



Sandro Canedo

O DECISIONISMO DE CARL SCHMITT E SUA RELAÇÃO COM A DISCRICIONARIEDADE E A MEDIDA PROVISÓRIA

36

CARL SCHMITT'S DECISIONISM AND ITS CONNECTION WITH DISCRETION AND PROVISIONAL REMEDY

Frederico Silveira e Silva

RESUMO

Discorre sobre a teoria decisionista de Carl Schmitt, a qual contribui para o Direito Constitucional como perspectiva centrada na decisão soberana e na ausência da norma jurídica, que constituem os requisitos para sua configuração.

Apresenta, como oposta a essa teoria, a concepção positivista de Kelsen – que elege a norma fundamental como pressuposto último do ordenamento jurídico – e afirma que o poder constituinte originário é a expressão viva do decisionismo, pois desse poder deriva a Constituição, que atualmente supre o nada jurídico anterior.

Conclui, ao analisar o ordenamento jurídico brasileiro, que a discricionariedade e a medida provisória são incompatíveis com a teoria decisionista, por serem mecanismos adotados pelo Direito positivo, seguindo os contornos da norma jurídica.

PALAVRAS-CHAVE

Filosofia do Direito; decisionismo; Carl Schmitt; legitimidade; estado de exceção; medida provisória; discricionariedade.

ABSTRACT

The author discusses Carl Schmitt's decisionist theory, that has contributed to Constitutional Law from a standpoint focused both on sovereign decision and on absence of the legal rule, which are the necessary conditions for its shaping.

He presents, as opposed to this theory, Kelsen's positivism – according to which the existence of legal order is ultimately dependent on the basic norm – and he claims that the original constituent power is a vivid expression of decisionism, as it gave rise to Constitution, that nowadays fills a former juridical void.

By assessing the Brazilian legal order, he reaches the conclusion that discretion and provisional remedy are inconsistent with the decisionist theory because they are instruments used by positive law, pursuant to the outlines of the juridical norm.

KEYWORDS

Law Philosophy; decisionism; Carl Schmitt; validity; state of exception; provisional remedy; discretion.

1 INTRODUÇÃO

Carl Schmitt é – sem sobra de dúvidas – um dos maiores constitucionalistas que o mundo conheceu. Infelizmente, o estigma nazista impediu o conhecimento mais aprofundado de suas obras. Que não foram poucas!

Schmitt foi julgado e absolvido pelo Tribunal de Nuremberg. Era filiado ao partido nazista, do qual posteriormente fora expulso por ter amigos judeus e ser católico. Antônio Bento (2000, p. 1) afirma que, em Nuremberg, Schmitt respondeu ao inspetor russo que o interrogou: “Bebi do bacilo nacional-socialista, mas não estava infectado. Quanto chegou a vez do interrogador americano, explicou-lhe que sempre se sentira superior a Hitler e que procurara impor-lhe a sua interpretação do nacional-socialismo”. Tal superioridade encontrava-se na verdadeira formação nacional-socialista que tinha Schmitt. Para ele Hitler fora um oportunista ao aproveitar-se de sua teoria decisionista, interpretando-a de forma racista e anti-semita.

Lembra Ronaldo Macedo (1997, p. 129) que *há fortes motivos para crer que Schmitt não foi o grande teórico do direito nazista, apesar de ter sido o grande jurista alemão a aderir ao nazismo, o que lhe valeu o reconhecimento como o jurista emérito, Kronjurist do III Reich*, o que confirma a deturpação sofrida pela teoria decisionista ao ser utilizada como fundamento para o regime nazista de Hitler.

2 A TEORIA DECISIONISTA

Em sua obra *Teoria de la Constitución*, publicada em 1927, Schmitt ergue a teoria decisionista como fundamento de validade do sistema normativo. Para decifrar o caráter sócio-intervencionista¹ da Constituição de Weimar, a teoria decisionista procura entender o cunho político do mundo jurídico. Parte o doutrinador do sentido político, ou material, da Constituição, traçando uma importante distinção entre Constituição e leis constitucionais². A primeira – a Constituição – é o conjunto de normas jurídicas que são

a base do Estado as segundas – as leis constitucionais – são as normas jurídicas inseridas na Constituição que não tratam essencialmente da forma e do modo estatal. Nesse sentido, Raul Machado (1999, p. 104) escreve: *Infere-se da exposição de Carl Schmitt que as formas radicais de mudança constitucional acarretam a substituição, por destruição ou supressão da Constituição, das decisões políticas fundamentais (formas de Governo e de Estado, direitos fundamentais), enquanto as mudanças parciais se referem às leis constitucionais [...]*.

O decisionismo, que, *a priori*, pode deixar-se levar pela idéia pragmática do vocábulo, é complexo. Não reflete, assim, a pura decisão do executivo subordinando todas as outras esferas de poder ou – de forma mais simplista – a ditadura do executivo.

Enuncia Jorge Miranda (2002, p. 342) que Schmitt concebe *a Constituição como decisão política fundamental, válida só por força do acto do poder constituinte, e sendo a ordem jurídica essencialmente um sistema de actos preceptivos de vontade, um sistema de decisões*. No decisionismo, a Constituição é uma decisão política para salvaguardar a unidade de um povo. É imperioso salientar que essa teoria foi elaborada quando a Europa atravessava³ uma crise liberal e um pós-guerra.

