

**O ABISMO ENTRE O ESTADO DE DIREITO E O ESTADO DE EXCEÇÃO: POR  
UM DECISIONISMO DEMOCRÁTICO\***

***THE ABYSS BETWEEN THE RULE OF LAW AND THE STATE OF EXCEPTION: ON  
BEHALF OF A DEMOCRATIC DECISIONISM***

Letícia Assad<sup>†</sup>

Ranier Coimbra<sup>††</sup>

**RESUMO:** O presente trabalho tem por objetivo discutir como a decisão soberana é necessária para a solução dos problemas de Estado. A problemática está no fato de que em determinadas circunstâncias, a decisão assume legitimidade própria, que se fundamenta como ato de sobrevivência do Estado. Para tanto, far-se-á uma análise teórica do pensamento de Carl Schmitt a partir da releitura feita pela teoria institucional norte-americana de sua teoria da decisão. Assim, o texto estará dividido em três partes, a saber (i) a crítica de Carl Schmitt ao romantismo político e sua concepção de democracia; (ii) a importância da decisão no seio do Poder Executivo e a evolução da teoria decisionista; e (iii) o grau de legitimidade que essa decisão assume quando é necessário enfrentar uma crise.

**PALAVRAS-CHAVE:** Decisionismo; Teoria Institucional; Poder Executivo.

**ABSTRACT:** This paper aims to discuss how sovereign decision is necessary to solve the problems of the State. The problem lies in the fact that in certain circumstances, the decision takes its own legitimacy, which rests as an act of survival of the State. Therefore, it is presented a theoretical analysis of the thought of Carl Schmitt through the rereading made by North American institutional theory of his decision theory. Thus, the text is divided into three

---

\* Este artigo foi elaborado no âmbito do Laboratório de Estudos Teóricos e Analíticos sobre o Comportamento das Instituições (LETACI), vinculado à Faculdade Nacional e ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, com financiamento da Fundação Carlos Chagas Filho de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro (FAPERJ) pela concorrência do Edital nº 9 de 2011 (Processo nº E-26/111.832/2011), além de Bolsas de Iniciação Científica-IC (Processos nº E-26/102.240/2011 e nº E-26/101.047/2012), e do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) pela concorrência do Edital Universal de 14/2011 (Processo nº 480729/2011-5).

<sup>†</sup> Graduanda em Direito da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. E-mail: [leticia.assad@hotmail.com](mailto:leticia.assad@hotmail.com) Bolsista em Iniciação Científica (PIBIC/CNPq)

<sup>††</sup> Graduado em Direito da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. E-mail: [ranier.coimbra@gmail.com](mailto:ranier.coimbra@gmail.com)

parts, namely (i) Carl Schmitt's critique of the political romanticism and his conception of democracy, (ii) the importance of the decision within the Executive Branch and the evolution of the decisionist theory, and (iii ) the degree of legitimacy that assumes that decision when is necessary to face a crisis.

**KEYWORDS:** Decisionism; Institutional Theory; Executive Branch.

## I. INTRODUÇÃO

A problemática central deste trabalho está voltada para a compreensão da decisão como elemento fundamental para a sobrevivência do Estado Administrativo<sup>1</sup> e da estrutura normativa que o informa, sendo em última instância o próprio Estado de Direito. É a decisão que promove a consolidação prática de uma política desenvolvida no seio do Estado. Somente a decisão é capaz de estabelecer as linhas norteadoras de sua atuação política, de modo a assegurar o equilíbrio institucional interno do Estado, como também a plena realização de uma pauta de prioridades administrativas traçada por seus governos. É nesse sentido que se observa como crucial a decisão a ser tomada pelo Poder Executivo. Sem embargo das decisões empreendidas pelos outros Poderes do Estado, como a decisão legislativa que cria a lei e a partir da lei direitos e deveres ou como a decisão judicial que, ao interpretar e dar a eficácia e vigência à lei, também cria direitos, não será possível conceber o Estado como ente permanente sem uma decisão executiva capaz de afetar as situações reais. De fato, sem uma decisão executiva, imperativa e uníssona capaz de assegurar aos cidadãos a continuidade do ente estatal, não há gozo de direitos.

Há que se dizer que a decisão toma vulto quando concebida nos momentos de crise. O grande ideólogo da teoria decisionista no século XX, Carl Schmitt, já afirmara que “soberano é quem decide sobre o estado de exceção”<sup>2</sup>. É o Estado de Exceção – vértice da

---

<sup>1</sup> Acerca do Estado Administrativo, é necessário fazer menção à burocratização do Estado concebida pelo pensamento de Max Weber. O Estado Administrativo burocrático fundamentado na função pública seria concebido, nas palavras de Weber, como “*um corpo de trabalhadores intelectuais especializados, altamente qualificados e que se preparam, ao longo de anos, para o desempenho de sua tarefa profissional, estando animados por um sentimento muito desenvolvido de honra corporativa, onde se acentua o capítulo da integridade.*” WEBER, Max. **Ciência e Política: duas vocações**. São Paulo: Editora Cultrix, 2010, pag. 69. Nesse sentido, o Estado Administrativo em seu caráter burocrático se funda como uma empresa em que seus funcionários constituem um corpo técnico capaz de geri-lo. Tal dimensão teórica encontra-se na contramão da perspectiva adotada por este trabalho. Não negamos o fato de existir um corpo técnico adequado e essencial às atividades de gestão do Estado. Contudo, esse corpo técnico burocratizado não se mostra capaz de tomar decisões essenciais para a sobrevivência da ordem estatal, apesar de ser o fundamento dessas decisões, pois são eles que dotam os agentes políticos de informação.

<sup>2</sup> SCHMITT, Carl. **Teologia Política**. Madrid: Editorial Trotta, S.A., 2009, pag. 13, em tradução livre dos autores

crise – que se realiza como circunstância fática que irá validar a própria decisão. No mundo contemporâneo a crise assumiu protagonismo nas relações políticas, econômicas e culturais. O mundo pós-11 de setembro estabeleceu novas perspectivas para a crise como fenômeno permanente na esfera pública de deliberação política. Não há que se esquecer de mencionar a crise econômica desencadeada pelos países centrais – Estados Unidos e União Europeia – que se perdura desde a primeira década deste século e ainda não apresenta sinais de estabilização e retorno à normalidade. Observamos, então, que a crise se realiza como evento perturbador da normalidade vigente e obriga o poder político executor à consecução de medidas rápidas e urgentes para que a solução seja encontrada brevemente, capaz de reduzir os potenciais danos causados pela situação crítica. Assim, na expressão de Gilberto Bercovici, o mundo contemporâneo vive em Estado de Exceção permanente<sup>3</sup>.

É nesse contexto que se estabelece a dualidade do Estado de Direito e do Estado de Exceção. Essa dualidade faz provocar certo abismo entre esses dois fenômenos jurídicos-políticos que existem um em função do outro. O Estado de Exceção só se realizará para manter e assegurar a existência do Estado de Direito. Deve-se esclarecer que garantir o Estado de Direito significa garantir o fundamento do próprio Estado. É porque a ordem racional de normalidade foi perturbada que surgirá o Estado de Exceção. Nesse sentido, a decisão emerge como elo que estabelecerá a ligação incontestável entre esses dois estados políticos. É equivocada a ideia de que Schmitt seja um teórico da exceção<sup>4</sup>. Schmitt é um teórico da decisão, que buscava soluções para a crise de Weimar a partir do direito e que observou que a decisão é única saída para esta problemática. Já na *Teologia Política* Carl Schmitt afirma que a ideia de soberania como decisão é uma ideia limite. Essa ideia limite será utilizada para explicar a própria normalidade<sup>5</sup>.

