapar às suas disposições.¹²⁵

A definição propriamente dita de poder constituinte para Schmitt é:

O poder constituinte é a vontade política cuja força ou autoridade é capaz de adotar a decisão conjunta concreta sobre o modo e a forma de sua própria existência política, determinando assim a existência da unidade política como um todo. Das decisões desta vontade decorre a validade de qualquer regulamentação

¹²⁰ *Ibid.* p. 68.

¹²¹ *Ibid.* p. 70.

¹²² *Ibid.* p. 70-71.

¹²³ *Ibid.* p. 74.

¹²⁴ *Ibid.* p. 75.

¹²⁵ *Ibid.* p. 76.

jurídico-constitucional posterior. As decisões são qualitativamente diferentes das normas jurídico-constitucionais estabelecidas sobre sua base. (tradução nossa)¹²⁶

O que confere uma diferença qualitativa aqui é o fato de que a decisão, por sua própria natureza política, vem acompanhada de uma força inerente, coisa que a norma não possui. A norma é resultado da decisão e ao contrário do que o formalismo prega ela possui uma característica política indubitável.

Dessa força podemos concluir que o que confere validade a uma constituição não é a justiça ou a racionalidade, mas sim a decisão política por surgir de um ato de *vontade* que conforma uma existência política própria.¹²⁷ É por isso que a norma não pode ser fundamento de uma ordem política coesa e concreta. Ela não tem vontade nem sujeito, não existe no mundo dos fatos, apenas abstratamente. Sua legitimidade é facilmente revogável no momento que as circunstâncias que a geraram não se encontram mais presentes.

O constitucionalismo liberal vagueia entre a definição de lei como mandato ou lei como razão, mas independente disso, constituição é mandato, é decisão.¹²⁸ Não há a opção de dupla ou multi existência de diversas constituições, isso seria o pacto. A relação de inimizade obriga o sujeito do poder constituinte a subjugar aquele que não se adequa à decisão tomada.

A continuidade do poder constituinte é tema incontornável aqui já que a decisão que este toma permanece no ordenamento jurídico. Seu caráter inesgotável é definido da seguinte maneira:

Assim como uma disposição orgânica não esgota o poder organizador que contém a autoridade e o poder organizacional, também a edição de uma Constituição não pode esgotar, absorver e consumir o Poder constituinte. Uma vez exercido, isso não significa que o Poder Constituinte acabou e desapareceu. A decisão política implícita na Constituição não pode voltar a atuar contra seu súdito, nem destruir sua existência política. Ao lado e acima da Constituição, essa vontade continua a subsistir. Qualquer conflito constitucional autêntico que afete as próprias bases da decisão política geral só pode ser resolvido pela vontade do próprio Poder constituinte. Também as lacunas da Constituição —ao contrário das obscuridades e discrepâncias de opinião das leis constitucionais em particular— podem ser preenchidas, apenas, por meio de um ato do Poder constituinte; qualquer caso imprevisto, cuja decisão afete a decisão política fundamental, é por ele decidido.¹²⁹

A confusão entre constituição e lei constitucional está na raiz da confusão entre poder constituinte e poder de reformar a lei constitucional.¹³⁰ Isso explica a pressuposição liberal de que o poder constituinte deixa de existir após sua primeira manifestação. Afinal, se esse

¹²⁶ *Ibid.* p. 93-94.

¹²⁷ *Ibid.* p. 94.

¹²⁸ *Ibid.* p. 94.

¹²⁹ *Ibid.* p. 94-95.

¹³⁰ *Ibid.* p. 95.

poder é ilimitado e o poder de reforma constitucional não o é, o poder constituinte deve necessariamente ter deixado de existir.

Como sujeito do poder constituinte a nação é mais específica do que o conceito de povo já que implica em uma consciência desse povo.¹³¹ Além disso, o conceito de nação circunscreve a área de atuação do poder constituinte. Esse povo além de identidade com o Estado e com o governo precisa ter identidade com si mesmo. Schmitt coloca que não há limitações formais ou jurídicas ao poder constituinte. Quando atua está sempre em estado de natureza.¹³² Vemos aqui uma abordagem positiva do Estado de Natureza como algo que pode conformar uma nova ordem, ao contrário da visão liberal que o enxerga como apenas caos e violência.

As constantes referências às teorias contratualistas são uma tentativa de Schmitt de dialogar com os seus interlocutores, no bojo de sua teorização as limitações, incongruências e posturas individualistas do contratualismo estão muito bem discriminadas. Quando vai falar da teoria da Nação de Sieyès ressalta justamente que este, por ser um liberal, junta a doutrina democrática do poder constituinte com a doutrina anti-democrática da representação em uma assembleia. É próprio da burguesia ficar no meio termo entre afirmar a democracia contra o rei e o poder do Estado contra o povo.¹³³

A forma concreta de manifestação do povo e, por conseguinte do poder constituinte é a aclamação. Isso se dá por possuir o caráter de uma massa, uma magnitude, não organizada.¹³⁴ É por isso que os regimes liberais criam, na tentativa de suprimir o poder constituinte, diversas formas de supressão da aclamação como forma de demonstração política. Plebiscitos e participações diretas são desmerecidos como populistas e manifestações que coloquem em xeque a ordem são taxadas de criminosas.

A forma liberal de “aclamação” é o sufrágio universal secreto.¹³⁵ Esse sufrágio não se traduz em um exercício do poder constituinte pois o povo não tem capacidade de decisão verdadeira, só chancela entre opções pré determinadas de maneira *formal*. Todo *conteúdo* político propriamente dito é relegado a instituições liberais como o parlamento ou abertamente aristocráticas como o judiciário. O sufrágio universal secreto transforma o cidadão com direito ao voto em um particular isolado e permite manifestar sua opinião sem sair da esfera do ambiente privado. Sem um concreto *pertencimento* político.¹³⁶ A

¹³¹ *Ibid.* p. 96.

¹³² *Ibid.* p. 97.

¹³³ *Ibid.*

¹³⁴ *Ibid.* p. 268.

¹³⁵ *Ibid.* p. 269.

¹³⁶ *Ibid.* p. 272.

consequência é uma esterilização do princípio democrático de identidade, fazendo com que o cidadão sinta que ao votar está apenas fazendo algo procedimental, não político. O povo pode não ser autoridade permanente, mas precisa de mecanismos de participação direta.¹³⁷ A vontade do poder constituinte precisa de procedimentos, mas não se limita a eles.¹³⁸ O ativismo judicial nesse cenário piora ainda mais o contexto, já que subtrai o político para as cortes.

Países como Bolívia, Equador e Venezuela resolveram essa questão por meio de plebiscitos e medidas de participação direta que, por mais que ainda estejam na concepção schmittiana de voto individual, são um avanço em relação ao formalismo do constitucionalismo liberal e sua concepção institucionalista de democracia. Ainda mais pensando na diferenciação de Schmitt entre uma assembleia nacional constituinte de caráter formalista e sem referendo posterior e uma convenção constitucional que vai a referendo. Mas nos dois casos elas estão apenas encarregadas do poder constituinte, não são ele.¹³⁹

É por isso que o resultado desta assembleia não determina o resultado da constituição em si. A quebra ou reforma da lei constitucional não implica em uma quebra da constituição em sentido positivo. Somente a mudança de poder constituinte pode caracterizar essa quebra.¹⁴⁰ Aqui temos mais um argumento em favor de uma visão do poder constituinte como contínuo no ordenamento jurídico. Se a quebra da constituição precisa removê-lo é porque ele permanece existindo. Schmitt discorda de Bercovici no quesito da revolução. Para ele, nem toda revolução implica em uma nova constituição,¹⁴¹ já que se o sujeito do poder constituinte permanece o mesmo não há que se falar em ruptura constitucional.

