

## **“Pensamento da Ordem Concreta” e Ordem do Discurso “Jurídico” Nazista: Sobre Carl Schmitt**

**Olivier Jouanjan\***

Em novembro de 1933, no prefácio à reedição de sua *Teologia Política*, Carl Schmitt anuncia uma modificação substancial em sua visão da tipologia do pensamento jurídico: à oposição radical normativismo/decisionismo que ele havia introduzido, principalmente na primeira edição dessa obra (1922), ele substitui por uma classificação tripartite que acrescenta aos dois primeiros tipos um tipo institucional, cuja fonte de inspiração é o jurista francês Maurice Hauriou, um dos maiores mestres do direito público francês do início do século XX.<sup>1</sup> No opúsculo publicado em 1934, *Les trois types de la pensée juridique (Os três tipos do pensamento jurídico)*, Carl Schmitt sistematiza a nova tipologia e, não podendo se manter neutro no debate que opõe esses tipos, ele toma partido a favor do tipo institucional, pelo menos a favor de um tipo institucional modificado em relação às concepções de Hauriou e, com o intuito de marcar essa diferença, requalificado como “pensamento concreto da ordem” (que é também pensamento da ordem ou das ordens concretas), uma forma que apresenta também a vantagem de soar melhor para os ouvidos alemães: “Para nós, Alemães, a palavra *Instituição* apresenta todos os inconvenientes e quase nenhuma vantagem de uma palavra estrangeira.”<sup>2</sup>

A obra expõe os princípios de um pensamento que é expressamente apresentado como estando a serviço da nova Alemanha. Trata-se, portanto, da reflexão sobre ela mesma, através do pensador Schmitt, de uma “ciência” nazista do “direito (nazista)”. Então, convém examinar até que ponto essa “pretensão” é justificada e, para esse objetivo, examinar esse “pensamento concreto da ordem” no contexto dos discursos “jurídicos” do nacional-socialismo.

Contudo, sobre o “pensamento concreto da ordem”, Joseph H. Kaiser afirma, corretamente quanto a esse ponto, que ele é “um conceito político” e que, para um tal conceito, vale o que Carl Schmitt já dizia em 1932, na obra *O Conceito do Político*:

---

\* Professor de Direito Público na Universidade de Strasbourg, França. Diretor do Instituto de Pesquisas Carré de Malberg (Strasbourg – França). Professor Honorário na Universidade Albert-Ludwig, de Friburgo em Bregau, na Alemanha. Dentre seus trabalhos, temos a obra *Une Histoire de la Pensée Juridique en Allemagne (1800-1918)*, publicada pela PUF, em 2005.

<sup>1</sup> C. Schmitt, *Politische Theologie*, 8ª edição, Berlim, Duncker & Humblot, 2004, p. 8. Tradução francesa de J.-L. Schlegel, *Théologie politique*, Paris, Gallimard, 1988, p. 12 e seguintes. A partir de agora, respectivamente: *PT*, *TP*. Todas as traduções de Carl Schmitt que faremos remissão foram verificadas e, nesse caso específico, modificadas. A concepção de instituição é desenvolvida na obra de Hauriou, principalmente em: “*La théorie de l’institution et de la fondation. Essai de vitalisme social*”, in M. Hauriou, *Aux sources du droit. Le pouvoir, l’ordre et la liberté*, Caen, Bibliothèque de philosophie politique et juridique, 1986, p. 89.

<sup>2</sup> *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, Hamburgo, Hanseatische Verlagsanstalt, 1934, p. 57. Tradução francesa de M. Köller e D. Séglaard, *Les trois types de pensée juridique*, Paris, PUF, 1995, p. 106. A partir de agora, respectivamente: *Drei Arten*, *Trois types*.