Contudo, em Carl Schmitt, há uma dificuldade democrática<sup>6</sup> de tomada da decisão. É impossível esquecer-se da relação entre o seu pensamento e o nacional-socialismo. No

---

<sup>3</sup> BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e Estado de Exceção Permanente**. Rio de Janeiro: Azougue editorial, 2004, *passim*

<sup>4</sup> “*Tal fórmula tem gerado uma série de equívocos por parte por parte dos intérpretes que veem em Schmitt um teórico do Estado de Exceção, esquecendo-se de sua preocupação científica de explicar o fenômeno jurídico e explorar o conceito de exceção, como ele próprio diz, enquanto um conceito-limite para a explicação do direito.*” MACEDO JR, Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a fundamentação do direito**. São Paulo: Max Limonad, 2001, pag. 114

<sup>5</sup> “*Pues concepto límite no significa concepto confuso, como en la impura terminología de la literatura popular, sino concepto de la esfera más extrema. A él corresponde que su definición no pueda conectarse al caso normal, sino al caso limite.*” SCHMITT, Carl. Op. cit, pag. 13

<sup>6</sup> Deve-se entender que Carl Schmitt não é um antidemocrático. Sua teoria é democrática, malgrado o fato de ter suas bases não em um fundamento liberalizante, em que democracia equivale à liberdade. A ideia de democracia schmittiana relaciona-se com a necessidade de unidade política do povo junto ao Estado. Em verdade, o ponto de refutação máxima de Schmitt está calcada na eterna discussão nas casas parlamentares. Quem muito discute,

entanto, ao estudarmos suas ideias, devemos verificar que muitos dos seus escritos eminentemente panfletários nada mais são do que uma tentativa fracassada de oportunismo político<sup>7</sup>, ou seja, tentar mostrar ao Partido que suas ideias se coadunavam com o Estado concebido por Adolf Hitler; e dentre seus textos há que se verificar a sua contribuição de ordem teórica para a compreensão do fenômeno da crise, malgrado o seu compromisso, durante certo período com o nazismo<sup>8</sup>. Assim, deve-se compreender que a dificuldade democrática reside justamente em adequar o conceito de decisão em Schmitt no contexto contemporâneo de democracias desenvolvidas e consolidadas.

Nesse sentido, a hipótese deste trabalho consiste no fato de que é possível o estabelecimento de uma conjunção entre o pluralismo jurídico – fundamental para a sobrevivência dos espaços democráticos de debate público, em que se concebe o direito fundamental de discordar – com o monismo político, sem o qual não se pode decidir e enfrentar as repetidas crises ocasionadas. Para tanto, a compreensão dos arranjos institucionais ocasionados pelas decisões empreendidas pelo Poder Executivo é indispensável, pois é a partir da decisão que surgirão novas configurações na comunidade de instituições do Estado, promovendo a articulação entre o pluralismo fundamental ao Estado de Direito e a unidade política necessária à continuidade do próprio Estado. Então, o marco teórico está pautado na leitura da teoria institucional norte-americana, precisamente na discussão empreendida por de Adrian Vermeule e Eric Posner, em que há um resgate democraticamente verificado dos ideais de decisão preconizados por Carl Schmitt, sendo a partir desse viés teórico que analisaremos o pensamento de Schmitt.

Assim, em termos metodológicos este trabalho se orienta para uma análise estritamente teórica do problema, ainda que se permita, em comentário de rodapé, fazer menção a exemplos que ilustrem os argumentos apresentados. Nesse sentido, o método utilizado para a consecução do texto é o dedutivo-analítico. Para tanto, em um primeiro

---

pouco decide. Assim, Carl Schmitt vai dizer que somente a unidade, pautada em uma igualdade entre governantes e governados seria capaz de traduzir um conceito de democracia adequado a um contexto de crise. Essas questões serão analisadas de maneira mais detida no curso do texto.

<sup>7</sup> “Seguiram-se outros ataques por parte da SS, nos quais se acusava o Kronjurist de filo-judaísmo, catolicismo e oportunismo. Alguns artigos denunciavam, corretamente, aliás, que a teoria da igualdade de chances para assumir o poder, defendida por Schmitt em *Legalidade e Legitimidade*, visava expressamente conter a tomada legal do poder pelos nazistas. Neste momento, as alternativas para Schmitt segundo relatório feito pela SS eram a imigração ou o campo de concentração. (...) Subitamente as acusações e críticas a Schmitt terminaram em 1936 ao preço de seu silêncio absoluto sobre temas relacionado à política interna.” MACEDO JR, Ronaldo Porto. Op. cit., pag. 36

<sup>8</sup> “(...) car on peut tout à fait considérer que les écrits nazis de Schmitt ont jeté sur lui un discrédit irrémédiable sans pour autant juger ni que cette circonstance annule le reste de son oeuvre, ni à l'inverse qu'il s'agit d'un simple moment d'égarement.” KERVÉGAN, Jean-François. **Que faire de Carl Schmitt ?** Paris: Éditions Gallimard, 2011, 35

momento apresentaremos a crítica de Carl Schmitt ao romantismo político e sua visão de democracia, para em seguida analisarmos os seus ideais de decisão. Por fim, apresentaremos como a teoria institucional norte-americana tem feito uma releitura do decisionismo schmittiano para validar a sua tese de que vivemos em um mundo em que o Executivo protagoniza o processo de tomada de decisão no debate político, alterando drasticamente o modelo de separação de poderes.

## II. A DIFICULDADE DEMOCRÁTICA EM CARL SCHMITT E A CRÍTICA AO ROMANTISMO POLÍTICO

A dificuldade democrática em Carl Schmitt encontra seu fundamento na crítica feita ao romantismo político. A crítica ao romantismo político será o norte a ser perquirido para bem compreender tanto o conceito de democracia schmittiano, quanto para a sua teoria do decisionismo ocasionalista, que será analisado de maneira mais detida no próximo capítulo. De fato, Carl Schmitt estabelece a sua crítica no livro *Romanticismo Político*, consistindo a base de sua teoria decisionista desenvolvida em *Teologia Política*.

Para Schmitt, a expressão estética do romantismo será essencial para a compreensão dos problemas vivenciados pelo Estado e pelas sociedades do século XIX e XX, pois esse modelo estético estará impregnado na consciência coletiva e no espírito de todas as pessoas. Assim, primeiramente, Schmitt concebe como romantismo “*everything that can be psychologically or conceptually derived from the belief in the bonté naturelle – in other words, the thesis that man is good by nature.*”<sup>9</sup> É nesse contexto que se estabelece a ideia de que o problema central trazido pelo romantismo se dá com a negação da realidade em privilégio de um idealismo cego, que se manifesta incapaz de estar atento ao desenvolvimento das relações políticas essenciais ao convívio em coletividade.

A estética romântica congloba a principal dificuldade filosófica de transição na história recente da humanidade: a passagem do humanismo classicista do século XVIII para o mundo da técnica do século XIX, que se agrava de maneira profunda no século XX. Nesse sentido, todos os aspectos da vida humana assumem uma estética que neutraliza as relações, porque as idealiza, fazendo com que haja uma total despilitização em todos os aspectos. Tanto a técnica, como a economia, para Schmitt, estão profundamente carregadas de neutralidade e idealização.

---

<sup>9</sup> SCHMITT, Carl. **Political Romanticism**. Cambridge: MIT Press, 1986, pág. 1.

Tal situação faz como que todos os parâmetros da vida deixem de existir, porque já não há mais nenhum elemento central na conformação espiritual do sujeito romântico. Qualquer fato, acontecimento ou circunstância pode assumir a centralidade da vida espiritual, fazendo com que o paradigma da realidade esteja dissolvido<sup>10</sup>. É o indivíduo que passa a assumir esse papel central, porque se torna autocentrado. É a concretização do herói romântico no plano do real. Nas palavras de Ronaldo Macedo Porto Jr, “*nesta sociedade é confiada ao indivíduo privado a função de ser o próprio sacerdote. No sacerdócio privado está a última raiz do romantismo e do fenômeno romântico.*”<sup>11</sup>

Nessa perspectiva, com a perda de qualquer referencial, o mundo transforma-se em completo acaso, pois será o acaso o mecanismo de sobrevivência da própria essência do romântico, que não admite estabelecer qualquer vinculação com um ordenamento ou com um sistema logicamente ordenado e previsto. Assim, surge o conceito de *occasio*, que consiste em uma ocasião aleatória, em uma motivação para a fixação do viver romântico. Verifica-se, então, que o contrário do completo acaso é a causalidade. A causalidade é entendida como uma relação estabelecida entre dois eventos, sendo o primeiro de causa e o segundo de efeito. Havendo causa e efeito entre os fenômenos humanos e, em última instância, políticos, seria possível a verificação de uma tendência ou mínima previsibilidade<sup>12</sup>.