O decisionismo, que, a priori, pode deixar-se levar pela idéia pragmática do vocábulo, é complexo. Não reflete, assim, a pura decisão do executivo subordinando todas as outras esferas de poder ou (...) a ditadura do executivo.

Na expressão intitulada como *slogan* do decisionismo: *soberano é quem decide sobre o Estado de exceção*, ululante é perflhar que a excepcionalidade é pressuposto de existência da decisão, e a qualidade de soberano é pressuposto de validade desta.

A decisão do soberano é exceção à regra, mesmo porque, para Schmitt – ao contrário do que muitos pensam – no

Estado democrático de Direito soberano é o povo – titular da decisão maior – que elege o poder constituinte⁴. É importante lembrar que o objetivo do poder constituinte originário é fundar uma nova ordem constitucional. J. J. Gomes Canotilho (1995, p. 58), nos ensina que [...] *poder constituinte no sentido de um poder originário pertencente à Nação, o único que, de forma autônoma é independente, poderia criar lei superior, isto é, a própria Constituição*. Este poder tem o condão de preencher o “nada jurídico”, o que Schmitt chamava de “estado de exceção”.

Historicamente, a Revolução Francesa foi o momento em que o poder constituinte foi estabelecido, num verdadeiro estado de natureza legal. Nestes termos, o poder constituinte foi exercido sem encontrar qualquer “limite jurídico”, seja interno ou externo.

Schmitt assevera que *a essência da Constituição não está contida em uma lei ou em uma norma. No fundo de toda norma reside uma decisão política do titular do poder constituinte, isto é, do Povo na Democracia e do Monarca na monarquia autêntica*. (MACEDO JR., 1997, p. 119, *apud* SCHMITT, 1982, p. 47). A última expressão “monarquia autêntica” aqui utilizada desvenda outro ponto do pensamento de Schmitt, pois haveria uma monarquia “não-autêntica”,

que seria o despotismo. Visitemos Montesquieu, para o quem o monarca respeita as leis vigentes e governa em um regime de divisão de poderes; já o déspota governa sem leis e em regime único. Cabe relembra que, para Aristóteles, o déspota e o monarca eram espécies do mesmo gênero.

Há de se estabelecer aqui, em síntese, a diferença entre déspota, tirano

e ditador. O déspota é o senhor de suas propriedades e de seus dependentes, único responsável pela criação normativa, e fundamenta seu governo no medo – incompatível, assim, com a vida pública. Já o tirano – “ator” da vida pública – é chamado para “salvar” seu povo de uma crise, podendo, para tanto, instituir leis, sobrepondo-as àqueles já existentes. Entretanto o ditador é o restaurador da ordem pública, tendo uma função bem determinada e provisória.

Tal distinção tem forte relevância, pois Schmitt afirmava ser o ditador uma figura importante nos momentos em que a sobrevivência do Estado estivesse ameaçada, seguindo o próprio conceito de ditador. Não mais que neste momento. Corroborando esse entendimento, Ronaldo Macedo (1997, p. 129) afirma que foi isso o que marcou sua proximidade com o pensamento nazista.

Para Hobbes o Estado foi formado pelo contrato social, logo, a Constituição não seria um requisito prévio para a existência do Estado. Entretanto, Schmitt escreve que a Nação preexiste, pois esta é formada pela unidade política.

Na lógica decisionista, o mais importante não é a simples decisão, mas sim a decisão soberana, pois somente esta funda a norma jurídica, preenchendo, assim, o “nada jurídico”. Ronaldo Macedo (1997, p. 120) analisa a lógica decisionista, e conclui: *Deste modo, a estrutura lógica do decisionismo adquire os seus traços mais claros em Hobbes, pois o decisionismo puro pressupõe uma ‘desordem’ que vem mudada em ‘ordem’ somente pelo fato de que é tomada uma decisão.* Dessa forma, a decisão é base para a elaboração do ordenamento jurídico, no qual a “ordem legal” – mais precisamente a decisão – antecede a própria norma jurídica, opondo-se aqui à teoria pura do direito de Kelsen.

Schmitt compartilha⁵ com Hobbes o pensamento de ser função do soberano estabelecer a paz, a segurança e principalmente a unidade do Estado. Expoente do contratualismo, Hobbes afirma que o povo, por intermédio do contrato social, cria o Estado. Assim, para Hobbes, a “exceção” é anterior à criação do Estado. Já Schmitt avalia que a “exceção” pode acontecer a qualquer momento, apresentando como solução a decisão.

Errôneo é pensar que, contrariando Hobbes, Schmitt atribui unicamente ao monarca a decisão. O soberano é o sujeito ativo da decisão, seja ele o povo ou o monarca. Assim, simultaneamente o decisionismo assume caráter de teoria jurídica e política.

Para Hobbes o Estado foi formado pelo contrato social, logo, a Constituição não seria um requisito prévio para a existência do Estado. Entretanto, Schmitt escreve que a Nação preexiste, pois esta é formada pela unidade política. Nação, seguindo as lições de Darcy Azambuja (1999, p. 106), *é uma realidade, é uma sociedade de homens que têm a mesma origem e os mesmos ideais, mas, não é uma personalidade, não tem existência diferente da dos indivíduos.* A personalidade o difere a Nação do Estado. Assim, Schmitt afirma que a decisão é o mecanismo responsável pela criação da Constituição, nestes termos, do próprio Estado como pessoa jurídica.