“Todos os conceitos, todas as representações e todas as palavras políticas possuem um sentido *polêmico*; eles têm em vista uma oposição concreta e estão ligados a uma situação concreta.”<sup>3</sup> A partir de 1933, essa polêmica conceitual torna-se uma guerra atual: “O combate sobre esses conceitos[*Reich, Bund, Staat*] não é uma disputa sobre palavras vazias, mas uma guerra de uma realidade e atualidade formidáveis.”<sup>4</sup> Os conceitos são as armas dessa guerra e, bem mais tarde, ainda em 1963, na *Teoria do Partisan*, Schmitt retomará para si uma citação de Hegel: “As armas são a própria essência dos combatentes.”<sup>5</sup>

Uma precaução de leitura indispensável para quem aborda um texto de Schmitt é lembrar que, para esse autor, o *logos* é sempre um *polemos*.<sup>6</sup> Em 1932, em um artigo intitulado “As formas jurídicas do imperialismo moderno”, Schmitt escrevia que qualquer extensão de poder deve trazer sua justificação, seu arsenal de conceitos e fórmulas jurídicas, que um conceito jurídico nunca seria neutro, mas sempre considerado nos combates semânticos nos quais importa fazer valer sua “capacidade de determinar por si mesmo o conteúdo dos conceitos políticos e jurídicos”, como também levantar, no adversário, “o véu das palavras e dos conceitos, das juridicizações e moralizações”. Isso porque, de acordo com ele, “essa tomada de consciência no sentido de que os conceitos e os modos de pensamento podem também ser objeto de uma decisão política”, deve sempre ser mantida na sombra. Ao lê-lo, apenas podemos seguir seu conselho.<sup>7</sup>

Na obra *O Estado total*, de 1933, Ernst Forsthoff, um dos discípulos de Schmitt, afirmava que, para falar do Estado, era preciso uma “língua dura”, na medida da “natureza imperativa e irrevogável do político”<sup>8</sup>, fórmula que lembra, por contraposição, a imagem do burguês que, no livro lançado no final de 1932, *O trabalhador*, Jünger descreve “tentando limar incansavelmente as palavras para retirar delas a necessidade rude de seu espírito cortante.”<sup>9</sup> Logo no início de uma longa troca de cartas que começa no verão de 1930, Jünger escreve a Carl Schmitt, agradecendo o envio da primeira versão de *O conceito do político*: “O lugar de um espírito é hoje

<sup>3</sup> J.H. Kaiser, *Konkretes Ordnungsdenken*, H. Quaritsch (dir.), *Complexio oppositorum*, Berlim, Duncker & Humblot, 1988, p. 319-320. Sobre a citação: C. Schmitt, *Der Begriff des Politischen*, 7ª edição, Berlim, Duncker & Humblot, 2002 (edição conforme à de 1932, aumentada por um prefácio), p. 31 (a partir de agora: *BP*). Uma primeira versão do texto, aumentada em 1932, tinha sido lançada em 1927 em *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik* (t. 58, p. 1-33; reeditado depois in C. Schmitt, *Frieden oder Pazifismus?*, G. Maschke[ed.], Berlim, Duncker & Humblot, 2005, p. 194 e seguintes). Tradução francesa do texto da edição de 1963: M.-L. Steinhauser, *La notion de politique*, seguido de *Théorie du partisan*, Paris, Callmann-Lévy, 1972, p. 71 para a citação (a partir de agora: *NP*).

<sup>4</sup> Schmitt, “Reich-Staat-Bund”, *Positionen und Begriffe* (1940); reedição, Berlim, Duncker & Humblot, 1988, p. 198.

<sup>5</sup> C. Schmitt, *NP*, p. 309.

<sup>6</sup> Sobre essa questão: O. Jouanjan, “Remarques sur les doctrines national-socialistes de l’État”, *Politix*, 32, 1995, p. 99 e seguintes.

<sup>7</sup> C. Schmitt, “Völkerrechtliche Formen des modernen Imperialismus”(1932), *Positionen und Begriffe*, p. 163; tradução francesa in C. Schmitt, *Du politique*, Puiseaux, Pardès, 1990, p. 82.