Essa estrutura estética aplicada na vida política causa, na visão de Schmitt, graves danos ao processo decisório do Estado. Isso porque o romantismo político leva aos males

---

<sup>10</sup> “*The result of subjectivistic reserve was that the romantic could not find the reality he sought in himself, the community, the development of world history, or — as long as he remained a romantic — in the God of traditional metaphysics. Yet the longing for reality demanded a fulfillment. With the help of irony, he could protect himself against the sole reality. Nevertheless, irony was nothing more than a weapon with which the subject defended itself. Reality itself was not to be gained in a subjectivistic fashion. In consequence, something else was substituted for it, something apparently even more vast: totality. The subject could make itself master of the entire universe, the totality of science, and the totality of art, all at once and completely.*” Ibidem, pág. 73

<sup>11</sup> MACEDO JR, Ronaldo Porto. Op. cit., pág. 49

<sup>12</sup> “*The romantic attitude is most clearly characterized by means of a singular concept, that of the occasio. This concept can be rendered in terms of ideas such as occasion, opportunity, and perhaps also chance. It acquires its real significance, however, by means of an opposition. It negates the concept of causa, in other words, the force of a calculable causality, and thus also every binding norm. It is a disintegrative concept. This is because everything that gives consistency and order to life and to what takes place — regardless of whether it is the mechanical calculability of the causal, or a purposive or normative nexus — is incompatible with the idea of the merely occasional. Wherever the opportune and the accidental become principles, an immense preeminence over such binding forces arises. In the metaphysical systems that are characterized as occasionalist because they locate this relation of the occasional at the decisive point — in the philosophy of Malebranche, for example — God is the final, absolute authority, and the entire world and everything in it are nothing more than an occasion for his sole agency. That is a grandiose picture of the world. It magnifies God's preeminence to enormous and fantastic dimensions. This characteristically occasional attitude can persist at the same time that something else — the state, perhaps, or the people, or even the individual subject — takes the place of God as the ultimate authority and the decisive factor. The last of these possibilities is the case in romanticism. Accordingly, I have proposed the following formulation: Romanticism is subjectified occasionalism. In other words, in the romantic, the romantic subject treats the world as an occasion and an opportunity for his romantic productivity.*” SCHMITT, Carl. **Political Romanticism**. Op. cit., pág. 16 e 17

parlamentares da eterna discussão. Pelo fato de os indivíduos serem autocentrados e suas ações se pautarem pelo completo acaso, a discussão parece surgir como a quintessência do modelo político romântico, pois faz potencializar o idealismo individual como que se o engrandecimento da atitude de heroísmo romântico fosse um fim em si mesmo.

É por isso que Carl Schmitt apresenta uma teoria de revolta contra a democracia parlamentar pautada na discussão. Para tanto, Schmitt faz uso de dois princípios para estabelecer o seu conceito de democracia: a identidade e a representação. Tanto a identidade quanto a representação são essenciais, pois serão esses princípios os garantidores da unidade do povo e em última instância do próprio Estado. Nesse sentido, o princípio da identidade consiste no exercício direto do poder político pelo povo. Pela identidade, o povo se firma como o governante, garantido assim a unidade política necessária à sobrevivência do Estado, porque o povo passa a ser politicamente consciente, já que é o decisor.

Já o princípio da representação tem como pressuposto a impossibilidade de se realizar a política de maneira direta tendo como titular o próprio povo, pois haveria uma lacuna entre a unidade política do povo e a identidade real. Assim, há a necessidade de se ter um representante, ou representantes. Para Schmitt, é a figura do representante a personificação da unidade política, tanto do povo quanto do Estado<sup>13</sup>.

Podemos compreender o conceito de democracia em Schmitt, sendo esta uma forma política de perfeita identidade entre todos os membros do povo que formam uma unidade política. Nas palavras de Schmitt, a democracia é “*a identidade entre dominadores e dominados, governantes de governados, dos que mandam e que obedecem*”<sup>14</sup> Se por um lado é possível verificar um problema se consideramos que a perfeita identidade poderia significar uma homogeneidade racial, por outro devemos compreender que o conceito de democracia schmittiano está imbuído de um profundo senso de igualdade. Portanto, democracia não estaria embasada no princípio da liberdade, como poderíamos pensar comumente. Democracia é igualdade, sem confrontar-se com a ditadura<sup>15</sup> ou qualquer outro modelo político. A democracia de Schmitt ganhou feições autônomas, podendo se conformar a qualquer outro modelo de organização política.

Assim, retomando a crítica ao romantismo político, Schmitt estabelece que o oposto da ditadura não é liberdade, mas discussão; e a ditadura pode ser democrática. Não há

---

<sup>13</sup> É por isso que Schmitt será partidário de um modelo de Poder Executivo plebiscitário, ou de uma ditadura plebiscitária, em que o representante, aquele que age soberanamente, seja alguém clamado pelo povo e possa estabelecer a própria unidade política do povo e do Estado.

<sup>14</sup> MACEDO JR, Ronaldo Porto. Op. cit., pag. 58

<sup>15</sup> Ver nota 26.

discussão na ditadura, pois a mesma emerge da necessidade de se ter um monismo político capaz de enfrentar crises. A dificuldade democrática de Schmitt está em justamente compreender que suas premissas democráticas divergem de uma formação exclusivamente liberal ou liberalizante. Schmitt apresenta um conceito novo de democracia que seja capaz de validar as decisões do governante, fazendo com que a decisão torne-se democrática. Nesse sentido, o excessivo debate romântico travado nas casas parlamentares torna-se extremamente nocivo ao Estado em crise, já que o eterno diálogo é incapaz de decidir.

### III. O DECISIONISMO NO PODER EXECUTIVO

É possível dizer que a teoria decisionista de Carl Schmitt possui duas fases, ou certa gradação que varia do exclusivo decisionismo pautado no fato de que a decisão será o elemento fundador de toda ordem até chegarmos a um decisionismo menos radical capaz de conceber estruturas institucionais como pressuposto para a futura decisão. Apesar da crítica ao romantismo político, Schmitt faz uso de sua matriz ocasionalista para criar a sua teoria mais própria: o decisionismo. Em seu livro, *Teología Política*, Schmitt esclarece que sua teoria decisionista se funda em um nada normativo<sup>16</sup>.

Isso significa que para o nascimento da decisão não há qualquer fundamento de natureza moral. A decisão mais genuína emerge de uma realidade de completa anormalidade e instabilidade, fazendo com que a única solução seja uma decisão capaz de enfrentar o processo de crise. Há que se dizer que a decisão é uma manifestação de vontade. A decisão nada mais é do que um processo volitivo estabelecido no mundo prático.

É necessário esclarecer que o decisionismo pautado em um nada normativo não significa dizer que há completa ausência de normas, que não há ordenamento jurídico vigente. O decisionismo que poderíamos chamar de ocasionalista se diz ausente de normas ou existente em um nada normativo porque as normas não são tidas como um *a priori* para a decisão. Isso significa dizer que as normas existem, mas elas não importam para a decisão. A decisão deste tipo vai ocorrer à revelia de qualquer baliza legal que possa regulá-la.

Poderíamos dizer que esse tipo de decisão só seria enfrentado quando o Estado estivesse em Estado de Exceção. Isso porque na Exceção, o ordenamento jurídico estaria

---

<sup>16</sup> “Normativamente considerada la decisión nace de la nada. La fuerza jurídica de la decisión es harto distinta del resultado de su fundamentación. No se hace la imputación con el auxilio de una norma, sino viceversa: sólo desde un centro de imputación se puede determinar qué es una norma y en qué consiste la corrección normativa. De la norma misma no se deriva punto alguno de imputación, sino solamente la cualidad de un contenido” SCHMITT, Carl. **Teología Política**. Op. cit., pag. 32

suspensão ou incapaz de se conformar à realidade de crise e anormalidade. Assim, parece razoável que a decisão surja de um nada normativo, porque é para salvar a existência das normas que tais decisões dotadas desta natureza sobreveem como solução a ser empreendida pelo Poder Executivo. Deve-se compreender que a decisão é um ato de sobrevivência do Estado. E se considerarmos o Estado enquanto norma, a decisão é um ato de sobrevivência da própria estrutura normativa que se realiza como essência do Estado de Direito. É por isso que Schmitt é um ferrenho crítico do romantismo político, pois é a estética responsável por fazer existir um mundo de idealização, que mergulhada em seu diálogo eterno, impede a tomada de decisão.