A Constituição é o que confere personalidade jurídica ao Estado. José Horácio Meirelles Teixeira (1991, p. 53), ao escrever sobre os pensamentos de Carl Schmitt, afirma que, *indagado, inicialmente, por que valem as Constituições, isto é, qual seu fundamento, responde Schmitt: a Constituição vale porque deriva de uma vontade existente, uma vontade política, porque antes dela já existia uma comunidade política, uma Nação, consciente da sua unidade política. Essa unidade política é dotada de uma vontade de existir, e de existir de acordo determinada forma, para determinados fins, e a Constituição vale porque foi ordenada positivamente por essa vontade política preexistente, da unidade política que é a Nação.*

Com isso, Schmitt analisa, de modo lógico, a formação da Constituição, cujo pressuposto é a unidade política que exterioriza sua vontade de existir por intermédio da decisão. O conteúdo desse documento será, justamente, a forma e os fins que norteiam a vontade da unidade política.

3 A LEGITIMIDADE COMO FUNDAMENTO DE VALIDADE DA DECISÃO

A Constituição alemã de Weimar – 19 de agosto de 1919 – é um marco histórico no Direito, por enunciar novos institutos jurídicos em seu bojo e, principalmente, por sua parte principiológica e normativamente social. É certo que esta Carta surge como resposta à condição de um povo e país destroçados na Primeira Guerra Mundial (1914 – 1918).

A Constituição de Weimar enunciava em seu art. 48: *Se no Reich alemão houver alteração ou perigo grave da segurança e ordem pública, o presidente do Reich pode adotar as medidas necessárias para o restabelecimento da segurança e ordem públicas, intervindo, em caso de necessidade, com o auxílio das forças armadas. Para este propósito, pode suspender temporariamente, total ou parcialmente, os direitos fundamentais estabelecidos nos arts. 114, 115, 117, 118, 123, 124 e 153.*

Tal preceito confere ao presidente do Reich legitimidade para, em caso de exceção, adotar medidas para garantia da existência do próprio Estado. A inteligência do referido artigo, como de todo texto legal, deve ser feita de acordo com seu tempo. Latente é o “medo” que teve o legislador da aniquilação do Estado alemão, visto que, ao perder a guerra, a Alemanha teve de aceitar uma série de limitações, entre elas a de ordem territorial e de defesa.

É extremamente claro que as atrocidades cometidas por Hitler são injustificáveis. O próprio Carl Schmitt (1997, p. 110) afirma que *Hitler conseguiu mesmo converter a estreita porta da legalidade em um arco do triunfo da sua entrada em Potsdam e Weimar.* Sob o ponto de vista estritamente normativo, ocorrendo as hipóteses do enunciado, nada impedia – ou vedava – que o presidente do Reich fizesse valer tal preceito normativo. Obviamente, não nos termos adotados por Hitler, como corrobora Schmitt.

Analisando o referido art. 48, Carl Schmitt (1997, p. 102) afirma: *Em meu trabalho de 1932, Legalität und Legitimität, tentei interpretar a Constituição de Weimar em termos das problemáticas relações entre Constituição, lei normal e lei modificadora da Constituição. Na caótica situação do outono e inverno de 1932, considerava anticonstitucional que um na-*

cional-socialista ou um comunista fosse nomeado chanceler do Reich e que lhe fossem entregues os prêmios políticos pela posse legal do poder, como, por exemplo, os poderes do art. 48.

Abstraindo o fundamento político para nomeação de Hitler como presidente do Reich, o problema aqui não está no preceito, está em extrair significação do que seja *alteração ou perigo grave da segurança e ordem pública* e, se ainda não bastasse, perceber quais são as *medidas necessárias para o restabelecimento da segurança e ordem públicas*. Este é um problema corriqueiro entre os intérpretes do Direito. A interpretação que se extrai do enunciado prescritivo deve ser minuciosamente analisada.

A “exceção” configura um signo, pressuposto do decisionismo, critério que a Constituição de Weimar trazia prescrito em seu art. 48. Contudo, em sua teoria, Carl Schmitt não concede à norma jurídica o poder de conferir ao governante a “decisão pura”. Verdade é que nesta teoria a norma surge da decisão, e não esta daquela.

Já foi enunciado que a faculdade de utilizar o permissivo constitucional do art. 48 pertencia ao presidente do Reich, o que vicia o uso da concepção decisionista. Seguindo a bases dessa teoria, pode-se afirmar que a decisão não necessitaria de um permissivo legal.

Lembra Ronaldo Macedo (1997, p. 133) que, ao estudar o controle da decadência do Estado moderno, Schmitt desenvolveu uma *acurada análise do artigo 48 da Constituição alemã, com o objetivo de combater a crise que então se instaurava. Schmitt interpretou o papel do presidente nas situações de crise como sendo o de ditador comissário*. Constata-se, assim, que as bases do supracitado artigo não se fundamentam na teoria decisionista.

Oportuno, aqui, é diferenciar o ditador comissário do ditador soberano. O primeiro – o ditador comissário – é chamado para resolver uma crise, e ao executar sua tarefa cessa seu dever, devendo então ser instaurada a ordem anterior. Nesse sentido pode-se inferir que o signo “temporariamente”, expressamente previsto no art. 48 da Constituição de Weimar, indicaria a atuação de um ditador comissário. Já o ditador soberano

é aquele que cria as condições para a instauração de uma nova Constituição. Legitimidade esta que lhe fora conferida pelo verdadeiro soberano, o povo.

