

O DIREITO ENTRE NORMALIDADE E EXCEÇÃO: O PAPEL DAS CLÁUSULAS GERAIS EM “SOBRE OS TRÊS TIPOS DE PENSAMENTO JURÍDICO”, DE CARL SCHMITT

THE LAW BETWEEN NORMALITY AND EXCEPTION: THE ROLE OF GENERAL CLAUSES IN CARL SCHMITT’S TEXT “ON THE THREE TYPES OF JURISTIC THOUGHT”

Marcos Guilhen Esteves*
Marlene Kempfer**

* Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Advogado da União (AGU). Graduado pela Universidade Estadual de Londrina. E-mail: marcosguilhenesteves@gmail.com

**Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professora da Universidade Estadual de Londrina (UEL), atuando na graduação, especialização e no Mestrado em Direito Negocial, nas áreas de Direito Tributário, Administrativo e Constitucional. E-mail: mkempferb@gmail.com

Como citar: ESTEVES, Marcos Guilhen; KEMPFER, Marlene. O direito entre normalidade e exceção: O papel das cláusulas gerais em “Sobre os três tipos de pensamento jurídico”, de Carl Schmitt. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 16, n. 1, p. 10-31, abr. 2021. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2021v16n1p. 10. ISSN: 1980-511X

Resumo: Conhecida é, no meio acadêmico, a polêmica entre Kelsen e Schmitt acerca do papel do direito na conformação da sociedade e a sua relação com instâncias do poder político, econômico e social. Em *Sobre os Três Tipos de Pensamento Jurídico*, Schmitt critica fortemente o positivismo kelseniano, cujo formalismo teria conduzido ao descolamento entre realidade social e norma jurídica. Ao final do texto, Schmitt conclui pela superação do positivismo e indica como prova da sua afirmação a proliferação de cláusulas gerais nos textos jurídicos, defendendo que tais cláusulas possibilitam não só a introdução de valores sociais no direito, mas também a construção de um modelo de pensamento jurídico completamente novo. O objeto do presente artigo é analisar a defesa schmittiana das cláusulas gerais, principalmente no que concerne à sua função e papel no direito. O propósito justificador da análise aqui empreendida é *lançar novos olhares ao tratamento das cláusulas gerais pelo direito brasileiro, a partir de aproximações com o tratamento vislumbrado por Schmitt*, de modo a questionar o viés emancipatório que hoje se atribui a elas.

Palavras-chave: Cláusulas gerais. Positivismo. Normativismo. Ordenamento concreto.

Abstract: The controversy between Kelsen and Schmitt about the role of law shaping society and its relationship with political, economic, and social powers are well known in academia. In *On*

the Three Types of Legal Thinking, Schmitt strongly criticizes Kelsenian positivism because its formalism leads to a detachment between social reality and the legal norm. At the end of his study, Schmitt concludes that positivism should be transcended and indicates as proof of his statement the proliferation of general clauses in legal texts, defending that such clauses enable not only the introduction of social values in law, but also the construction of a completely new model of legal thought. The objective of this paper is to analyze the Schmittian defense of general clauses, especially in regards to their function and role in law. Furthermore, the purpose of this article is to take a new look at the Brazilian treatment of general clauses, utilizing Schmitt's vision in order to question the emancipatory bias that is currently attributed to them.

Keywords: General clauses Positivism. Normativism. Concrete legal order.

INTRODUÇÃO

Kelsen e Carl Schmitt empreenderam intenso debate no início do século XX acerca do modelo ideal de direito. Enquanto Kelsen buscou criar uma teoria formalista, que abstraísse o político do objeto da ciência do direito, Schmitt defendeu a inexistência de separação rígida entre o “político” e o “jurídico”. Em *Sobre os três tipos de pensamento jurídico*, Schmitt critica o positivismo kelseniano de tipo normativista, argumentando que o formalismo da Teoria Pura conduziu a um desacoplamento entre direito e realidade da vida. Nesse contexto, a fundamentação do direito como instrumento estatal coercitivo se tornava desprovida de legitimidade social, pautando-se apenas na autoafirmação de seus próprios princípios estruturantes.

O primeiro tópico deste artigo avalia características do positivismo kelseniano, dando enfoque àqueles que foram objeto de crítica por Schmitt no texto *Sobre os três tipos de pensamento jurídico*: o formalismo universalista e a relação entre direito e política. O objetivo é demonstrar que Kelsen não ignorou a influência do político na criação do direito, de modo que a diferença fundamental em relação a Schmitt não reside nesse ponto. A grande distinção entre os autores se refere à possibilidade de se delimitar, de maneira precisa, o campo de atuação dos valores sociais e da política em relação ao campo de atuação do direito.

No tópico seguinte, será avaliado o texto *Sobre os três tipos de pensamento jurídico* e como Schmitt conduziu sua crítica ao positivismo kelseniano nessa obra. Na análise do pensamento de Schmitt, também serão utilizados outros textos e livros do autor, que abordam temas como soberania e exceção nos anos 1920 e 1930 (em especial, *Teologia Política*, mas também *O Führer protege o direito*), haja vista que, posteriormente, alguns aspectos do seu texto foi revisto por ele mesmo. O objetivo desse tópico é permitir a melhor compreensão do papel das cláusulas gerais na formulação do direito segundo Schmitt, matéria que será avaliada logo a seguir, a partir de correlações com os dois tópicos anteriores.

Entende-se que o presente artigo se justifica academicamente, pois possibilita lançar novos olhares ao tratamento dado às cláusulas gerais no direito contemporâneo e, especialmente, no direito brasileiro, em que, por vezes, atribui-se às cláusulas gerais exatamente as mesmas funções vislumbradas por Schmitt: adaptabilidade social e possibilidade de introdução de valores éticos no direito. No entanto, em Schmitt, a defesa da utilização das cláusulas gerais criou um campo propício para o decisionismo autoritário, ainda que, segundo alguns autores, o decisionismo schmittiano estivesse inspirado por um institucionalismo sincrético a partir dos anos 1930.

1 VALORES MORAIS E POSITIVISMO: A INFLUENCIA DO ELEMENTO POLÍTICO NA FORMAÇÃO DA NORMA EM KELSEN

Nas últimas décadas, o ensino e a aplicação do Direito no Brasil têm se inspirado em teorias pós-positivistas, que pregam a superação do formalismo, ampliando o objeto da ciência jurídica que, em Kelsen, se restringia ao estudo da norma. Para fundamentar a rejeição ao positivismo

kelseniano, argumenta-se que a exclusão de todos os elementos valorativos da investigação científica do direito, em nome de se atingir a pureza teórica e de “evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica” (KELSEN, 1998, p. 2), criou um direito essencialmente formalista.

Na primeira página de *Teoria Pura do Direito*, Kelsen já enuncia que sua Teoria não se restringe a uma ordem jurídica específica, destinando-se ao direito positivo em geral. *A Teoria Pura do Direito* é, assim, “teoria geral do direito, não interpretação de particulares normas jurídicas, nacionais ou internacionais.” (KELSEN, 1998, p. 1). A par dessa explicação inicial, ao longo do texto, é possível verificar a intenção de Kelsen de sempre demonstrar a aplicabilidade ampla de sua teoria, dada a abstração dos aspectos políticos e morais, viabilizada pela estrutura formalista e pela logicidade de sua argumentação.

Essa intenção é facilmente verificada na técnica de exemplificação utilizada por Kelsen em suas obras. Para permitir a compreensão de seus textos, Kelsen utiliza exemplos de aplicações práticas dos conceitos ali tratados, sempre atentando para criar situações exemplificativas que se ajustem aos variados tipos de regime político e econômico (KELSEN, 1998, p. 55, 146, 233, 250, 314). A fim de levar a cabo o intento de estabelecer uma ciência jurídica pura, Kelsen elaborou sua Teoria a partir de fundamentações formalistas, pautadas em uma estrutura lógica de linguagem e de instituições jurídicas, as quais poderiam ser transportadas para qualquer Estado, independentemente de seu modelo de organização política, social ou econômica. A proposição da pirâmide normativa kelseniana pode ser vista como a síntese dessa estrutura lógica, em que as categorias jurídicas se relacionam com pretensão de alcance universal.