Carl Schmitt se inspira no pensamento de Donoso Cortès<sup>17</sup> para estabelecer a sua ideia de nada normativo. Para Cortès, a decisão tinha fundamentação teológica, concebida a partir da infalibilidade de Deus. Assim, para ele, Deus seria o único ser capaz de decidir a partir do nada. Schmitt relê a teoria de Cortès, secularizando-a, na medida em que a decisão não tem relação com nada que é transcendental ou metafísico. Assim, nesse estágio de seu decisionismo, a decisão é em si, existe por ela mesma, não havendo qualquer circunstância relacional que possa fundamentá-la.

Isso porque o objetivo da decisão é (re) estabelecer uma normalidade ou acabar com o caos da crise. Assim, encontramos o aspecto fundamental da decisão, que se evidencia na formação de uma nova ordem. É a decisão a geratriz de toda a nova ordem política, social e jurídica, sendo a primeira baliza para todo o processo de superação da crise ou da Exceção. É interessante notar que, pelo fato de a decisão ser o ato original e ser concebida em si e não relacionada a qualquer outro fundamento, seja ele moral, religioso, transcendental ou metafísico, a decisão tomada pelo Poder Executivo será sempre orientada para o futuro<sup>18</sup>, pois não há parâmetro que a regule no passado.

---

<sup>17</sup> Juan Donoso Cortès foi um historiador, filósofo e político espanhol que viveu na primeira metade do século XIX, tendo exercido grande influência na política francesa dessa época, culminando com a sua nomeação como Embaixador de Paris. A influência que exercera no pensamento de Carl Schmitt se justifica pelo fato de que toda a sua produção intelectual é marcada por um conservadorismo católico, orientado ao combate da modernidade política de natureza liberal. Suas obras de maior envergadura – *Discurso sobre a Ditadura e Ensaio sobre o catolicismo, o liberalismo e o socialismo* –, apresentam uma teoria capaz de justificar a sua ideia de ditadura militar com fundamentação teológica da decisão política para suplantare a estrutura liberal do Estado, que segundo Cortès, era a causa de toda a crise.

<sup>18</sup> “Essa força jurídica de decisões contrárias às normas pertence a todo e qualquer ordenamento jurídico. (...) Para o jurista do tipo decisionista não é o comando enquanto comando, mas autoridade ou soberania de uma decisão última, dada com o comando, que constitui a fonte de todo e qualquer “direito”, isto é, de todas as normas e ordenamentos seguintes. O tipo do decisionista não é menos “eterno” do que o do normativista. Mas em sua pureza ele adquiriu contornos nítidos apenas tardiamente.” SCHMITT, Carl. “Sobre os Três Tipos do Pensamento Jurídico.” in MACEDO JR, Ronaldo Porto. Op. cit., pag.179.

Nada obstante o aprofundamento de sua teoria decisionista, Schmitt a reformula a partir de seus estudos desenvolvidos entre os anos 1930 e 1940 em que ele passa a conceber um decisionismo institucionalista como influência do pensamento de Maurice Hauriou e da teoria institucionalista francesa estabelecida no início do século XX. É significativo dessa época o texto *Sobre os Três Tipos de Pensamento Jurídico*, em que Schmitt passa a assumir a ideia de que a realidade concreta tem o condão de influenciar as decisões soberanas tomadas no sentido da proteção do Estado. Assim, a decisão não parte mais de um nada normativo, e sim de estruturas reais de poder e conformação social. Ronaldo Porto Macedo Jr. cunha essa nova fase do pensamento de Schmitt de decisionismo mitigado. Para ele, “*o institucionalismo schmittiano será uma tentativa de determinar os critérios de formação de conteúdos na esfera política e jurídica a partir da dinâmica social. Ele será neste sentido o fundamento transcendente e prático para a ação política e para a decisão do jurista*”<sup>19</sup>.

A virada institucional schmittiana permitirá os desdobramentos realizados pela contemporânea teoria institucional norte-americana que vai estabelecer a decisão como fruto de uma dificuldade institucional no que consiste à falência da clássica separação de poderes e legalismo liberal. A decisão será o ato de formação e transformação das relações institucionais desenvolvidas no seio do Estado e sua legitimidade encontrará solidez a partir do momento em que o Poder Executivo se manifesta como o único capaz de tomar decisões dessa natureza. Essa será a chave para o dilema entre a necessidade do estabelecimento de um monismo político para o enfrentamento de crises diante de um necessário pluralismo jurídico na esfera pública de deliberação coletiva.

#### **IV. A LEGITIMIDADE DAS DECISÕES EXECUTIVAS PARA O ENFRENTAMENTO DE CRISES**

A partir da crise política da modernidade<sup>20</sup>, deparamo-nos com situações que necessitam serem resolvidas de maneira imediata e que encontrarão a sua solução em uma decisão. Muitas vezes, os fatos que necessitam dessa decisão são inéditos e não há parâmetros

---

<sup>19</sup> MACEDO JR, Ronaldo Porto. Op. cit., pag. 55

<sup>20</sup> É necessário esclarecer que a crise política da modernidade consiste em uma indefinição quanto à própria razão de Estado racionalmente concebido. Assim, o período de Weimar consiste na representação máxima dessa crise de sentidos. É inegável que o debate existente no seio da intelectualidade alemã acerca das razões de ser de um Estado e das razões de ser de uma Constituição se deveu ao fato de a Alemanha do início do século XX vivenciar uma profunda crise política, social e econômica. É dentro desse processo de criação intelectual que se desenvolveram as bases de uma teoria constitucional fundante para o pensamento jurídico contemporâneo. Verifica-se uma profunda necessidade de dar um rumo ao Estado tentando responder à questão acerca de um melhor modelo de Estado possível.

que possam embasá-la. Logo, o ato de decidir, que geralmente se realiza em caráter de urgência, precisa ser tomado por um órgão que possui unidade, força e expedição de poder para a resolução dos problemas; e a instituição que ganha destaque por possuir essas características é o Poder Executivo<sup>21</sup>. Nesse sentido, o Poder Executivo passa a exercer certo protagonismo na vida política e constitucional no mundo contemporâneo, que desde o início deste século tem experimentado diversas crises: econômicas, políticas e sociais.

A atualidade da teoria decisionista instrumentalizada pelo Poder Executivo está, indubitavelmente, inserida no contexto da falência do modelo constitucional formulado por Montesquieu e Madison. Tal modelo, tendo como mote central a necessidade de contenção do Estado em prol da garantia do pleno gozo das liberdades individuais<sup>22</sup>, foi responsável por instituir a chamada clássica separação de poderes. Na Convenção de Filadélfia, de 1787, Madison propôs a separação dos poderes em três ramos distintos, a saber: Executivo, Legislativo e Judiciário, a fim de promover uma divisão institucional de trabalho e de proteção à liberdade. O objetivo perseguido era proteger a liberdade a partir da separação dos poderes, vez que a combinação de poderes em uma única instituição seria a “própria definição de tirania”<sup>23</sup>.

Em verdade, no modelo madisoniano, no sentido coibir a tirania do próprio Estado, cada Poder estaria restrito à sua função típica. Seria, então, a partir da diferenciação dos Poderes e sua obrigatória mútua relação que o sistema governamental se aperfeiçoaria, vez que haveria um complexo esquema de controle institucional realizado pelos Poderes estatais,

---

<sup>21</sup> É necessário esclarecer que o Poder Executivo que traz essas características e que fundamentado nas suas decisões assume papel protagonista na configuração institucional do Estado é aquele de modelo parlamentarista. Assim, as considerações expostas a seguir não se adequam a outros modelos, tais como o parlamentarista ou o misto.