Essa visão possui aplicações práticas muito enriquecedoras já que legitima a ideia de revolução ao afirmar que não necessariamente implicam em uma ruptura constitucional. Ainda que seja um autor conservador Schmitt reconhece a importância do fenômeno político estando acima de legislação constitucional positivada. Para ele, a existência de uma nova constituição implica em absolutamente nenhuma continuidade com a anterior.¹⁴²

Para Schmitt então a ditadura militar brasileira ou a revolução de outubro de 17 na Rússia não implicaram, necessariamente, em uma nova constituição. Desde que o sujeito seja

¹³⁷ *Ibid.* p. 99.

¹³⁸ *Ibid.* p. 101.

¹³⁹ *Ibid.* p. 103.

¹⁴⁰ *Ibid.* p. 109.

¹⁴¹ *Ibid.* p. 109.

¹⁴² Schmitt aqui acaba incorrendo em uma insuficiência resultante da falta de uma visão equilibrada da economia política. Uma mudança de modo de produção que mantivesse o povo como sujeito do poder constituinte não poderia deixar de ser considerada uma nova constituição. A própria república de Weimar possuía continuidades com o regime anterior e ainda assim para ele é uma nova constituição. Cf. *Ibid.* p. 111.

mantido. A mera descontinuidade de lei constitucional ou de aparatos exige também uma descontinuidade de poder constituinte para que se possa falar em nova constituição.¹⁴³ Pode se inferir daí a equiparação entre poder constituinte e poder soberano, já que ainda que não sejam o mesmo conceito é o sujeito do primeiro que exerce o poder do segundo. E no que tange a soberania Schmitt coloca que a norma, que não é o mesmo que lei, está condicionada a racionalidade¹⁴⁴ para ser soberana.¹⁴⁵

Em *Revolução legal mundial*, vemos Schmitt dar uma definição direta para alguns conceitos que vêm sendo abordados aqui. É relevante já que se trata de um dos textos mais próximos de nossa época, onde seu pensamento pode amadurecer e receber as devidas mudanças.

Nesse texto Schmitt arremata que a legalidade necessariamente é obediência e disciplina frente ao aparato de Estado.¹⁴⁶ Então a fé no normativismo não pode ignorar o fato de que mesmo no mais alto grau de abstração essa norma precisará de um sujeito que a aplique e a faça valer no mundo dos fatos. Um dos últimos textos de Schmitt, temos a Texto contemporâneo.

Além disso, traz um conceito que para o âmbito da constituição e do poder constituinte é extremamente útil que é o de superlegalidade. Essa superlegalidade é a validade reforçada de uma norma que se apoia em uma legitimidade concreta.¹⁴⁷ Essa legitimidade deriva de uma identidade entre o ente produtor da norma e a norma em si. Essa validade reforçada da superlegalidade pode ter como resultado uma dificuldade de alteração da norma correspondente e, nesses casos, sempre deve se observar que a dificuldade de alteração de uma norma implica em um inimigo para o qual se quer impedir que a altere.¹⁴⁸

¹⁴³ *Ibid.* p. 112.

¹⁴⁴ Aqui racionalização abstrata de princípios liberais burgueses.

¹⁴⁵ *Ibid.* p. 33.

¹⁴⁶ SCHMITT, Carl. *A revolução legal mundial: superlegalidade e política*. Lua Nova: revista de cultura e política, p. 99-117, 1997. p. 2.

¹⁴⁷ *Ibid.* p. 3.

¹⁴⁸ *Ibid.* p. 10.

2.3 Intersecções entre poder constituinte e soberania

Schmitt define a soberania como o poder supremo e originário de mandar.¹⁴⁹ Só aqui já podemos ver uma aproximação entre esse conceito e o de poder constituinte já que este último implica em uma exclusão de toda unidade política alheia que não se conforme a sua decisão.

Não à toa o liberalismo rechaça a ideia de soberania como autoritária, já que se opõe, pelo menos em nível abstrato, a toda forma de coerção. A própria definição de que “soberano é quem decide sobre estado de exceção”¹⁵⁰ implica também no poder constituinte, já que essa declaração da exceção e de ruptura com a ordem em nome da própria ordem não pode ter outro titular que aquele que possui o poder supremo e tomou a decisão concreta pela constituição em primeiro lugar.

O soberano está fora da ordem jurídica sem deixar de pertencer a ela e ele representa a unidade indivisível do monopólio do poder.¹⁵¹ O liberalismo nesse caso fica sem alternativa, já que sua pressuposição de limitação normativa do poder estatal não encontra lastro frente a um poder que é ilimitado. Por isso que toda norma que delimita quem ou em que período se declara o estado de exceção não resolve o problema da soberania, só o posterga.¹⁵² É uma tentativa de regular a soberania que na verdade não faz mais nada além de "circunscrever com precisão os casos em que o direito suspende a si mesmo".¹⁵³ Não se trata de uma medida caótica, apenas subsiste uma ordem que não é propriamente normativa.

Colón-Ríos, ao tentar esclarecer como se dá essa relação acaba esbarrando em uma interpretação normativa da soberania, ainda que reconheça que não se limita a isso. Para ele, o soberano transforma sua vontade em direito enquanto o poder constituinte transforma sua vontade em constituição que se materializa por normas.¹⁵⁴ Uma assembleia constituinte que forma uma nova constituição não é, nesse sentido, soberana. Trata-se de um comissário do soberano. O autor define a soberania como um poder *de facto* e a autoridade constitucional como um poder *de jure* já que necessita de um mandato para agir.¹⁵⁵

Na sua equiparação Gilberto Bercovici afirma que poder constituinte é *manifestação* de soberania. Ele não é limitado pelo direito, mas também não é arbitrário, porque o seu impulso

¹⁴⁹ SCHMITT, Carl. Teologia Política: quatro capítulos sobre a doutrina da soberania. Madrid: Editorial Trotta, 2009. p. 13.

¹⁵⁰ *Ibid.* p. 4.

¹⁵¹ *Ibid.* p. 14-15.

¹⁵² *Ibid.* p. 17.

¹⁵³ *Ibid.* p. 19.

¹⁵⁴ COLÓN-RIOS, Joel. *Constituent Power and the Law*. Oxford: Oxford Press, 2020. p. 241.

¹⁵⁵ *Ibid.* p. 247.

e a sua visão original é a de criar uma constituição. Aquele que é titular desse poder é também o titular da soberania.¹⁵⁶ A única autolimitação do poder constituinte nesse sentido seria procedimental, não material. Essa ideia de onipotência de um poder se opõe à ideia liberal de separação de poderes e faz com que eles vejam a ideia de uma democracia absoluta como necessariamente degenerando na violência.¹⁵⁷ A crítica da violência é aqui instrumentalizada como uma crítica da própria política, sem, contudo, parece-lo.