Isso não significa, porém, que Kelsen negasse ou desprezasse a influência de aspectos políticos, sociais ou econômicos na formação do direito. Inclusive, Mário Losano, autor da Introdução ao livro *O Problema da Justiça*, cita emblemáticas palavras de Kelsen, ao ser questionado sobre a relação entre poder, política e direito:

O problema do direito natural é o eterno problema daquilo que está por trás do direito positivo. E quem procura uma resposta encontrará – temo – não a verdade absoluta de uma metafísica nem a justiça absoluta de um direito natural. Quem levanta esse véu sem fechar os olhos vê-se fixado pelo olhar esbugalhado da Górgona do poder (KELSEN, 2011, p. x).

Para Kelsen, os aspectos políticos, sociais ou econômicos, em que pese influenciarem no processo de criação da norma, não constituem objeto da ciência jurídica. O autor não nega, contudo, que norma e valor são conceitos correlativos, pois entende inviável formular um enunciado sobre o dever-ser de uma conduta humana sem qualquer *a priori* como dado, o que é, em grande parte, decorrente da postura neokantista de Kelsen ao fundamentar sua Teoria Pura na oposição Ser e Dever-Ser (MACEDO JUNIOR, 2011, p. 88).

Tanto a moral quanto o direito são normas sociais e, nesse sentido, possuem similaridades. Contudo, essa relação com a moral e os valores que a partir dela são constituídos não se refere ao

direito como ciência ou como conjunto de normas válidas editadas no âmbito de um dado Estado. A semelhança, para Kelsen, se refere mais especificamente à forma do sistema normativo jurídico e do sistema normativo moral. Kelsen, porém, rejeita a afirmação de que o direito não é apenas norma (ou comando), mas que também consubstanciaria um valor. Em suas palavras, “uma tal afirmação só tem sentido pressupondo-se um valor divino absoluto” (KELSEN, 1998, p. 74).

Até mesmo quando Kelsen tratou da relação entre direito e valor no âmbito da ciência jurídica, sua argumentação foi formalista. Para ele, a conduta que corresponde à norma tem valor positivo, ao passo que a conduta que a contraria tem valor negativo (KELSEN, 1998, p. 19). Considerar a norma como medida de valor da conduta humana é, de fato, aderir a uma metodologia formalista.

Verifica-se que, para Kelsen, os poderes político e social são relevantes para formação do direito e podem ser objeto de estudo da Filosofia e da Sociologia do Direito. Em outras palavras, constituem instâncias que exercem influência no momento “pré-normativo” (sociológico) de produção da norma. Contudo, uma vez editada, ela se autonomiza em relação às instâncias que influenciaram sua criação, torna-se direito positivo e passa a ser regulada pela ciência jurídica pura. A ciência jurídica é composta por categorias, institutos e métodos hermenêuticos próprios, os quais exercem um contrapeso ao contexto pré-normativo de sua edição. O “político” (poder) e o “sociológico” (valores) podem determinar o momento de produção da norma e, até mesmo, o seu conteúdo. Não determinará, porém, a sua interpretação e a sua aplicação, que seguirá os padrões de uma ciência universal.

Quando superado o momento pré-normativo, os valores sociais, morais, econômicos e políticos subjacentes à norma (valores arbitrários, segundo Kelsen) perdem sentido e se transformam em parte da história de produção daquela norma. Ao ser editada, o único valor relevante (para a ciência jurídica) é a conformidade, ou não, da conduta com o preceito normativo (KELSEN, 1998, p. 19).

Kelsen expressamente afirma que os juízos de valor, por serem estabelecidos por atos de uma vontade humana e não de uma vontade supra-humana, são arbitrários (KELSEN, p. 1998, p. 19). Nesse sentido, Kelsen diferencia valor subjetivo de valor objetivo. O valor subjetivo é aquele que consiste na relação de uma conduta humana com o desejo ou a vontade de um ou de vários indivíduos. Já o valor objetivo se refere à relação de conformidade entre a conduta humana e uma norma jurídica válida:

Se a afirmação de alguém de que algo é bom ou mau constitui apenas a imediata expressão do *seu* desejo desse algo (ou do seu contrário), essa afirmação não é um “juízo” de valor, visto não corresponder a uma função do conhecimento, mas a uma função dos componentes emocionais da consciência (KELSEN, 1998, p. 21, grifo do autor).

Mais adiante, Kelsen destaca outra diferença entre o valor subjetivo e o valor objetivo: o grau de intensidade na graduação do valor. Se o valor subjetivo é aquele que se relaciona com

o desejo ou a vontade de um ou mais indivíduos, esse valor é suscetível de diferentes graus de intensidade, pois ele depende da consciência individual ou coletiva acerca da conduta sobre a qual incide o valor. O valor objetivo, por outro lado, ao se relacionar com uma norma válida (dado objetivo) não possui grau de intensidade, “visto que uma conduta somente pode ser conforme ou não ser conforme a uma norma objetivamente válida, contrariá-la ou não a contrariar – mas não ser-lhe conforme ou contrariá-la em maior ou menor grau.” (KELSEN, 1998, p. 22).

Essa distinção trazida por Kelsen parece bastante aplicável às regras jurídicas em sentido estrito. Elas, contudo, não se ajustam adequadamente a normas de linguagem mais aberta, a exemplo dos princípios jurídicos e das cláusulas gerais. Em relação a esse tipo de norma, dada a relação mais estreita entre o valor e a norma, é possível falar em conformidade ou contrariedade em maior ou menor grau.

A clareza da linguagem, tão cara ao positivismo kelseniano pela garantia da segurança e previsibilidade jurídicas, foi alvo de crítica pelo jurista alemão Carl Schmitt sob a alegação de que o formalismo do pensamento normativista-jurídico conduziu a um descolamento entre realidade social e norma. Esse descolamento, ao mesmo tempo em que distanciou o direito do povo, seu destinatário final, também impediu que o jurídico pudesse fazer frente às contingências de cada momento histórico, ao criar uma inaptidão sistêmica do direito em lidar com crises, pois o direito não apreende o fator sociológico e político senão após a sua introdução no ordenamento por meio da norma. Schmitt pretende que esses elementos (político, social e jurídico) atuem em harmonia e, para tanto, não há que se separá-los uns dos outros, mas compreender que todas essas instâncias formam o ordenamento social e que todos devem funcionar de forma coesa, não havendo separação entre momentos pré ou pós-normativos (SCHMITT, 2005, 2011a).

Para Schmitt, ao invés de contribuir para a superação das crises e dos reveses, o direito normativista acabou funcionando como restrição ao desenvolvimento social, pois a sua estrutura rígida e formalista não permitia adaptações hermenêuticas circunstanciais. Segundo Schmitt, um neo-kantiano como Kelsen não sabe como agir diante do excepcional. Em uma clara crítica a Kelsen, Schmitt afirma ser uma distorção decorrente da segregação entre sociologia e direito a crença de que o excepcional não pode ser considerado objeto de investigação jurídico-científica, mas tão somente sociológica. Para Schmitt, “a exceção é mais interessante do que a regra”, pois “a regra não prova nada” e a “exceção prova tudo: ela confirma não apenas a regra, mas a sua própria existência, que deriva apenas e tão somente da exceção.” (SCHMITT, 2005, p. 15).

No contexto da anormalidade ou do “estado de exceção” (SCHMITT, 2009), o governante responsável por gerir as crises e dialogar com o povo se via condicionado pela lei que ele mesmo ajudou a criar, na condição de elemento político dentro dos poderes do Estado. O liberalismo positivista produziu um sistema constitucional de freios e contrapesos, na crença de que o soberano e a lei pudessem se restringir mutuamente. Essa restrição, segundo Schmitt, é plausível apenas no contexto de normalidade. Quando esse contexto é suplantado pela crise, faz-se necessário recorrer a um mecanismo que suspenda o direito posto, sob pena de se permitir que o direito, que pretende realizar o bem comum, transforme-se no seu principal obstáculo.

O contexto de crise acentuaria a tendência parlamentarista ao “hamletismo político” (incapacidade decisória), que, aliada à submissão do centro de poder democrático (o Parlamento como “classe discutidora”, para usar a expressão de Donoso Cortés) ao controle de grupos e de interesses circunstanciais, tornaria o soberano incapaz de gerenciar a contingência e reestabelecer a normalidade, para que as normas e instituições pudessem se desenvolver autonomamente¹ (MACEDO Jr, 2011, p. 90-91).