<sup>22</sup> Theodor Adorno, em sua crítica aos sistemas filosóficos do século XVII, afirma que a Liberdade como emanção do individual se realizou como central para a formação das mentalidades burguesas que deram origem à ideia de contenção do Estado para a realização dos anseios individuais. “*Desde o século XVII, a grande filosofia tinha definido a liberdade como o seu interesse mais específico; e isso sob o mandato implícito da classe burguesa para fundamentá-la de modo evidente.*” ADORNO, Theodor. **Dialética Negativa**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editores, 2009, pag. 181. A partir dessa ideia, Adorno constrói a sua teoria filosófica no sentido de que a Liberdade não poderia se restringir a dimensão individual, dentre outras, enquanto vontade livre, visto que a Liberdade só poderia existir enquanto experiência humana em conexão direta com a humanidade, em sua vertente coletiva. Então, o grande desafio da Liberdade é a sua truncada relação entre o individual e coletivo, entre o cidadão e a sociedade. É por isso que a ideia de Justiça, em Adorno, assumirá a responsabilidade de garantir o efetivo gozo da Liberdade por compreendê-la coletivamente. É interessante verificar que o deslocamento filosófico proposto por Adorno pode ser encarado como o vértice da própria transformação do Estado, e, em última análise, da própria falência de seu modelo clássico de separação de poderes.

<sup>23</sup> É possível extrair essa explicação nos estudos de Posner e Vermeule: “*The liberty-protecting function of the separation of powers, Madison suggested, is that the combination of powers in one institution would be “the very definition of tyranny”. Mutual checking and monitoring by the branches of government would prevent concentration of power, suppress the evils of factionalism, and conduce to better policymaking overall.*” POSNER, Eric A.; VERMEULE, Adrian. **The Executive Unbound – After the Madisonian Republic**. New York: Oxford University Press, 2011, pag. 18

organizados pelos freios e contrapesos, tendo por consequência certa fragmentação necessária ao Poder do Estado.

No entanto, esse modelo já não mais reflete a realidade política realizada pelos Estados. Não se trata do fim da separação de poderes, mas da necessidade de se conceber uma nova separação de poderes que assuma os atuais problemas da vida estatal<sup>24</sup>. Em um mundo marcado constantes crises, não seria mais possível conceber um Estado marcado pelo equilíbrio entre suas instituições. Assim, para sanar e enfrentar tais crises, que se verificam nas mais variadas esferas, verificamos um Estado administrativo, ou um Poder Executivo mais preparado do ponto de vista institucional para solucionar os problemas a serem enfrentados nesta seara. Assim, será a decisão executiva a principal causa da falência do legalismo liberal<sup>25</sup>. Isso porque ela será a única que poderá assegurar a sobrevivência do Estado Administrativo.

Versões mais complexas e realistas da teoria legal tentam se adequar ao Estado Administrativo moderno, considerando a massiva delegação ao Executivo e as frequentes crises que lançam o desempenho das legislaturas e das cortes para um papel secundário. Com isso, a versão mais simples do legalismo liberal mostra-se falha, uma vez que a teoria legal provou-se incapaz de restringir, significativamente, o Executivo. Demonstra-se a falha do legalismo liberal com os dois maiores problemas que atormentam esta teoria: a delegação e a

---

<sup>24</sup> Bruce Ackerman faz interessante crítica ao modelo clássico da separação de poderes pugnando por uma nova separação de poderes. Para ele, o mais adequado seria a implementação de um 'parlamentarismo constrangido'. Segundo seus estudos, o modelo presidencialista é bastante nocivo, pois faz com que o Poder Executivo torne-se um inimigo da rule of law: "The ongoing competition between House, Senate, and Presidency for control over the administrative apparatus has created an excessively politicized style of bureaucratic government, transforming the executive branch into an enemy of the rule of law" ACKERMAN, Bruce. *The New Separation of Powers*, **Havard Law Review**, No. 3 Vol 113, pág 641. No entanto, como vivemos, no Brasil e nos Estados Unidos, um modelo presidencialista, temos que o Poder Executivo passa a ditar as regras das relações institucionais no seio do Estado.

<sup>25</sup> O legalismo liberal surge primeiramente no pensamento de Montesquieu que em seu livro *Do Espírito das Leis* nos convida a destituir os Reis de seus tronos para que entronizemos a própria lei, fazendo surgir o chamado Império da Lei. Diz-se legalismo liberal, pois é para assegurar a liberdade do indivíduo face ao Estado que existe a lei. É a lei que irá conter o arbítrio do Estado e proteger o indivíduo em suas esferas privadas e na sua relação com as demais instâncias de poder. Não podemos esquecer que é com base nessa premissa que estará estabelecida a separação de poderes do Estado. Isso porque não basta conter o Estado perante os indivíduos. É preciso conter o Estado dele mesmo e assegurar a existência de mecanismos de autocontrole. Esse pensamento se clarifica nas palavras de Montesquieu: "*la liberté est le droit de faire tout ce que les lois permettent: et, si un citoyen pouvait faire ce qu'elles défendent, il n'aurait plus de liberté, parce que les autres auraient tout de même ce pouvoir*". MONTESQUIEU. **De l'esprit des lois I**. Paris: GF Flammarion, 1979, pag. 292 Assim, a versão mais simples da teoria legal sustenta que as representativas legislaturas devem governar sujeitas às restrições constitucionais; enquanto os agentes judiciais e executivos executam o Direito. É necessário alertar para o fato de que o termo empregado diversas vezes por Adrian Vermeule e Eric Posner em *The Executive Unbound* é dotado de uma série de significados como bem nos alerta Bruce Ackerman ao referir-se ao constitucionalismo liberal democrático. "*Liberal democratic constitutionalism*" is not a unitary concept but a placeholder for congeries of different values, coexisting in deep tension." ACKERMAN, Bruce. Op. cit., pág 639. No entanto, assumiremos o legalismo liberal como a ideia de contenção do Estado pela lei; a materialização da rule of law para a contenção, sobretudo do Poder Executivo, como faz os primeiros autores em referência

emergência<sup>26</sup>. Na delegação, os legisladores aprovam leis que conferem poderes à autoridade executiva para regular e determinar a política. Quanto à emergência, há choques que exigem novas políticas a serem adotadas e executadas com grande velocidade.

A delegação é um fenômeno jurídico-político que visa desafogar o âmbito de atuação do Legislativo<sup>27</sup>. No final do século XIX e início do século XX, a demanda por regulação ultrapassou a capacidade do Poder Legislativo para fornecer legislação adequada de maneira direta, exigindo, assim, delegação para órgãos administrativos, alguns dos quais são controlados *de jure* pelo chefe do Poder Executivo, e outros são influenciados pelo chefe do Poder Executivo *de facto*, especialmente através do poder de nomear os membros que compõem a estrutura administrativa do Estado. A complexidade da elaboração e execução dos programas governamentais e do ritmo acelerado das mudanças no ambiente político torna custoso para os legisladores relativamente pouco especializados e sobrecarregados com processos complexos de ação coletiva<sup>28</sup> tentarem racionalizar todas as escolhas políticas, mesmo que essa atividade pudesse ser concebida como função típica.

Outro fenômeno de importância na vida política contemporânea é a emergência. Em tempos de crise, o Congresso e o Judiciário tornam-se débeis frente a um Estado de emergência instalado por um evento que foge à normalidade. Na realidade, crises expõem a

---

<sup>26</sup> Para bem compreender os processos de delegação e emergência anunciados pela teoria institucional norte-americana, é importante traçar um paralelo com as ideias de ditadura soberana e ditadura comissária propostas por Carl Schmitt. Primeiramente, a ditadura soberana é tida como aquela que se fundamenta em um poder constituinte advindo do povo e se caracteriza como sendo permanente. À época de Schmitt, o maior exemplo desse tipo de ditadura é o caso da Revolução Russa de 1917 em que novas bases de um poder constitucional se estabelecem. Por outro lado, a ditadura comissária, sendo a que mais nos interessa, é aquela que se fundamenta pela existência de uma situação de crise. É pela crise que o poder constituído delega ao “ditador” poderes para agir em prol da manutenção de uma normalidade. Veja-se que a exceção se realiza como único remédio para a manutenção da normalidade. Feliz é o comentário de Ronaldo Porto Macedo Júnior quando afirma que “há o comissário que é o personagem público que está ligado a um encargo extraordinário cujos limites são definidos por delegação. Os oficiais são vinculados a uma lei, ao passo que o comissário recebe do soberano ordens específicas para resolver determinado problema.” MACEDO JR, Ronaldo Porto. Op. cit., pág. 60. Nas palavras de Bercovici, “A ditadura comissária suspende a Constituição para protegê-la, ou seja, o ditador deve criar a situação em que o direito possa se realizar. Já a ditadura soberana não suspende a Constituição valendo-se de um direito nela fundamentado, mas busca criar uma situação que torne possível outra Constituição. A ditadura soberana não apela à Constituição, mas à Constituição que irá implantar.” BERCOVICI, Gilberto. Op. cit., pag. 88 e 89

<sup>27</sup> Schmitt “observa que o surgimento das delegações legislativas, decretos-leis e regulamentos estatais sobre áreas tradicionalmente afetadas ao Poder Legislativo representa uma resposta do Estado Moderno à necessidade de decisões rápidas e simplificadas. Ademais, as delegações legislativas representam o triunfo de uma nova concepção de Lei e Constituição sobre a visão liberal apoiada na tradicional teoria da tripartição dos poderes”. MACEDO JR, Ronaldo Porto. Op. cit., pág. 64 e 65.

