

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO**

VINÍCIUS CUNHA MAGALHÃES

**ENTRE O CONSENSO E A EXCEÇÃO: A ideia de soberania no Estado Democrático
de Direito a partir de uma contraposição de duas visões conflitantes**

Juiz de Fora

2014

VINÍCIUS CUNHA MAGALHÃES

Entre o Consenso e a Exceção: A ideia de Soberania no Estado Democrático de Direito a partir de uma contraposição de duas visões conflitantes

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado a Faculdade de Direito, da Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito parcial a obtenção do grau de Bacharel em Direito. Área de concentração: Teoria do Direito, Direito Constitucional, Filosofia do Direito.

Orientador: Prof. Mário Cesar da Silva Andrade

Juiz de Fora

2014

VINÍCIUS CUNHA MAGALHÃES

Entre o Consenso e a Exceção: A ideia de Soberania no Estado Democrático de Direito a partir de uma contraposição de duas visões conflitantes

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado a Faculdade de Direito, da Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito parcial a obtenção do grau de Bacharel em Direito. Área de concentração: Teoria do Direito, Direito Constitucional, Filosofia do Direito.

Aprovada em 27 de Janeiro de 2014

BANCA EXAMINADORA

Prof. Mário Cesar da Silva Andrade - Orientador
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Mestre Renato Chaves Ferreira
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Brahwlio Soares de Moura Ribeiro Mendes
Universidade Federal de Juiz de Fora

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho à minha irmã, Rafaela, que dá agora seus primeiros passos na vida acadêmica. Espero que essa dedicatória a sirva, simbolicamente, como um lembrete de que o caminho até o conhecimento científico exige trabalho, esforço, rigor e uma postura crítica em relação aos saberes já constituídos, que nunca devem ser encarados como modelos já prontos e acabados, impassíveis de uma crítica bem fundamentada.

AGRADECIMENTOS

A elaboração dessa Monografia de Conclusão de Curso seria impossível sem a colaboração de algumas pessoas, às quais sou extremamente grato.

Primeiramente, agradeço à minha família, fonte constante de incentivos, e que pode me fornecer o tranquilo e silencioso espaço físico sem o qual a elaboração do presente texto teria sido muito mais árdua. Sou extremamente grato pelo respeito e a consideração a mim dedicados, sobretudo naqueles momentos em que se exigia uma renúncia à sua companhia.

Igualmente, agradeço ao grande amigo e orientador, Prof. Mário Cesar Andrade, por me lembrar constantemente da citação de Graciliano Ramos, segundo a qual “escrever é a arte de cortar palavras”. Suas intervenções, sempre que possíveis, tornaram a leitura do texto mais fluida e clara, eliminando os naturais excessos e as imperfeições inerentes à minha escrita. Devo agradecê-lo, também, por algumas valiosas indicações bibliográficas. Além disso, devo ao Prof. Mário Cesar a introdução às ideias centrais dos autores discutidos. Sua sempre clara e rigorosa exposição em muito contribuiu para o despertar do meu interesse para alguns dos temas aqui tratados.

Ao amigo Prof. Renato Chaves Ferreira devo agradecer pela generosa e também valiosa contribuição bibliográfica. O acesso a alguns volumes de sua biblioteca e a consulta a outros textos e obras, por ele sugeridos, tornou possível a elaboração de um trabalho que, de outra forma, não poderia ter sido realizado. Da mesma maneira, o estudo conjunto, além das nossas habituais conversas, permitiram o meu ingresso em terrenos até então desconhecidos da Teoria do Direito, do Direito Constitucional e da Filosofia em geral.

Por fim, agradeço ao também amigo Prof. Bráhwlio Ribeiro Mendes, que, durante a nossa convivência, sempre endossou o estudo e a reflexão de temas que, embora pouco habituais ao pensamento jurídico tradicional, são de suma importância para uma correta compreensão do Direito. Com ele divido a convicção de que é necessária uma reelaboração séria do ensino jurídico no Brasil.

“ARTHUR: I am your king!

WOMAN: Well, I didn't vote for you.

ARTHUR: You don't vote for kings.

WOMAN: Well, 'ow did you become king then?

ARTHUR: The Lady of the Lake,

[Angels sing]

Her arm clad in the purest shimmering samite, held aloft Excalibur from the bosom of the
water signifying by Divine Providence that I, Arthur, was to carry Excalibur.

[singing stops]

That is why I am your king!

DENNIS: Listen -- strange women lying in ponds distributing swords is no basis for a system
of government. Supreme executive power derives from a mandate from the masses, not from
some farcical aquatic ceremony.

ARTHUR: Be quiet!

DENNIS: Well you can't expect to wield supreme executive power just 'cause some watery
tart threw a sword at you!

ARTHUR: Shut up!

DENNIS: I mean, if I went around sayin' I was an emperor just because some moistened bint
had lobbed a scimitar at me they'd put me away!

ARTHUR: Shut up! Will you shut up!

DENNIS: Ah, now we see the violence inherent in the system.

ARTHUR: Shut up!

DENNIS: Oh! Come and see the violence inherent in the system! HELP! HELP! I'm being
repressed!”

(Monty Python and the Holy Grail)

RESUMO

Apesar de aparecer como um conceito fundamental do direito público, a ideia de soberania encontra múltiplas formulações teóricas. Buscando influências na filosofia, sociologia e na teoria política, o presente trabalho objetiva contribuir para uma interpretação adequada da cláusula da soberania popular inscrita na Constituição de 1988, por meio da análise comparativa das visões de Carl Schmitt e Jürgen Habermas sobre o tema.

Palavras-chave: Soberania popular. Estado de exceção. Procedimentalismo. Multiculturalismo.

ABSTRACT

Although it appears as a fundamental notion in public law, the concept of sovereignty is an essentially disputed one. Drawing influences on philosophy, sociology and political theory, this paper aims at contributing to an adequate interpretation of the popular sovereignty clause inserted in the 1988 Brazilian Constitution, through a comparative analysis on Carl Schmitt's and Jürgen Habermas' view on the subject.

Keywords: Popular sovereignty. State of exception. Proceduralism. Multiculturalism.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	09
2	O CONCEITO DE SOBERANIA EM CARL SCHMITT	12
2.1	TEORIA DA SOBERANIA COMO TEORIA JURÍDICA.....	12
2.2.	REAÇÃO À TENDÊNCIA NORMATIVISTA NA CIÊNCIA DO DIREITO.....	13
2.3	O SOBERANO E O ESTADO DE EXCEÇÃO	16
2.4.	DECISIONISMO SCHMITTIANO	18
3	O CONCEITO DE SOBERANIA EM JÜRGEN HABERMAS	23
3.1	A CO-ORIGINARIEDADE DOS DIREITOS HUMANOS E DA SOBERANIA POPULAR.....	23
3.2	SOBERANIA POPULAR COMO PROCEDIMENTO.....	24
3.3	RELATIVIZAÇÃO DA SOBERANIA INTERNA E DIREITOS HUMANOS...	30
4	APRECIÇÃO CONJUNTA DAS DUAS CONCEPÇÕES	33
4.1.	SOBERANIA E PODER CONSTITUINTE NA TEORIA DA CONSTITUIÇÃO – RUPTURA OU CONTINUIDADE?	33
4.2.	A HOMOGENEIDADE CULTURAL DE UM POVO COMO ARTICULAÇÃO ENTRE DEMOCRACIA E ESTADO DE DIREITO	35
4.3.	SOBERANIA POPULAR E PLURALISMO POLÍTICO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	38
5	CONCLUSÃO	43
	REFERÊNCIAS	44

1 INTRODUÇÃO:

O conceito de soberania emerge, historicamente, como noção fundamental para o desenvolvimento teórico tanto das disciplinas do Direito Público interno – como o Direito Constitucional, o Direito Administrativo, o Direito Processual ou mesmo o Direito Tributário – quanto do Direito Internacional Público.

Com efeito, os edifícios dogmáticos construídos no âmbito da teoria do Direito Público repousam, em maior ou menor grau, sobre alguns conceitos fundamentais – como o de soberania -, aos quais os institutos, formulados pela técnica jurídica, se referem e podem ser até mesmo a eles reconduzidos. Na realidade, a confrontação entre conceitos gerais e institutos particulares, na ciência do direito, deve servir até mesmo como um teste da correção, utilidade e viabilidade dos primeiros.

Isso significa dizer que desde os problemas teóricos mais gerais, comuns a todos os ordenamentos jurídicos, como a questão da justificação para a autoridade da decisão judicial, ou a questão da fundamentação para a inadmissibilidade de ordens jurídicas emanadas de fontes de poder paralelas e independentes dentro de um mesmo território, até aqueles particulares a uma ordem jurídica específica – cite-se, no Brasil, a problemática da admissibilidade de concessão de isenções tributárias heterônomas pelo Presidente da República no âmbito de tratados internacionais – se referem e podem ser reconduzidos ao problema fundamental da soberania.

No campo do Direito Internacional Público, por outro lado, propugna-se, já há algum tempo, a superação de um conceito de soberania com referencial exclusivo nos Estados Nacionais, em prol de uma noção mais consentânea com a realidade atual das relações internacionais, na qual blocos transnacionais como a União Europeia exercem um papel relevante, evidenciando o caráter problemático do tradicionalmente consagrado conceito de soberania.

Isto posto, é de se indagar o porquê de a doutrina nacional não ter se debruçado, em geral, sobre o problema dos conceitos fundamentais da Teoria do Direito, e, em particular, sobre a questão da soberania. Geralmente, e salvo algumas exceções, os manuais – principalmente os de Teoria do Estado e de Direito Constitucional – contentam-se com uma exposição sumária e um tanto superficial sobre a noção de soberania, sem maiores preocupações com as repercussões e impactos práticos de um modelo conceitual adotado.

Enquanto alguns ramos do Direito Constitucional, como a teoria dos princípios, a dogmática dos direitos fundamentais e o controle de constitucionalidade de normas, foram objeto de intensos e numerosos estudos nos últimos vinte e cinco anos - experimentando-se

até mesmo certa hipertrofia e saturação na análise desses temas - constata-se uma negligência geral dos autores nacionais em abordar, satisfatoriamente, outros assuntos dessa área do conhecimento, como é o caso dos temas da Teoria do Estado e da Constituição.

Dessa forma, o presente trabalho almeja fornecer uma contribuição à revitalização dos estudos e da pesquisa nesses campos, a partir de uma exposição analítica detida de dois modelos teóricos distintos para a noção de soberania, a saber, aqueles propostos por Carl Schmitt e Jürgen Habermas. Pretende-se, com isso, colher considerações e ferramentas que possam servir a um melhoramento da teoria e da práxis do Direito Constitucional no Brasil.

Primeiramente, a análise se concentrará na teoria da soberania como concebida pelo filósofo e jurista alemão Carl Schmitt (1888 - 1985), sobretudo na forma na qual ela foi exposta na sua *Teologia Política*, datada de 1922, e posteriormente reformulada na *Teoria da Constituição*, de 1928. O objetivo aqui não será apenas o de empreender uma reconstrução do conceito de soberania formulado pelo autor, mas de também fornecer um comentário sobre o contexto no qual essa teoria foi desenvolvida, tanto do ponto de vista histórico e social, quanto do ponto de vista intelectual, ou seja, dos debates acadêmicos vigentes à época de sua formulação.