2 NORMA E REALIDADE SOCIAL EM SCHMITT: QUEM É RESPONSÁVEL PELA IDENTIFICAÇÃO E INTERPRETAÇÃO DOS VALORES SOCIAIS?

Um dos principais críticos da Teoria Pura do Direito, é o jurista alemão Carl Schmitt e conhecida no meio acadêmico é a sua polêmica com Hans Kelsen a respeito do modelo ideal de direito (por exemplo, SCHMITT, 2005, p. 5-15). Em *Sobre os três tipos de pensamento jurídico*, Schmitt defende a superação do positivismo jurídico, argumentando que a sua pretensão formalista e universalista “conduz a uma separação cada vez mais nítida entre norma e realidade, ser e dever-ser, regra e conjunto de fatos concretos” (SCHMITT, 2011a, p. 139). Em suas palavras, “incondicionalidades formais e categorias supostamente puras fundamentam-se apenas na autoafirmação incondicional de determinado tipo de pensamento jurídico [...]” (SCHMITT, 2011a, p. 133).

A título de ilustração, Schmitt critica o direito penal do Estado de Direito, campo em que a segregação entre moral e ciência jurídica gera, a seu ver, distorções mais significativas e fáceis de serem diagnosticadas. A crítica do autor recai, em especial, sobre os conceitos de tipo penal e de pretensão punitiva estatal. Segundo o autor, o exagero da abstração de qualquer valor de moralidade e correção pelo pensamento normativista cria uma situação em que o crime não é visto como um ato atentatório à paz social, mas tão somente como mero fato que corresponde à previsão legal da conduta como delito. Nessa linha de raciocínio, o crime, que fundamenta a pretensão punitiva estatal, “não é ordem ou desordem em maior ou menor grau do que o noivado de uma filha, que fundamenta uma pretensão de dote.” (SCHMITT, 2011a, p. 140).

Para o direito penal liberal, o criminoso não viola a paz, nem a ordem. Sequer viola a norma genérica na condição de regra, pois a lei não veda a prática da conduta. A rigor, segundo Schmitt, o criminoso não viola nada. O autor ironiza a quase caricata (e, em certo modo, retórica) característica dos códigos penais modernos de funcionarem como “Carta Magna dos delinquentes”, retratando-a como resultado da “cegueira jurídica” do pensamento legalista liberal, que buscou abstrair quaisquer aspectos relativos à eticidade no âmbito do direito (SCHMITT, 2011a, p. 140).

Esse descolamento entre o modelo normativista e a realidade da vida não ocorreu, porém,

¹ Como se verá a seguir, essa autonomia das instituições é relativa, dentro do direito dos ordenamentos concretos pensado por Schmitt, haja vista que, ao final, todas se submetem ao poder decisório do líder. A oscilação entre decisionismo e institucionalismo é uma característica do pensamento schmittiano, sobretudo entre os escritos de 1920 e 1930. Por isso, alguns autores qualificam Schmitt como institucionalista mitigado ou sincrético (ou decisionista mitigado ou sincrético, a depender da ênfase dada). Para maiores esclarecimentos, verificar MACEDO JUNIOR, 2011, p. 67-116.

em relação ao positivismo em suas origens, mas progressivamente, a partir de mudanças na específica conjuntura política, econômica e social que tornou possível a expansão do positivismo como modelo predominante de elaboração, estudo e aplicação do direito.

A linha mestra do raciocínio schmittiano acerca da superação do positivismo é a relação intrínseca entre o modelo de pensamento jurídico de tipo normativista e os princípios e valores do Estado Liberal burguês do século XIX (SCHMITT, 2011a, p. 176). Para Schmitt, o exemplo da França e da Alemanha, dois países em que o positivismo se tornou dominante nesse período, evidencia que o normativismo só pode ser compreendido na condição de “modo funcional da legalidade estatal de um Judiciário com *status* profissional de funcionalismo, sob o influxo de codificações escritas e com fundamento em um ordenamento estável da política e segurança domésticas.” (SCHMITT, 2011a, p. 149).

Segundo Schmitt, em uma situação estável, o positivismo e o Estado de Direito são plausíveis e parecem de fato abstrair todos os conceitos puramente metajurídicos, de modo a conferir à lei o valor objetivo da firmeza, inviolabilidade, segurança e calculabilidade máximas: “em uma palavra, o valor da positividade” (SCHMITT, 2011a, p. 150).

Schmitt verifica, contudo, que os valores da objetividade, segurança e previsibilidade, buscados pelo positivismo jurídico, não constituem reflexo do modelo de pensamento normativista-legalista, mas características inerentes ao Estado Liberal burguês do século XIX, no qual esse tipo de racionalidade jurídica se desenvolveu. Não é a norma a fonte geradora da segurança e da estabilidade. É a estabilidade e a segurança que tornam possível a norma:

Mas a segurança, certeza, firmeza, cientificidade rigorosa, previsibilidade de funcionamento e todas aquelas qualidades “positivas” na verdade não eram vantagens da “norma” legal e da instituição humana, mas tão somente vantagens da situação normal, relatividade estável de um Estado de época, do século XIX, cuja ênfase estava na legislação; eram, portanto, vantagens do sistema de legalidade de um estado legislador. Era possível ser “positivo” assim não porque a norma era estável, segura e firme, mas porque e à medida que esse Estado construído de determinada forma o era (SCHMITT, 2011a, p. 151).

Ao discorrer sobre esse ponto, o autor utiliza um discurso pautado no dualismo entre os conceitos de ordem e desordem, normalidade e anormalidade, concluindo que o modelo positivista pressupõe uma situação de ordem e normalidade (SCHMITT, 2011a, p. 141-148). Uma vez desaparecida essa situação de ordem e normalidade, desaparecem também as condições de possibilidade do pensamento normativista.

Para Schmitt, a norma leva embutida em seu conceito uma situação média homogênea, relacionada à normalidade de fato. A estabilidade da norma, na condição de comando jurídico, é dependente da estabilidade da situação fática para a qual ela foi pensada. Essa normalidade política ou “de fato” não é estranha ao direito como ciência, mas, pelo contrário, com ele se relaciona diretamente, pois determina a sua eficácia imanente. Enquanto Kelsen parece crer que é a lei que gera a ordem, Schmitt crê que a lei de nada serve se não há ordem. Em Schmitt, a estabilidade e

a ordem são condições sociais, que independem da lei. Não há norma que se aplica ao caos. Toda norma jurídica pressupõe uma ordem social mínima com estabilidade (MACEDO JUNIOR, 2011, p. 97).

Nesse contexto, a insistência no modelo positivista provoca uma situação em que norma e realidade social não dialogam, provocando uma inaptidão sistêmica do direito em promover os seus objetivos de convívio pacífico e bem comum. A constatação de que o Estado liberal consubstancia condição de possibilidade do positivismo jurídico demonstra, para Schmitt, a incapacidade do modelo normativista de lidar com contingências e limitações circunstanciais de cunho econômico e político.

Nesse sentido, Schmitt ataca o principal argumento de Kelsen na defesa do positivismo jurídico: a universalidade da teoria pura do direito. Como dito anteriormente, Kelsen pretendeu elaborar um modelo jurídico apto a ser aplicável em quaisquer tipos de Estado e sociedade. Schmitt, por sua vez, afirma que o positivismo jurídico apenas é possível em um tipo muito específico de Estado e de sociedade. Uma vez superado o modelo de Estado oriundo da Revolução Francesa, também estaria superado o modelo jurídico que lhe dá sustentação formal. Sendo assim, segundo Schmitt, o positivismo jurídico, apesar de se intitular despido de valores morais, carrega na sua estrutura de pensamento valores muito definidos e que não necessariamente decorrem dos valores que a sociedade da época crê e incentiva (SCHMITT, 2011a, p. 149-154).