<sup>28</sup> A grande dificuldade de monitoramento do Executivo por parte do Legislativo é o déficit informacional. A exemplo, pode-se citar o caso americano no qual as agências de inteligência possuem domínio na área de segurança nacional e política internacional. Parte do que impulsiona a relutância do executivo em compartilhar informação é que se as informações vazarem por parte dos legisladores, será difícil identificar a fonte do vazamento. O Executivo possui plena consciência da relativa segurança que os números dão-lhe, decorrente do fato de que há muitos parlamentares mais do que funcionários de alto nível no executivo.

debilidade legislativa para ver, mas não criar. A falha legislativa durante as crises é em parte uma consequência do fracasso legislativo durante os períodos normais que as antecedem. O dilema básico, para os legisladores, é que antes de uma crise, eles não têm motivação e informação para prever com antecedência, enquanto que durante a crise, eles não têm a capacidade de gerir por si próprios<sup>29</sup>.

Ambas as situações minam a versão mais simples do legalismo liberal, em que as legislaturas criam regras próprias e as impõem ao executivo, além de ficarem sujeitas ao controle de constitucionalidade das leis. O legalismo liberal, em suma, tem-se mostrado incapaz de conciliar o Estado Administrativo com as suas origens madisonianas. O quadro constitucional e a separação de poderes geram apenas restrições fracas e anuláveis na ação executiva, expectativas muito divergentes da proposta por Madison em sua teoria original.

Como dito anteriormente, o Estado Administrativo moderno depara-se com situações que precisam de soluções precisas e rápidas. Delegações, emergências e crises são características definidoras desse Estado. As emergências e as crises são apenas a ponta de um *continuum*, em que as mudanças no ambiente econômico e político têm velocidade máxima. O que faz das crises serem significativas é que a reforma institucional fundamental para a solução da situação crítica e o imediato retorno ao *status quo ante* de normalidade ocorre em um breve período de tempo. Por mais que tais instituições se esforcem para cumprirem suas funções típicas, a reforma institucional no sentido da decisão de solucionar a crise é irrefreável. Às vezes, as instituições existentes simplesmente reivindicam mais poder, pois se veem envolvidas em uma falsa atrofia, entendida como uma capacidade falaciosa de extensão dos próprios poderes. Em outros momentos, o Congresso desperta-se a agir, mas apenas para o propósito de confirmar a conquista do poder discricionário do Executivo, ou para delegar grandes novos poderes.

---

<sup>29</sup> Como exemplo da debilidade Judiciária e Legislativa, podemos destacar os vários atos decretados pelo Executivo norte-americano durante o impasse do 11/09 . Após o atentado, foi delegado ao Executivo plenos poderes para impedir novos ataques terroristas – o Ato Patriótico (Patriot Act). Este ato é um pacote legislativo aprovado pelo Congresso americano no auge do clamor anti-terrorista, 45 dias após os atentados às Torres Gêmeas de 11 de setembro de 2001, sem nenhuma consulta à população. O significado da expressão Patriotic (Provide Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism) explica a intenção do governo Bush: gerar ferramentas necessárias para interceptar e obstruir atos de terrorismo. Cabe ressaltar que como o próprio Schmitt destacava: “O soberano decide tanto sobre a ordem que subsiste no caso extremo de emergência, quanto sobre as ações que devem ser realizadas para superar o caos, trazendo de volta a normalidade. Ele está fora do ordenamento jurídico normalmente vigente e, entretanto, pertence a este, pois que cabe a ele a competência para decidir se a Constituição “in toto” pode ser suspensa.” MACEDO JR, Ronaldo Porto. Op. cit., pág. 137

Diante dessa situação, o Executivo erige-se como o órgão decisor de fundamental importância na vida política contemporânea<sup>30</sup>. Diferenças fundamentais no momento da decisão tornam o Executivo a instituição capaz de tomá-la com maior rapidez. Enquanto o Executivo pode atuar com maior força, unidade e diligência de poder; o Congresso necessita de debate e consenso entre os grandes números<sup>31</sup>. Há também o fato de haver “assimetrias de informação”, ou seja, controlar o executivo exige experiência na área a ser monitorada, e o Congresso não possui informações necessárias para exercer esse controle nas escolhas políticas.

No que tange ao Judiciário, este também trabalha sob um déficit informacional, tanto como o Congresso, além de possuir problemas de coordenação interna. O Judiciário possui caráter descentralizado - juízes diferentes, em tribunais diferentes têm diferentes pontos de vista sobre os custos e benefícios da supervisão e do nível adequado de monitoramento do Executivo.

Torna-se claro, portanto, que o protagonismo do Poder Executivo é devido a sua capacidade decisória. Isso porque para decidir é necessário uma decisão orientada para o futuro. Interessante é o posicionamento de Carl Schmitt acerca da questão. Para o autor, as instituições legislativas liberais, tais como as assembleias legislativas e os tribunais, aplicam normas gerais que são essencialmente orientadas para o passado, enquanto os ditames da

---

<sup>30</sup> No Brasil, não seria diferente. É o que se vê: “*The supremacy of the Brazilian executive branch stems from the convenience status of the other branches, which fail to or are unable to constrain the executive expansion. In addition, the historical and political factors, the constitutional design and the proactivity expected of the executive branch add to this inability (...)*supremacy of the Brazilian executive branch also stems from the convenience of the other branches, a condition that avoids institutional crises or confrontations” SEPULVEDA, Antônio; BOLONHA Carlos; RANGEL, Henrique; LAZARI, Igor; KAYAT, Roberto. “A Convenient Path for the Brazilian Branches of Government: Executive Supremacy” in [http://digitalcommons.law.umaryland.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1166&context=schmooze\\_papers](http://digitalcommons.law.umaryland.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1166&context=schmooze_papers)

<sup>31</sup> Congresso é uma instituição partidária. O partidarismo mina a separação de poderes durante os períodos de governo unificado. Quando um mesmo partido controla tanto o poder executivo e o Congresso, o monitoramento real de discricção do Executivo raramente ocorre. Quando o Congresso é co-partidário do presidente, a fiscalização é mínima; quando o Congresso é composto por maioria da oposição, a fiscalização é mais vigorosa e pode gerar dificuldades na tomada de decisão. Com relação a essa questão, vale salientar o tema do “presidencialismo de coalizão”. A expressão foi cunhada pelo cientista político Sérgio Henrique Abranches, para caracterizar o padrão de governança expresso na relação entre os Poderes Executivo e Legislativo. O “presidencialismo” é o sistema de governo no qual o chefe do Executivo é eleito diretamente pelo sufrágio popular e tem um mandato independente do Parlamento. O presidencialismo difere do parlamentarismo justamente pelas origens distintas do poder Executivo e do poder Legislativo. Ao passo que no parlamentarismo o Executivo surge da correlação de forças entre os partidos eleitos para o Parlamento, no presidencialismo o Executivo deriva da eleição direta do presidente pelos cidadãos. De outro lado, “coalizão” refere-se a acordos entre partidos (normalmente com vistas a ocupar cargos no governo) e alianças entre forças políticas (difícilmente em torno de ideias ou programas) para alcançar determinados objetivos. Na maioria das vezes a coalizão é feita para sustentar um governo, dando-lhe suporte político no Legislativo (em primeiro lugar) e influenciando na formulação das políticas (secundariamente).

política moderna intervencionista clamam por um sistema jurídico favorável a um presente, com direção e orientação para o futuro do complexo do Estado, em constante mudança de cenários econômicos. Apenas o Executivo é institucionalmente capaz de reagir com suficiente rapidez e força, enquanto que o Legislativo e os tribunais cada vez mais ficam para trás no ritmo dos acontecimentos no Estado Administrativo, e são forçados a desempenhar um papel essencialmente reativo e marginal<sup>32</sup>.