Então, qual seria o significado da expressão “ditador soberano”? Deve-se atentar para o sentido do vocábulo “soberano” – ele expressa uma qualidade. O signo “soberano” é a expressão fenomênica de uma pessoa ou grupo. Dessa forma, soberano é o monarca, na monarquia, e o povo, na democracia. Assim, o decisionismo é compatível com a figura do ditador soberano, o que não se pode afirmar quanto ao ditador comissário.

A legitimidade da Constituição encontra-se no decisionismo, e não este naquela. Por tal motivo, somente o povo, na democracia, e o monarca, na monarquia, são soberanos. O que legitima o povo para tomar a decisão não é uma norma jurídica, pois sequer há norma neste momento. Difere, assim, substancialmente do momento por que passava a Alemanha no período nazista, em que a Constituição de Weimar tinha plena vigência. Daí a afirmativa de que, durante a vigência da Constituição de Weimar, não houve a aplicabilidade da teoria decisionista, como inicialmente elaborada.

A Constituição alemã de Weimar – 19 de agosto de 1919 – é um marco histórico no Direito, por enunciar novos institutos jurídicos em seu bojo e, principalmente, por sua parte principiológica e normativamente social.

O problema da legitimidade da norma jurídica tem como seu precipuo instrumento a ideologia, que fundamenta o direito em determinado território. Nesse sentido, Tércio Feraz Sampaio (2003, p. 162) afirma: *Por último, a questão da legitimidade surge diante do caráter ideológico da própria calibração jurídica. O problema, no contexto programático em que examinamos a norma jurídica, refere-se não ao modo como o sistema normativo estabelece a sua imperatividade, mas à justificação do próprio modo como isto é feito.*

A legitimidade no decisionismo funda-se na figura do soberano. Por sua vez, a imposição da decisão está intrínseca em si mesma. Deve-se considerar que, na concepção decisionista, a justificativa da legitimidade está diretamente vinculada à excepcionalidade. A figura do sobe-

rano e a excepcionalidade são verdadeiros pressupostos da decisão.

Já foi assinalado que o permissivo normativo desconfigura a concepção decisionista, pois a legitimidade conferida por norma não é fundamento da teoria constitucional de Schmitt. Tércio Feraz (2003, p. 163), ao analisar a teoria decisionista, afirma que *as próprias normas, concebidas como decisões, só podem ser fundadas em outras decisões, havendo sempre uma decisão última que estabelece inapelavelmente a legitimidade da série*. Assim, a legitimidade da decisão está no “soberano”.

4 A CONCEPÇÃO DECISIONISTA VERSUS A CONCEPÇÃO POSITIVISTA

Seguindo os ensinamentos de Kelsen, o ordenamento jurídico organiza-se de forma piramidal, em que o fundamento de validade de determinada norma jurídica se encontra em outra norma jurídica, chegando-se, por fim, à norma hipotética fundamental. Com propriedade, Tércio Ferraz Sampaio (2003, p. 129) observa que *as explicações de Kelsen pecam por obscuras. Mas mostram, de qualquer modo, que o caminho positivista nos conduz a um momento de*

‘irracionalidade’ (no sentido amplo da palavra) no sentido de fazer a imperatividade das normas repousar não num ‘conhecimento’ (Erkenntnis), nem num ‘reconhecimento’ (Anerkennung), mas num ato de crença (Bekanntnis).

Com a Teoria Pura do Direito, Kelsen faz um corte epistemológico restringindo, assim, o objeto da Ciência do Direito à norma jurídica. José Horácio Meirelles Teixeira (1991, p. 47) explica que *apenas à guisa de rápido esclarecimento, diremos que, para manter-se fiel à sua posição de normativista pura, Kelsen não pode admitir, como fundamento da Constituição, algo de real, isto é, qualquer dado ou elemento sociológico, político ou filosófico, tais, por exemplo, como a vontade do povo, o Direito Natural, ou o Bem comum, etc. Ao contrário, o ponto de vista de Kelsen, de que o*

Direito é norma pura, “dever ser” puro, obriga-o a procurar um fundamento também normativo para a Constituição.

Ao elaborar a teoria decisionista, Schmitt opõe-se à teoria kelseniana ao afirmar que é a decisão que faz nascer o ordenamento jurídico. Segundo Ronaldo Macedo (1997, p. 120), Schmitt afirma que *é somente a decisão que funda tanto norma quanto ordenamento. A decisão soberana é o princípio absoluto. E o princípio (no sentido de arché) não é outra coisa senão decisão soberana. A decisão nasce de um nada normativo e de uma desordem concreta.*

A legitimidade da Constituição encontra-se no decisionismo, e não este naquela. Por tal motivo, somente o povo, na democracia, e o monarca, na monarquia, são soberanos.