A partir de tais conclusões, Schmitt compara o pensamento normativista aos de tipo decisionista e de institucionalista. A grande distinção é que o normativismo reivindica para si “a justiça impessoal e objetiva, diante do arbítrio pessoal do decisionista e do pluralismo dos ordenamentos: feudal, estamental ou de qualquer natureza”. O normativismo exige, assim, que a lei, não as pessoas, dominem. Trata-se da regra “*nomos* enquanto rei” ou “*lex* enquanto *rex*”: “somente a lei, não a necessidade da respectiva situação que muda constantemente ou mesmo o arbítrio pessoal, pode ‘dominar’ ou ‘dar ordens’” (SCHMITT, 2011a, p. 136-137).

É relevante notar a importância que Schmitt atribui à mutabilidade da sociedade a partir de suas contingências e o papel do direito em se adequar a essa dinâmica. Para o autor, enquanto o positivismo pretendeu impor a observância incondicional do seu modelo em quaisquer situações, mesmo diante de contingências inevitáveis decorrentes do dinamismo social, o decisionismo dá a resposta às crises ao atender as necessidades circunstâncias do povo e do Estado. É dizer, enquanto no positivismo a realidade se adequa à norma, no decisionismo a norma se adequa à realidade.

A ênfase de Schmitt na falta de diálogo entre a norma jurídica e a realidade social nos leva a questionar a quem competiria identificar os valores de um povo e aplicá-los, por meio do direito, a um suporte fático específico, o que permitiria, segundo o autor, a aproximação entre norma e realidade. Outro questionamento que surge é a quem caberia a função criadora do direito em contextos de crise e de anormalidade. Por fim, cabe indagar quem seria competente para identificar o próprio contexto de crise e de anormalidade dentro da realidade social dada.

Nesse ponto, Schmitt critica os efeitos gerados pelo raciocínio do “*lex* enquanto *rex*” mencionado acima. Para ele, o pensamento normativista igualou o rei e o líder (*Führer*) aos

demais componentes do Estado. Quer dizer, a função exercida pelo líder não difere muito da função exercida por um juiz, deputado ou, até mesmo, de outros servidores públicos que atuam no âmbito do Poder Público. Num cenário assim, o “*lex* enquanto *rex*”, faz com que os “donos da *lex*” submetam o *rex*:

Para o normativista puro que sempre retrocede a uma norma enquanto fundamento do raciocínio jurídico, o rei, o líder (*Führer*), o juiz, o Estado tornam-se meras funções de normas, e a autoridade maior na hierarquia dessas instâncias é apenas a emanação da norma superior, até que finalmente a norma suprema ou de alicerce, a lei das leis, a “norma das normas”, na sua forma mais pura e intensa passa a ser nada mais do que a norma ou a lei. *In concreto não se atinge com isso nada mais do que jogar a norma ou a lei com intenção político-polêmica contra o rei ou líder (Führer)*; a lei destrói, com esse “governo da lei”, o ordenamento concreto do rei ou do líder; os donos da *lex* submetem o *rex*. (SCHMITT, 2011a, p. 138).

Schmitt atribui ao líder um papel diferenciado na organização do Estado. O modelo de Estado liberal-burguês estruturava-se, segundo o autor, na oposição entre Estado e sociedade. O modelo por ele concebido estrutura-se em três séries de ordenamentos: Estado, Movimento e Povo. Nessa nova estrutura, o Estado não detém mais o “monopólio do político, mas é apenas um órgão do líder-comandante [*Führer*] do movimento”. Conclui Schmitt que a unidade política estruturada pelo pensamento positivista não se mostra mais adequada, fazendo-se necessário agora “um pensamento do ordenamento concreto e da configuração concreta, que esteja à altura das numerosas tarefas da situação do Estado, do povo-etnia [*völkische Lage*], da economia e da visão de mundo, bem como das novas formas comunitárias.” (SCHMITT, 2011a, p. 176).

O direito dos ordenamentos concretos de Schmitt não se confunde com o institucionalismo clássico. Hauriou e Santi Romano inspiraram Schmitt e frequentes são as citações a ambos os autores na obra *Sobre os três tipos de pensamento jurídico*. Intérpretes de Schmitt verificam que houve uma oscilação entre o decisionismo e institucionalismo no pensamento schmittiano. Nos escritos de 1920, Schmitt adotava uma postura mais decisionista, provavelmente fruto da sua busca por unidade nacional no contexto da recente unificação alemã. Nos escritos de 1930, passa-se a verificar uma postura de caráter mais institucionalista, enfatizando o papel das instituições sociais na formação do direito, o que pode ter sido resultado das oscilações de Schmitt com o Nacional Socialismo (MACEDO JUNIOR, 2011, p. 29-31, 110-116).

No entanto, parece consensual que o “institucionalismo schmittiano” é um institucionalismo sincrético, ao relacionar-se com o decisionismo. Aqui entram outras duas grandes influências em Schmitt: Hobbes e Bodin. Essa inspiração é visualizada com mais frequência em *Teologia Política* (escrito nos anos 1920), mas também existem recorrentes citações em *Sobre os três tipos de pensamento jurídico* (escrito em 1930):

Um dos aspectos mais impressionantes do pensamento schmittiano é a sua incomparável oscilação entre dois polos à primeira vista inconciliáveis. Por um lado, se nos apresenta um Schmitt decionista radical, para quem a decisão

é produzida a partir do nada, i. e., ela é tomada *ex nihilo*, sem se ter em conta a situação concreta, a situação histórico-social existente. Por outro lado, há também um Carl Schmitt *ordnungsdenker*, filósofo do ordenamento concreto, dedicado à salvaguarda do sistema de instituições existente (MACEDO JUNIOR, 2011, p. 110).

O institucionalismo de Schmitt, traduzido na fórmula dos ordenamentos concretos, faz coexistir o decionismo do líder com os valores e instituições sociais, sem entender, porém, que essas últimas sirvam como limitações ao poder do líder. *Ao soberano cabe decidir na exceção* (SCHMITT, 2005, p. 5). A exceção, isto é, a anormalidade, rompe a situação média homogênea das normas. O soberano é responsável por identificar a situação de anormalidade e conduzi-la de volta à normalidade, para permitir que os ordenamentos concretos da sociedade se desenvolvam. Para Schmitt, assim como para Hobbes, *auctoritas, non veritas facit legem*. No entanto, em Schmitt, as instituições também são fontes da *auctoritas* (MACEDO JUNIOR, 2011, p. 99).

O líder (*Führer*) detém para si, portanto, o poder soberano de decidir sobre a exceção e a anormalidade. Ele o faz, contudo, tendo em vista a proteção nacional e os interesses do povo. Aqui cabe ressaltar que, apesar de Hobbes ser uma fonte de influência para o pensamento schmittiano, Schmitt não constrói sua teoria a partir de matizes jusnaturalistas ou contratualistas. O foco da investigação de Schmitt não é sobre a formação do Estado. A decisão soberana que funda a ordem jurídica ao decidir sobre a exceção é um fato sociológico em si (SCHMITT, 2005, p. 13).

O papel do *Führer* na nova configuração de Estado vislumbrada por Schmitt é perceptível no texto *O Führer protege o Direito*², em que o jurista analisa o discurso de Adolf Hitler no *Reichstag* em 13 de julho de 1934. Logo no início do texto, Schmitt retoma um outro discurso do *Führer*, proferido um ano antes, no qual foram abordados temas sobre Estado e Direito. Na oportunidade, o *Führer* tratou da oposição entre um direito substancial, unido à “eticidade e justiça”, e um direito formal, composto pela “legalidade vazia de uma neutralidade inautêntica”. A seguir, o *Führer* lembrou as contradições internas do sistema de Weimar e demonstrou como o forte Império Alemão desmoronou durante a então Primeira Guerra Mundial, pois, no instante decisivo, não teve força para “fazer uso dos seus artigos para o caso de guerra”. Ao final, Schmitt transcreve a seguinte frase de Hitler: “Isso nos deve servir de advertência” (SCHMITT, 2011b, p. 177).