A impressão geral é que o quadro constitucional do legalismo liberal entrou em colapso ante a pressão da moderna política intervencionista, especialmente devido ao fato brutal de que a taxa de mudança no ambiente político é muito grande para os modos tradicionais de legislação e formulação da organização estatal. A decisão eficaz e rápida tornou-se uma maneira legítima de enfrentar as adversidades do Estado Administrativo moderno. E o órgão que possui a capacidade de tomar a frente e resolver o problema é o Executivo.

A decisão tomada pelo Executivo legitima-se por ser a única maneira de manter a própria sobrevivência do Estado. Só a decisão é capaz de manter o equilíbrio interno do governo, de assegurar a estabilidade de toda a estrutura governamental, uma vez que, em situações emergenciais, se determinadas escolhas não forem resolutas, poderá agravar a crise e gerar a falência do Estado<sup>33</sup>.

Com isso, o monitoramento proposto por Madison sofre uma transformação considerável para se adequar aos novos rumos traçados pelo Estado. Em tempos de instabilidade, não há a possibilidade de exercer pleno controle sobre o Executivo. Tribunais e legislaturas veem-se diante de uma atrofia institucional onde o caminho mais eficaz de resolução é a delegação de poderes para o Executivo que se mostra cada vez mais competente para enfrentar as crises, sejam elas de qualquer natureza. Há limitações reais sobre o governo executivo, mas procedimentos constitucionais formais não são mais a sua fonte.

Tendo em vista o cenário apresentado, sobretudo em relação à dinâmica desenvolvida entre os Poderes, a conclusão a que chegamos é que a legitimidade das decisões executivas emerge da própria natureza do Poder Executivo. É a sua natureza que faz aflorar a

---

<sup>32</sup> POSNER, Eric A.; VERMEULE, Adrian. Op. cit., *passim*

<sup>33</sup> Nessa perspectiva, vale a explicação de Ronaldo Porto Macedo Jr. sobre a decisão para Schmitt: “A decisão instaura a ordem, propõe um ponto fixo para a sociedade e instituições que se organizaram, reportando-se sempre a esta decisão primeira. O soberano determina a possibilidade da regra de direito decidindo na situação de exceção: ‘ Para uma ordem legal fazer sentido, a situação normal deve existir e é o soberano quem definitivamente decide se esta situação normal realmente existe.” MACEDO JR, Ronaldo Porto. Op. cit, pág. 134.

sua capacidade informacional que é essencial não somente para a tomada de decisão em si mesmo, mas também para a legitimidade dessa decisão.

Se concebermos que a decisão do Poder Executivo é emanção de um poder político, é peremptório também considerar que a robustez e fundamentação dessa decisão, sem dúvida alguma, advêm de uma forte burocracia administrativa. Nesse sentido, compreendemos que a formação estrutural do Executivo consagra dois aspectos que são fundamentais para verificarmos como o decisionismo executivo se firmará como legítimo e fundamental para a configuração institucional do Estado.

Primeiramente, há de se verificar que o entendimento acerca de uma definição do que vem a ser Poder Executivo é bastante plural, vez que a sua realização será bastante diversa no contexto de cada ordem estatal, além de variar em larga escala no que consiste o poder empreendido e o respaldo político nas relações estatais<sup>34</sup>. No caso brasileiro, por exemplo, estamos diante de um Poder Executivo calcado no presidencialismo, fato crucial para a coerência deste trabalho, sendo necessário afirmar que a problemática analisada não se aplica a outras formas de governo que concebem estruturas diferenciadas para o Poder Executivo<sup>35</sup>.

Na realidade brasileira, verificamos no texto constitucional de 1988, em seu artigo 76, que o Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado. Assim, temos que no Brasil, adotamos o modelo presidencialista. O presidencialismo, tendo como chefe do Executivo o Presidente da República, encarna a ideia de que as funções de Chefe de Estado e Chefe de governo serão exercidas pela mesma pessoa. Isso significa que a sua instituição enquanto Poder do Estado independe de qualquer anuência do Poder Legislativo, verificado no Congresso Nacional.

---

<sup>34</sup> É interessante o comentário de Edward Schmeier, que afirma “*Many countries also have separate heads of state who have more symbolic leadership roles. Kings, queens, and many elected presidents serve largely as symbols of the nation and frequently do little more than greet visiting dignitaries, celebrate the openings of new highways, and hope their children avoid scandals. Some heads of state, either through tradition or law, possess important residual powers that go beyond the powers defined in the constitution. In time of war or national crisis, powers are sometimes ceded to chief executives in tacit not overt defiance of constitution. Specific constitutional descriptions of executive powers, moreover, are seldom found*” SCHNEIER, Edward. **Crafting Constitutional Democracies – The Politics of Institutional Design**. Oxford: Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 2006, pag. 124

<sup>35</sup> “*One of four main claims, for example, is that the Madisonian separation of powers is obsolete. This claim will not apply in any straight-forward way to parliamentary systems, as opposed to systems with independently elected president; mixed presidential-parliamentary systems, like France, present further complications. However, the crucial Schmittian insight that the increasing pace of economic and social change produces increasingly executive-centered government does affect parliamentary systems as well, and was of course initially formulated to characterize the parliamentary system of Weimar Germany.*” POSNER, Eric A; VERMEULE, Adrian. Op. cit., pag 17

De fato, o poder político do Executivo se materializa a partir de sua capacidade decisória que se verifica como elemento central para a sobrevivência do Estado. Os limites dessa atuação, bem como a centralidade da problemática para solução das questões a que se pretende este trabalho já foi largamente exposta, de modo que a face política do Executivo poder ser entendida como primordial e norteadora de todo o processo desencadeado pela realidade de protagonismo executivo.

Então, interessa-nos no atual estágio do texto, verificar o que qualifica ser o Poder Executivo o mais apto a decidir. Certo é que a sua aptidão decisória decorre da sua capacidade técnico-informacional que não se verifica presente em nenhum outro Poder. A estrutura do Poder Executivo faz com que o mesmo, pelo tamanho de seu corpo técnico e pela detenção de uma gama significativa de informações, coloque-se como o mais apto a decidir, sobretudo se compararmos como a estrutura dos demais Poderes.

É nesse sentido que defendemos a ideia de que o Poder Executivo se qualifica por gozar de uma estrutura dual, na medida em que suas atividades se realizam na vertente política, mas ao mesmo tempo fundadas em um aparato burocrático fundamental à formação e legitimidade de suas próprias decisões. A estrutura burocrática do Estado compõe a natureza do Poder Executivo, uma vez que a função típica deste poder, em síntese, traduz-se na execução de leis e decisões judiciais. É pelo agir que o Poder Executivo se qualifica como o mais preparado para decidir. Isso porque a ação tem como fundamento o acúmulo técnico e informacional, sendo estes dois elementos indispensáveis à sua realização.

Apesar de a burocracia gozar de certa autonomia diante do governo instituído no seio do Poder Executivo, uma vez que o aparato burocrático, por meio de seu corpo de funcionários, permanece, enquanto o governo executivo pode mudar a cada processo eleitoral, ambos fazem parte de uma mesma estrutura do Poder Executivo, justificando a sua estrutura dual. Ambos não se confundem, ainda que o senso comum promova a confusão entre governo e burocracia<sup>36</sup>. Apesar de relativa autonomia, em muitos casos, cabe ao chefe do Poder Executivo nomear as chefias dos diversos órgãos e estruturas que compõem a burocracia executiva.