Assim, insere-se seu pensamento no âmbito do debate mais geral, vigente à época, e conhecido na literatura alemã especializada como a “querela sobre métodos e objetivos”, dentro do qual uma série de teóricos de Direito Público disputava, sobre os restos mortais de um positivismo jurídico insuficiente para apreender as crises do Estado alemão de então, com seus modelos teóricos inovadores e não raramente contrastantes.

Nesse ponto, ênfase especial será dada a relação entre a teoria da soberania de Schmitt e as teorias de outros publicistas do mesmo período, em especial a do jurista austríaco Hans Kelsen. Com efeito, toda a formulação decisionista de Schmitt, ávida em abarcar o conceito de exceção no Direito Público, pode ser interpretada como resposta e crítica direta a uma concepção de direito essencialmente normativista, que vê no seu objeto de estudo exclusivamente um sistema cerrado de normas.

Posteriormente, será estudada a concepção de soberania formulada pelo filósofo e sociólogo alemão Jürgen Habermas (1928 -), sobretudo na forma como apresentada em *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade*, originalmente de 1992, e em *A Inclusão do Outro*, de 1996. Da mesma maneira, o estudo não se reduzirá a uma mera exposição das ideias centrais contidas nesses textos, e se esforçará em reconduzir as opiniões do autor a suas ideias anteriores, sobretudo à Teoria da Ação Comunicativa e à ética do discurso.

A problemática de Habermas deve ser necessariamente reconduzida às preocupações que ocuparam o autor após a elaboração da Teoria da Ação Comunicativa, no sentido de aplicá-la, em conjunto com a ética discursiva, no desenvolvimento de uma teoria do direito que resgata o elemento moral de preocupação com questões de justiça, negligenciado por concepções positivistas, e a relação do direito com a teoria política.

A filosofia moral e política de Habermas, dentro da qual se insere sua “teoria do direito” – se é que se pode assim chamá-la – e, por conseguinte, sua concepção de soberania, deve ser necessariamente contextualizada, sobretudo no que tange ao embate filosófico entre liberais e comunitaristas, desenvolvido no cenário anglo-americano e alemão das décadas de 70 e 80 do século XX, desencadeada pela publicação da *Uma Teoria da Justiça* de John Rawls.

Por fim, o terceiro capítulo se destinará a uma apreciação conjunta e confrontação direta das duas propostas teóricas. Mesmo que estejam separadas pelo tempo e se insiram em contextos históricos e intelectuais diversos, o estudo sustenta ser possível extrair potenciais contribuições para o desenvolvimento da Ciência do Direito a partir de uma apreciação das duas concepções contrapostas.

Dessa forma, esse estudo intenta contribuir, ainda que pontualmente e de maneira certamente incompleta, tanto para um esclarecimento e maior reflexão no que diz respeito a elementos fundamentais da Teoria do Direito e do Estado, quanto para uma revitalização de um campo teórico largamente negligenciado pelos juristas nacionais da atualidade, qual seja, o da Teoria da Constituição.

2 O CONCEITO DE SOBERANIA EM CARL SCHMITT:

2.1 TEORIA DO DA SOBERANIA COMO TEORIA JURÍDICA:

O objetivo deste capítulo será o de fornecer uma visão compreensiva sobre a teoria da soberania como desenvolvida pelo jurista e teórico político alemão Carl Schmitt, com enfoque na sua produção acadêmica durante a República de Weimar, e com especial ênfase nas considerações por ele formuladas em sua *Teologia Política* (1922).

Dotado de um estilo bastante idiossincrático e, por isso mesmo, singular e sem paralelos na produção jurídica intelectual da Alemanha da primeira metade século XX, Schmitt preferia ser considerado mais como um representante do “*ius publicum europaeum*” do que como um filósofo crítico ou político. Essa advertência preliminar é de suma importância para a correta compreensão do argumento que desenvolve.

O simples fato de que em seus escritos, “aos elementos jurídicos sobrepõem-se temas filosóficos, teológicos e políticos nem sempre de forma clara” (SOLON, 1997, p. 79) não autoriza uma interpretação que enxergue, na obra, uma espécie de sincretismo metodológico, no qual temas jurídicos são mesclados de maneira inadvertida com considerações morais ou políticas, e que obscurecem, de maneira deliberada ou não, a possibilidade de objetividade no campo do Direito.

Com efeito, se Schmitt pretende realizar uma “sociology of the concept of sovereignty”¹ (SCHMITT, 2006, p. 42) para demonstrar que “all significant concepts of the modern theory of the state are secularized theological concepts”² (*idem*, p. 36), ou se denota, a todo tempo, a específica natureza política deste conceito, incompreensível “quando não se sabe quem, em concreto, deve ser atingido, combatido, negado ou refutado com tal palavra” (SCHMITT, 1994, p. 56), isso está menos relacionado com um sincretismo metodológico diletante do que, verdadeiramente, com uma proposta de realização de uma nova ciência do Direito, ainda rigorosa e objetiva, mas forçosamente antipositivista.

O essencial reside em se reconhecer que, para Schmitt, toda teoria normativista do direito – na qual ele inclui tanto o positivismo clássico quanto modelos mais avançados como o de Hans Kelsen – é falha ao pressupor, quanto ao substrato fático objeto de regulação pelo direito, uma ideia de normalidade e tranquilidade que não se verifica justamente nos momentos mais essenciais da vida política, isto é, naqueles de crise. O capítulo segundo da

¹ “Sociologia do conceito de soberania” (tradução nossa)

² “Todos os conceitos significativos da teoria moderna do Estado são conceitos teológicos secularizados” (tradução nossa)

Teologia Política pode ser lido, e é comumente considerado, como uma crítica aberta à proposta de Kelsen.

Por isso mesmo, a correta compreensão de sua teoria da soberania deve, forçosamente, ser acompanhada de algum comentário acerca da situação acadêmica, política e econômica na Alemanha durante a República de Weimar, especialmente com relação aos embates entre diversos juristas sobre o melhor modelo de teoria do direito para substituir os cânones do positivismo jurídico, então vigentes.

O despertar do autor para a necessidade de uma nova teoria do Estado que abarcasse a situação de excepcionalidade, obviamente, se relaciona com as experiências vividas durante a Primeira Guerra Mundial. Segundo Ellen Kennedy (2004, p. 81-82), “nowhere in *Politische Theologie* does Carl Schmitt refer directly to the Great War and the German Revolution, but the attentive reader will recognize these as the background of his decisionist argument in the second chapter”³.

As conjunturas políticas e sociais que marcaram a transição do século XIX para o século XX foram, certamente, decisivas para a formação da convicção de Schmitt de que o positivismo jurídico reinante durante o século anterior deveria ser abandonado em prol de uma metodologia mais ampla e profunda, e, por isso, inteiramente nova na teoria do Direito Público (STOLLEIS, 2004).

Como o próprio autor coloca:

“When theories and concepts of public law change under the impact of political events, the discussion is influenced for a time by the practical perspectives of the day (...). It is thus possible that this kind of political situation might produce various scientific tendencies and currents”⁴ (SCHMITT, 2006, p. 16).

2.2 REAÇÃO À TENDÊNCIA NORMATIVISTA NA CIÊNCIA DO DIREITO:

Mais de uma década após o fim da Segunda Guerra Mundial, Schmitt escreveu, com relação à sua obra durante Weimar, que possuía uma firme concepção de que a ciência do direito, liberta de abstrações que só levam a caminhos sem saída seria superior a qualquer forma de filosofia (KENNEDY, 2004, p. 56).

³ “Em nenhum lugar na *Teologia Política* Carl Schmitt se refere à [Primeira] Grande Guerra ou à Revolução Alemã, mas o leitor atento reconhecerá estes eventos como o pano de fundo do argumento decisionista desenvolvido no segundo capítulo.” (tradução nossa)

⁴ “Quando as teorias e conceitos do direito público se modificam em razão do impacto de eventos políticos, a discussão é influenciada, por um tempo, pelas perspectivas práticas da época (...). Assim, é possível que esse tipo de situação política possa produzir diversas tendências e correntes científicas.” (tradução nossa)

Essa consideração é bastante instrutiva. Com efeito, se o autor queria se distanciar do modelo de positivismo jurídico, moldado a partir da transposição do pandectismo civilista às matérias do Estado, isso implicaria em uma negação direta da ideia de que seria útil a utilização de abstrações na ciência do Direito. A abstração simplifica, de maneira excessiva, os problemas do direito, da política, e do Estado.

O início da teoria de Schmitt se localiza, portanto, na constatação de que o direito público em seu viés normativista – isto é, que equaciona o direito com um sistema de normas, tão somente – se silencia em relação às questões que ligam a teoria com a prática, como no caso da questão de o que autoriza o poder do Estado, ou o que legitima o direito positivado, determinações que passam fora da esfera de interesse dos juristas daquele período (KENNEDY, 2004, p. 64).

Isso significa dizer que, para o autor, quando uma ciência do direito se torna uma ciência do direito positivo, estritamente, se desligando, assim, de questões mais amplas relacionadas à legitimidade da ordem política vigente, ela se perde num formalismo excessivo que reduz o direito a uma técnica de operação da burocracia estatal, nos estritos termos weberianos (WEBER, 2004).

Para Schmitt, formalização abstrata das teorias normativistas seria perigosa por dois motivos: por um lado, produz alienação quanto às questões de fundamentação da ordem jurídica; por outro permite a manipulação dos conceitos jurídicos segundo o alvedrio das necessidades políticas da época (SCHMITT, 2006). Portanto, o ponto de partida é o de recompor a relação do direito com a política, justamente aquele onde os juristas do século XIX anunciavam “here is where public law stops”⁵ (SCHMITT, 2006, p. 4).

Antes da Guerra, durante o Império Alemão, a metodologia positivista do direito público foi cunhada a partir da obra do civilista Carl Friedrich von Gerber (1823-91). Segundo Gerber, os objetivos e as limitações da teoria do Estado estariam em excluir os “aspectos puramente políticos”, enquanto se mantivessem os “aspectos jurídicos” (JACOBSON & SCHLINK, 2002, p. 42).

O tratamento do direito público consistiria, dessa maneira, na construção de institutos jurídicos a partir de normas positivadas, e de derivar consequências normativas desses mesmos institutos, na tentativa de se criar um “método jurídico” próprio, em analogia ao que se estabelecia no terreno do direito privado.

⁵ “Aqui é onde o direito público para” (tradução nossa)

Essa concepção teve um efeito político salutar durante o Império Alemão, ao isolar o direito de seus fatores determinantes, neutralizando assim o terreno jurídico de conflitos políticos potencialmente latentes durante o Império, sobretudo em relação a precária convivência da burguesia com a monarquia (*idem*, p. 43-44).

A partir do momento em que, durante a década de 1920, a ideologia liberal que subjaz a essa concepção de direito se escancara, e a crise do Estado traz um turbilhão de novos acontecimentos e realidades as quais uma teoria tradicional não pode responder satisfatoriamente, formam-se duas tendências opostas que levam a uma verdadeira “batalha sobre os métodos e objetivos” da teoria do Estado na República de Weimar (STOLLEIS, 2004).