<sup>8</sup> E. Forsthoff, *Der totale Staat*, Hamburgo, Hanseatische Verlagsanstalt, 1933, p. 7.

<sup>9</sup> Ernst Jünger, *Le travailleur*, tradução francesa J. Hervier, Paris, Christian Bourgois, 1989, p. 49.

fixado por sua relação com o armamento (*Rüstung*). O senhor conseguiu criar uma técnica de guerra particular: uma mina que explode sem fazer barulho.”<sup>10</sup>

As palavras do direito político – soberania, Estado de direito, absolutismo, Estado total, etc. – essas palavras, diz Schmitt em *O conceito do político*, “são ininteligíveis se ignoramos que, concretamente, somos levados a esperar, combater, contestar e refutar por meio dessas palavras.”<sup>11</sup> Essa afirmação está estranhamente de acordo com aquela pela qual, em 1936, Schmitt explicará a razão pela qual é preciso sempre identificar claramente a literatura judaica: “Quem quer que escreva hoje “Stahl-Jolson” é, dessa forma, de maneira clara e verdadeiramente científica [*sic!*], mais eficaz do que escrever grandes tiradas contra os Judeus, empregando subterfúgios gerais e abstratos [que são judaicos por natureza...] pelos quais *nenhum Judeu se sente atingido “in concreto”*[sublinhei].”<sup>12</sup> Eu direi mais a frente que, na minha opinião, o Judeu deve ser “*atingido in concreto*” através do conceito de ordem concreta, que deve explodir sobre a mina sem fazer barulho, mas, antes, convém explicar um pouco essa noção de *ordem concreta* e precisar melhor sua função no discurso jurídico schmittiano.

## 1. AS ORDENS CONCRETAS: O CONCEITO E O MÉTODO

*Pensar concretamente*: como observa acertadamente Bernd Rüthers, o “*concreto*” tornou-se, após 1933, um “fenômeno da moda”<sup>13</sup>; ele saturou o discurso dos juristas preocupados em contribuir com “a renovação alemã do direito”, para utilizar o título de um livro militante de Karl Larenz.<sup>14</sup> Insistindo sobre o “concreto”, pretende-se distanciar-se do *positivismo*. Uma “ciência” do “direito” nazista não poderia ser positivista. A luta contra o positivismo foi um *leitmotiv* dos discursos da “renovação do direito”.<sup>15</sup> Essa observação pretende relativizar a tese que coloca no positivismo dos juristas a responsabilidade pela sua incapacidade de reagir à perversão do sistema jurídico após 1933<sup>16</sup>: neutro em relação a seu objeto, o positivista teria considerado esse

<sup>10</sup> Ernst Jünger, Carl Schmitt, *Briefwechsel(1930-1983)*, Stuttgart, Klett-Cotta, 1999, p. 7.

<sup>11</sup> C. Schmitt, *BP*, p. 31; *NP*, p. 71.

<sup>12</sup> C. Schmitt, “La science allemande du droit dans sa lutte contre l’esprit juif”, tradução francesa de M. Köller e D. Séglard, *Cités*, nº 14, 2003, p. 175. Eu já chamei a atenção para esse texto e traduzi várias passagens mais fortes há dez anos, sem que isso suscitasse à época qualquer reação: O. Jouanjan, “Rénovation du droit et positivisme dans la doctrine du IIIe. Reich”, in D. Gros(dir.), *Le droit antisémite de Vichy*, in *Le Genre humain*, 30-31, 1996, p.463 e seguintes.(p. 466 e seguintes para a análise e as citações desse texto de 1936).

<sup>13</sup> B. Rüthers, *Entartetes Recht, Rechtslehren und Kronjuristen im Dritten Reich*, Munique, DTV, 1994, p. 78.

<sup>14</sup> K. Larenz, *Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie*, Tübingen, Mohr, 1934.