Cólon-Rios, ao comentar a teoria de Schmitt sobre a importância do poder constituinte, relata que a “constância” associada a ele não significa que esse poder se manifesta a todo momento. Significa apenas que ele não está restringido a um período específico de tempo. Logo, não é impossível que se manifeste mais uma vez a depender dos devidos mecanismos jurídicos que o viabilize.

Em seu texto, Colon-Rios demarca que a oposição entre soberania popular e soberania constitucional é descrita por Schmitt, mas não assumida por ele. Nesse sentido, é nosso entendimento que a interpretação do autor garante um melhor cotejamento das posições de Schmitt, bem como sua definição do poder constituinte como afirmação inegável da soberania popular.

Conforme o trecho abaixo, podemos ver como o intérprete analisa o exercício do poder constituinte na visão de Schmitt:

Ora, para Schmitt, o exercício do poder constituinte não deve ser equiparado ao exercício do sufrágio universal em eleições ordinárias ou referendos: estes são meios para o exercício de competências conferidas pela constituição e, embora importantes, não devem ser utilizados para alterar as decisões políticas fundamentais adotadas pelo sujeito constituinte. Quais são, então, essas decisões políticas fundamentais? São decisões sobre o tipo e a forma do Estado (na terminologia de Schmitt, “o modo de existência política do povo”). Geralmente, eles se referem à estrutura básica do Estado: se ele assume a forma de uma república ou uma monarquia, de um sistema unitário ou federal, de uma democracia liberal ou de uma ordem socialista.¹⁵⁸ (tradução nossa)

Colon-Rios faz uma importante distinção entre os meios de participação eleitoral, como plebiscitos e referendos, e o exercício concreto do poder constituinte por parte do povo. Para o autor, a participação em mecanismos de consulta não configura um exercício direto do poder constituinte pelo sujeito desse poder: as massas populares.

Estes artificios podem representar uma melhor maneira de integrar a população e fazê-la se sentir incluída no processo decisório, mas não se trata de exercício do poder

¹⁵⁶ BERCOVICI, Gilberto. *op. cit.* p. 29-30.

¹⁵⁷ *Ibid.* p. 32.

¹⁵⁸ COLON-RIOS, Joel. *Carl Schmitt and Constituent Power in Latin American Courts: The Cases of Venezuela and Colombia*. In: *Constellations*, vol. 18, nº 3, 2011. p. 3.

constituente porque a decisão sobre o caráter geral do Estado (da unidade política nos termos de Schmitt) não está caracterizada.

Essa decisão fundamental sobre a configuração estatal, sua forma e sistema de governo, entre os demais aspectos centrais, quando exercido pelo povo, é o que caracteriza um exercício popular do poder constituinte.

Qualquer tentativa de atribuir poder constituinte à consultas, por mais democráticas que sejam, acaba por banalizar a ideia de poder constituinte e com isso remover a precisão necessária ao conceito para sua melhor operacionalização política. Afinal, se o tema do poder constituinte popular está sendo resgatado é justamente a precisão de sua categorização que deve ser buscada.

A própria noção de reforma constitucional é abordada por Colon-Rios em seu texto quando relaciona o papel do governo com aquele do poder constituinte:

No contexto da reforma constitucional, a visão constitucionalista tradicional se reflete nas regras de emenda da maioria das constituições modernas. Esses procedimentos não apenas procuram tornar a mudança difícil e improvável, mas rotineiramente colocam a reforma constitucional exclusivamente nas mãos do governo. Ou seja, a maioria das regras de emenda (mesmo aquelas que exigem a celebração de um referendo iniciado pelo governo antes que as mudanças propostas entrem em vigor) falha em fornecer aos cidadãos comuns os meios para iniciar, deliberar e decidir sobre importantes transformações constitucionais. Ou, dito de outra forma, não fornecem ao povo os meios de exercer seu poder constituinte. Mas o que poderia significar para o povo exercer o poder constituinte? A Suprema Corte de Justiça da Venezuela concluiu que a adoção de uma constituição por meio de uma Assembleia Constituinte não apenas equivalia a um exercício do poder constituinte, mas também a um exercício do poder constituinte pelo povo. De maneira semelhante, a Corte Constitucional colombiana expressou que o povo, como titular do poder constituinte, conserva sempre a faculdade de substituir a constituição por uma nova, e que a Constituição de 1991 forneceu um meio para isso: a Assembleia Constituinte. O que esses juizes estavam pensando? É claro que uma Assembleia Constituinte, assim como uma legislatura ordinária, é um órgão “representativo”, composto por delegados eleitos pelo povo, mas não é o povo. De fato, a própria ideia do povo “dando a si mesmo uma constituição por meio do exercício do poder constituinte” tem sido contestada por muitos teóricos constitucionais e políticos. Argumenta-se, por exemplo, que esse posicionamento se baseia “numa mitologia política inaceitável” e que qualquer ato do “povo” (um povo que só é capaz de agir por meio da representação) é determinado por regras eleitorais e processuais prévias que deve ser dado ao “povo” por outra pessoa.¹⁵⁹ (tradução nossa.)

No trecho acima podemos fazer algumas observações. A primeira delas é a correta afirmação de Colon-Rios sobre a dificuldade de reforma da lei constitucional. Para ele essa dificuldade de reforma, sozinha, não é capaz de conferir à organização política a longevidade e estabilidade pretendidas.

Pelo contrário, é através de mecanismos como estes que aspectos meramente formais,

¹⁵⁹ *Ibid.* p. 13.

processualísticos e procedimentais acabam ganhando espaço dentro da constituição, tendo em vista que seu processo de reforma, ao invés criterioso passa a ser penoso e excessivamente burocrático.

Além disso, mesmo que os meios de consulta popular sejam atendidos, ainda se trata de uma predominância do governo no processo de reforma constitucional. O mesmo governo que estabelece regras burocráticas de reforma constitucional possui o monopólio da iniciativa desta reforma, bem como o controle dos meios pelos quais esse procedimento deve passar para ser considerado politicamente legítimo e juridicamente válido.

Se a participação popular já é atravancada, a iniciativa por parte da população possui incentivos ainda mais escassos. Não é à toa que as iniciativas populares de reforma constitucional, seja por manifestações ou por projetos de lei, acabam por sempre se transformar em mero mecanismo de legitimação do sistema, já que demonstram uma abertura para a participação popular sem que essa participação resulte em algo concreto.

O autor ao final do trecho ressalta que a atribuição da categoria de poder constituinte do povo a assembléias, congressos da nação e demais entes representativos é completamente indevida dada a natureza específica do objeto aqui tratado.

O caráter destes órgão deliberativos está explicitado em sua própria forma de constituição. São entes representativos e, nesse sentido, não podem ser considerados legítimos órgão de exercício do poder constituinte popular já que não gozam de efetiva participação popular direta.

2.4 É o guardião da constituição um soberano?

Somente em um Estado jurisdicional absoluto, onde o poder judiciário é árbitro incontestado de todas as disputas, se pode falar em cortes¹⁶⁰ como guardiãs da constituição.¹⁶¹Essa conceituação nos é particularmente cara pois tendo como objeto de análise o controle de constitucionalidade e em particular o modelo brasileiro de preponderância do judiciário nesse controle, a conceituação de Schmitt se faz válida.