A advertência a que o *Führer* se refere é, para Schmitt, um dos fundamentos da sua posição de liderança no Estado. A identificação do que seriam as necessidades do povo, a busca pela defesa da sociedade de inimigos externos e internos e a conexão entre o líder, o movimento e povo para o progresso dão forma ao ordenamento concreto que Schmitt entende como estruturante

2 Não se desconhece o viés panfletário *O Führer Protege o Direito*, cujo propósito central é mostrar aderência aos pilares do Nacional-Socialismo. A relação entre Schmitt e o Partido Nazista foi marcada por tensões. Grande polêmica paira sobre os referidos textos panfletários, havendo quem diga que não são representativos do real pensamento schmittiano. Em que pese *O Führer protege o Direito* se inserir, segundo muitos, nesse grupo de textos panfletários, entende-se que o texto expressa ideias centrais do pensamento de Schmitt, apesar das frequentes concessões a frases de efeito. Nessa linha, sem perder de vista essa característica contextual relevante, buscou-se extrair de *O Führer protege o Direito* as representações do pensamento schmittiano sobre o discurso de Hitler, objetivando, na medida do possível, garantir maior objetividade à análise (MACEDO JUNIOR, 2011, p. 21-31).

de um novo modelo de Estado, em que os poderes não se controlam “com desconfiança, como ocorre num Estado Liberal”, mas dialogam dentro do quadro de poder e ordem comandado pelo *Führer* (SCHMITT, 2011b, p. 180).

A autoridade do líder decorre da sua capacidade de percepção das advertências e experiências da história e do quão a sério o *Führer* leva essas advertências, com o propósito de corrigir os erros cometidos contra o povo pelos poderes instituídos até então. Ao levar as advertências da história alemã a sério, o *Führer* conquista para si a prerrogativa de fundar um novo Direito:

Toda a indignação ética diante da ignomínia de um tal colapso acumulou-se em Adolf Hitler e tornou-se nele a força propulsora de uma ação política. Todas as experiências e advertências da história do desastre alemão estão vivas nele. A maioria das pessoas teme a dureza dessas advertências e prefere se refugiar em uma superficialidade que evita o confronto e busca a conciliação [...] **Mas o *Führer* leva as advertências da história alemã a sério. Isso lhe dá o direito e a força para fundar um novo Estado e uma nova ordem** (SCHMITT, 2011b, p. 178, grifo nosso).

Aqui é relevante retomar a crítica schmittiana ao positivismo no que concerne à crença de que a lei garante a ordem. Acima mencionamos que Schmitt entende que o Estado de Direito não gera ordem, mas pressupõe a ordem para que a legalidade a ele inerente possa funcionar. Schmitt destacou também a inaptidão do Estado de Direito de lidar com crises e situações anormais. Segundo ele, o fracasso de certos povos, inclusive do alemão, decorre da falta de coesão e de força dos elementos do Estado em prol do progresso.

Atado pela legalidade estrita, o líder se vê no meio de um diagrama jurídico que opõe Estado e suas instituições, os Poderes e a sociedade. Nesse diagrama, o líder é apenas um dos elementos e, com frequência, ele é visto como inimigo da sociedade ao restringir liberdades e direitos. A par disso, a atuação do Estado é limitada pela judicatura, cuja função é proteger o cidadão contra o Estado, e pelo Parlamentarismo, sucumbido pelo “hamletismo político” e pelas disputas de grupos sociais pelo poder.

O *Führer* ocupa essa posição, pois é capaz de captar as necessidades do povo e as experiências da história. Tal circunstância forma o ordenamento concreto a que Schmitt se refere e é sobre esse ordenamento concreto, fundado na eticidade, justiça, que se deve construir o Direito, como síntese de um decisionismo voltado à consecução das instituições sociais³. O *Führer* tem a prerrogativa de criar o Direito, pois é seu papel garantir a ordem concreta dos valores sociais do povo. Nessa tarefa, ele “protege o direito do pior abuso”, criando-o sem intermediações, “por força de sua liderança e enquanto Juiz Supremo”. Para Schmitt, não há separação ou oposição entre judicatura e liderança: “o verdadeiro líder [*Führer*] é também juiz”. A judicatura emana

3 Não é objeto deste texto tratar do sincretismo schmittiano entre decisionismo e institucionalismo, pois um tal intento exigiria muito mais páginas do que o corte metodológico aqui adotado. Todavia, pela relação próxima com a aqui tratada, remetemos a outros autores que trataram do tema (MACEDO JUNIOR, 2011).

da liderança. Caso contrário, o juiz se transformaria em “contralíder” ou em instrumento do “contralíder”, agindo com o propósito de paralisar o Estado (SCHMITT, 2011b, p. 178-179).

Logo, ao criar o direito, o *Führer* não exerce uma função atípica, anormal ou excepcional. Tampouco cria normas meramente secundárias, submissas a leis superiores. A ideia segundo a qual em momentos de crise são conferidas maiores prerrogativas ao chefe do Executivo, sujeitas a referendo parlamentar, em um contexto de Estado de Sítio ou de Estado de Exceção, é característico das distorções provocadas pelo liberalismo burguês. No *Führerstaat*, por outro lado, o exercício da judicatura do líder não é excepcional: ela é a própria e autêntica judicatura, pois pautada no ordenamento concreto que cria o direito.

O *Führer*, portanto, “não está sujeito à justiça”, ele mesmo é a “justiça suprema”. O trabalho do líder não se compara à ação de um ditador republicano, que cria o direito num espaço vazio, no qual, por um instante, “a lei fecha os olhos”:

[...] A judicatura do *Führer* brota da mesma fonte de direito do qual brota também todo e qualquer direito de qualquer povo. Na **necessidade suprema**, o direito supremo prova o seu valor [*bewährt sich*] e manifesta-se o grau mais elevado da realização **judicantemente vingativa do direito**. Todo o direito tem a sua origem no direito do povo à vida. Toda a lei do Estado, toda sentença judicial contém apenas tanto direito quanto lhe aflue dessa fonte. O resto não é direito, mas um “tecido de normas positivas coercitivas”, do qual um criminoso hábil zomba (SCHMITT, 2011b, p. 179).

Inclusive, é necessário reconhecer que há considerável divergência em relação à emblemática primeira frase de Teologia Política. Edições em português e espanhol costumam traduzi-la como “soberano é aquele que decide sobre o estado de exceção” (SCHMITT, 2009a, p. 13). Contudo, paira forte polêmica acerca da expressão “estado de exceção”, pois aparenta estar relacionada a um modelo de estado de exceção (“estado de sítio”, por exemplo), o que, como visto acima, é objeto de crítica por Schmitt.

Por isso, a edição da Universidade de Chicago (SCHMITT, 2005) traduziu a frase inicial do livro como “*Sovereign is he who decides on the exception*”. A tradução é explicada em texto introdutório de Tracy Strong como sendo a que melhor representa o significado da frase, pois a ideia de um “estado de emergência” possui uma conotação mais jurídica e mais restrita do que “exceção”⁴. Ademais, para Schmitt, soberania não é apenas decidir no “Estado de exceção”, mas também decidir quando se caracteriza a situação de exceção⁵.

Em *O Führer protege o Direito*, Schmitt incita o reexame, em todas as áreas do direito, de “métodos e raciocínios usados até agora”, inclusive de opiniões doutrinárias e, até mesmo, de decisões prévias dos tribunais superiores, haja vista que o Estado alemão não deve mais se ater a

4 Tradução minha, no original: “*The idea of a “state of emergency, however, has more of a legal connotation, and is more confined than “exception”*”.

5 Tradução minha, no original: “*Schmitt is saying that it is the essence of sovereignty both to decide what is an exception and to make decisions appropriate to that exception, indeed that one without the other makes no sense at all*”.

conceitos, argumentos jurídicos e prejudgados produzidos por uma “era velha e doente”. Segundo Schmitt, é necessário fundar uma nova ordem jurídica no *Führerstaat*, a partir do ordenamento concreto proveniente do povo e cujo resguardo cabe ao líder (SCHMITT, 2011b, p. 179). Destaca-se que, em outra oportunidade, o autor também se refere a essa necessidade de fundar uma nova ordem jurídica: em sua defesa das cláusulas gerais nas últimas páginas de *Sobre os Três Tipos de Pensamento Jurídico*. É sobre o conteúdo dessas últimas páginas que trataremos a seguir.