<sup>15</sup> Eu já desenvolvi essa questão em: “Rénovation du droit et positivisme dans la doctrine du IIIe. Reich”, artigo citado, principalmente p. 464 e seguintes. Para um excelente panorama das doutrinas jurídicas nazistas, ver, principalmente, a excelente obra de K. Anderbrügge, *Völkisches Rechtsdenken. Zur Rechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus*, Berlim, Duncker & Humblot, 1978.

<sup>16</sup> Esta é a tese célebre do filósofo do direito e político social-democrata Gustav Radbruch, formulada após o fim da Segunda Guerra e também sob a forma de uma autocrítica. Radbruch considerava que suas teses positivistas e relativistas contribuíram para desarmar os juristas alemães, mesmo que ele próprio não tivesse, autocondenado à emigração interior, participado da empreitada de perversão do direito: “Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht”(1946), reeditado in G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 8ª edição, Stuttgart, Koehler, 1973, p. 339 e seguintes. Para a transposição desse problema para a doutrina

“direito” abjeto com o distanciamento de um entomologista que considera um inseto repugnante e, ao assim fazer, teria contribuído para justificar ou banalizar esse “direito”, e mesmo, antes e principalmente, a constituí-lo em um *objeto jurídico*.

O “positivismo jurídico” não é ou não é apenas uma doutrina que considera que somente vale a regra posta por uma autoridade competente: “A regra é a regra” é uma teoria muito frustrante. Na verdade, o positivismo é uma posição epistemológica cujo princípio é a separação estrita entre o sujeito e o objeto do conhecimento. Se o sujeito e o objeto estão assim separados, conhecer exige que o sujeito tome o maior cuidado possível para não projetar suas próprias representações e valores sobre seu objeto. O princípio fundamental do positivismo jurídico não se encontra, portanto, no adágio “a regra é a regra”, mas em um princípio de pureza do objeto jurídico: considerar o objeto tal como ele é, sem valorações. Daí o princípio segundo o qual é preciso expurgar do conhecimento do direito toda consideração ou representação política, moral, filosófica, etc., ou seja, todas essas projeções feitas sobre o objeto, que comportam valorações das quais, inclusive, o direito natural faz parte. O positivismo não afirma que o direito é puro, mas que a ciência do direito deve a ser.<sup>17</sup> Contudo, uma ciência do direito somente pode ser positiva se for a ciência de um direito positivo, posto objetivamente por uma autoridade: com efeito, uma “ciência” do direito natural seria somente a ciência de um fantasma do sujeito que conhece a si mesmo. Para ser ciência, a disciplina jurídica deve ainda sistematizar seu objeto, o que apenas pode ser feito através de conceitos e princípios abstratos e formais, sendo a abstração e o formalismo os requisitos necessários para não transpor para o objeto conteúdos não jurídicos de caráter político ou moral, justamente o que faz as sistematizações jusnaturalistas. O representante por excelência de uma tal epistemologia positivista do direito, nos anos de 1930, foi Hans Kelsen.

Deixe-me contar uma anedota. Em 1936, Schmitt evocará o “topetudo desaforado” da “Escola de Viena do Judeu Kelsen”. Mas, em 1933, Kelsen havia aprovado e encorajado a ida de Schmitt para a Faculdade de direito de Colônia. Isso ocorreu antes de sua própria demissão, no dia 13 de abril, decidida por meio da aplicação da lei de depuração de 7 de abril de 1933. Ora, Carl Schmitt, o recém-chegado, foi o *único* colega da Faculdade que não assinou a carta de apoio a Hans Kelsen que havia sido redigida pelo professor emérito Hans Carl Nipperdey.<sup>18</sup>

A abstração, o formalismo, esses dejetos do “neutralismo”, não são solúveis na nova “ciência” do “direito” cujo princípio é precisamente o de levantar todas essas barreiras epistemológicas para proclamar o retorno do “direito natural alemão”, o “retorno do direito à ordem moral *völkisch*”(Freisler)<sup>19</sup>, e a imperiosa necessidade de

---

francesa de Vichy, ver D. Lochak, “Écrire, se taire... Réflexion sur l’attitude de la doctrine française”, in D. Gros(dir.), *Le droit antisémite de Vichy, op.cit.*, p. 433 e as referências citadas.