O guardião da constituição, enquanto ainda pensado abstratamente, surge para eliminar o direito de resistência dos cidadãos, pois a violação da constituição não acarreta em uma ação direta contra a ilegalidade, mas em um recurso ao guardião:

¹⁶⁰ Cortes ou tribunais têm aqui um sentido de tribunal de justiça ordinário. Quando a diferenciação com uma corte suprema se faz necessária Schmitt a delimita com a devida nomenclatura.

¹⁶¹ SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007b. p. 22.

Mas a função constitucional de um guardião da Constituição reside justamente no fato de substituir esse direito de insubordinação e de resistência, geral e ocasional, e tomá-lo supérfluo. Só então passa a existir um guardião da Constituição no sentido institucional. Assim, guardiões da Constituição não são todas as posições e pessoas que, ocasionalmente pela não-aplicação de leis inconstitucionais ou pela não-obediência a disposições inconstitucionais, possam contribuir para que a Constituição seja respeitada e não seja violado um interesse protegido constitucionalmente.¹⁶²

A ideia de disputa política frente a constituição é tornada quase que supérflua frente a ideia de um guardião. Ou, pelo menos, é o que acontece na prática quando vemos a apropriação desse conceito dentro do constitucionalismo liberal. Nesse modelo o judiciário cumpre o papel principal de mediar os litígios constitucionais e oferecer uma solução “pura”, meramente jurídica. O que é apropriado ao liberalismo que busca constantemente uma forma de subjugar a interpretação constitucional por meio de mecanismos aristocráticos, aspecto que caracteriza o judiciário. Além, é claro, de ser uma retomada do instinto natural do liberalismo de tornar todo ato recorrível ao judiciário.

Se a ideia dessa guarda da constituição é fazer justiça diante de uma violação é necessário compreender que no Estado de Direito justiça é sentença judicial com base na lei.¹⁶³ A justiça sendo sentença que precisa ter na lei seu *fundamento* elimina a figura do juiz como um proto legislador ou cujas opiniões possam ter força de lei.

Pensando o Estado enquanto unidade política, a salvaguarda da constituição precisa ser exercida por um guardião que também seja um órgão político e coeso que consiga interpretar a vontade constitucional tal como foi positivada no momento de fundação da ordem constitucional.¹⁶⁴ Nesse sentido, um controle difuso exacerbado leva a uma desintegração do que significa constituição, já que diversas interpretações de órgãos não legitimados a definir o significado de preceitos constitucionais contribuem para a ambiguidade e obscurecimento da decisão fundamental. Precisamente o oposto do papel do guardião.

Em *O Führer protege o Direito* Schmitt nos oferece algumas análises sobre quem de fato exerce o papel de juiz em um cenário de indeterminação constitucional, bem como demonstra as inclinações que suas teorias possuem a depender de um cenário concreto. O texto abarca uma análise do discurso de Hitler e é o diagnóstico perfeito tanto da precisão com que Schmitt descreve a insuficiência do formalismo liberal, como das atrocidades que podem vir do colapso de um modelo falho.

¹⁶² *Ibid.* p. 32.

¹⁶³ *Ibid.* p. 56.

¹⁶⁴ *Ibid.* p. 88.

Schmitt afirma no texto que a possibilidade de um refúgio na conciliação e no pacto indeterminado entre diferentes forças políticas não é mais possível.¹⁶⁵ Para tanto, se apoia em um dos pontos do discurso de Hitler, onde este afirma defender um “direito substancial, não separado da eticidade e da justiça, e a legalidade vazia de uma neutralidade inautêntica”.¹⁶⁶ Todos sabemos os crimes bárbaros que o regime do terceiro Reich entendia por eticidade e justiça. Mas o fato de que Hitler conseguiu agremiar toda uma Nação ao redor da imposição de uma nova ordem ditatorial ajuda a entender os perigos que uma ordem liberal que constantemente tenta escamotear questões políticas por meio de formalismo pode representar.

Para o autor, o Führer protege o direito porque nos momentos de abusos ele se torna a figura do juiz supremo.¹⁶⁷ O termo não é uma escolha ao acaso. O líder se torna juiz justamente porque todos os aspectos da vida social estão sob sua jurisdição. Nesse caso, Schmitt vai na contramão de suas teorizações sobre o guardião da constituição e assume abertamente uma supremacia do poder executivo e uma exacerbação do poder do soberano. É claro e evidente que, ainda que esteja teorizando sobre quem protege o direito, Schmitt não está aqui equiparando-o com o guardião da constituição, mas sim como titular da soberania e representante máximo do poder constituinte do povo alemão naquele contexto. O judiciário é visto como um órgão que não possui identidade com os sujeitos da nação, o recurso a ele passa a ser menosprezado como uma artimanha liberal.¹⁶⁸

O fenômeno da identidade entre sujeito e governo, tão caro à teoria constitucional schmittiana sobre a democracia, explica a legitimidade que Hitler possuía naquela conjuntura. A identidade do sujeito do poder constituinte era com o regime do Terceiro Reich, não com a República de Weimar, pouco importando a qualidade de suas leis ou a justiça de seus princípios. Por mais bela que seja uma abstração, por sua natureza ela é incapaz de vincular o povo de uma nação e criar neles uma identidade. Nesse sentido, a popularidade do regime do terceiro Reich em comparação com a insatisfação generalizada com a degradada república de Weimar torna supérfluo o formalismo democrático protocolar. A identidade entre poder constituinte e constituído suprimiu a democracia. E sendo o meio típico de manifestação desse poder a aclamação, foi através dela que se pode arquitetar a derrubada do regime de Weimar.

¹⁶⁵ SCHMITT, Carl. *O Führer protege o Direito: Sobre o Discurso de Adolf Hitler no Reichstag em 13 de julho de 1934*. In: Carl Schmitt e a Fundamentação do Direito. São Paulo: Max Limonad, 2012. p. 220.

¹⁶⁶ *Ibid.* p. 219.

¹⁶⁷ *Ibid.* p. 220.

¹⁶⁸ *Ibid.* p. 221.

3. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE:

A apropriação da teoria do poder constituinte schmittiana, bem como das suas categorias centrais dentro da teoria constitucional é o objetivo deste capítulo. Demonstrada a insuficiência do constitucionalismo liberal como forma de organização política, resta demonstrar as consequências desse liberalismo nos casos concretos envolvendo temas pertinentes à constituição.

Dito isto, demonstraremos como o ativismo judicial, bem como a revisão judicial de dispositivos constitucionais, longe de serem acidentes de percurso ou meras consequências, são decisões políticas aproveitadas pela burguesia liberal que molda o Estado de Direito à imagem de seus interesses e conforma uma legislação formalista que tem nos princípios e demais mecanismos abstratos a forma de conferir o caráter político que a Lei necessita.