3 A DEFESA DAS CLÁUSULAS GERAIS EM SCHMITT: O ELO DE UNIÃO ENTRE A FORÇA DO JURÍDICO E O CONTEÚDO MORAL DO POLÍTICO

O principal objetivo metodológico de *Sobre os Três Tipos de Pensamento Jurídico* é criticar o positivismo formalista, fundado na prevalência da norma e despido de conteúdos éticos mínimos. Como já dito, crítica schmittiana comporta, em resumo, dois elementos principais: I) o descolamento entre direito e realidade social, decorrente do formalismo e da segregação, a seu ver artificial, entre o político e o jurídico; e II) a incapacidade do positivismo de lidar com crises ou situações de anormalidade, que escapem dos princípios do modelo liberal-burguês de Estado. Para fazer frente a esses efeitos considerados deletérios, faz-se necessário fundar uma ordem jurídica adaptável às diferentes necessidades sociais em cada época: um direito dos ordenamentos e das configurações concretas.

Nas últimas páginas do texto, Schmitt afirma ser possível reconhecer nitidamente que o tempo do positivismo está encerrado. Para demonstrar sua afirmação, o autor recorre a uma constatação de legística: o avanço da utilização de cláusulas gerais nos textos normativos. Segundo Schmitt, tais cláusulas “avançam em um volume que suspende toda e qualquer segurança positivista”, pois “contêm uma desistência do fundamento do positivismo, a saber, uma desistência da decisão legisladora contida na própria normatização [...]” (SCHMITT, 2011a, p. 170).

O autor define as cláusulas gerais como “conceitos indeterminados de toda e qualquer espécie” e “remissões a critérios de aferição e representações extralegais [...]”. Da leitura do conceito, verificam-se duas características principais atribuídas por Schmitt às cláusulas gerais: I) a vagueza e imprecisão conceituais; e II) a possibilidade de introdução no direito de padrões morais. É certo que ambas as características se relacionam, uma vez que a introdução dos parâmetros morais é viabilizada pela utilização de uma linguagem de textura aberta, por meio da qual os ordenamentos e configurações concretas (sobre os quais Schmitt pretende fundar o novo direito) conseguem obter a potência do jurídico. Dentre as diversas cláusulas gerais citadas por Schmitt em seu texto, estão bons costumes, boa-fé, justa causa, exigibilidade ou não exigibilidade (da conduta), infidelidade, traição contra o povo e a economia nacional, princípio da liderança, obediência, disciplina e honra (SCHMITT, 2011a, p. 170-171, 174).

No âmbito de um direito de cunho essencialmente positivista, a vagueza e imprecisão conceituais e a introdução de conceitos com forte carga axiológica, sem a sua adequada delimitação, são vistas como fonte de insegurança jurídica. Além disso, como destacado acima, o positivismo

kelseniano rejeita entender que os valores integram o objeto da ciência jurídica, em que pese exercerem influência determinante na configuração do direito no momento pré-normativo. Nesse contexto, as cláusulas gerais provocam uma indevida confusão o pré e o pós-normativo, de modo que a própria noção do direito como ciência (tão cara a Kelsen) tem sua justificação praticamente inviabilizada.

Schmitt cita H. Lange, que teria reconhecido, nas cláusulas gerais, o veículo de introdução do direito natural no positivismo⁶. Segundo ele, as cláusulas gerais são pontos de irrupção de novas ideias de direito. O autor usa a metáfora dos “ovos de cuco”. Um ovo de cuco é um corpo estranho colocado por outrem para ser cuidado. A origem da expressão estaria no hábito do pássaro cuco de colocar seus ovos nos ninhos de outras aves, para deixá-los chocar por elas:

No momento em que conceitos como “boa-fé”, “bons costumes”, etc. não são referidos à sociedade contratualista burguesa, caracterizada pelo individualismo, mas aos interesses da totalidade do povo [Volksganze], todo o direito se transforma efetivamente, sem que se faça necessário alterar uma única lei “positiva”. Por isso, sou de opinião que nessas cláusulas gerais um novo modo de pensamento jurídico se pode afirmar. Mas elas não devem então ser usadas como mero corretivo do positivismo até agora existente, mas como meios específicos de um novo tipo de pensamento na ciência do direito (SCHMITT, 2011a, p. 170, grifo nosso).

Um ponto relevante abordado por Schmitt em relação às cláusulas gerais é a sua percepção de que nem a legislação e nem a jurisprudência podem prescindir delas. Para Schmitt, essa constatação serve de prova de que o positivismo vinha sendo superado em um movimento irreversível. De fato, a principal crítica schmittiana ao positivismo era seu descolamento com a realidade social e a sua incapacidade de lidar com crises e contingências. Ao se adotar uma linguagem aberta para os textos normativos, cujo conteúdo pode ser preenchido por ordenamentos e configurações concretas, permite-se, por meio da interpretação do direito, a alteração substancial do seu comando. A possibilidade de modificar o direito através de hermenêutica, sem a necessidade de se recorrer a um procedimento legislativo formal, é uma característica que torna viável a adaptabilidade social da norma.

Percebe-se aqui também a influência do institucionalismo em Schmitt. Macedo Jr., ao tratar do viés institucionalista “à la Schmitt”, aborda a teoria de Hauriou sobre imprevisibilidade nos contratos administrativos e o conceito de serviço público. As instituições sociais estariam subjacentes e pressupostas às normas jurídicas como um padrão de razoabilidade, decorrente dos valores objetivamente consensuais da sociedade. Em Schmitt, algo parecido ocorre. As cláusulas gerais viabilizam a introdução desses valores institucionais no direito. No entanto, com Schmitt, a utilidade desse mecanismo não se refere apenas à repartição de poderes dentro da sociedade, como limitador da soberania (o que poderia ser verificado nos principais trabalhos de Hauriou, antes da remodelagem posterior de sua teoria), mas como instrumentos garantidores da decisão do

⁶ Convém retomar aqui o que já dissemos acima: apesar da citação ao jusnaturalismo, Schmitt não era adepto dessa corrente de pensamento.

soberano na exceção, com o propósito de restaurar a normalidade (MACEDO JUNIOR, 2011, p. 67-74).

Logo após a defesa mais genérica das cláusulas gerais, Schmitt adentra na análise da utilização desse método de redação normativa nos principais campos do direito. Em primeiro lugar, o autor faz uma breve referência ao Direito Civil, apenas para destacar que é nesse ramo que a utilização de cláusulas gerais se encontra em estágio mais avançado. Contudo, destaca que tais cláusulas podem ser utilizadas não apenas em matérias com conteúdo eminentemente privatista, a exemplo do direito das obrigações ou das coisas, mas também ao direito de família (SCHMITT, 2011a, p. 171).

Em seguida, Schmitt defende a possibilidade de se valer das cláusulas gerais em “duas áreas nucleares do pensamento do Estado Liberal de Direito”: o Direito Penal e o Direito Tributário. Seu propósito é demonstrar, a partir do avanço das cláusulas gerais nesses dois ramos, o quão significativo é o “processo de dissolução do positivismo”. Ao utilizar cláusulas gerais no Direito Penal, dissolve-se o método de conceituação fixa do tipo penal, que procede pela descrição do suporte fático e relaciona a conduta a esse suporte (SCHMITT, p. 171-173).

Schmitt cita o projeto de Código Penal Nacional-Socialista, redigido em 1933, no qual o texto não se inicia com uma parte geral que sistematize e conceitue os principais institutos balizadores da aplicação do Direito Penal. Nesse texto, inicia-se diretamente com a tipificação dos atos individuais passíveis de punição, os quais se encontram permeados por conceitos indeterminados (“cláusulas gerais”), tais como “infidelidade, traição contra o povo e contra a economia nacional”:

Aquí a normatização penalista não se inicia com uma Parte Geral, mas com atos individuais passíveis de punição. Hoje a separação de conceitos “genéricos”, como culpa, cumplicidade e tentativa de crime concreto, e. g., alta traição, furto ou incêndio, não se nos afigura mais como clarificação conceitual ou garantia de maior segurança e precisão jurídicas, mas sim, como uma abstração artificial e contrária ao sentido que separa à força os nexos naturais e efetivamente existentes da vida (SCHMITT, 2011a, p. 171-172).

No parágrafo seguinte, Schmitt trata do Direito Tributário, por ele descrito como “uma espécie de santuário do positivismo do Estado Liberal do Direito”. De início, Schmitt relaciona características semelhantes entre o Direito Penal e o Direito Tributário, dando enfoque à teoria da conformidade ao suporte fático, comum a ambas as áreas jurídicas. Segundo o autor, o formalismo dessa teoria conduziu a um sistema de tributação despido de justiça e de nexos com a realidade da vida. Nesse ponto, compara mais uma vez o Direito Penal com o Direito Tributário: o mesmo formalismo positivista que transformou o Código Penal liberal em “Carta Magna do delinquente” também foi responsável por fazer a ciência do Direito Tributário se converter em “teoria da fraude fiscal” (SCHMITT, 2011a, p. 173).