<sup>17</sup> Ver claramente o que diz sobre a questão o mestre da ciência positivista do direito do século XX, Hans Kelsen: “Was ist die Reine Rechtslehre?”, reeditado in H. Klecatsky, R. Marcic, H. Schambeck(ed.), *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, Viena, Frankfurt, e.a., Europa-Verlag, 1968, p. 620.

<sup>18</sup> Ver H. Dreier, “Hans Kelsen”, Heinrichs/Franzki/Schmalz/Stolleis(dir.), *Deutsche Juristen jüdischer Herkunft*, Munique, C.H. Beck, 1993, p. 716.

<sup>19</sup> Ver O. Jouanjan, “Rénovation du droit et positivisme...”, artigo citado, p. 468 e seguintes.

uma “concepção política do direito”, já que “todo direito é um direito político”.<sup>20</sup> Também na ciência do direito deve chegar o fim dessa era de neutralizações e despolitizações cuja expressão constitucional é o “Estado de direito burguês”<sup>21</sup> e o método, o positivismo, contra o qual Schmitt luta sua batalha desde o início de sua produção doutrinária. A mina que deve explodir sem fazer barulho, Schmitt, o “jurista engajado”<sup>22</sup>, a coloca na base do edifício do Estado de direito burguês, a partir de 1928; ela se chama *Teoria da Constituição*, obra culta e “acadêmica”, mas que visa ao desmonte intelectual do tipo constitucional liberal e democrático que representava a Constituição de Weimar.<sup>23</sup>

Portanto, “concreto” significa essa ruptura categórica com a neutralidade abstrata e o formalismo do positivismo, e significa, ao mesmo tempo, a repolitização da ciência do direito em que o pensamento da ordem concreta (ou pensamento concreto da ordem) deve ser a chave – ou, mais exatamente, o princípio, a ideia última. Com efeito, se, diz Schmitt, “todo pensamento jurídico trabalha ao mesmo tempo com regras, decisões, como também com ordens e organizações (*Gestaltungen*)”, “a ideia última [sublinhei] que concerne a uma ciência jurídica, a partir da qual todas as outras ideias são juridicamente derivadas, é sempre e exclusivamente uma: seja uma norma (no sentido de regra e de lei), seja uma decisão, seja uma ordem concreta.”<sup>24</sup> Assim, o direito natural aristotélico-tomista é, nesse sentido, um pensamento da ordem, quando o direito natural dos modernos se dividia entre um pensamento da norma e um pensamento da decisão.

Mas, o pensamento é determinado pelas características dos povos e das raças, e devemos reconhecer, de acordo com Schmitt, que o pensamento germânico autêntico, o medieval, era “de parte em parte pensamento concreto da ordem”.<sup>25</sup> No entanto, esse pensamento autêntico foi deturpado, depois combatido e dominado por duas “recepções” infelizes – a do direito romano a partir do século XV e a do “normativismo liberal-constitucional” no século XIX -, duas alienações sucessivas que supostamente arrancaram a Alemanha dela mesma. A expressão chave do normativismo liberal-constitucional é “Estado de direito”<sup>26</sup>, expressão que logo demonstra um conceito

<sup>20</sup> E.R. Huber, *Wesen und Inhalt der politischen Verfassung*, Hamburgo, Hanseatische Verlagsanstalt, 1935, p. 47.