Weber já anunciara que a burocracia se tornaria a instituição dominante do Estado Moderno. A excelente articulação entre mandatários eleitos capazes de definir políticas

---

<sup>36</sup> “For most citizens, most of the time, the bureaucracy is the government. ‘The actual conduct of foreign negotiations,’ as Hamilton wrote in 1789, ‘the preparatory plans of finance, the application and disbursement of the public moneys in conformity to the general appropriations of the legislature, the arrangement of the army and the navy, the direction of the operations of war, these and other matters of a like nature, constitute what seems to be most properly understood by the administration of government.’” SCHNEIER, Edward Op. cit. pag. 103

públicas e o aparato do funcionalismo público, aparentemente neutro, porque se constitui como atividade de Estado, muito mais do que de governo, seria a marca de Estados que experimentaram um nível significativo de desenvolvimento e solidificação institucional<sup>37</sup> que não mais se caracterizaria pelo patrimonialismo natural dos Estados Absolutos, em que a burocracia era composta, predominantemente, por cortesãos, não sendo levada em consideração a sua capacidade técnica. No Estado Moderno vislumbrado por Weber a relação entre o governo e a burocracia se realizaria a partir de comunhão de valores comuns em prol da garantia do interesse público.

Além disso, uma burocracia executiva formada por pessoal especializado capaz de gerir a estrutura estatal e o serviço público é um excelente mecanismo de legitimação das atividades executivas, na medida em que as mesmas tornam-se respaldadas pela garantia de que suas ações são fruto de um acurado trabalho feito por pessoal com formação específica para tanto. Ademais, a solidez e o compromisso institucional com que são desenvolvidas as atividades da burocracia propiciam um ambiente de confiança institucional, na medida em que não haverá desconfiança do trabalho realizado pelas diversas estruturas administrativas existentes.

Muito embora tal situação se coloque como ideal, é bem verdade que ainda não se pode verificar que um padrão de excelência da administração pública tenha sido alcançado na totalidade de seus órgãos e estruturas no Brasil. Ainda se vive casos de completo despreparo no gerenciamento da Administração, fazendo evidenciar a ineficiência da burocracia em muitas situações. No entanto, há de se verificar um esforço de formação de pessoal e seleção por rigorosos concursos capazes de captar os melhores profissionais, preparados para contribuir ao desenvolvimento do serviço público.

Poder-se-ia inferir que muito da ineficiência do Estado Brasileiro ainda decorre dos resquícios de regimes pretéritos<sup>38</sup> em que o patrimonialismo e o clientelismo eram muito mais presentes. No entanto, embora toda a dificuldade que poderíamos apontar, a Administração

---

<sup>37</sup> *"The ability of elected officials to define public policies, and rely upon neutral civil servants to implement them was led Weber to associate the rise of bureaucracy with the development of the modern state. If many countries are unable to develop such capacities, problems can also arise from overdevelopment of bureaucracies in established states. The gloomy side of Weber's scenario was that elected politicians would increasingly stand hopeless as dilettantes against the expert advice of bureaucrats. Growing complexity raises the possibility that the civil service will become an almost autonomous ruling class"*. Ibidem, 105

<sup>38</sup> Há que se verificar, ainda, que não existe tão-somente o problema de que o funcionalismo público ter tido uma formação por vezes descolada de uma excelência técnica necessária. Existe também um problema de natureza democrática, na medida em que o funcionalismo público acaba por ter uma formação demasiadamente elitizada, o que nem sempre pode refletir a neutralidade idealizada por Weber. É significativo nesse sentido o comentário de Edward Schreier: *"In economically underdeveloped societies the gap between the educated elite that forms the core of a bureaucracy and the rest of the population is a source of tension, particularly in the post-colonial regimes where the experts most needed by the new regime were trained by the old."* Ibidem, pag 106

ainda continua sendo um excelente validador das decisões executivas, sem as quais seria impossível realizá-las com legitimidade e robustez.

## V. CONCLUSÃO

A separação de poderes não constitui mais a diretriz fundamental do Estado que vê-se diante de situações que necessitam da interferência do Executivo para uma solução célere e precisa. Diante desse novo quadro, as decisões do Executivo ganham legitimidade por proporcionarem a sobrevivência do Estado ante às crises<sup>39</sup>. Novos mecanismos de controle passam a surgir que não são mais aqueles restritos mecanismos de freios e contrapesos. Verificamos que a decisão deixa o seu aspecto antidemocrático para se assumir como efetivo instrumento garantidor de direitos.

O presente artigo procurou discutir essa questão no viés da teoria decisionista de Schmitt e de como a teoria institucional norte-americana está embasando-se nesta teoria para legitimar as decisões advindas do Executivo. Sabe-se, então, que a natureza do Executivo traduz a própria legitimidade de suas decisões. Além disso, ficou evidente que é possível coadunar o pluralismo jurídico – evidenciado pela existência de uma comunidade de instituições que busca soluções criativas para novas estruturas de Estado que surgem como demanda de uma sociedade complexa como a que vivemos – com o monismo político necessário à tomada de decisões. De fato, comprovou-se que a decisão é o elo que une o Estado de Exceção ao Estado de Direito, pois aquele é o instrumento de manutenção e fortalecimento deste. A exceção é um artifício para a fundamentação da ideia de Direito de Schmitt, que não deixa de ser uma ideia limite.

Com a crítica ao romantismo político e a fundamentação de uma teoria decisionista, deixam-se de lado pressupostos do idealismo liberal para a confirmação do realismo político para a solução da crise política do Estado. Assim, é na teoria institucional norte-americana que observamos a sofisticação do argumento da decisão, pois concebe esta como a garantidora de uma série de medidas indispensáveis para a solução das crises. Essa característica marcante ira validá-la como legítima e profundamente democrática, vez que a teoria institucional tem se dedicado a compreender as interações entre os agentes institucionais de modo apresentar soluções criativas para o fenômeno decisional empreendido

---

<sup>39</sup> Notório é o posicionamento de Carl Schmitt sobre essa questão: “*In crises, legality and legitimacy diverge, and legitimacy prevails; but this suggests that even in normal times, where they happen to coincide, legitimacy may be the only force that matters. States of exception merely reveal the underlying dynamics that operate de facto in all periods.*” POSNER, Eric A; VERMEULE, Adrian. Op. cit., pag 26.

pelo Executivo. Vê-se a dificuldade de conjugar o pluralismo e o monismo, contudo foi possível traçar indicativos de como essa conjugação pode ser possível.

## **VI. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ADORNO, Theodor. **Dialética Negativa**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editores, 2009

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e Estado de Exceção Permanente**. Rio de Janeiro: Azougue editorial, 2004

ACKERMAN, Bruce. *The New Separation of Powers*, **Havard Law Review**, No. 3 Vol 113

KERVÉGAN, Jean-François. **Que faire de Carl Schmitt ?**. Paris: Éditions Gallimard, 2011

MACEDO JR, Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a fundamentação do direito**. São Paulo: Max Limonad, 2001

MONTESQUIEU. **De l'esprit des lois I**. Paris: GF Flammarion, 1979

POSNER, Eric A.; VERMEULE, Adrian. **The Executive Unbound – After the Madisonian Republic**. New York: Oxford University Press, 2011

SANTOS, Rafael. **O Poder Legislativo no Presidencialismo de Coalização**. Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ, 2003

SCHMITT, Carl. **O Conceito do Político/Teoria do Partisan**. Coordenação e Supervisão Luiz Moreira; tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008

\_\_\_\_\_. **Political Romanticism**. Cambridge: MIT Press, 1986

\_\_\_\_\_. **Teología Política**. Madrid: Editorial Trotta, S.A., 2009

SCHNEIER, Edward. **Crafting Constitutional Democracies – The Politics of Institutional Design**. Oxford: Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 2006

SEPULVEDA, Antônio; BOLONHA Carlos; RANGEL, Henrique; LAZARI, Igor; KAYAT, Roberto. “A Convenient Path for the Brazilian Branches of Government: Executive Supremacy” in [http://digitalcommons.law.umaryland.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1166&context=schmooze\\_papers](http://digitalcommons.law.umaryland.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1166&context=schmooze_papers)

WEBER, Max. **Ciência e Política: duas vocações**. São Paulo: Editora Cultrix, 2010