O autor destaca que o Direito Tributário possui uma relação próxima com institutos

privados, oriundos do Direito Civil (a exemplo dos contratos e da propriedade). Tais institutos não podem ser compreendidos apenas como categorias jurídicas. Eles consubstanciam a realidade concreta de uma relação vital, ou seja, uma ocorrência econômica da vida, cuja realização configura uma força motora para a sociedade e o Estado⁷. Nessa linha, a tributação que se relaciona com tais negócios jurídicos não pode ignorar a justiça atrelada à realidade concreta dessa relação vital. Só por meio desse conteúdo ético é que o sistema de tributação poderá ser justo (SCHMITT, 2011a, p. 173).

Aqui cabe reforçar que a justiça de um sistema tributário também é um objetivo buscado pelo direito positivista liberal. Ocorre que, como já reiteradas vezes repetido neste artigo, a ponderação pela justiça ou injustiça do modelo de tributação (e das normas em geral) é algo para ser discutido em momento pré-normativo, quando as forças do político se mostram mais atuantes. O que Schmitt objetiva com a sua configuração de Direito Tributário é a “possibilidade de fazer diretamente justiça à realidade concreta de uma relação vital, para apreender uma ocorrência econômica de forma justa para fins tributários.” (SCHMITT, 2011a, p. 172-173).

O Direito Tributário deve, portanto, fazer justiça aos ordenamentos dados ou novos e crescentes da vida, o que implica negar o normativismo e o distanciamento da realidade da vida a que ele conduz:

Assim, por exemplo, a pergunta pelos descontos para pais de família e para famílias com determinado número de filhos, o reconhecimento de determinada espécie de custos de vida e despesas ou as questões referentes à tributação dos rendimentos de funcionários públicos e ao cálculo dos custos de publicidade afeta de saída, **em cada um dos seus pormenores, ordenamentos concretos da vida e instituições como matrimônio, a família, o estado civil e o Estado, e obrigam aqui a um posicionamento em termos de princípios** (SCHMITT, 2011a, p. 173, grifo nosso).

Assim como na análise do Direito Penal, aqui também Schmitt cita um normativo nacional-socialista. Segundo o autor, o Código Tributário do *Reich*, de 13 de dezembro de 1919, traz “enunciado inovador” (§ 4º) segundo o qual na interpretação das leis tributárias a sua finalidade, o seu significado econômico e o desenvolvimento das relações (sociais e econômicas) devem ser levados em consideração. Com tal dispositivo, desaparece qualquer segurança positivista, cuja “autarquia do conteúdo da lei determinado em si mesmo”, fica aqui, segundo Schmitt, “inteiramente desamparada” (SCHMITT, 2011a, p. 172).

Após, Schmitt aborda brevemente a utilização das cláusulas gerais no Direito Administrativo. O fato de a análise ser pouco extensa não significa que o autor entenda como pouco relevante. Em verdade, é possível perceber no pensamento schmittiano que não há uma clara separação entre os direitos administrativo e constitucional. A ideia de um direito administrativo moderno, que se regula por uma burocracia apartada da autoridade soberania, é objeto de crítica por Schmitt. A secularização do Estado produziu uma burocracia que despersonaliza a soberania

⁷ Percebe-se aqui, por exemplo, a influência do institucionalismo no direito dos ordenamentos concretos de Schmitt.

estatal: ao invés de concentrá-la na decisão do líder, ela se dispersa no âmbito de um Estado inflado por normas que regulam todos os aspectos da sua atuação (SCHMITT, 2005, p. 10).

No entanto, mesmo no âmbito de um direito administrativo liberal, conceitos indeterminados têm sido utilizados com frequência. O exemplo claro é o princípio de supremacia do interesse público. Com efeito, o conceito de interesse público não é pré-definido em toda e qualquer situação, mas está sujeito ao exercício de uma decisão discricionária que avalia sua conveniência e oportunidade. Claro é que não se trata necessariamente de uma decisão arbitrária. Há que se reconhecer, contudo, que a própria discricionariedade inerente ao princípio já denota a intenção de se produzir um princípio dotado de um conceito voluntariamente indeterminado.

Schmitt afirma que o “novo Direito Administrativo” trataram do princípio da liderança [*Führergrundsatz*] e com ele foram trazidos conceitos como fidelidade, obediência, disciplina e honra, os quais só podem ser compreendidos adequadamente a partir de ornamentos concretos, pois não derivam diretamente de norma alguma. Aqui, o autor retoma os elementos da unidade política por ele vislumbrada: Estado, Movimento e Povo. O pluralismo de ordenamentos concretos gerados pela comunhão desses três elementos demanda um “nexo inseparável de liderança, disciplina e honra, e superará, assim, um normativismo construído sobre o princípio até agora vigente da ‘divisão de poderes’” (SCHMITT, 2011a, p. 174)⁸. Ainda que se respeitem os ordenamentos concretos, é preciso que haja fidelidade a um líder único, sob pena de o pluralismo produzir o caos.

Por fim, Schmitt trata da área do pensamento jurídico que configura a expressão mais clara do tipo de direito que o autor defende: o Direito Trabalhista. Aqui, o autor critica a tentativa de introdução de conceitos civilistas ao recém concebido Direito do Trabalho. A própria ideia de trazer a figura civilista do “contrato” (“contrato de trabalho”) é mal vista por Schmitt, pois intrinsecamente relacionada aos ideais individualistas do Estado liberal-burguês. Essa tentativa de categorização do novo ramo do direito em institutos indica, segundo o autor, que a pretensão de totalidade e não contradição do positivismo jurídico conduz à má compreensão pelo direito e pelos juristas dos novos fenômenos e necessidades sociais (“ordenamentos concretos”):

[...] Mas a maioria dos juristas do séc. XIX, presa a um normativismo positivista, não pôde compreender o alcance (propriamente dito e a fecundidade dessa distinção entre “contrato” e “acordo” e tampouco teve condições de reconhecer o enfoque importante, contido em tal distinção, para uma superação do pensamento contratualista de matriz liberal-individualista. Depois da Guerra Mundial, repetiu-se no Direito Trabalhista mais uma vez uma tentativa similarmente malsucedida, quando se tratou de retirar os contratos coletivos de trabalho entre patões e empregados da esfera do pensamento contratualista do Direito Civil e construir, à diferença do contrato, um “acordo” (SCHMITT, 2011a, p. 163).

O Direito Trabalhista é visto por Schmitt como uma proposta que supera ideias privatistas

⁸ Aqui é possível verificar que, apesar das concessões ao institucionalismo nos escritos dos anos 1930, a matriz decionista em Schmitt permanece forte.

com o conceito de “acordo”, ao menos no que concerne aos chamados “contratos coletivos de trabalho”, isto é, firmado pelo patrão com a coletividade dos empregados. O autor defende que a criação desse novo ramo do direito demonstra que o ordenamento concreto da sociedade da época caminhava para a superação do modelo liberal-normativista do direito e da economia (SCHMITT, 2011a, p. 174-175)⁹.

Mais uma vez, Schmitt cita legislações do *Reich* para ilustrar sua argumentação. Aqui é evocada a Lei para o Ordenamento do Trabalho Nacional, de 20 de janeiro de 1934. Referida lei “intencionalmente não fala mais de empregado e empregador” e sequer trata-os como tal. Empregados, funcionários administrativos e trabalhadores são “líderes e seguidores em uma empresa que trabalham conjunto para fomentar as finalidades da empresa em benefício comum do povo e do Estado”. No lugar de contrato coletivo de trabalho, fala-se em “ordenamento salarial”, estabelecido conjuntamente pelos interessados, almejando os objetivos de bem comum citados acima (SCHMITT, 2011a, p. 174).