<sup>21</sup> Ver o artigo de 1928: “Der bürgerliche Rechtsstaat”, *Staat, Grossraum, Nomos. Arbeiten aus den Jahren 1916-1969*, Berlim, Duncker & Humblot, 1995, p. 44 (a partir de agora: SGN). Ver também: “Das Problem der innerpolitischen Neutralität” (1930), reeditado in C. Schmitt, *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, 4ª edição, Berlim, Duncker & Humblot, 2003, p. 41 (= VA), que termina dessa forma (p. 58): “Em face de um tal ou qual bem, não há neutralidade que valha para um Alemão, e seria uma rápida ilusão pretender através de normas atingir a neutralidade, já que decorre da própria vida, do próprio Estado, e da existência política do povo.”

<sup>22</sup> O. Beaud, “Carl Schmitt ou le juriste engage”, prefácio da obra de C. Schmitt, *Théorie de la constitution*, Paris, PUF, 1993.

<sup>23</sup> Ver a análise dessa obra como crítica a Weimar: O. Beaud, *op.cit.*, p. 93 e seguintes. Ver também, sobre a política de Schmitt no final do período de Weimar, do mesmo autor: *Les derniers jours de Weimar. Carl Schmitt face à l'avènement du nazisme*, Paris, Descartes & Cie., 1997.

<sup>24</sup> *Drei Arten*, p. 7; *Trois types*, p. 67.

<sup>25</sup> *Drei Arten*, p. 10; *Trois types*, p. 69.

<sup>26</sup> *Drei Arten*, p. 10; *Trois types*, p. 69-70.

político *anti-alemão*, mesmo sendo de origem completamente alemã (*Rechtsstaat*).<sup>27</sup> Assim, o pensamento da ordem concreta é a continuação do combate travado por Schmitt contra o “Estado de direito burguês” desde os anos de 1920, que se encontra principalmente na obra *A situação atual do parlamentarismo* ou na *Teoria da Constituição*.

O “*normativismo*” é o pensamento que faz repousar o direito de *forma última* na ideia de norma. O representante por excelência do normativismo na época de Weimar era Hans Kelsen, inspirador da Escola de Viena, e, para Carl Schmitt, como já vimos, acima de tudo um Judeu arrogante. A ideia fundamental da norma conduz à representação de uma regra que deve regular da mesma maneira uma pluralidade indefinida de casos. A ideia de norma traz em si a ideia de igualdade perante a lei, própria do pensamento normativista e liberal-constitucional, ou seja, a ideia de uma igualdade formal que se identifica com a generalidade do conteúdo da norma. Por conseqüência, a norma “se eleva acima dos casos particulares e da situação concreta, e possui, por esse fato, enquanto “norma”, uma certa superioridade e proeminência em relação à simples realidade e faticidade dos casos concretos”<sup>28</sup>: em outras palavras, a *abstração* é a própria essência da norma. Na verdade, Schmitt não entendeu nada – ou não quis entender nada – do pensamento de Kelsen, o que se vê principalmente, mas não apenas, pelo fato de Schmitt não diferenciar o conceito kelseniano de norma em relação ao conceito tradicional de norma como regra geral e abstrata.

Mas, pouco importa: para Schmitt, um pensamento normativista é necessariamente abstrato e, quando esse pensamento fala de “ordem jurídica”, essa ordem somente pode ser entendida como um sistema abstrato, uma relação puramente lógica entre as normas. A norma, ao não designar nenhum destinatário *in concreto*, fazendo abstração da pessoa e, dessa forma, não estabelecendo *quem deve “ser concretamente atingido” por ela*, enuncia-se em nome de uma igualdade formal e vazia; conseqüentemente, “o pensamento normativista pode reivindicar o fato de que ele é *impessoal*” quando, por oposição, o pensamento decisionista seria sempre *pessoal* e o pensamento da ordem concreta, por definição, *suprapessoal*.<sup>29</sup>