Como já enunciado, Kelsen concebe a norma hipotética fundamental para embasar todo sistema normativo, ou seja, o fundamento último das normas jurídicas seria outra norma, esta última de natureza metafísica. A norma hipotética fundamental é um pressuposto lógico de imposição das normas constitucionais. Era a tentativa de estabelecer uma Ciência do Direito livre da política e da moral, ao afirmar que a Ciência do Direito limitava-se ao estudo da norma. Kelsen formulou uma análise sistemática e piramidal das normas estruturadas sob a lógica deontológica do “dever-ser”. Em sua obra *Teoria Pura do Direito*, Kelsen (1939, p. 60) afirma que *uma pluralidade de normas constitui uma unidade, um sistema, uma ordem, se a sua validade puder ser referida a uma norma única como último fundamento dessa validade. Essa norma fundamental constitui, como última fonte, a unidade da pluralidade de todas as normas que constituem uma norma. E se uma norma pertence a uma determinada ordem, é porque a sua validade pode ser referida à norma fundamental dessa ordem. Conforme a espécie de norma fundamental, isto é, conforme a natureza do princípio de validade, podemos distinguir duas espécies de ordem.*

Para Kelsen, todo comando prescritivo teria um fim em si mesmo e, para o cumprimento desse comando, toda norma seria composta com uma sanção. Em termos gerais, para Kelsen não existiria norma sem sanção, exceto a norma hipotética fundamental, que seria um mandamento não-sancionador, e sim fundante. Segundo Kelsen, somente partindo desse suposto – a norma hipotética fundamental – poder-se-ia afirmar a completude do sistema. Lembra Tércio Ferraz (2003, p. 128) que, *numa forma abreviada, Kelsen formula sua norma fundamental, dizendo que ela ordena que nos comportemos conforme a Constituição. A norma fundamental, como sabemos, não tem para Kelsen caráter ético-político, mas cognitivo, isto é, ela é condição de possibilidade do conhecimento jurídico. Já isto bastaria para impugnar a solução kelseniana, pois uma proposição cognitiva pode formular conexões (entre as normas), às quais se atribua obrigatoriedade, ou mesmo indicar quais as normas que são de fato, obrigatórias, mas não pode fundar a obrigatoriedade.*

Em sua teoria decisionista, Schmitt vai além da normatividade do Direito. Ele tenta estabelecer uma lógica para a situação excepcional, percurso que o Direito – na concepção kelseniana

– não deveria fazer. Seria a análise um espaço além ou aquém do Direito, cuja lacuna seria preenchida pela política. Conclui-se, assim, pela impossibilidade de a norma jurídica ser um pressuposto absoluto, prevendo todas as possíveis reações frente a um evento.

As críticas de Carl Schmitt são direcionadas à formalização metajurídica da norma hipotética fundamental da teoria kelseniana. Entretanto, a respeito da construção lógica escalonada das normas jurídicas, Schmitt não tece nenhuma crítica.

5 A DISCRICIONARIEDADE, A MEDIDA PROVISÓRIA E O DECISIONISMO

Inicialmente a teoria constitucionalista do decisionismo centra-se no conceito absolutista de soberania, em que a política antecede a ordem jurídica. Permeado pelos ensinamentos de Max Weber – do qual foi aluno –, Schmitt é um crítico do liberalismo⁶. Grande parte da teoria decisionista foi baseada em pensamentos não-liberais. Isso porque, para ele, as decisões políticas se tornaram muito difíceis, ameaçando, assim, a soberania, já que foram agregados valores eminentemente econômicos às normas jurídicas. Schmitt não aceitava que o mesmo ocorresse com a política.

Ao analisar o ato de decisão na doutrina neoliberal, Tarso Genro (1999, p. 223) afirma que *é irrecusável que hoje ergue-se sobre as nações uma força normativa que obstrui a eleição de determinados caminhos, impõe decisões e exige certas reformas. Ela opera por reformas que reorganizam a relação Estado x sociedade através de mecanismos decisórios suprapolíticos e extrajurídicos, sufocando o jogo democrático.*

Carl Schmitt temia que o decisionismo pudesse vigorar durante a normalidade estatal. Por tal motivo, a teoria decisionista foi elaborada apenas para a “exceção normativa”.

Analisando a decisão na discricionariedade administrativa, poderemos traçar um paralelo entre esse instituto e o decisionismo, respeitando, logicamente, as propriedades inerentes a cada elemento. Essa análise pode esclarecer sua compatibilidade ou incompatibilidade com a teoria decisionista.

Muitos autores pecam ao estabelecer o conceito de discricionariedade, seja ela administrativa ou judicial, vinculado-a à possibilidade de reforma da decisão pelo órgão jurisdicional. Ao examinar o instituto, Karl Engisch (1996, p. 214) afirma que *ocasionalmente tem-se mesmo pretendido definir “decisões discricionárias” precisamente como aquelas que não são judicialmente sindicáveis.* Não se deve, quando possível, estabelecer um conceito de Direito material vinculando-o a instituto de Direito processual.

A discricionariedade administrativa é a escolha entre opções, seguindo os critérios de conveniência e oportunidade da Administração Pública, de acordo com o permissivo legal. No mesmo sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p. 394) alude que *atos “discricionários” [...] seriam os que a Administração pratica com certa margem de liberdade de avaliação ou decisão segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, ainda que adstrita a lei reguladora da expedição deles.*

Hely Lopes Meirelles (2004, p. 116) expõe a discricionariedade como um poder, afirmando que *o poder discricionário é o que o Direito concede à Administração, de modo explícito*

ou implícito, para prática de atos administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo, poder que assumiria aspecto de uma faculdade. Afirma Hely Lopes Meirelles (2004, p. 117) que a faculdade discricionária distingue-se da vinculada pela maior liberdade de ação que é conferida ao administrador.