3.1 O modelo vigente

O modelo de controle de constitucionalidade brasileiro é um excelente exemplo de como não se deve tratar a revisão judicial de dispositivos constitucionais se levamos em consideração os alertas feitos por Schmitt até agora. José Afonso da Silva define o controle de constitucionalidade em seu livro *Curso de Direito Constitucional Positivo* da seguinte maneira:

Há três sistemas de controle de constitucionalidade: o político, o jurisdicional e o misto. O controle político é o que entrega a verificação da inconstitucionalidade a órgãos de natureza política [...] O controle jurisdicional, generalizado hoje em dia, denominado *judicial review* nos Estados Unidos, é a faculdade que as constituições outorgam ao poder judiciário de declarar a inconstitucionalidade da lei e de outros atos do poder público que contrariem, formal ou materialmente, preceitos ou princípios constitucionais.¹⁶⁹

De início, a própria separação entre jurídico e político, levando em consideração a exposição até agora, já salta aos olhos. O autor pressupõe uma forma não política de interpretação da lei constitucional que é a regra na quase totalidade dos doutrinadores constitucionais hoje em dia hegemônicos. E até o controle “político” de constitucionalidade é definido como tendo esse caráter simplesmente por ser entregue a órgãos de natureza política.

¹⁶⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2016. p. 51.

A própria lei não é vista como politizada, mas como “neutra” e a politização ou não se dá em virtude do “ambiente”, não do conteúdo da lei.

Além disso, José Afonso da Silva defende a introdução das mais variadas formas de intervenção no controle de constitucionalidade.¹⁷⁰ Legitimando os mais diversos órgãos a proporem ação direta de inconstitucionalidade o autor está, inadvertidamente ou não, permitindo que mais e mais demandas da vida política sejam submetidas ao poder judiciário levando em conta o modelo atual.

Três consequências derivam dessa postura. A primeira é a pragmática, a eficiência da corte é colocada em cheque dado o grande volume de casos que passa a ter que lidar. A segunda é um aumento exponencial da jurisdição do tribunal constitucional que passa a ter submetido a si as mais variadas demandas sobre os mais distintos temas. A terceira e última é uma despolitização relativa dos demandantes. Ao entregarem temas de disputa política para o judiciário, aqueles que o fazem estão na prática abrindo mão de uma disputa política em prol de uma avaliação supostamente “técnica”.

Ran Hirschl adverte que essa forma de legitimação da corte para atuar como árbitro de disputas políticas é extremamente temerária. A positivação dos direitos fundamentais é o mecanismo que permite essa expansão da jurisdição:

A existência de um catálogo constitucional de direitos, por outro lado, não apenas fornece a estrutura institucional necessária para que os tribunais se tornem mais vigilantes em seus esforços para proteger os direitos e liberdades fundamentais dos residentes de uma determinada política, mas também permite que eles expandam sua jurisdição para abordar dilemas morais vitais e controvérsias políticas de importância crucial para essa política. (tradução nossa)¹⁷¹

As elites (termo utilizado por ele) são as principais beneficiárias dessa legislação por meio dos tribunais.¹⁷² O aspecto aristocrático de um tribunal, ainda mais na forma brasileira onde o concurso público é a forma de ingresso, faz com que um documento que deve ter respaldo democrático (a constituição) passe a ficar sujeito ao arbítrio da interpretação de um determinado juiz.

A defesa desse papel ativista das cortes como uma forma de descentralização do controle de constitucionalidade não se justifica. O judiciário ainda é um poder de Estado e como tal possui interesses particulares que inviabilizam sua imparcialidade “institucional”

¹⁷⁰ *Ibid.* p. 53.

¹⁷¹ HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Nova Iorque: Harvard University Press, 2004. p. 170.

¹⁷² *Ibid.* p. 171.

por assim dizer.¹⁷³ O próprio mecanismo de legislação por meio das cortes foi criado para inviabilizar mudanças institucionais segundo o autor.¹⁷⁴ O fato de haver decisões progressistas resultantes de ativismo judicial é muito mais um acidente de percurso do que o propósito pelo qual esse fenômeno se constituiu.

3.2 O ativismo judicial como resultado do constitucionalismo liberal

Schmitt afirma que o juiz deve, pelo exercício de sua profissão, ser vinculado à lei, já que ele não representa uma vontade política.¹⁷⁵ Isso não faz do juiz um mero técnico incapaz de certa autonomia, mas essa autonomia não pode se dar à revelia da lei. Ainda mais tendo em mente o conceito de Lei como ato soberano que Schmitt defende. A Lei é a forma que o poder constituinte se comunica e como tal não pode ser ignorada. A independência do juiz é equalizada a uma dependência em relação à lei.¹⁷⁶

Só aqui já vemos uma excelente sustentação que inviabiliza a utilização de princípios abstratos e subjetivistas na interpretação da Lei constitucional. Se a Lei é ato soberano e o papel do juiz é se ater a ela não pode de maneira nenhuma subvertê-la em nome de princípios que, a depender da concepção política do magistrado, podem adquirir os mais variados significados.

Schmitt ainda afirma que não é papel da justiça buscar “popularidade”, se ela se encontra impopular deve responsabilizar os legisladores que não estão conseguindo converter a vontade constituinte em uma lei que a corresponda.¹⁷⁷ O processo de eleição de juízes, bem como de possibilidade revogação de seus mandatos¹⁷⁸ são algumas das formas de torná-los inseridos na sua comunidade sem, no entanto, lhes conferir um caráter ativista.

A lei deve sempre produzir uma “verdadeira vinculação, e não uma simples referência vazia —capaz de politizar a Justiça— a normas e critérios jurídicos indeterminados”.¹⁷⁹ A condenação do ativismo judicial de Schmitt, ainda que não o conhecesse por esse nome, não poderia ficar mais clara. É sempre papel da lei e não do judiciário fornecer o subsídio político de uma decisão.

Corroborando essa concepção, em *Legalidade e Legitimidade* Schmitt afirma que:

¹⁷³ *Ibid.* p. 212.

¹⁷⁴ *Ibid.* p. 214.

¹⁷⁵ SCHMITT, Carl. Teoria de la C. *op. cit.* p. 265.

¹⁷⁶ *Ibid.* p. 266.

¹⁷⁷ *Ibid.* p. 267.

¹⁷⁸ *Ibid.*

¹⁷⁹ *Ibid.*

O Estado legislativo é um Estado dominado por normas impessoais - isto é, gerais - e predeterminadas - isto é, concebidas como duradouras -, de conteúdo mensurável e determinável, em que a lei é dissociada de sua aplicação ao caso concreto e em que o legislador é separado dos órgãos de aplicação da lei.¹⁸⁰

No Estado de Direito, portanto, o exercício do poder se dá com base na lei, o que elimina o poder soberano e, na prática, a ideia de poder como componente do direito.¹⁸¹ O poder não é o fator que vai conferir coerção à lei, o que a faz ter essa característica é a sua racionalidade. Esse Estado de Direito, ainda que tenha sua forma hegemônica no Estado Legislativo, é caracterizado por Schmitt como mais apropriado para o Estado jurisdicional, que consegue garantir seus interesses sem cair em um normativismo já que é obrigado a observar o caso concreto.¹⁸² Esse estado jurisdicional também é a forma mais apropriada de conservação do status quo, tornando-se funcional em períodos estáveis, onde o judiciário pode pairar acima das demais instituições, mas que se degenera em períodos de instabilidade.¹⁸³

Aqui já vemos a fragilidade do ativismo como controle de constitucionalidade. Até Estados jurisdicionais, formulados para ter uma preponderância das cortes, a interpretação constitucional por meio do judiciário não consegue se sustentar de forma *ad infinitum*.