Principalmente impessoal, o pensamento normativista é incapaz, prossegue Schmitt, de apreender a essência verdadeira das palavras “rei”, “Führer”, “juiz” ou “Estado”, pois esse pensamento apenas pode apreender essas noções a partir do fundamento último de uma norma e, portanto, necessariamente as rebaixa, explica Schmitt discutindo o sentido que deve ser dado à expressão *Nomos Basileus*, ao nível de “simples funções normativas: o nível superior na hierarquia dessas funções é, portanto, apenas a emanação da norma superior, até a mais alta ou a mais profunda, a norma das normas, a lei das leis”.<sup>30</sup>

<sup>27</sup> Ver O. Jouanjan (dir.), *Figures de l'État de droit. Le Rechtsstaat dans l'histoire intellectuelle et constitutionnelle de l'Allemagne*, Estrasburgo, PUS, 2001.

<sup>28</sup> *Drei Arten*, p. 13; *Trois types*, p. 72.

<sup>29</sup> *Ibid.*

<sup>30</sup> *Drei Arten*, p. 15; *Trois types*, p. 73 e seguintes.

Ora, todo direito é “direito em face de uma situação”<sup>31</sup>, e apenas podemos julgar um pensamento normativista do direito, na verdade, através de sua relação com uma configuração concreta. Ao defender essas ideias, Schmitt afirma a superioridade do pensamento concreto da ordem que pode, a partir de seu próprio ponto de vista, julgar a validade dos outros tipos de pensamento jurídico, enquanto estes não estão em condições de avaliar corretamente o pensamento da ordem. Existem, sem dúvida, algumas ordens concretas que podem ser pensadas como a reprodução de um sistema abstrato de regras e normas e para as quais, portanto, a representação normativista da ordem é pertinente, que supõe “que elas sejam representadas como o funcionamento calculável do comércio entre os homens como uma simples função de regras definidas *a priori*, calculáveis e gerais”: “O funcionamento normal, conforme as normas e as regras, aparece, então, como uma *ordem*”. Os domínios da vida social organizados a partir de um modo puramente técnico (as estradas de ferro e sua “indicação”) podem corresponder a uma tal representação “regulamentar-funcionalista” da “ordem”. Mas, percebemos bem que tipo de ideal é pretendido se estendemos uma tal representação da ordem à sociedade inteira: apenas pode se tratar de uma sociedade de trocas, de comércio (*Verkehr*) entre os indivíduos. Apenas o que importa, nessa visão das coisas e do mundo, é que as condições desse comércio dos homens estejam exteriormente garantidas e que as conseqüências das trocas sejam previsíveis e calculáveis. A sociedade torna-se agora apenas uma fria questão técnica. Mas, principalmente, dessa “ordem”, a característica principal é a de ser exterior aos indivíduos, de fornecer uma regra de funcionamento da troca sem unir intimamente entre eles os participantes da troca – de apenas fornecer, em termos kantianos, a regra da conciliação exterior dos arbítrios. A ordem normativista é, assim, uma noção inerente à “sociedade de mercado individualista e burguesa”.<sup>32</sup>

Essas ideias são uma constante no pensamento schmittiano desde o início dos anos de 1920: é preciso desmascarar por trás da “neutralidade” ligada à orientação ideológica precisa que esse pensamento visa a legitimar, pois ele não é neutro por ser neutro. Além disso, a oposição normativismo/pensamento concreto da ordem que Schmitt pretende assegurar a montagem se superpõe à oposição clássica entre “sociedade” (como ordem exterior das trocas entre os indivíduos) e “comunidade” (como ordem integrada e que une seus membros por sua vida interior, dispondo-os em um todo que os ultrapassa) que surge a partir do fim do século XIX, com o lançamento da obra de Ferdinand Tönnies em 1887, *Gemeinschaft und Gesellschaft*.