Em rigor, a discricionariedade não seria uma faculdade. É, sim, um poder/dever do administrador, que deve seguir o princípio da eficiência administrativa. Comunga da mesma opinião Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p. 400), ao concluir: *assim, a discricionariedade existe, por definição, única e tão-somente para proporcionar em cada caso a escolha da providência ótima, isto é, daquele que realiza superiormente o interesse público almejada pela lei aplicada.* O princípio do interesse público é um limitador da discricionariedade, de modo que a decisão deve ter como rumo a aplicação desse princípio, bem como dos outros de ordem constitucional. No mesmo sentido escreve Lênio Luiz Streck (1999, p. 101): *No Estado democrático de Direito, o Direito é transformador. O Direito é intervencionista. Não se pode mais pensar hoje, por exemplo, na pura discricionariedade dos atos do Poder Executivo. O Poder Executivo não pode – só porque foi eleito e há toda uma programação e ele tem o respaldo das urnas – tomar decisões que se distanciem da programaticidade principiológica da Constituição que estabelece o Estado democrático de Direito. Onde houver desvio de finalidade, o judiciário deve intervir. A Constituição é um todo principiológico, é um constituir, é aquilo que chamo, com Elias Dias, do espaço de mediação ético-política da sociedade.*

Karl Engisch (1996, p. 214) acertadamente conclui que *o conceito de discricionariedade (poder discricionário) é um dos conceitos mais plurissignificativos e mais difíceis da teoria do Direito.* Essas considerações sobre o conceito de discricionariedade já nos bastam para prosseguirmos com a enunciação.

A “decisão” tomada na discricionariedade não é a mesma “decisão” da teoria decisionista. Na discricionariedade, a decisão é limitada pelo permissivo legal e pelos princípios constitucionais. Além disso, a norma jurídica permite e

limita a discricionariedade. Já na teoria decisionista a atuação do legitimado é ilimitada, porquanto ele é quem cria a própria norma; a decisão não é autorizada pela norma anterior, pois sequer há norma neste momento. Assim, a natureza da norma emanada do decisionismo é fundante, no aspecto amplo da palavra. Ela não se reveste de norma constitucional, ela construirá a própria ordem constitucional; é, mesmo, o exercício do poder político⁷.

Elucidante lição é cunhada por Hely Lopes Meirelles (2004, p. 115), ao distinguir os poderes administrativos dos poderes políticos, afirmando que [...] *a Administração é dotada de poderes administrativos distintos de poderes políticos consentâneos e proporcionais aos encargos que lhe são atribuídos. Tais poderes são verdadeiros instrumentos de trabalho, adequados à realização das tarefas administrativas. Daí o serem considerados poderes instrumentais, diversamente dos poderes políticos que, são estruturais e orgânicos, porque compõe a estrutura do Estado e integram a organização constitucional.* Desta forma, pode-se dizer que o poder administrativo está atrelado à discricionariedade, ao passo que o poder político liga-se à teoria decisionista.

Muitos autores pecam ao estabelecer o conceito de discricionariedade, seja ela administrativa ou judicial, vinculado-a à possibilidade de reforma da decisão pelo órgão jurisdicional.

Na discricionariedade, a essência da “decisão” prende-se a questões específicas, num espaço cedido pelo legislador. Na verdade, todo ato discricionário é, de alguma forma, vinculado. Assim entende Hely Lopes Meirelles (2004, p. 117): [...] *a discricionariedade é sempre relativa e parcial, porque, quanto à competência, à forma e a finalidade do ato, a autoridade está subordinada ao que as leis dispõe, como para qualquer ato vinculado.* Já o decisionismo é incondicionado, e a essência da “decisão” está atrelada à estruturação do próprio Estado. Nesse ponto, existe apenas um poder desvinculado.

A medida provisória apresenta semelhanças com a teoria decisionista, pois a decisão discricionária do agente

político – Presidente da República – cria medidas com força de lei em situações excepcionais. Tal excepcionalidade é apontada pelos pressupostos da “relevância e urgência”. Somente nesses casos será possível a edição da medida provisória, segundo os critérios do art. 62 da Constituição Federal. No entanto, de acordo com o requisito da exceção, a edição de tal medida tem, também, um pressuposto legal, o que descaracterizaria sua adequação à teoria decisionista pura. E com mais propriedade pode-se rebater, de logo, que a medida provisória não cria um ordenamento jurídico, cria uma norma jurídica.

Curiosamente, atribui-se à Constituição de Weimar a origem da medida provisória, antigo decreto-lei. Seus fundamentos estariam inseridos no mesmo art. 48, quando o texto legal autoriza que, *se no Reich alemão houver alteração ou perigo grave da segurança e ordem pública, o presidente do Reich pode adotar as medidas necessárias para o restabelecimento da segurança e ordem públicas.* Cria-se, assim, um permissivo cuja legitimidade é atribuída ao presidente do Reich. Mais uma vez, defrontamo-nos com problemas de interpretação, ou de linguagem. Qual o significado das expressões: “medidas

necessárias” e “restabelecimento da segurança e ordem pública”? A dificuldade não está, aqui, somente em atribuir significação⁸ às proposições do texto legal, mas, principalmente, na decisão que deve ser tomada pelo legitimado.

A medida provisória apresenta outros aspectos de semelhança com a teoria decisionista, como a excepcionalidade da medida, e, ainda, a força de lei, própria de sua natureza. Contudo, ela não reflete as bases da teoria decisionista, já que a norma constitucional, a par de atribuir ao Presidente da República a competência para editar medidas provisórias, ainda limita a edição de tais medidas a algumas situações constitucionalmente previstas, restringindo, desta forma, seu poder de decisão.