Por um lado, há o conjunto de autores que prosseguem no programa do positivismo jurídico. No entanto, estes tentam avançar ao explicar mais precisamente em que consiste a autonomia do raciocínio jurídico e da argumentação e, em particular, prover uma base epistemológica para uma diferenciação entre direito público, por um lado, e as análises sociológicas e políticas do Estado, por outro. Representantes desse pensamento são Georg Jellinek, Max Weber, e, distanciando-se muito dos primeiros quanto às suas conclusões, Kelsen.

Por outro lado, existe um conjunto de autores que, ao contrário dos acima mencionados, se distanciou do programa do positivismo jurídico. Muito embora abarque um grupo de metodologias e objetivos muito variados, pode-se dizer com segurança que se trata de um conjunto de autores que, a pretexto de eliminar ou suprimir as limitações do positivismo, advogava o abandono de concepções formais do Direito em prol de noções de substância – nesse segundo grupo, inclui-se não só Schmitt, como também Rudolf Smend, Hermann Heller e Erich Kaufmann.

A emergência deste antipositivismo, como Stephen Koriath assinala (JACOBSON & SCHLINK, 2002), marcava a emergência de preocupações com as “forças vitais”, em contraposição à noções técnicas e mecânicas do fenômeno jurídico. Esses autores expressam um desconforto em relação à um mundo crescentemente complexo, como se aferia pela mecanicização e industrialização de todas as esferas da vida.

Há, nesses autores, traços de um ceticismo crescente em relação à modernização do mundo, à massificação das populações, à democratização dos Estados, à abertura dos mercados e ao crescente fenômeno do pluralismo. É interessante notar que outros autores compartilham dessas mesmas angústias e experiências, não sendo despidendo falar em uma

afinidade entre a obra de Schmitt e movimentos primordiais da Escola de Frankfurt (SCHEUERMAN, 1997).

Dessa forma, Schmitt abre a *Teologia Política* com a famosa formulação de que “o soberano é aquele que decide no estado de exceção”. Essa constatação tem dois objetivos imediatos que merecem ser mencionados. Por um lado, representa a tentativa do autor de introduzir o conceito de exceção na teoria do direito público, ao lado do conceito de norma. Por outro lado, representa um ataque direto ao normativismo, particularmente na sua encarnação kelseniana.

2.3 O SOBERANO E O ESTADO DE EXCEÇÃO:

Inicialmente, no intuito de se evitarem as dúvidas, o conceito de estado de exceção deve se interpretado, como Georg Schwab sugere em nota de tradução à edição americana da *Teologia Política* (SCHMITT, 2006, p. 5), como qualquer estado de “severe economic or political disturbance that requires the application of extraordinary measures”⁶ – tal qual ocorria nos termos da previsão do art. 48 da Constituição de Weimar, centro das preocupações de Schmitt.

O estado de exceção, contudo, pressupõe um ordenamento constitucional que preveja linhas de guia sobre o modo como confrontar uma crise para o reestabelecimento da ordem e da estabilidade, não se tratando, portanto, de um “caos jurídico” no sentido da abolição completa do sistema de normas. Com muito mais razão, o poder do soberano é, em última análise, o de suspender temporariamente a ordem vigente, mas com o fim de protegê-la e restaurá-la.

Durante o período de elaboração da Constituição de Weimar, Schmitt formulou dois estudos distintos com a finalidade de prover uma interpretação adequada ao novo modelo vigente na Alemanha, diretamente relacionados com a questão da soberania. O resultado desses estudos, *A Ditadura* e a *Teologia Política* são obras que devem, necessariamente, ser analisadas em conjunto, tendo-se em vista o intercâmbio de conclusões que o autor promove entre elas.

Enquanto as preocupações da *Teologia Política* são eminentemente teóricas, o estudo da ditadura desde Roma até os exemplos mais próximos da Revolução Francesa e da Ditadura do Proletariado almeja uma tradução dessa concepção teórica de soberania para

⁶ “Severos distúrbios de ordem política ou econômica, que requerem a aplicação de medidas de índole extraordinária” (tradução nossa)

termos práticos da Alemanha de então (SCHMITT, 2006, p. xix-xxiii). Assim, Schmitt projeta uma diferenciação entre ditadura soberana e ditadura comissarial, para chegar à conclusão de que a ditadura exercida sob o manto do art. 48, e englobada pela teoria da Teologia Política, é aquela do último tipo, comissarial.

Isso significa dizer que, em tempos de crise, quando a atuação de um Executivo forte é necessária, e essa atuação se desamarra das limitações legais preexistentes, se instaura uma forma de “ditadura” que não se qualifica pela abolição completa da ordem jurídica vigente para todo o sempre, mas tão somente por um conjunto de decisões concentradas na eliminação de um perigo concreto para a conservação e continuação de uma comunidade politicamente organizada (SCHMITT, 1999).

Por isso mesmo, o conceito de soberania é um conceito fronteiro, que não se refere a problemas de normalidade, mas tão somente a situações excepcionais – e aqui, denota-se a importância que o conceito de exceção possui para o autor. Em situações de normalidade institucional, nas quais a unidade política do povo não é ameaçada por perigos de qualquer natureza, não é necessária a manifestação de um poder soberano, que fica, assim, contido nas amarras do sistema jurídico.

Porém, uma vez presente o perigo, o soberano deve imediatamente se utilizar dos poderes que dispõe para tomar todas as medidas necessárias para aboli-lo e restaurar a ordem vigente na comunidade estatal, como num exercício de um direito inerente de autopreservação. O soberano, assim, ao mesmo tempo, se encontra dentro da ordem constitucional e transcende essa mesma ordem (SCHMITT, 2006, p. 7).

O fato de que a Constituição não possa prever todos os tipos de situação excepcional e somente possa se valer de termos vagos para indicar tais situações, como “segurança pública” e “ordem” somente demonstra que o poder soberano comporta não somente a decisão sobre quais as “medidas necessárias” para a eliminação do perigo público, como também de quais situações constituem as próprias situações de perigo.

É precisamente a exceção que torna relevante o sujeito da soberania. Os detalhes precisos de uma emergência não podem ser antecipados, nem se pode imaginar o que pode acontecer em tal caso, especialmente quando se trata realmente de uma questão emergencial, e de como ela deve ser eliminada. A pré-condição e o conteúdo da competência jurídica nesse caso deve ser, necessariamente, ilimitada. O máximo de guia que a Constituição pode prover, nessas situações, é indicar quem pode agir. Essa indicação qualifica o soberano. (SCHMITT, 2006, p. 6-7).

Justamente nesse ponto, Schmitt se distancia de Hans Kelsen e dos demais proponentes de um modelo neokantista. No afã de construir o Direito como um simples sistema de normas, esses autores aboliram a ideia de exceção de suas considerações epistemológicas, equacionando o Estado com a ordem legal vigente. Porém, existem casos nos quais há uma indeterminação por parte do sistema jurídico em decantar concretamente todas as situações excepcionais e o rol de medidas possíveis de serem adotadas ou não pelo soberano.

Essa falha de indeterminação do sistema positivo não deve ser atribuída a um defeito técnico do legislador ou do poder constituinte, mas, com muito mais razão, aos próprios limites de uma concepção exclusivamente normativista de direito, que não consegue abarcar a exceção. Com base nessa revelação teórica, Schmitt abomina as tentativas do constitucionalismo liberal de regular as situações excepcionais com a maior precisão possível, as quais considera meros exercícios de futilidade.

Mas não é somente em relação ao problema da impossibilidade de subsunção da exceção à norma que se dirige a crítica schmittiana. Igualmente, o reconhecimento do soberano como aquele que decide no estado de exceção repercute na questão relativa ao próprio fundamento da ordem jurisdicional. Ao contrário da tese advogada por Kelsen, de que o fundamento de validade de uma norma jurídica pertinente ao sistema somente pode ser obtido através de referência à outra norma jurídica válida e de hierarquia superior, culminando na norma fundamental pressuposta, Schmitt entende que o fundamento de toda e qualquer ordem normativa reside numa decisão fundamental:

“After all, every legal order is based on a decision, and also the concept of the legal order, which is applied as something self-evident, contains within it the contrast of the two distinct elements of the juristic – norm and decision. Like every other order, the legal order rests on a decision and not on a norm.”⁷ (SCHMITT, 2006, p.10).

Esse ataque perpetrado nas concepções normativistas abre o caminho para uma possível segunda face da teoria da soberania – aquela apelidada pelo próprio autor de *decisionismo*, ou seja, que foca a natureza do jurídico na decisão de uma autoridade.

2.4 DECISIONISMO SCHMITTIANO:

⁷ “Ao fim e ao cabo, toda e qualquer ordem jurídica é baseada numa decisão, e também o próprio conceito de ordem jurídica, que é abordado como algo evidente em si mesmo, contém internamente o contraste entre dois elementos distintos do fenômeno jurídico – norma e decisão. Como qualquer outro ordenamento, o ordenamento jurídico se fundamenta numa decisão, e não numa norma.” (tradução nossa)

Aspectos de uma concepção decisionista do Direito, isto é, que coloca o fenômeno da decisão política da autoridade em um lugar privilegiado, não são inovações no pensamento schmittiano neste ponto de sua carreira. Com efeito, desde sua exposição sobre a natureza da decisão judicial, *Gesetz und Urteil* (traduzida para o inglês como *Statute and Judgement*) datada de 1912, primeiro trabalho de maior expressão do autor desde sua tese de doutoramento sobre a culpa no direito penal, datada de 1910, os traços de uma concepção decisionista do direito já se colocam em estágio embrionário.

Gesetz und Urteil é a primeira tentativa efetiva de Schmitt de romper com o positivismo jurídico alemão, sobretudo na forma em que se apresentava na obra hegemônica de Paul Laband (JACOBSON & SCHLINK, 2002). Espelhando a doutrina já fartamente conhecida, Laband advogava que o trabalho jurisdicional não seria mais do que a reprodução concreta da vontade abstrata do legislador, ou seja, que o Judiciário atuaria como mera “*viva vox legis*” do Poder Legislativo.

Contrariando essa posição que coloca o juiz como um mero autômato, Schmitt se foca naqueles casos *excepcionais*, nos quais não há norma jurídica preexistente e o juiz deve atuar a partir de uma decisão inteiramente livre das amarras normativas – antecipando muito do debate atual sobre a inevitabilidade da atividade criativa dos Tribunais quando da aplicação do direito ao caso concreto através da “interpretação” (JACOBSON & SCHLINK, 2002, p.73-75).

Muito embora a concepção decisionista incorporada na teoria da soberania seja apresentada como uma novidade em relação aos adversários teóricos de Schmitt, incapazes de perceber que o fundamento de validade da ordem jurídica se encontra numa decisão fundamental e não numa norma lógica pressuposta, o autor faz esforços para demonstrar, numa retrospectiva histórica, que o conceito de soberania que defende remonta a Bodin, e mais especificamente, a Hobbes.

Conforme Schwab aponta em seu prefácio à tradução já citada da *Teologia Política*:

“Whereas for Schmitt the neo-kantian the state was governed by right, for Schmitt the realist it was governed by the ever-present possibility of conflict (...). It is not surprising, therefore, that he returned again and again in his writings to Thomas Hobbes’s ‘mutual relation between Protection and Obedience’, and shared with Hobbes the belief that *autoritas, non veritas facit legem*.”⁸ (SCHMITT, 2006, pp. xii-xiii).