Para Cláudio Ladeira, o que caracteriza o ativismo judicial é um cumprimento da lei em sentido formal, mas uma interpretação de princípios abstratos de forma a interferir no conteúdo da lei, onde os juízes são:

Mais audaciosos por que reivindicam para si a competência institucional e a capacidade intelectual para fixar tais conceitos abstratos, concretizá-los, conferir um significado mais preciso a estes termos; e principalmente: para julgar atos do legislativo que interpretam estes mesmos princípios.¹⁸⁴

A interpretação das cláusulas pétreas conferem um poder gigantesco aos tribunais e a medida que permite ver o grau de ativismo é como usam esse poder para invadir competências de outros poderes.¹⁸⁵ Se passarmos para termos Schmittianos, os tribunais

¹⁸⁰ SCHMITT, Carl. *Legalidad y Legitimidad*. Madrid: Duncker & Humbolt, 1968. 4

¹⁸¹ *Ibid.* p. 5.

¹⁸² *Ibid.* p. 6.

¹⁸³ *Ibid.* p. 11.

¹⁸⁴ OLIVEIRA, Cláudio Ladeira. *Democracia e ativismo judicial: algumas considerações sobre suas causas e conseqüências* / Democracy and judicial activism: some considerations about causes and consequences. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, v. 16, p. 183-216, 2016. p.10.

¹⁸⁵ *Ibid.* p. 13-14.

constitucionais passam a ter jurisdição sobre decisões de modo e forma da constituição. Decisões eminentemente políticas.

A separação schmittiana entre lei constitucional e constituição propriamente dita é particularmente importante aqui, já que a suprema corte, particularmente no caso brasileiro, atribui a si própria a faculdade de legislar sobre qualquer norma que se encontre, mesmo que vagamente, positivada na lei constitucional.

O controle de constitucionalidade se torna nesse caso uma ferramenta para atribuir significado político onde antes havia ambiguidade e abstração. Poderia também ser dito que ele serve para decidir claramente o significado da norma ambígua de acordo com os interesses de quem elaborou essa norma:

Em primeiro lugar, a “ideologia” judicial, o conjunto de preferências políticas normativas que compartilham, é um dos mais óbvios fatores capazes de influenciar as decisões dos magistrados. Suas opiniões e valores sobre temas controvertidos em matéria de controle de constitucionalidade são muitas vezes o fator decisivo, especialmente quando o texto constitucional é essencialmente controvertido.¹⁸⁶

O aumento de entidades legitimadas para propor ação direta de inconstitucionalidade que vimos acima é também uma manifestação desse fenômeno. Uma corte com ideologia própria buscando trazer cada vez mais demandas políticas para o seu julgamento. A saída é um controle concentrado de constitucionalidade como atribuição de uma corte verdadeiramente política para que esta assuma honestamente seu caráter político e com isso possa ter legitimidade constitucional para julgar tais questões.

Além disso, cabe destacar aqui que pelo estado surgir em um determinado contexto, seus preceitos e princípios abstratos possuem um conteúdo claro, ainda que não declarado. Liberdade é a liberdade burguesa, propriedade também.¹⁸⁷ Schmitt vai colocar que quem primeiro passou a exigir uma maior revisão judicial dos atos da burocracia do Estado foi a burguesia, que queria colocar em cheque o poder do rei.¹⁸⁸ Isso explica e grande parte a manutenção desse *modus operandi* ao tentar congelar atos da administração pública que firmam os interesses burgueses.

Para Schmitt os litígios constitucionais, no sentido pleno da palavra, são sempre políticos, porque versam sobre as decisões de modo e forma da política.¹⁸⁹ É por isso que uma

¹⁸⁶ *Ibid.* p. 15.

¹⁸⁷ SCHMITT, Carl. Teoria de la C. *op. cit.* p. 142.

¹⁸⁸ *Ibid.*

¹⁸⁹ *Ibid.* p. 146.

corde dentro do judiciário que revisa a constituição implica necessariamente em um desequilíbrio dos poderes e uma possibilidade de arbitrariedade.¹⁹⁰

3.3 A resposta schmittiana

“A defesa da constituição exige um guardião, não um senhor e soberano”.¹⁹¹ O fato de não ser o soberano quem diretamente exerce essa defesa não significa que ele não tenha o papel de proteger em último grau a ordem constitucional, seja por meio da ditadura, seja por meio do Estado de Exceção. E muito menos implica que a defesa da constituição deixa de ser política porque não é o soberano que a faz.

A existência de um controle difuso de qualidade não equipara as cortes ordinárias aos guardiões da constituição.¹⁹² Ainda que no caso brasileiro tenham muito mais poder sobre a interpretação constitucional do que o recomendado. Mas interpretar não é o mesmo que decidir, a decisão não cabe ao judiciário. E o que vemos no ativismo judicial é justamente isso:

O fato é que quando um tribunal nega aplicação a uma lei ordinária sob o fundamento de que ela “afronta” a concepção (considerada pelo juiz) de algum princípio constitucional abstrato (“dignidade humana”, por exemplo), apenas formalmente – e com alguma ingenuidade – um tal ato pode ser considerado “interpretação” ou “efetivação” do direito constitucional pré-existente. Trata-se, na verdade, de um ato de “decisão”, de “escolha”, sobre qual deve ser o melhor e mais adequado significado do princípio abstrato. É “legislação constitucional”¹⁹³

A precaução da CF 88 em tornar a revisão judicial onipresente sob o pretexto de combater a arbitrariedade acabou empoderando o judiciário.¹⁹⁴ Aqui há um paralelo com o que Schmitt afirma de que o Estado jurisdicional é o mais apropriado para a defesa dos interesses burgueses justamente porque submete todos os atos do Estado a revisão. Mas no fim das contas “O fato é que a ‘judicialização da política’ leva inevitavelmente à ‘politização da justiça’”¹⁹⁵

¹⁹⁰ OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. *Judicialização da Política, Auto-restrição judicial e a Defesa da Constituição: algumas lições de Carl Schmitt em Der Hüter der Verfassung*. Revista Dois Pontos, vol. 17, n. 2, dezembro de 2020.p.

¹⁹¹ *Ibid.* p. 3.

¹⁹² *Ibid.* p. 5.

¹⁹³ *Ibid.* p. 10.

¹⁹⁴ *Ibid.* p. 15.

¹⁹⁵ *Ibid.* p. 19.

Schmitt coloca que a competência de revisão constitucional não confere soberania, nem tampouco titularidade do poder constituinte. O procedimento não pode ser soberano.¹⁹⁶ Aqui vemos mais uma vez o reforço da unilateralidade do poder constituinte como monopólio da decisão e, acima de tudo, a recorrente preocupação de Schmitt em separar constituição de lei constitucional.

Schmitt diferencia um conflito constitucional de uma reclamação constitucional. O primeiro caso é uma questão propriamente política, no segundo caso o indivíduo apenas exige que determinado dispositivo constitucional se aplique ao seu caso.¹⁹⁷ A concepção individualista do constitucionalismo liberal também contribui para essa exacerbação das competências da corte suprema, já que busca dar a cada indivíduo a possibilidade de exigência perante o judiciário contra a constituição.¹⁹⁸ O critério de determinação se um litígio é constitucional ou não é o sujeito que litiga.¹⁹⁹

A raiz do problema está em tentar dissolver o conceito de constituição em um normativismo abstrato.²⁰⁰ Jogando para um judiciário supostamente neutro a responsabilidade pelo esclarecimento de questões diretamente políticas. É nesse esclarecimento que os princípios abstratos são instrumentalizados de acordo com a vontade política da corte.