Apesar de suas peculiaridades, as medidas provisórias sofrem o mesmo vício dos atos discricionários administrativos, pois também são espaços a serem preenchidos pelo agente de acordo com os limites constitucionalmente definidos, sob pena de serem enquadradas como atos arbitrários. Assim, também possuem origem e limites legais, o que as tornam incompatíveis com a teoria decisionista.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A teoria do decisionismo, engendrada por Carl Schmitt, contribui para o Direito Constitucional como uma perspectiva centrada na exceção da normatividade, ou seja, na falta da norma jurídica, já que nos remete à alternativa política como único meio de suprir o “estado de exceção”. Há de se entender, muito claramente, que o “estado de exceção” não é a utilização da norma ou ideologia para embasar uma decisão; é, pois, o nada normativo.

Ao revés do que se poderia inferir, tal teoria não fundamenta os regimes totalitários. Entretanto, por sua amplitude, serviu de fundamento, entre muitos outros, para a atuação dos oportunistas ditadores de regimes totalitários, como Hitler.

A decisão é o centro da teoria schmittiana, decisão esta que se encontra no campo político, fruto de uma representação, e não de imposição arbitrária. Segundo os ditames dessa teoria, é impossível que a norma jurídica antevaja como prosseguir justamente na sua ausência. Schmitt afirma que a norma tem sua origem na decisão, esta é fundamento daquela, o que contraria a teoria de Kelsen, em que a norma fundamental é o pressuposto último do ordenamento jurídico.

A célebre frase de Schmitt *soberano é quem decide sobre o Estado de exceção* tem significado explícito, porquanto atribui a decisão ao soberano exclusivamente no estado de exceção. Para Carl Schmitt, soberano é o povo, na democracia, e o monarca, na monarquia. O autor não concebe, assim, a possibilidade de uma norma antever a decisão, pois, se assim o fosse, não estaríamos no “estado de exceção”. Errôneo é pensar que o decisionismo afirma o totalitarismo estatal como meio de governar.

Pode-se afirmar que o poder constituinte originário é a expressão viva do decisionismo, pois desse poder deriva a norma constitucional, suprimindo o nada jurídico antes existente, poder este que se extingue com seu uso, melhor dizendo, com a elaboração da Constituição.

Os mecanismos da discricionariedade administrativa e da medida provisória não se enquadram na teoria decisionista, pois lhe faltam um requisito essencial, que é a ausência total de norma. Esses mecanismos são apenas meios de solucionar, *a priori*, a impossibilidade de a norma disciplinar todas as condutas no estado normal de normatividade. Funcionam, assim, como mecanismos da norma e não na falta desta. Tanto a medida provisória como a discricionariedade administrativa são técnicas adotadas pelo Direito positivo, obviamente, cada uma com suas respectivas peculiaridades. A primeira – a medida provisória – possui os pressupostos de “urgência e relevância”, sendo editada pelo Presidente da República com força de lei; já a segunda – a discricionariedade administrativa – é a técnica de edição do ato administrativo, atribuída ao agente público, que

possibilita a melhor escolha dentre as possibilidades legais.

Então, para concluir, não há possibilidade de decisionismo no Direito positivo. O primeiro – o decisionismo – pode até originar o segundo – o Direito positivo. Contudo, nunca vigem concomitantemente. Esse argumento já basta para afirmar a impossibilidade de se reconhecer ligação – que não a especulativa – entre o decisionismo e Constituição de Weimar, muito menos falar de vigência do decisionismo no interior do regime totalitário que lá fora implantado. E com maior grau de certeza, em qualquer hipótese do Direito positivo brasileiro.