⁸ “Enquanto que para Schmitt, o neokantiano, o Estado era governado pelos direitos subjetivos, para Schmitt, o realista, ele é governado pela possibilidade latente de conflito. (...) Não é nenhuma surpresa, assim, que ele tenha retornado diversas vezes em seus escritos a Thomas Hobbes e sua relação mútua entre Proteção e Obediência, e que compartilhasse com Hobbes a crença de que *autoritas, non veritas facit legem*” (tradução nossa).

Segundo Ari Marcelo Solon (1997, p. 80), “Hobbes é saudado [por Schmitt] como um representante clássico do pensamento decisionista. Posteriormente, foram reconhecidos elementos de Estado de Direito em sua doutrina, que pouco teriam em comum com o poderoso símbolo do Leviatã. Como ninguém, Schmitt percebeu as aporias únicas da filosofia de Hobbes”.

O decisionismo de Hobbes era expresso na sua concepção anteriormente referida segundo a qual *autoritas non veritas facit legem*. Com efeito, para o autor inglês, importante não é o conteúdo de uma decisão, mas sim a sua adoção, qualquer que seja seu fundamento (SOLON, 1997, p. 83). Isso autoriza Schmitt a definir, igualmente, a soberania como o “monopólio da decisão”, ao lado da famosa formulação do estado de exceção.

É importante salientar outro ponto da concepção decisionista de Schmitt. Aqui, mais uma vez, as críticas são dirigidas contra o modelo normativista do constitucionalismo liberal de Kelsen e dos positivistas, que criaram o mito de uma “ordem jurídica despersonalizada” a partir das restrições impostas ao poder político (*idem*, p. 90).

Nesse sentido, o autor argumenta que, através da história, seria possível perceber um gradual processo de secularização através do qual conceitos fundamentais de teologia são transpostos para a teoria política e do Estado. Representativo dessa tendência é a transposição da ideia de um Deus onipotente para a ideia de um legislador onipotente (SCHMITT, 2006, p. 38).

No entanto, conforme aponta Schwab, enquanto que, nos séculos XVII e XVIII, essa figura do legislador onipotente era necessariamente associada com um elemento personalista, esse elemento foi dissipado pelas teorias jurídicas dos séculos XIX e XX (*idem*, p. xvi). A reação natural aos abusos da monarquia constitucional fez com que o exercício concreto das constituições europeias viesse a impor uma série de restrições ao poder soberano, que terminaram por desfigurá-lo culminando na eliminação de aspectos personalistas.

Essa fragmentação da pessoa do soberano em “competências constitucionais” ocorre através da introdução de mecanismos como a “legitimação democrática”, o princípio da divisão dos poderes, a doutrina de que somente o poder pode vigiar e conter o poder, e a adoção da “soberania das leis” em detrimento da “soberania dos homens” – ou seja, basicamente as ideias que compõem o princípio democrático e o princípio do Estado de Direito nas Constituições contemporâneas.

Muito embora não fosse abertamente contrário a tais positivações e evoluções constitucionais, Schmitt está preocupado em reinstalar o elemento personalista da teoria da soberania. Essa necessidade não era derivada de um saudosismo de concepções passadas, mas se fundava na crença de que somente através de um personalismo forte, poder-se-ia contornar a possibilidade sempre presente de conflito político no Estado, seja externo ou interior.

Essa concepção também é devida a Hobbes, uma vez que Schmitt compartilha com o autor a pressuposição de que o homem seja essencialmente perigoso e que se deveria optar por um Estado forte que pudesse garantir a ordem, paz e estabilidade – Schmitt chega até mesmo a mencionar que é um pressuposto ontológico inafastável de qualquer teoria política a consideração de que qualquer homem possa se tornar, a qualquer momento o inimigo político da comunidade (SCHMITT, 1994).

Por fim, é imperioso assinalar que, no prefácio à segunda edição da *Teologia Política*, Schmitt faz uma importante concessão no sentido de relativizar sua postura decisionista, reconhecendo suas limitações. O autor caminha no sentido de aceitar que o pensamento decisionista somente tem validade durante os momentos de crise excepcional – o estado de exceção –, mas que é inútil no que diz respeito aos momentos de prosperidade e ordem do Estado, que foram vividos por todas as grandes nações da História.

Sendo assim, ele adiciona, ao lado do normativismo e do decisionismo, um terceiro modo de compreender o Direito, denominado de *institucionalismo*, derivado da leitura da obra de Maurice Hauriou. Isso pode ser detectado, por outro lado, pela inserção da categoria das “garantias institucionais” na *Teoria da Constituição*, de 1928, que não é objeto de estudo imediato neste trabalho. Com relação às três formas de pensamento jurídico, Schmitt assevera que:

“I now distinguish not two but *three* types of legal thinking; in addition to the normativist and the decisionist types there is the institutional one (...). Whereas the normativist in his distortion makes of law a mere mode of operation of a state bureaucracy, and the decisionist, focusing on the moment, always runs the risk of missing the stable content inherent in every great political moment, an isolated institutional thinking leads to the pluralism characteristic of a feudal-corporate growth that is devoid of sovereignty.” (SCHMITT, 2006, p. 2-3)⁹.

⁹ “Eu distingo agora não entre dois, mas entre *três* tipos de pensamento jurídico; adicionalmente aos tipos normativista e decisionista existe um tipo institucionalista. (...) enquanto o normativismo, com suas distorções, transforma o direito em mero modo de operação da burocracia estatal, e o decisionismo, focado no momento, corre o risco de não apreender o conteúdo estável inerente a todo grande movimento político, um pensamento institucional isolado leva a um pluralismo característico de do corporativismo feudal, no qual a soberania é ausente” (tradução nossa)

Dessa maneira, a única forma de compreender racionalmente o Direito seria a partir de uma conjugação entre as três formas de pensamento jurídico que se complementariam em suas falhas, com especial destaque para o decisionismo e o institucionalismo, em detrimento do normativismo, que só aparece em menor escala.

3 O CONCEITO DE SOBERANIA EM JÜRGEN HABERMAS:

3.1 A CO-ORIGINARIEDADE DOS DIREITOS HUMANOS E DA SOBERANIA POPULAR:

Diversamente dos teóricos da primeira geração da Escola de Frankfurt que, com a exceção de Franz Neumann não tinham muito a dizer sobre a teoria do direito e sobre o seu papel na compreensão da sociedade, Jürgen Habermas é um filósofo e teórico social que pretende reestabelecer a conexão, outrora nítida nos tempos de Kant e de Hegel, entre teoria social e teoria do direito (SCHEUERMANN, 1997). Para o autor, as condições para o desenvolvimento e a emancipação de uma comunidade somente podem ser compreendidas a partir da moldura da teoria do direito (MAUS, 1996, p. 825-826).

A proposição feita por Habermas (1996) de um sistema de direitos que faça a mediação entre liberdades pessoais e soberania popular tendo como ponto de partida a relação interna entre liberdade e coerção inicialmente desenvolvida por Kant serve como um ponto de reação a duas tendências diversas.

Primeiramente, o resgate do *status* de importância do direito no âmbito da teoria social serve como antídoto à concepção marxista, largamente difundida, do direito como um simples produto das estruturas econômicas da sociedade. Essa visão, que coloca o direito como superestrutura derivada das relações materiais a serviço da perpetuação dos mecanismos de exploração das classes proletárias, já não é aceitável para Habermas.

Conforme expõe Ingeborg Maus (2006), a concepção ironicamente não dialética de Marx sobre o direito – ao contrário da dialética entre liberdade e coação anteriormente referida, presente em Kant – impediu que ele enxergasse, no sistema jurídico, além de traços de um aparato de dominação de uma classe sobre outra, elementos que contribuiriam para a asseguuração da liberdade individual.

O niilismo jurídico marxista, nos dizeres da autora:

“failed to perceive that the abstractions of law do not only antagonistically isolate private individuals and their rights from each other, as he criticized, but also keep the state apparatus at bay as a whole, while conversely one and the same formalism of the law ensures that private freedom and public participation can reproduce each other”¹⁰ (MAUS, 1996, p. 830-831).

¹⁰ “Falhou ao não perceber que as abstrações do direito não somente isolam os indivíduos e seus direitos subjetivos uns dos outros de modo antagonístico, como ele [Marx] criticou, mas também mantém o aparato estatal como um todo à distância, enquanto esse mesmo formalismo do direito assegura que liberdade privada e participação pública possam reproduzir uma a outra” (tradução nossa)

Por outro lado, a articulação do sistema de direitos com as ideias de liberdades individuais e soberania popular também serve a um *front* de batalha diverso, qual seja, o de fornecer uma resposta detalhada ao embate filosófico entre liberais e comunitaristas, iniciado nos Estados Unidos com a publicação de *Uma Teoria da Justiça*, por John Rawls. Nesse sentido, o autor contribui para a discussão manejando conceitos de sua teoria da ação comunicativa e da ética do discurso, para que se realize um correto equacionamento da relação entre liberdade individual, participação democrática e procedimentalização.

A constatação inicial que deve servir de norte para a compreensão de Habermas está naquilo que se convencionou chamar de tensão entre o constitucionalismo e a democracia (SULTANY, 2012, p. 395), ou como o próprio autor prefere, na tensão entre “direitos humanos e a soberania popular”. O reconhecimento da existência, ainda que somente aparente, dessa tensão não é particular à obra de Habermas; sua originalidade consiste, mais adequadamente, na resposta dada ao problema.

De maneira básica, a questão que se coloca é a de como equacionar essas duas grandezas, de modo que, por um lado, a realização do poder democrático não se traduza no exercício despótico de poder político por uma maioria contingencial em detrimento dos direitos fundamentais de uma minoria oprimida, e, de outro lado, que o conteúdo normativo dos direitos humanos não venha a esvaziar o potencial decisório da deliberação democrática.

A resposta dada ao problema passa pela admissão de que a tensão entre constitucionalismo e democracia é derivada de uma confusão conceitual que pode se resolver mediante o apelo à uma técnica de *clarificação* ou esclarecimento, de modo que fique evidente que as ideias de soberania popular e direitos humanos são “mutually constitutive, interdependent, and stand on equal foot before each other without one subordinating the other; indeed, they are akin to inseparable twins.”¹¹ (SULTANY, 2012, p. 395).

Assim, o autor defende a chamada *co-originariedade* das autonomias pública e privada – não é possível o correto desempenho das faculdades inerentes à soberania popular sem o desfrute da esfera de proteção conferida pelo espaço de liberdades individuais e, do mesmo modo, esse conjunto de liberdades individuais seria ameaçado se a autonomia pública não fosse realizada sob os limites que esses direitos impõem. As liberdades individuais são assim, tanto o resultado quanto o pré-requisito da autolegislação democrática.

3.2 SOBERANIA POPULAR COMO PROCEDIMENTO:

¹¹ “Mutuamente constitutivas, interdependentes e pertencentes a um mesmo patamar, sem qualquer subordinação entre si; de fato, são análogas a gêmeos inseparáveis” (**tradução nossa**)

Habermas desenvolve a tese da soberania popular como procedimento em um dos estudos complementares à *Facticidade e Validade* que constam no apêndice ao final da obra. O estudo sob análise consiste numa palestra proferida pelo autor em 1988, na qual tenta-se responder à questão normativa de se a mudança de mentalidade ocorrida com o advento da Revolução Francesa em 1789 ainda representa, em algum aspecto, uma herança para a orientação da ação política na contemporaneidade (HABERMAS, 1996, p. 464).