A tirania dos valores talvez seja o livro mais útil de Schmitt para tratar especificamente do ativismo judicial no controle de constitucionalidade. A capacidade premonitória de um livro lançado em 1979 sobre um fenômeno que iria se generalizar de forma tão avassaladora é quase inacreditável. Os valores aduzidos por Schmitt podem ser equiparados com o que no ordenamento brasileiro se convencionou chamar de princípios.

Schmitt abre o livro afirmando que a virtude sempre fez parte do ordenamento jurídico da monarquia, mas que no Estado de Direito liberal ficou sem uma função clara. Por isso foi reapropriada como um “valor”.²⁰¹ Isso se deu particularmente no contexto da primeira grande guerra, onde toda a ordem jurídica foi balançada e os valores assumiram novamente papel preponderante quase que como sistematização constitucional.²⁰² Seu objetivo principal era uma interpretação dos direitos fundamentais.²⁰³

Uma proposta de lei fundamentada em valores chamou particularmente a atenção de Schmitt quando iniciou com “na democracia livre a dignidade do homem é o mais alto valor,

¹⁹⁶ SCHMITT, Carl. Teoria de la C. *op. cit.* p.123.

¹⁹⁷ *Ibid.* p. 127.

¹⁹⁸ *Ibid.* p. 130.

¹⁹⁹ *Ibid.* p. 131.

²⁰⁰ *Ibid.* p. 134.

²⁰¹ SCHMITT, Carl. *La Tirania de los Valores*. Argentina: Hydra, 2009. 92

²⁰² *Ibid.* p. 92.

²⁰³ *Ibid.*

ela é inviolável”²⁰⁴. O caráter indeterminado desse valor era o que causava temor já que permitia ampla margem de interpretação sem se basear em qualquer lei.

A dignidade do homem nesta lei e a dignidade da pessoa humana no ordenamento brasileiro cumprem basicamente o mesmo papel de indeterminações incapazes de fornecer um correto mecanismo de interpretação. Mas as similaridades não se limitam a isso. O fato do fundamento dessa valorização do ordenamento ser uma defesa dos direitos fundamentais também é compartilhado pelo ordenamento brasileiro que outorga às cortes o dever e poder de arbitrar no que consistem estes direitos e como eles serão implementados.

Colón-Ríos nos fornece um exemplo positivo em resposta a esse problema, ao afirmar que a jurisprudência colombiana foi perspicaz ao criar uma doutrina dos limites implícitos de reforma constitucional, asseverando que valem para o poder constituído, mas nunca para o constituinte.²⁰⁵ E ele sintetiza o argumento da tese schmittiana:

Schmitt acreditava que as leis constitucionais eram o objeto próprio do poder ordinário de reforma constitucional, ao contrário das decisões fundamentais inseridas na Constituição, que somente poderiam ser tocadas pelo sujeito constituinte.(tradução nossa)²⁰⁶

A Assembléia constituinte colombiana nos oferece um bom exemplo de não tergiversação do político em prol de um poder constituinte ativo, permanente e atuante. O procedimento previsto na lei constitucional foi abandonado em prol de uma manifestação inequívoca do poder constituinte, mostrando que esse conceito não só tem valor jurídico como se torna cada vez mais indispensável nos momentos de instabilidade constitucional.²⁰⁷

Nesse sentido vemos que em uma comunidade política aquele sujeito que detém a força e o poder para tomar uma decisão não pode ser tergiversado em favor de formalismos ou de um principialismo abstrato que tenta remendar um problema de origem: o constitucionalismo liberal instrumentaliza a política nos seus interesses e a congela quando a ordem liberal já está estabelecida.

²⁰⁴ *Ibid.* p. 95.

²⁰⁵ COLÓN-RIOS, Joel. *Weak Constitutionalism: Democratic legitimacy and the question of constituent power*. Londres: Routledge, 2012. 133

²⁰⁶ *Ibid.* p. 129.

²⁰⁷ COLÓN-RIOS, Joel. *Constituent Power and the Law*. Oxford: Oxford Press, 2020. 290

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho se propôs a defender a pertinência da teoria constitucional schmittiana, seu caráter inovador e a originalidade de suas categorias. Além desse panorama sobre a teoria constitucional schmittiana buscamos também identificar a particularidade com que o autor observa a questão do poder constituinte e suas implicações para o controle de constitucionalidade. E também, ao longo de todo o trabalho, se buscou demonstrar como a teoria constitucional schmittiana é a todo momento uma resposta ao constitucionalismo liberal.

As primeiras conclusões que pudemos retirar do texto são a intrínseca relação que Schmitt traça entre o fenômeno jurídico e o fenômeno político, particularmente a relação amigo/inimigo por ele descrita se encontra presente na maior parte de suas categorias, seja quando abertamente as expressa ou quando as presume.

No caso particular do poder constituinte a inimizade é motor fundamental já que a decisão constitucional, ao repousar em uma unidade política, não pode permitir que esta unidade abarque elementos contraditórios. O conceito liberal de pluralidade não pode aqui fornecer subsídios suficientes para eliminar essa contradição. Uma decisão sobre modo e forma da unidade política é uma decisão fundamental e, como tal, não pode compactuar com decisões semelhantes em sentido oposto.

O próprio constitucionalismo liberal está baseado em uma decisão fundamental desse tipo. Ainda que tente abstrair e normatizar a forma com que sua organização política foi fundada a recapitulação histórica que Schmitt apresenta sobre o papel e conformação da burguesia liberal deixa claro que independente dos princípios, valores ou justificativas metafísicas e “racionalis”, o liberalismo repousa em uma forma específica conformada em uma decisão.

Não à toa a tendência a hegemonia do liberalismo faz com que a qualquer momento que se depare com um regime que não respeita os valores liberais esse regime não é considerado constitucional. O que falta a ele não são normas, leis ou formalismos, mas sim uma decisão que compactue com a *vontade* da burguesia liberal. É nessa decisão que repousa a constituição e é esse caráter eminentemente concreto que faz a teoria schmittiana ser não só uma doutrina a ser considerada, mas um contraponto necessário ao liberalismo.

O poder constituinte entra nessa equação então como o mecanismo pelo qual a vontade toma forma. Seu caráter de absoluta onipotência implica num monopólio da força, que é o

único mecanismo capaz de fazer o direito adquirir validade. As revoluções clássicas, bem como as demais manifestações do poder constituinte revelam a tendência do formalismo liberal em utilizar desse poder para conformar uma ordem na mesma medida em que passa a limitá-lo imediatamente depois quando este começa a fugir do controle.

A imbricação entre poder constituinte e soberania nos leva a conclusão que essa decisão do monopólio do poder político não pode de maneira nenhuma ser afastada. A continuidade do poder constituinte fundamenta a ordem e lhe confere a legitimidade e autoridade necessárias para que a norma possa valer de forma geral. Os mecanismos aplicadores dessa norma só podem cumprir com a sua função se seu *status* for reconhecido como legítimo. Em outras palavras, a desconsideração do poder constituinte acarreta na aniquilação da ordem constitucional vigente. Seja pela ação direta do poder constituinte quando o sujeito que o maneja se encontra consciente e em movimento, seja pelo colapso institucional de uma ordem que se torna incapaz de garantir coesão aos seus atos.