NOTAS

- 1 Streck, (1999, p. 91) afirma que *a Teoria Geral do Estado vigorante, baseada, por exemplo, em Jellineck, era insuficiente para entender o caráter social-intervencionista da nova Carta. A partir disto, passam a trabalhar a idéia de que, para superar o paradigma até então vigente, era necessário entender o Direito não somente pelo Direito, mas também pelo Político. Há uma junção entre o jurídico e político (1926-Triepel). Smend, em 1928, na obra A Teoria da Constituição reforça a idéia de estudar concretamente a Constituição. A Constituição não é somente o documento para organizar o Estado. Demonstra, então, que a Constituição tem a função de teoria da integração. Há uma natureza política social da Constituição; não se pode mais continuar a lidar com a dicotomia sociedade/Estado. Smend influenciou também na interpretação constitucional, demonstrando que a Constituição necessita de métodos de interpretação específicos, diferenciados daqueles baseados no Direito privado.*
- 2 Silva (2001, p. 28-29) entende que, *de acordo com esses conceitos de Carl Schmitt, na Carta Magna do Brasil, Constituição seriam apenas aqueles dispositivos que contêm o que ele chama de “decisão política fundamental”, ou seja, o art. 1º, onde se declara que o Brasil é uma República Federativa, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal; o parágrafo único do art. 1º, onde se estatui que todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, fundamento da democracia representativa e participativa; o art. 2º, que consagra o princípio da divisão, harmonia e independência dos Poderes (divisão funcional ou horizontal dos Poderes), base da Organização do sistema presidencialista; bem como os arts. 5º, 12 e 14, que contêm a declaração dos direitos democráticos e fundamentais do homem; os dispositivos básicos referentes ao Poder Legislativo, ao Poder Executivo e ao Poder Judiciário (arts. 44-125); os arts. 18 a 43 e 145 a 162, sobre organização federal e repartição de competências entre órbitas de governo da Federação (divisão territorial ou vertical dos Poderes). No mesmo sentido Paul (1999, p. 59): [...] Carl Schmitt, insistindo na diferença conceitual entre “constituição” e “lei constitucional”. Uma constituição não é lei ordinária, sempre disponível e aberta à revisão por força da maioria parlamentar. A constituição é mais do que isso. Ela mantém intacta a ossatura essencial do sistema político, conservando a substância política inalterável e irrevogável até o momento da futura revisão constitucional.*
- 3 Bosoer (2000, p. 119) salienta: *Cabe recordar que la elaboración teórica de Carl Schmitt, autor contemporáneo del concepto y teórico mayor de la dictadura, se desarrolla en un horizonte histórico signado por la crisis del liberalismo político en la Europa de la primera posguerra, producto de la incapacidad para dar respuestas institucionales a las transformaciones estructurales derivadas de la segunda revolución industrial (1870-1914). La crisis institucional y estatal de la Alemania de la República de Weimar (1919-1932) es epicentro de este gran caldero histórico que desembocaría en el ascenso del nacionalsocialismo.*
- 4 Sobre a natureza do Poder Constituinte diz Teixeira (1991, p. 28): *Discute-se sobre se o mesmo é um poder de fato – sendo, pois, força e, como tal, se impondo – ou se é um poder de direito – prevendo, assim, de noção jurídica anterior ao Estado que estrutura.*
- 5 Mascaro (2002, p. 136) afirma que *a teoria do decisionismo, pela abordagem de Schmitt, filia-se a toda uma tradição que se pode perceber desde Hobbes até Donoso Cortés. Para o que diz respeito ao momento especificamente jurídico (ou seja, para a teoria geral do Direito), as primeiras obras de Schmitt situam o fenômeno jurídico não na norma e seus comandos imperativos, mas na decisão, fazendo da sentença um elemento de importância muito mais relevante ao direito do que a legislação.*
- 6 Bosoer (2000, p. 122, *apud* SCHMITT, 1998, p. 88) afirma que *nada goza hoy de mayor actualidad que la lucha contra la política. Financieros americanos, técnicos industriales, marxistas y revolucionarios, anarcosindicalis-*

tas se unen para exigir que acabe el imperio nada objetivo de la política sobre la objetividad de la vida económica. Basta de problemas políticos y sean bienvenidos los temas técnicos de la organización, las cuestiones sociológicas y económicas. La actual manera técnico-económica de pensar no es capaz de percibir una idea política. Diríase que el Estado moderno se ha convertido en lo mismo que viera en él Max Weber: una gran empresa. No se percibe la idea política mientras no se logra descubrir a qué grupo de personas interesa plausiblemente servirse de ella en provecho propio.

- 7 Bobbio (2003, p. 86) sustenta: *Com respeito ao poder político pôs-se tradicionalmente não só o problema de sua definição e dos caracteres que o diferenciam das outras formas de poder, mas também, o problema da sua justificação.*
- 8 CARVALHO, (2004, p. 8) faz uma importante distinção entre norma jurídica e suporte físico (ou texto legal): *A norma jurídica é exatamente o juízo (ou pensamento) que a leitura do texto provoca em nosso espírito. Basta isso para nos advertir que um único texto pode originar significações diferentes, consoante diversas noções que o sujeito cognoscente tenha dos termos empregados pelo legislador. Ao comunicar os juízos, expedindo as respectivas proposições, ficarão registradas as discrepâncias de entendimento dos sujeitos, propósito dos termos utilizados.*

REFERÊNCIAS

- AZAMBUJA, Darcy. *Introdução à ciência política*. 12. ed. São Paulo: Globo, 1999. p. 106.
- BENTO, António. *Teologia e mitologia política: um retrato de Carl Schmitt*. Universidade da Beira do Interior, 2000. Disponível em: <<http://www.bocc.ubi.pt/pag/bento-antonio-carl-schmitt-teologia.pdf>>. Acesso em: 28 abr. 2008.
- BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*. 10. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003.
- BOSOER, Fabián. *Maquiavelo, Schmitt, Gramsci y el "decisionismo" de los años 90: viejos y nuevos príncipes*. Fortuna y Virtud en la República Democrática. Buenos Aires: Clacso, 2000.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- CHAUÍ, Marilena. *Público, privado, despotismo*. In NOVAES, Adauto (Org.). *Ética*. 6. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1992. p. 345-390. ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad. de J. Batista Machado. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- FERRAZ, Tércio Sampaio Jr. *Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Constituição, soberania e ditadura em Carl Schmitt*. *Lua Nova: revista de cultura e política*, n. 42, p. 119-144, 1997.
- MASCARO, Alysson Leandro. *Nos extremos do direito (Schmitt e Pachukanis)*. *Lua Nova: revista de cultura política*, n. 57, p. 135-140, 2002.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- SCHMITT, Carl. *A revolução legal mundial superlegalidade e política*. *Lua Nova: revista de cultura política*, n.42, p. 99-117, 1997.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- STRECK, Lênio Luiz. *Controle externo, súmulas vinculantes e a reforma do Judiciário como condição de democracia?*. In: A CONSTITUIÇÃO democrática brasileira e o poder judiciário. São Paulo: Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung, Centro de Estudos, 1999. (Debates ; 20).
- TEIXEIRA, José Horácio Meirelhes. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

Artigo recebido em 8/2/2007.

Frederico Silveira e Silva é advogado, integrante do Grupo de Estudos de Direitos Humanos coordenado pelo prof. Dr. Wagner Balera.