A Revolução significou, para a sociedade francesa da época, em parte um catalisador e em parte a fonte de um processo de profundas mudanças sociais. Com o ímpeto revolucionário, institucionalizou-se, de uma vez por todas, o sistema econômico capitalista na esfera da sociedade civil, a forma de dominação através da estrutura burocrática da autoridade jurídica, na esfera do Estado, a consciência de Nação como uma nova forma de integração entre indivíduos, na esfera das relações intersubjetivas, e a concepção moderna de Estado constitucional pautada pelo constitucionalismo clássico, na esfera das ideias (*idem*, p. 466-467).

Ao mesmo tempo, a Revolução trouxe consigo uma nova forma de ação histórica, a ação revolucionária consciente de si, e, conjuntamente com essa consciência revolucionária, uma nova mentalidade caracterizada por uma nova consciência de tempo, um novo conceito de prática política e uma nova noção de legitimação. Essa mudança de mentalidade tornou possível, assim, um conceito radicalmente novo de política, exclusivamente intramundano e distintamente pós-metafísico (p. 467).

No que diz respeito à nova *consciência de tempo*, a consciência revolucionária significou a assunção definitiva pelos indivíduos de que “um novo começo pode ser traçado”. A História Mundial, assim, passa a ser considerada como um sistema abstrato de referência para a ação orientada ao futuro, sendo que essa ação tem o poder de desacoplar as experiências passadas do presente, a partir do pano de fundo de uma experiência de quebra com as tradições. Desse modo, há a possibilidade de lidar reflexivamente com instituições sociais e fenômenos de transmissão cultural, de modo que as experiências das gerações passadas perdem sua força imperativa tradicional na orientação da ação dos indivíduos (*idem*, p. 467-468).

Em relação ao novo conceito de *prática política*, a consciência revolucionária determinou o reconhecimento de que são os indivíduos que, atuando de maneira emancipada, são os autores responsáveis pelos seus próprios destinos privados e pelo destino comum da comunidade política em que se encontram. São os sujeitos políticos que determinam as leis a que vão prestar obediência, o que permite a emergência da noção de soberania como

soberania popular, ou seja, como expressão da liberdade de autodeterminação e autorrealização de cada membro da comunidade (*idem*, p. 469).

Por fim, no que diz respeito à nova *noção de legitimação*, a consciência revolucionária foi determinante para o abandono das tradicionais fontes de legitimação religiosa ou metafísica para o poder político do Estado. Assim, o pensamento da época permitiu a incorporação da noção aristotélica de autogoverno de pessoas livres e iguais, traduzindo essa concepção por meio das teorias contratualistas clássicas nas quais indivíduos portadores de “direitos subjetivos” “pré-políticos” renunciam à sua “soberania” para a formação do corpo político, destinado à proteção de seus interesses individuais e à manutenção da ordem e da paz (*idem*, p. 469-470).

O problema é que, segundo Habermas, todas essas mudanças trazidas pela consciência revolucionária se tornaram, na contemporaneidade, permanentes ou triviais – ou seja, se perenizaram, de modo definitivo. Não há mais um conteúdo propriamente revolucionário nessa nova mentalidade que justifique o apelo à 1789. Na verdade, o autor percebe que a energia da Revolução Francesa ainda se mantém tão somente no que diz respeito à sua dinâmica cultural.

A presença de uma mescla de diversidade cultural e afirmação individual no cotidiano urbano dos diversos Estados possibilitaria, em tese, a re-emergência da esfera pública num ambiente político democrático e multicultural. Porém, seria necessário traçar um pano de fundo teórico para se estabelecer em quais condições o poder soberano democrático poderia ser exercido nessas verdadeiras Repúblicas multiculturais (*idem*, p. 471-472).

Assim, Habermas retoma a dialética anteriormente exposta entre liberalismo e democracia. Nesse ponto, o autor revisita o pensamento daqueles autores liberais que pregam a prioridade dos direitos humanos sobre a democracia e da separação dos poderes sobre a vontade da maioria, bem como aqueles autores igualitaristas que entendem os direitos humanos justamente como um produto da soberania popular e a separação dos poderes como a arquitetura institucional derivada do exercício concreto da vontade da maioria.

Mais especificamente, Habermas (1996, p. 471-472) passa a analisar o conceito de vontade geral de Rousseau, pedra angular de seu conceito de soberania popular. Nos dizeres de Kant, interpretando o filósofo suíço, a soberania popular deveria ser compreendida como concessão de autoridade legislativa à vontade unida de um Povo, que exerce essa autoridade como um macrossujeito político de aspirações tangíveis, cujo corpo é formado pela união das vontades unitárias dos cidadãos, onde cada um decide por todos e todos decidem por cada um.

A atribuição de autoridade legislativa a essa vontade geral unitária é a única forma de se garantir a justiça, pois, “quando um indivíduo prescreve algo a outro, é sempre possível que ele aja, assim, produzindo uma injustiça; porém, isso nunca é possível a respeito daquilo que ele decide para si mesmo (...). Logo, somente a vontade unitária e consentida de todos pode exercer a legislação” (*idem*, p. 472).

O problema dessa concepção reside justamente no fato de ser impraticável pensar-se em um macrossujeito político que aja de maneira unitária tendo-se em vista o substrato das sociedades capitalistas contemporâneas, indiscutivelmente heterogêneo. Dessa forma, não é mais possível que se atribua traços de racionalidade prática a uma vontade geral unitária que venha a emergir do seio da sociedade civil no exercício de suas faculdades políticas.

Da mesma forma, Habermas propõe uma reestruturação do princípio da soberania popular, para que se abandone o seu conteúdo substantivo e excessivamente concreto em prol de um conceito procedimental, no qual somente as condições de possibilidade do exercício racional das liberdades públicas são explicitadas (*idem*, p. 475-477). Essa reestruturação é fortemente corroborada pela tese da equiprimordialidade entre as autonomias pública e privada, muito embora essa tese não seja diretamente mencionada no texto.

A partir da análise do argumento histórico de Fröbel, em cujo conteúdo Habermas pretende encontrar o germe de sua concepção procedimentalista de soberania popular, emerge a noção de que a soberania deve ser entendida como um processo de formação de vontade e de opinião política, desenvolvido numa esfera pública democrática e que assegure liberdades iguais a todos os participantes, através de direitos fundamentais de comunicação e participação.

Adiante, o autor aprofunda sua noção de soberania popular através de uma conjugação de elementos de teoria dos sistemas com sua teoria comunicativa. Habermas identifica, no modelo das teorias clássicas de democracia, uma nova forma de ação, que ele caracteriza como *ação de influência da sociedade sobre si mesma, programada através do direito*, ou simplesmente “autoinfluência programada legalmente” que pode ser assim descrita:

“The classical theories of democracy start with the assumption that society has an effect of influence on itself through the sovereign legislature. The people program the laws, and these in turn program the implementation and application of law, so that through the collectively binding decisions of administration and judiciary the members of society receive the benefits and

regulations that they themselves have programmed in their role of citizens”¹²
(HABERMAS, 1996, p. 481-482).

O problema com esse modelo de ação de “autoinfluência programada legalmente” é que ela somente parece plausível para uma sociedade na qual os indivíduos se agrupam em associações e coordenam harmonicamente suas ações, se governando através dos *media* do poder político e do direito, negligenciando-se o aspecto sociológico da distribuição não-homóloga de poder entre os membros da sociedade. Com efeito, não é possível se pressupor que empiricamente haja tal coordenação de interesses através de relações horizontais entre indivíduos.

No entanto, as preocupações de Habermas não são empíricas, mas tão somente de índole conceitual, de modo que o autor abandona essa constatação da dissimetria nas relações de poder para se focar na relação conceitual entre poder político e direito que, segundo ele, sugeriria um “*contra-fluxo* de uma *circulação autoprogramada de poder*” (*idem*, p. 482).

É necessário reconhecer que poder político e direito se inter-relacionam, na medida em que o direito necessita do poder político para possuir vinculatividade coativa, ao passo que o poder político necessita do direito para adquirir forma jurídica, conferindo-lhe legitimidade. Cada um desses códigos, nos dizeres de Habermas, “requer a sua própria perspectiva: o direito, uma perspectiva normativa, ao passo que o poder necessita de uma de natureza instrumental” (*idem*, p. 482).

Assim, a partir da perspectiva do direito, políticas públicas, leis e atos normativos infralegais necessitam de justificação normativa, enquanto que da perspectiva do poder elas funcionam como meios e limites para a reprodução do próprio poder. Isso é problemático para o autor na medida em que fica claro que os meios administrativos que convertem os programas do Estado do Bem-Estar Social não representam um *medium* passivo, destituído de características próprias.

O próprio Estado evoluiu para um subsistema fechado no qual somente interessa essa lógica instrumental de reprodução do poder, o que traz à tona a necessidade de uma reformulação da concepção normativa de uma auto-organização democrática da comunidade, através da distinção entre poder *comunicativamente gerado*, por um lado, e poder *administrativamente empregado*, por outro lado.

¹² “As clássicas teorias da democracia partem do fato de que a sociedade tem influência sobre si mesma através da produção legislativa soberana. O povo programa as leis e estas, por seu turno, programam o exercício e a aplicação das leis, de modo que os membros da sociedade obtêm suas prestações e regulações através das decisões coletivamente vinculantes da Administração e do Judiciário, que eles mesmos programaram, exercendo o papel de cidadãos” (**tradução nossa**)

O sistema administrativo, na medida em que lida com o direito somente de modo instrumental – pois o que conta é somente o emprego de meios eficientes para a execução de um programa prévio – não se preocupa com a questão da racionalidade prática envolvida na criação e na aplicação do direito que o programa. As razões normativas que fundamentam as normas jurídicas são vistas, pelo sistema administrativo, como apêndices das decisões políticas previamente tomadas.

No entanto, as razões normativas constituem os meios através dos quais o poder comunicativamente gerado é perceptível. Sendo assim, o poder comunicativo produz efeitos no sistema político na medida em que assume responsabilidade pelo conjunto de razões das quais as decisões administrativas devem derivar a sua racionalidade. Esse é o modo por meio do qual a sociedade civil, por meio da esfera pública, interage com o sistema político (*idem*, p. 483-484).

Por outro lado, também é relevante que se atente para a necessidade de democratização dos próprios processos de formação de vontade e opinião política. As razões normativas podem exercer influência indireta sobre o sistema político somente na medida em que a sua produção não seja influenciada por esse mesmo sistema. Esses processos de formação de vontade e opinião somente gerarão *poder comunicativo* na medida em que as decisões sejam tomadas com base em pressupostos discursivos (*idem*, p. 483-485).

Nesse contexto, assume papel relevante uma esfera pública normativamente concebida como um conjunto de circuitos espontâneos de comunicação, na qual associações voluntárias entre indivíduos assumem o papel de pontos nodais especializados na geração e disseminação de pontos de vista sobre os mais variados temas da vida civil.

Tais associações se especializam na descoberta de questões relevantes para a sociedade e contribuem com possíveis soluções e interpretações ou com a produção de razões e a invalidação de argumentos. Essa influência das associações livres da esfera pública pode ser sentida, por exemplo, através do modo como se percebem variações e flutuações nas intenções de votos de eleitores empiricamente considerados (*idem*, p. 485).