Schmitt defende que o Direito do Trabalho tem caráter público e justifica a criação do Tribunal de Honra de Causas Sociais [*soziale Ehrengerichtbarkeit*], pois a seu ver trata-se de uma aplicação coerente da ideia de ordenamento. O Tribunal, ao aplicar o ordenamento concreto dos líderes e seguidores (empregadores e empregados) permite que conceitos como fidelidade, obediência, disciplina e honra não sejam mais compreendidas como funções de regras e normatizações abstratas, mas como “elementos essenciais de uma nova comunidade do ordenamento concreto e da configuração concreta da vida nessa comunidade.” (SCHMITT, 2011a, p. 175). Nesse sentido, a crítica ao formalismo positivista recairia sobre sua inaptidão de compreender os fenômenos sociais irruptivos, na medida em que o positivismo só seria capaz de absorver o elemento sociológico após sua consolidação em normas jurídicas válidas.

A partir do exposto, pode-se compreender adequadamente função cumprida pelas cláusulas gerais no modelo de direito concebido por Schmitt. Ao atribuir o papel criador do direito aos ordenamentos concretos por meio do *Führer*, cuja autoridade lhe permite decidir sobre o excepcional (quando é verificado e como deve ser decidido nesses casos), faz-se necessário garantir instrumentos que permitam a atuação do líder nos momentos de necessidade e de contingências sociais. Nesses momentos, a sociedade demanda ação concreta e é dever do *Führer* “levar as advertências da História a sério”, impedindo o sofrimento do povo em face de inimigos internos e externos. Na busca pelo alcance da paz social e na observância dos ordenamentos concretos da sociedade, com seus valores e tradições, o *Führer* cria o “bom direito” sem limitações ou judicaturas posteriores.

Se a finalidade pretendida pela atuação do líder é boa para o povo, a norma por ele criada também o será. Daí a necessidade de que o *Führer* crie o direito sem intermediações. Essa é a mensagem que Schmitt nos deixa em *O Führer protege o Direito*, a despeito do caráter panfletário do texto. É relevante aqui retomar a simbólica frase de Hitler: o império alemão ruiu, pois, no

⁹ A figura do contrato coletivo de trabalho aponta para um princípio de solidarização dos riscos, aparentemente coerente com a matriz institucionalista de Hauriou, incorporada ao pensamento schmittiano nos anos 1930.

momento de necessidade, não “teve força para fazer uso dos seus artigos para os casos de guerra.” (SCHMITT, 2011b, p. 177).

Ocorre que, se os artigos a que ele se refere são escritos a partir de uma linguagem mais imprecisa, carregada de valores, cujo preenchimento dependerá da análise de ordenamentos concretos, a atuação do líder nos casos em que a força se mostra necessária estará sempre dentro do próprio direito. Perde-se a distinção entre o político e o jurídico, sempre tão criticada pelo autor (SCHMITT, 2005, p. 13). Perde-se também a distinção entre a criação e a aplicação do direito, que afasta o *Führer* do seu povo. Perde-se, até mesmo, a distinção entre Ser e Dever-Ser sobre o qual Kelsen funda toda sua teoria, pois os valores e as instituições são apreendidas como Ser (aquilo que é na sociedade) e, ao mesmo tempo, funcionam como Dever-Ser (medida de comportamento social) (MACEDO JUNIOR, 2011, p. 88).

Foi dito anteriormente que Schmitt vislumbrava nas cláusulas gerais a possibilidade de se fundar um modelo de direito completamente distinto do positivismo da época. A partir dos exemplos citados acima, é possível concluir qual a função as cláusulas gerais cumpririam nesse novo modelo de direito. Os valores instrumentalizados pela linguagem jurídica abstrata seriam preenchidos pelo ordenamento concreto da sociedade, identificados pelo líder como necessários para o progresso e o bem comum. Com isso, seria possível transformar totalmente o direito, “sem que se faça necessário alterar uma única lei ‘positiva’” (SCHMITT, 2011a, p. 171).

A desnecessidade de alteração legislativa permite que o *Führer* crie o direito sem intermediações. As cláusulas gerais tornam quase insignificantes outras estruturas do Estado. Ainda que continuem existindo, elas perdem a função de freio e contrapeso e passam a funcionar como órgãos do líder. O *Führer* pode alterar o direito quando a História mostrar necessário. As cláusulas gerais ao comportarem em si comandos múltiplos aplicáveis à ordem e à desordem, à guerra e à paz, à crise e à prosperidade, permitem, assim, que o líder essa o ponto alto de sua soberania: decidir sobre a exceção.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve por objeto analisar a defesa das cláusulas gerais no texto *Sobre os três tipos de pensamento jurídico* de Carl Schmitt, que tem como pano de fundo a polêmica com Hans Kelsen sobre a configuração do modelo ideal de direito. O texto se justifica academicamente, na medida em que objetiva lançar novos olhares à utilização das cláusulas gerais no direito contemporâneo, em especial no direito brasileiro, a partir do resgate de suas características históricas.

Schmitt critica o positivismo kelseniano, por acreditar que o excessivo formalismo conduziu ao descolamento entre direito e realidade da vida, tornando o *jurídico* impotente diante de crises, anormalidades e contingências. Schmitt atacou um dos principais pilares da teoria pura kelseniana, a universalidade, e o fez vinculando-a a um modelo de Estado e sociedade muito específicos (o modelo liberal burguês).

A estrutura rígida do positivismo necessitava, segundo Schmitt, ser revista, para dar lugar a um direito dos ordenamentos e situações concretas, capaz de fazer frente às crises e contingências. O direito deveria estar preparado, assim, tanto para a normalidade, em que a norma positiva pode ser utilizada como fundamento de segurança jurídica, quanto para a anormalidade, em que a positividade da norma deveria ser suspensa em prol da defesa da sociedade. No entanto, o autor sempre reitera a percepção de que a norma positiva não gera a estabilidade social: a estabilidade é que funciona como condição de possibilidade de norma.

A introdução das cláusulas gerais na estrutura de redação jurídica permite, segundo Schmitt, maior adaptabilidade do direito às necessidades sociais, por meio da criação do direito sem intermediações entre o líder e o povo. Esse direito suspenderá a segurança e a validade do direito positivo até quando a excepcionalidade que lhe deu causa for suplantada. A percepção de quando se caracteriza um estado de necessidade e a indicação do que deve ser realizado para superá-lo é a característica imanente da soberania.

A importância atribuída por Schmitt às cláusulas gerais e a defesa de sua utilização em textos legais do nacional-socialismo pode colocar em dúvida a função emancipatória que hoje se atribui a elas. Assim como atualmente se busca pelas cláusulas gerais introduzir valores éticos ao direito, também Schmitt pretendeu algo semelhante. O valor que será preenchido na interpretação das cláusulas gerais pode até ser distinto, mas recurso utilizado para tanto não o é. Ao permitir que todo o direito se reinvente sem a alteração de uma única linha de texto de lei, as cláusulas gerais se tornam suscetíveis ao risco de manipulação semântica dos seus conceitos.

REFERÊNCIAS

- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. Tradução de João Baptista Machado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a fundamentação do direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- SCHMITT, Carl. **Political theology: four chapters on the concept of sovereignty**. Tradução de Tracy B. Strong. University of Chicago Press, 2005.
- SCHMITT, Carl. **Teología política: cuatro capítulos sobre la doctrina de la soberanía**. Tradução de Jorge Navarro Pérez. Madrid: Editorial Trotta, Colección Estructuras y Procesos, Serie Derecho, 2009a.
- SCHMITT, Carl. **La tiranía de los valores**. Tradução de Sebastián Abad. Buenos Aires: Hydra, 2009b.
- SCHMITT, Carl. **Sobre os três tipos de pensamento jurídico**. Tradução de Peter Naumann.

Revisão de Ronaldo Porto Macedo Junior. *In*: MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a fundamentação do direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011a.

SCHMITT, Carl. O Führer protege o direito. Tradução de Peter Naumann. Revisão de Ronaldo Porto Macedo Junior. *In*: MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a fundamentação do direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011b.

Como citar: ESTEVES, Marcos Guilhen; KEMPFER, Marlene. O direito entre normalidade e exceção: O papel das cláusulas gerais em “Sobre os três tipos de pensamento jurídico”, de Carl Schmitt. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 16, n. 1, p. 10-31, abr. 2021. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2021v16n1p. 10. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 18/07/2020

Aprovado em: 05/03/2021