É a partir daí que a questão do controle de constitucionalidade passa a ser central. Ao ser visto como um mecanismo de garantia da aplicação das normas constitucionais esse controle tem como consequência primeira a retirada da função de combate a inconstitucionalidade do sujeito portador do poder constituinte. Se esse sujeito não é quem ativamente fiscaliza o cumprimento da constituição é necessário que o órgão que assume essa função possua uma legitimidade tal que vincule os sujeitos do poder constituinte às decisões por ele tomadas.

Não é esse o caso do modelo de constitucionalidade exercido pelo judiciário. Como vimos, este poder não só não poderia assumir essa função já que implica em um claro desequilíbrio da estrutura tripartite dos poderes, mas também carece da característica política necessária para conferir legitimidade a esse controle. Seus representantes não eleitos interpretam as normas constitucionais de forma que estas possam caber dentro de sua preconcepção. E essa interpretação não é nem sequer com base na lei, a qual o juiz é completamente subordinado.

Essa interpretação se dá com base em princípios abstratos que podem ser distorcidos e moldados na direção de qualquer decisão favorável às concepções do juiz. Se as cortes e o judiciário como um todo não são constituídos de forma política, o mesmo não se pode dizer das opiniões emitidas por estes magistrados quando é concedido a eles o papel de guardar a constituição.

A politização do judiciário e o ativismo judicial como um todo é uma consequência do modelo de controle de constitucionalidade difuso, mas é igualmente responsabilidade de um

constitucionalismo liberal que a todo momento tenta subjugar o poder constituinte para que este não seja uma ameaça aos interesses liberais corporificados no Estado de Direito. A ambiguidade das normas, os pactos dilatórios que postergam decisões fundamentais, o formalismo exacerbado na tentativa de controlar cada aspecto do poder constituinte na mesma medida que remove seu teor político faz com que o conteúdo concreto de todas essas abstrações seja dado por aqueles que a interpretam.

Esse cenário que já seria temerário em um modelo concentrado de controle de constitucionalidade, mas que num modelo difuso acaba sendo ainda mais prejudicial. Pois se antes tínhamos uma ausência de conteúdo político das normas e uma abstração onde eram necessárias decisões concretas, agora estas lacunas são supridas por representantes não eleitos, autônomos, sem compromisso com o sujeito do poder constituinte e que veem nos princípios abstratos apenas mecanismos de contrabandear suas opiniões para dentro do direito. Não se trata aqui de impedir que cortes ordinárias façam uso da constituição no caso concreto, mas interpretá-la abstratamente e lhe dar conteúdo universal com base em princípios caberia apenas a um Tribunal de Estado eleito e de caráter eminentemente político.

A retomada do conceito de poder constituinte é um primeiro passo para devolver a política ao seu lugar e reafirmar que independente da extensão com que se legisla sobre determinada decisão ou lhe enche de formalismo, nenhum destes é capaz de substituir a decisão concreta do sujeito do poder constituinte, soberano e em movimento. Somente assim a ordem constitucional pode deixar de ser uma ideia interpretada por uma aristocracia de toga e passar a ser, propriamente, a conformação de uma ordem política onde o povo por si e para si mesmo decide o modo e forma de sua existência política.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

COLON-RIOS, Joel. Carl Schmitt and Constituent Power in Latin American Courts: The Cases of Venezuela and Colombia. **In: Constellations**, vol. 18, nº 3, 2011. Link: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1621930. Acesso em: 12/08/2022.

COLON-RIOS, Joel. **Constituent Power and the Law**. Oxford: Oxford Press, 2020.

COLON-RIOS, Joel. **Weak Constitutionalism: Democratic legitimacy and the question of constituent power**. Londres: Routledge, 2012.

HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism**. Nova Iorque: Harvard University Press, 2004.

MOUFFE, Chantal. **The Return of the Political**. Londres: Verso, 1993.

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. Judicialização da Política, Auto-restrição judicial e a Defesa da Constituição: algumas lições de Carl Schmitt em Der Hüter der Verfassung. **Revista Dois Pontos**, vol. 17, n. 2, dezembro de 2020. Link: <https://revistas.ufpr.br/doisPontos/article/view/74191/42311>. Acesso em: 12/09/2022.

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira . Democracia e ativismo judicial: algumas considerações sobre suas causas e conseqüências / Democracy and judicial activism: some considerations about causes and consequences. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais** , v. 16, p. 183-216, 2016. Link: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/642/255>. Acesso em: 12/09/2022.

ROSSITER, Clinton. **Constitutional Dictatorship: Crisis Government in the Modern Democracies**. Londres: Routledge, 2002.

SAMPAY, Arturo Enrique. **Constitución y Pueblo**. Buenos Aires: Instituto Superior Dr. Arturo Jauretche, 2012.

SAMPAY, Arturo Enrique. **La crisis del Estado de Derecho Liberal Burgues**. Buenos Aires: Prelo, sem data.

SCHMITT, Carl. **A crise da democracia parlamentar**. São Paulo: Scritta, 1996.

SCHMITT, Carl. A revolução legal mundial: superlegalidade e política. **Lua Nova: revista de cultura e política**, p. 99-117, 1997. Link: <https://www.scielo.br/j/ln/a/5jS89R5hhKDDXGdzm5YrsFF/?format=pdf&lang=pt>. Acesso

em: 06/10/2022.

SCHMITT, Carl. **Crisis of Parliamentary Democracy**. Traduzida por Ellen Kennedy. Estados Unidos: MIT Press, 2000.

SCHMITT, Carl. Direito e Poder. Trad. Alexandre Franco de Sá. In: **Ágora Filosófica**, v. 1, n. 1, 2013, p. 309-330. Link: <https://www1.unicap.br/ojs/index.php/agora/article/view/272>. Acesso em: 20/08/2022.

SCHMITT, Carl. **La defensa de la constitución**. Madrid: Editorial Tecnos, 1983.

SCHMITT, Carl. **La Tirania de los Valores**. Argentina: Hydra, 2009.

SCHMITT, Carl. **Legalidade e legitimidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007a.

SCHMITT, Carl. **Legalidad y Legitimidad**. Madrid: Duncker & Humbolt, 1968.

SCHMITT, Carl. **O Conceito do Político**. Lisboa: Edições 70, 2019.

SCHMITT, Carl. **O Fuhrer protege o Direito: Sobre o Discurso de Adolf Hitler no Reichstag em 13 de julho de 1934**. In: Carl Schmitt e a Fundamentação do Direito. São Paulo: Max Limonad, 2012.

SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007b.

SCHMITT, Carl. **Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty**. Londres: MIT Press, 1992.

SCHMITT, Carl. **Sobre los tres modos de pensar a ciência jurídica**. Madrid: Editorial Tecnos, 1996.

SCHMITT, Carl. **State, Movement, People: the triadic structure of the political unity/The Question of Legality**. Corvaliss: Plutarch Press, 2001.

SCHMITT, Carl. **Teologia Política: quatro capítulos sobre a doutrina da soberania**. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

SCHMITT, Carl. **Teoria de la Constitución**. Madrid: Alianza Editorial, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.