O desenvolvimento dessa esfera pública, que se reproduz de modo auto-referencial, na medida em que à cada tematização de uma questão pública tematiza-se sempre a questão da função da esfera pública em si, é o que leva à perda de substancialidade da noção de soberania popular. Esta, então, assume um caráter procedimental, e, de acordo com Habermas, somente pode ser encontrada “nas formas de comunicação destituídas de sujeitos, que regulam o fluxo da formação discursiva da opinião e da vontade” (*idem*, p. 486).

Naturalmente, nem mesmo uma soberania de cunho procedimental como esta poderia operar senão no contexto de um *mundo da vida racionalizado*, no qual se encontra o *ethos* de uma cultura política cívico-republicana, sensível aos problemas que afetam sua sociedade como um todo e responsiva às necessidades de autocrítica e de emancipação. O papel do constitucionalismo, nesse sentido, é o de se tornar um projeto, a um só tempo o catalisador e o resultado de uma racionalização do mundo da vida que vai para além da esfera política.

Esse mundo da vida racionalizado no qual a prática cívica republicana se desenvolve e o poder comunicativo pode influenciar as decisões políticas deve, por fim, ser robustecido pelo sistema de ensino, que deve privilegiar “a formação de uma cultura política igualitária, destituída de todos os privilégios oriundos da formação e amplamente intelectualizada” (*idem*, p. 490).

3.3 LIMITAÇÕES DA SOBERANIA INTERNA PELOS DIREITOS HUMANOS E PELAS INSTITUIÇÕES TRANSNACIONAIS:

Os artigos agrupados na terceira parte de *A Inclusão do Outro* (HABERMAS, 2007) receberam a instrutiva denominação coletiva de “O Estado Nacional tem um futuro?” por parte de Habermas. A constatação dessa denominação não é algo trivial. Com efeito, ela diz muito a respeito de outra convicção forte do filósofo no que diz respeito à ideia de soberania – a rejeição da tese de que esse poder não encontraria paralelos dentro do território nacional dos Estados.

Habermas (2007) admite a restrição à soberania interna de um Estado por duas distintas vias: por um lado, admite-se a restrição da soberania para a proteção dos direitos humanos, como exemplificado no caso das intervenções humanitárias; por outro lado, admite-se também a cessão de “direitos de soberania” para a constituição de organismos supranacionais, exemplo maior sendo aquele da União Europeia em sua atual conformação.

A constatação empírica que leva Habermas a admitir tal relativização é a de que “nos últimos tempos, todos os países industrializados são afetados pela circunstância de que as estratégias de investimento de um número cada vez maior de empresas orienta-se pelos *mercados financeiros e de trabalho*, organizados hoje em rede mundial” (HABERMAS, 2007, p. 145). Sendo assim, o autor assevera que os governos tem cada vez menos influência sobre as empresas, as quais tomam decisões de investimento em um horizonte de atuação globalmente ampliado.

Portanto, para combater os possíveis efeitos negativos dessa expansão da atuação das empresas, sobre a qual a política meramente nacional não pode se fazer sentir, Habermas sugere que “uma alternativa (...) consistiria em que ela [a política] voltasse a crescer no sentido de acompanhar os mercados – com a formação de agentes capazes de atuar em nível supranacional”, sendo a União Europeia o maior exemplo dessa tendência (*idem*, p. 147), sem com isso extinguir os Estados Nacionais.

O autor chega mesmo ao ponto de defender, um aprofundamento das estruturas internacionais da União Europeia, transformando-a num “projeto constitucional” para a construção de um “direito internacional constitucionalizado” a partir de um modelo de “Federação de Estados” regido por uma Constituição Europeia (HABERMAS, 2012), profundamente influenciada pela ideia da paz perpétua kantiana (HABERMAS, 2007) de formação de um direito cosmopolita.

No que diz respeito à questão dos direitos humanos, Habermas assevera que “embora essa proibição [da intromissão nos assuntos internos de um Estado reconhecido internacionalmente] seja reforçada na Carta das Nações Unidas, desde seu surgimento ela entra em concorrência com a proteção internacional dos direitos humanos” (HABERMAS, 2007, p. 174).

Nesse aspecto, é interessante notar a análise que Habermas faz de posições comunitaristas, como aquelas expressas por Michael Walzer, segundo as quais uma intervenção humanitária contra violação de direitos humanos por regimes autoritários somente é válida se os cidadãos primeiramente se insurgirem eles próprios contra a repressão política, e comprovarem, mediante um ato nítido de rebelião, que o governo vai contra as aspirações de integridade daquela comunidade concretamente considerada (*idem*, p. 176).

Posteriormente, ele demonstra que os críticos de Walzer se colocam no sentido de ampliar, na medida do possível, a proteção internacional dos direitos humanos a partir de outro critério de avaliação distinto do princípio de não-intromissão acima elucidado – a comparação entre o regime concreto e os princípios do Estado Democrático de Direito, no que tange, por exemplo, aos direitos à participação política.

Habermas, contudo, não admite que essa mera comparação autorize as intervenções humanitárias, pois concorda com o comunitarista quando este chama atenção para o fato de que “toda a decisão moral para agir nos lugar dos cidadãos é precária” (*idem*, p. 177), o que clamaria pelo desenvolvimento cuidadoso de uma casuística das intervenções humanitárias.

Não obstante, o autor parece louvar o fato de o direito internacional público estar se transformando paulatinamente num direito cosmopolita, o que relativizaria ainda mais a soberania interna de nações violadoras dos direitos humanos. A esse respeito, é instrutivo lembrar-se que o filósofo, que habitualmente assume o papel de intelectual ativo, posicionando-se sobre os assuntos relevantes do cotidiano nacional e internacional, defendeu expressamente a intervenção militar na Guerra do Kosovo em 1992, após a disseminação da violência generalizada entre nacionais ante à inação das Nações Unidas.

4 APRECIACÃO CONJUNTA DAS DUAS TEORIAS:

4.1 SOBERANIA E PODER CONSTITUINTE NA TEORIA DA CONSTITUIÇÃO – RUPTURA OU CONTINUIDADE?

Conforme assinala Renato Cristi, a *Teoria da Constituição* (1928) figura talvez como a mais sistemática e menos circunstancial obra de Carl Schmitt, autor cujos outros trabalhos são marcados por uma “extraordinary sensibility towards the concrete situation”¹³ (CRISTI, 1997, p. 189). Na obra, os grandes temas do pensamento schmittiano aparecem rearranjados na forma de uma teoria compreensiva da Constituição de Weimar.

A estrutura deste trabalho consiste na separação, de um lado, do chamado “elemento político de uma Constituição” e, de outro, o “elemento liberal”, equacionado com o princípio do Estado de Direito (SCHMITT, 1982). Schmitt argumenta que o constitucionalismo liberal, pano de fundo ideológico para a elaboração da Constituição de Weimar, tem por objetivo a eliminação do elemento político da Constituição – essencialmente conectado à noção de soberania -, para a formação de uma Constituição puramente informada pelo princípio do Estado de Direito, na qual todas as prerrogativas políticas do Estado estariam confinadas estritamente em normas jurídicas (CRISTI, 1997, p. 193).

Muito embora o tema da soberania não seja diretamente discutido, o conhecimento da teoria da soberania de Schmitt é um pressuposto para a exata compreensão da obra, na medida em que, aqui, o autor se esforça para resgatar o elemento político da Constituição e conjugá-lo com seu elemento propriamente liberal, contrariando a tendência totalizante acima exposta. No entanto, a ideia de soberania discutida aqui já não é mais a mesma noção contida na *Teologia Política*.

Enquanto que, na primeira versão de sua teoria, o sujeito da soberania estatal parece ser concebido como um líder carismático individualizado, dotado de competências executivas amplas e poderes de índole ditatorial para servir aos objetivos da Constituição, embora excepcionando-a temporariamente, na superação de uma crise institucional, na *Teoria da Constituição* Schmitt introduz um novo sujeito da soberania que parece ser incompatível com esse primeiro modelo – o Povo. Adquire proeminência, aqui, o conceito de poder constituinte.

No modelo democrático alemão, é o povo que, na qualidade de sujeito do poder constituinte, exerce a função de soberano, e não mais um ditador ou monarca. Isso parece corroborar a tese de que o soberano somente se manifesta nos momentos de excepcionalidade,

¹³ “Extraordinária sensibilidade em relação à situação concreta” (tradução nossa)

já que a aparição do poder constituinte, pelo menos em sua forma originária, somente se dá naquelas situações nas quais uma Constituição é eliminada para a construção de uma nova ordem jurídica. A decisão fundamental do povo alemão consiste no momento existencial que é traço distintivo do poder soberano.

Da mesma maneira, a Assembleia Nacional Constituinte de 06 de Fevereiro de 1919 deu concretude à decisão política fundamental na forma de uma proposta de texto constitucional, agindo como comissária do verdadeiro titular da soberania, o povo alemão. Porém, como, no exercício de sua comissão, a Assembleia não possuía qualquer restrição de cunho normativo, o que se apresentava seria uma verdadeira forma de ditadura soberana que se findou com a promulgação do novo texto constitucional (CRISTI, 1997, p. 197).

O povo preenche os requisitos da teoria da soberania expostos no primeiro capítulo deste trabalho. O ponto central consiste em se reconhecer que o povo tem a qualidade de se colocar, ao mesmo tempo, acima e fora da ordem constitucional, já que o exercício do poder constituinte transcende a uma ordem normativa positiva, que não pode prever os modos de sua atuação. Como Renato Cristi (1996, p. 199) anuncia:

“Constituent activity persists autonomously and independently from any positive constitutional legislation. This is an indication of sovereignty. Constituent power cannot be destroyed, changed or altered in any way; it perseveres as the extra-constitutional ground of constitutions and constitutional laws”¹⁴.

As duas situações radicais de excepcionalidade que confirmariam a estrita relação entre soberania e poder constituinte, segundo a interpretação que Cristi (1996, p. 200) faz de Schmitt seriam, primeiramente, a possibilidade de destruição de uma ordem constitucional (*Verfassungsvernichtung*) durante momentos revolucionários, na qual o sujeito da soberania é violentamente alterado; e, por outro lado, a possibilidade de ab-rogação da Constituição (*Verfassungsbeseitigung*), na qual a Constituição é rescindida sem haver, no entanto, a alteração do sujeito do poder constituinte.

Essas considerações demonstram, portanto, a modulação argumentativa promovida por Schmitt no desenvolvimento de sua teoria. Muito mais do que uma continuidade, deve-se reconhecer, como propõe Renato Cristi, que a *Teoria da Constituição* constitui uma reformulação na teoria da soberania de Schmitt para reconhecer que o povo, e

¹⁴ “A atividade constituinte persiste autônoma e independente em relação à qualquer normatização positiva. Isso é um traço indicativo da soberania. O poder constituinte não pode ser destruído, modificado ou alterado de qualquer maneira; ele se preserva como o fundamento extra constitucional da Constituição e de todo o direito constitucional” (**tradução nossa**)

não somente um ditador, pode ser o sujeito da soberania, sem que essa, com isso, perca seus traços essenciais. É justamente o reconhecimento da possibilidade da soberania como soberania *popular* que permite uma aproximação e comparação entre as teses de Schmitt e Habermas.

4.2 A HOMOGENEIDADE CULTURAL DE UM POVO COMO ARTICULAÇÃO ENTRE DEMOCRACIA E ESTADO DE DIREITO:

Muito embora possa-se dizer que o movimento posterior na obra de Schmitt, no sentido de ceder à possibilidade da titularidade da soberania pelo povo, aproxime sua teoria da concepção habermasiana de soberania popular, ainda subsistem grandes diferenças entre as concepções dos dois autores, sobretudo no modo pelo qual ambos concebem o próprio povo de um Estado.

Quando da detida análise das “construções da soberania popular pelo direito constitucional” (HABERMAS, 2007) para o estabelecimento da relação entre Nação, Estado de Direito e Democracia, Habermas empreende uma análise da concepção substancial de democracia presente na obra de Schmitt, para depois compará-la com sua própria ideia de soberania procedimental.

Diversamente do que se passa na obra de Carl Schmitt – teórico da exceção e do momento existencialista da decisão – o foco das atenções de Habermas se posiciona sobre um problema de matiz diverso. Aqui, o centro das atenções está no dimensionamento de como agentes comunicativos inseridos num contexto prático específico podem valer-se de suas competências de modo racional para o estabelecimento de um Estado democrático.

Por isso mesmo, a crítica de Habermas (2007) à teoria de Schmitt se refere às considerações deste último acerca da correta interpretação do princípio democrático inscrito na Constituição de Weimar, reunidas na sua *Teoria da Constituição*, na qual Schmitt relaciona à soberania o exercício concreto do *pouvoir constituant*, e não propriamente aos escritos da *Teologia Política*, conforme esclarecido acima. Na análise da correta interpretação do sentido da palavra “igualdade” para a democracia, Schmitt faz a distinção fundamental a ser contraditada por Habermas:

“La igualdad democrática es, en esencia, homogeneidad, y, por cierto, homogeneidad del pueblo. El concepto central de la Democracia es *Pueblo*, y no *Humanidad*. Si la Democracia ha de ser una forma política, hay sólo Democracia del Pueblo y no Democracia de la Humanidad. Ni siquiera el concepto de *clase* puede sustituir, para la Democracia, al concepto de

pueblo. Siendo clase un concepto puramente económico, sobre base puramente económica, no da lugar a ninguna homogeneidad sustancial. Si la clase se convierte en base de una organización de lucha no es ya una entidad esencialmente económica, sino política. Si logra dominar al Estado, la clase se convierte en pueblo de ese Estado. El concepto democrático de pueblo sigue siempre subsistiendo, y encierra un contraste, tanto frente al concepto de humanidad como también frente al concepto de clase.”¹⁵ (SCHMITT, 1982, p. 230).

Habermas (2007, p. 159) detecta, num momento inicial, os traços de um “etnonacionalismo”, para usar sua terminologia, no pensamento schmittiano sobre a democracia. Na visão de Schmitt, somente a partir de uma nação, composta por indivíduos politicamente homogeneizados e mutuamente ligados entre si por um conjunto de qualidades históricas, linguísticas e culturais que os fazem sentirem-se membros de uma mesma comunidade, é possível o exercício do poder democrático. A nação desempenharia, assim, o elo ou dobradiça de articulação entre o elemento político e o elemento liberal da Constituição, ou entre os princípios democrático e do Estado de Direito.

Esse pressuposto empírico de uma homogeneidade dos nacionais para o exercício da democracia é o que possibilita a concretização do princípio da nacionalidade, ou seja, a equalização entre Estado e nação. Habermas (2007, p. 161) analisa que essa visão de Schmitt leva tão somente a uma democracia de índole nacional, na qual as decisões políticas são tomadas por um verdadeiro macrossujeito capaz de autolegislar e exprimir sua vontade, e na qual a ideia de humanidade perde espaço para a ideia de povo, de modo que não há espaço para conceitos transacionais, como os de direitos humanos.

Aqui, só existe sentido em se falar em igualdade democrática na medida em que isto signifique uma igualdade substancial de todos os membros da comunidade, que possibilite a standardização dos pontos de vista e a atuação desse macrossujeito político. Para Habermas (2007, p. 160), essa concepção de homogeneidade leva inexoravelmente à uma reificação da noção de comunidade, que deveria ser mais bem entendida como “a intersubjetividade de grau superior de um acordo mútuo entre cidadãos, que se reconhecem reciprocamente como livres e iguais”.

¹⁵ A igualdade democrática é, em essência, homogeneidade e, por certo, homogeneidade do povo. O conceito central da democracia é o de *povo* e não o de *humanidade*. Se a democracia há de ser uma forma política, há tão somente democracia do povo e não democracia da humanidade. Nem sequer o conceito de *classe* pode ser utilizado como substitutivo, na democracia, para o conceito de povo. Sendo classe um conceito puramente econômico, sobre bases puramente econômicas, não dá lugar a nenhuma homogeneidade substancial. Se a classe se converte na base de uma organização de luta e dá lugar a um autêntico agrupamento de amigos e inimigos, deixa de ser um conceito puramente econômico, porque uma classe verdadeiramente em luta não é uma entidade essencialmente econômica, senão política. Se logra dominar o Estado, a classe se converte em povo do Estado. O conceito democrático de povo segue sempre subsistindo, e encerra um contraste tanto frente ao conceito de humanidade como também frente ao conceito de classe” **(tradução nossa)**

No entanto, a reificação do povo serve a uma substancialização da noção de igualdade democrática, que por seu turno transforma o processo democrático de decisão num momento existencialista, um momento de autoafirmação coletiva da vontade da população, em que “o que o povo quer é bom, justamente porque o povo o quer” (HABERMAS, 2007, p. 160). Aqui surge, para Habermas (*idem*), o traço autoritário característico dessa compreensão:

“A separação entre democracia e Estado de Direito mostra, aqui, o seu sentido oculto: como a vontade política orientadora não tem um conteúdo normativo racional, como ela se esgota, antes, no conteúdo expressivo de um espírito popular nacionalizado, ela também não precisa surgir de uma discussão pública”

Em Schmitt, a noção de democracia popular substancial serve ao papel corrente de fornecer uma contraposição – habitual na obra do autor – às concepções políticas de cunho eminentemente liberal. Mais especificamente, Habermas (2007, p. 163) demonstra que essa visão se insurge contra a teoria liberal clássica do contrato social, que finca as origens do Estado num acordo racional perpetrado por indivíduos com base no paradigma de agentes que se apresentam como “egoístas isolados, racionalmente esclarecidos, que não são cunhados por tradições comuns, ou seja, não compartilham orientações culturais de valor e não agem orientados para o acordo mútuo”.

Nesse aspecto, Habermas (2007, p. 163) detecta uma afinidade entre o pensamento schmittiano e o pensamento político comunitarista, tal qual se desenvolveu a partir da década de 1980 por intermédio de autores como Charles Taylor. Ambos os pontos de vista, o etnonacionalista e o comunitarista, representam reações ao pensamento liberal com raízes em Hobbes que erroneamente pressupõe o indivíduo como alguém “não situado”, “desvinculado” e “desprendido” de contextos éticos, históricos e culturais comuns (FORST, 2010) e, ao mesmo tempo, também pressupõe “um conceito instrumentalista de formação da vontade política como agregação dos interesses sociais” (HABERMAS, 2007, p. 163).

Habermas (2007, p. 164) assevera que Schmitt tem o mérito de perceber que uma associação de indivíduos dessa natureza é muito pouco provável. Com efeito, seria muito difícil imaginar como pessoas dessa espécie poderiam chegar pela via de um contrato privado a uma ordem jurídica intersubjetivamente reconhecida. É pouco plausível se possa forjar uma Nação de cidadãos a partir de um grupo de estranhos, ou seja, que se se estabelecesse uma solidariedade cidadã entre egoístas desconhecidos entre si.

A proposta do filósofo é, portanto, que se substitua a noção substancializada de povo por uma noção procedimental de autodeterminação democrática. Em sua visão, o direito

positivo não é legítimo pelo fato de corresponder a princípios substantivos de justiça, mas por ter sido criado processualmente, por meio de veículos que, por sua própria estrutura são justos, quer dizer, democráticos. Assim, não é necessário um consenso básico anterior garantido por uma homogeneidade cultural:

“Dos pontos de vista de Kant e de um Rousseau bem entendido, a autodeterminação democrática não possui o sentido coletivista e ao mesmo tempo *excludente* da afirmação da independência nacional e da concretização da singularidade nacional. Mais do que isso, tem o sentido de inserção de uma autolegislação que inclui uniformemente todos os cidadãos. Inserção significa que tal ordem política se mantém aberta para equiparar os discriminados e para *incluir* os marginalizados sem *confiná-los* na uniformidade da comunidade homogênea de um povo. Para isso, é significativo o princípio da voluntariedade; a nacionalidade de um cidadão fundamenta-se em seu consentimento, pelo menos implícito.”. (HABERMAS, 2007, pp. 164-165).

O abandono do pressuposto empírico da homogeneidade popular serve à Habermas também como um modo de evitar o que ele chama de “consequências normativas indesejáveis” da teoria de Schmitt. A necessidade de homogeneidade cultural no seio do Estado como garantidora da paz e coesão interna é vista pelo filósofo (2007, pp. 168-169) como um argumento passível de utilização para fundamentar práticas de *apartheid* ou de limpeza étnica, além de medidas preventivas para o controle da admissão de estrangeiros.

Assim, a concepção de Habermas abre espaço para uma noção multicultural de povo. Com efeito, no estágio atual de desenvolvimento das democracias industrializadas, a teoria da democracia e da soberania popular devem prestar contas às dificuldades inerentes ao processo de coexistência entre formações étnicas, linguísticas e religiosas diversas. Isso deve ser feito tanto em razão dos dados estatísticos relativos à intensificação da imigração quanto em razão da própria matriz civilizacional de alguns países, nos quais é impossível se falar em desenvolvimento a partir de uma etnia isolada, como ocorre no Brasil, Espanha, Canadá, *etc.*

Nas democracias modernas, a única forma de garantir a coexistência de diferentes formas de vida e constelações valorativas passa pelo desacoplamento da cultura majoritária com a cultura política geral – impedindo, assim, uma utilização verdadeiramente tirânica do princípio majoritário pelas maiorias ocasionais – e por um fortalecimento do próprio poder de coesão dessa cultura política geral e abstrata, para que a nação de cidadãos não se despedace. Como afirma Joseph Raz, citado por Habermas (2007, p. 163):

“O multiculturalismo ao mesmo tempo que apoia a perpetuação de vários grupos culturais dentro de uma mesma sociedade política, também requer a existência de uma cultura comum... Membros de todos os grupos... terão de

adquirir uma linguagem política e convenções de comportamento comuns para poder participar eficientemente na competição por recursos e na proteção dos interesses do grupo, assim como dos interesses individuais numa arena política compartilhada.”

4.3 SOBERANIA POPULAR E PLURALISMO POLÍTICO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988:

A partir de Outubro de 1988, com o advento da nova Constituição erigida em bases democráticas, reinstalou-se a normalidade institucional no país após vinte anos de regime de exceção. O ambiente político da nova ordem jurídica vem produzindo frutos no sentido de um aprofundamento teórico das categorias fundamentais do direito constitucional, dentre as quais se destaca a ideia de soberania popular.

As considerações acima expostas sobre as noções de soberania de ambos os autores, bem como a contraposição das duas concepções pode contribuir, efetivamente, para a reconstrução dogmática de um conceito de soberania popular adequado à moldura institucional positivada em 1988, principalmente no que tange ao art. 1º e seus respectivos incisos da Carta Magna.

Com efeito, podemos afirmar, com Schmitt, que o processo político que culminou na promulgação da nova Constituição representou a destruição da ordem constitucional (*Verfassungsvernichtung*) anterior, anda que isso tenha se dado, como é corrente na História nacional, sem o recurso à ação revolucionária. Por meio da transição, o poder constituinte retorna materialmente à titularidade do povo, que delegou o seu exercício à Assembleia Nacional Constituinte para que esta, dessa forma, tomasse a decisão fundamental de instituição da nova ordem.

É essa decisão fundamental do povo que deve ser tida como o fundamento da ordem jurídica brasileira, e não alguma norma jurídica pressuposta como necessária a completude de um sistema lógico, como correntemente afirma-se em sede doutrinária. Abre-se mão de uma noção restritiva do fenômeno jurídico para abarcar a possibilidade de reencontro entre o jurídico e o político, imbricados e indissociáveis justamente no interior da decisão do constituinte originário.

O povo, no exercício do poder constituinte originário, vive um “momento constitucional”, situação de cunho *excepcional*, na qual a soberania popular se exerce, a partir da confluência de diversas correntes políticas de matiz diversa, reunidas sobre o desígnio único da instituição da nova Carta Política pela via da Assembleia Constituinte.

No entanto, esse momento não deve ser tido como um momento puramente existencial, no qual o que conta é a simples autoafirmação e glorificação de um povo perante os demais, “aquém da razão e da desrazão” (HABERMAS, 2007, p. 161). É plenamente possível que se utilize de expedientes de natureza normativa para avaliar a racionalidade dessa decisão fundamental, criticando assim as decisões fundamentais tomadas pelo soberano, bem como a efetiva utilização de uma esfera pública autônoma para captar os anseios nacionais.

Deve-se aferir se o próprio procedimento por meio do qual a vontade política da população fez-se sentir foi dotado de características formais que garantissem a participação igualitárias de todos os atores envolvidos, de modo que todos pudessem, sem embaraço, expressar suas opiniões e pontos de vista acerca dos temas objeto de regulação constitucional. Somente a partir dessa perspectiva procedimental dessubstancializada é possível aferir se o exercício do poder constituinte originário se deu efetivamente de forma democrática.

Por outro lado, se as considerações de Schmitt são esclarecedoras no sentido de um reestabelecimento da relação entre direito e política, na contramão de uma metodologia que preze pela estrita “pureza” do fenômeno jurídico, o avanço de outras de suas ideias encontra empecilhos intransponíveis em outros dispositivos constitucionais, sobretudo no que diz respeito ao *Estado de Necessidade Constitucional* e à questão do pluralismo político.

Realmente, a análise dos dispositivos constitucionais leva-nos a conclusão de que os poderes conferidos ao Chefe do Executivo nas situações de excepcionalidade constitucional são muito mais restritos do que aqueles contidos no famigerado art. 48 da Constituição de Weimar. A limitação dos modos de intervenção, a necessidade de oitiva de outros órgãos constitucionais, as garantias individuais de índole processual penal e, sobretudo, o controle exercido pelo Poder Legislativo – que é veemente repudiado por Schmitt na *Teologia Política* –, que pode retirar a eficácia jurídica do decreto que institui o Estado de Defesa, retiram a feição *soberana* da atuação do Executivo nos momentos de crise institucional, que não mais pode ser interpretada como o exercício de uma ditadura comissarial. Aqui, com efeito, o elemento de Estado de Direito da Constituição brasileira obteve preponderância sobre o elemento político.

A própria ideia de igualdade democrática substancial, tão cara à Schmitt, como forma de articulação entre os dois distintos elementos da Constituição, também não parece encontrar abrigo entre nós, sobretudo quando se tem em mente a adoção, pelo constituinte originário, do *pluralismo político* como um dos fundamentos da República Federativa.

A correta interpretação da noção de pluralismo, que não se refere à um pluralismo simplesmente de matiz partidária (pluripartidarismo como contraposto ao antigo

bipartidarismo vigente no sistema de 1967/1969), mas que deve ser compreendido a partir do sentido original do termo *político* que é derivado, por sua vez, de *pólis*, parece afastar qualquer pretensão a uma homogeneização cultural como pressuposto para o exercício democrático. Reconhecida essa interpretação, a aproximação com a teoria de Habermas parece quase inevitável.

O pluralismo político deve ser equacionado com aquilo que Rawls denomina “the fact of reasonable pluralism” (FORST, 2012), o fato de que, na cultura política nacional está contida uma série de subconjuntos de culturas mais específicas e que se identificam por questões de natureza étnica, religiosa, linguística, histórica *etc.* Nesse ponto, é possível afirmar que a própria Constituição assumiu que a cultura político-constitucional brasileira deve ser desenvolvida num ambiente de respeito ao multiculturalismo.

Nessa esteira, qualquer teoria política que reconheça os dilemas do multiculturalismo deverá obrigatoriamente posicionar-se no sentido do estabelecimento de uma diferenciação entre moralidade e eticidade, perante a necessidade, nos Estados democráticos contemporâneos, de se estabelecerem princípios, dotados de alguma “hierarquia superior”, para regular as relações entre grupos religiosos, étnicos ou culturais distintos, de modo que estes sejam compatíveis com as diferentes crenças e conjuntos de valores sustentados por cada um destes grupos (FORST, 2012).

Assim, a “moralidade” comporia o espaço das normas de cunho universalista e generalizado que contribuem para a formação da cultura política geral e abstrata anteriormente referida na teoria de Habermas. Essa cultura política geral deve ser compartilhada por todos os seguimentos sociais, dotados de uma “eticidade própria”, sendo tão abstrata quão maior for o número de subculturas éticas concretas, e servindo de linguagem comum, por meio da qual os diferentes pontos de vista dialogam.

O contributo específico da teoria habermasiana para a discussão e melhor compreensão da distinção entre as duas realidades, segundo Rainer Forst (2012, p. 70), estaria no reconhecimento de que é necessária a adoção de um critério procedimental, e não substancial, para a realização da “incisão” entre o moralmente “correto” e o eticamente “bom”.

Isso implica, doravante, no reconhecimento de que a distinção é de natureza formal e procedimental, ou seja, tomada *a priori*, prioritariamente ao discurso. Essa distinção somente se torna substantiva posteriormente, quando, por meio da utilização do chamado princípio da universalização os vários valores particulares são descartados do domínio moral por não serem suscetíveis de consenso.

Trata-se de uma conclusão diretamente derivada do reconhecimento da especificidade da pretensão de validade levantada pelas normas morais. Essa pretensão de validade “análoga à verdade” é qualitativamente diferente daquela exigida para as avaliações éticas, de modo que o resgate discursivo para satisfazê-la obedece a critérios mais rígidos de consenso e universalização.

A norma moral será válida, portanto, quando todas as consequências de sua observância, e possíveis efeitos colaterais, sejam acessíveis a todos os afetados, de modo que todos possam conjuntamente acatá-la, sem a utilização de qualquer meio coercitivo, diversamente do que ocorre com os valores éticos, naturalmente particularistas.

A sociedade democrática multicultural deve ser aquela no qual o moralmente correto pode conviver com as diferentes concepções de eticamente “bom” de maneira a não eliminar nenhuma expressão ética em favor de uma maioria determinada circunstancialmente – esse é o sentido específico da norma do pluralismo político contida na Constituição de 1988.

5 CONCLUSÃO:

O conceito de soberania é uma das noções fundamentais de direito público, mas isso não o isenta de equivocos e interpretações divergentes, tanto por parte de juristas como por parte de filósofos e teóricos políticos. Esse trabalho teve como escopo demonstrar, por meio das duas distintas teorias apresentadas, como as formulações da soberania podem variar consideravelmente.

A partir de uma análise detida do ponto de vista decisionista e autoritário de Schmitt e do ponto de vista democrático e procedimental de Habermas, o trabalho buscou apreender, em fontes ecléticas, alguns desses distintos pontos de vista para, assim, fornecer subsídios para a determinação de um conceito de soberania constitucionalmente adequado às provisões da Constituição de 1988.

Nesse aspecto, cumpre salientar que a cláusula que consagra a soberania popular na Constituição deve ser forçosamente interpretada em conjunto com o dispositivo que estabelece o pluralismo político como fundamento da República Democrática, de modo a afastar concepções que não privilegiem o ponto de vista multicultural, como ocorre com a *Teoria da Constituição* de Schmitt.

Com efeito, é no seio de uma sociedade na qual os distintos pontos de vista éticos sobre o “bom” coexistem entre si, mediados por princípios universalizáveis de uma concepção abstrata de política e moralidade, na qual pode discernir-se claramente um conjunto de normas sobre justiça e sobre o “correto”, que a democracia deve se desenvolver.

Isso não isenta, no entanto a incorporação de atributos da teoria schmittiana ao nosso direito constitucional, como a ideia da decisão do povo como fundamento do ordenamento jurídico, da relação interna entre política e direito e do caráter essencialmente político de conceitos do direito público, assim como o reconhecimento de sua origem na secularização de concepções teológicas.

REFERÊNCIAS:

FORST, Rainer. **Contextos da justiça:** São Paulo: Boitempo Editorial, 2010.

_____. **The right to justification:** Elements of a constructive theory of justice. New York: Columbia University Press, 2012.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro:** Estudos de teoria política. 3ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2007.

_____. **Between facts and norms:** Contributions for a Discourse Theory of Law and Democracy. Massachusetts: The MIT Press, 1996.

_____. **The crisis of the European Union:** A response. Cambridge: Polity Press, 2012.

KENNEDY, Ellen. **Constitutional failure:** Carl Schmitt in Weimar. Durham: Duke University Press, 2004.

MAUS, Ingeborg. **Liberties and popular sovereignty:** On Jürgen Habermas's Reconstruction of the System of Rights. *Cardozo Law Review* Vol. 17:825, pp. 825-882, 1995-1996.

SCHMITT, Carl. **Political theology:** Four Chapters on the Concept of Sovereignty. Chicago: University of Chicago Press, 2006.

_____. **O Conceito do político.** Petrópolis: Vozes, 1994.

_____. **La dictadura.** Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberania hastala lucha de classes proletária. Madrid: Alianza Universidad Textos, 1999.

_____. **Teoria de la constitución.** Madrid: Alianza Universidad Textos, 1982.

SCHEUERMAN, William, E. **Between the norm and the exception.** The Frankfurt School and the Rule of Law. Cambridge, Massachusetts: The MIT Press, 1997.

SCHLINK, Bernhard e JACOBSON, Arthur (org.). **Weimar:** A Jurisprudence of Crisis. 2ª ed. California: University of California Press, 2002.

SOLON, Ari Marcelo. **Teoria da soberania como problema da norma jurídica e da decisão.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

STOLLEIS, Michael. **A history of public law in Germany 1914-1945.** Oxford: Oxford University Press, 2004.

SULTANY, Nimer. **The state of progressive constitutional theory:** The Paradox of Constitutional Democracy and the Project of Political Justification. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, vol. 47, pp. 371-455, 2012.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade.** Fundamentos da sociologia compreensiva. Vol. 2. São Paulo: Editora UnB, 2004.