A essa representação burguesa da ordem exterior, pseudoconcretização de um sistema abstrato, é preciso opor a ordem verdadeiramente concreta que deve reinar nos domínios “que se configuraram não pelo modo técnico do mercado, mas de maneira institucional”. Aqui, o “funcionalismo regulamentar” destruiria “a essência especificamente *jurídica* da ordem concreta”. Uma tal ordem contém “em si mesma” seu conceito do “normal”, do tipo normal e da situação normal. Eis aí sua distinção específica em face da ordem abstrata e formal. A “normalidade” na ordem concreta não

<sup>31</sup> *PT*, p. 19; *TP*, p. 23. Em 1934, a mesma idéia é apresentada: “A regra obedece à situação” (*Drei Arten*, p. 23; *Trois types*, p. 79).

<sup>32</sup> *Drei Arten*, p. 19-20; *Trois types*, p. 76-77.

é o que está de acordo com uma norma *exterior*. Ela está contida na ordem concreta: “A vida em comum dos esposos no casamento, dos membros da família no seio da família, dos membros do clã no seio do clã, dos membros de uma corporação no seio da corporação, dos funcionários do Estado, dos clérigos de uma igreja, dos camaradas em um campo de trabalho, dos soldados de um exército, tudo isso não pode ser dissolvido nem pelo funcionalismo de leis definidas *a priori*, nem pelas regras contratuais.”<sup>33</sup>

Não é uma *norma* (exterior) que pode dizer o que é um “*bonus paterfamilias*”, que pode determinar o que é, entre os membros de uma mesma ordem concreta, de uma mesma comunidade, a “boa-fé”, o que são, em uma tal ordem, os “bons costumes”. Exterior, a regra não apresenta jamais uma *essência*, a *substância* das coisas. O concreto, o substancial é pura imanência. Bom pai de família, boa-fé, bons costumes: não são conceitos que decorreriam da mecânica exterior das leis, mas os sinais de uma normalidade *íntima*. A “boa-fé”, por exemplo, que em alemão se fala *Treu und Glauben* (fidelidade e crença): uma “norma” é incapaz de fundá-la e de determiná-la e apenas pode se limitar, como fazem com frequência os códigos civis alemão e francês, a citá-la para *indicar* que um contrato deve ser executado de acordo com as expectativas que presidem a ação dos indivíduos em uma ordem comunitária concreta. A “fidelidade” é um sentimento que apenas pode nascer na concreção suprapessoal das relações interindividuais.

Todo sistema normativo – exterior, portanto, encontra necessariamente seus limites em sua pretensão de reagir a uma ordem concreta. Aqui, nessas margens, ele apenas se limita a *reenviar* à normalidade íntima da ordem, inserindo em seus códigos “cláusulas gerais”, conceitos vagos – a língua moderna do direito falaria de “standards” – que uma norma abstrata é incapaz de determinar concretamente: o pai de família deve se comportar de acordo com o “tipo normal”, o modelo standard do “bom pai de família”; o contrato não pode ser contrário aos “bons costumes” e deve ser executado de “boa-fé”; o poder público toma as medidas necessárias para a manutenção da “ordem pública”. Essas “cláusulas gerais” são como os *pontos de fuga* de todo sistema normativo, por onde ele se escapa a si mesmo e de si mesmo.

Compreendemos porque Schmitt insiste nesse ponto: as “cláusulas gerais” são “o verdadeiro objeto das discussões jurídicas”.<sup>34</sup> Ele cita o ensaio, célebre em seu tempo, no qual Hedemann estigmatizava, ao contrário de Schmitt, a “fuga para as cláusulas gerais”.<sup>35</sup> Essas cláusulas são, como afirma o penalista nazista Hermann Lange, “o ovo do cuco” no pensamento jurídico liberal, isto é, “normativista”.<sup>36</sup> Daí a proposição central de Schmitt sobre o tema: as cláusulas gerais não devem ser utilizadas “a título de simples corretivos” do positivismo jurídico, mas “como o meio específico

<sup>33</sup> Para o conjunto das citações: *Drei Arten*, p. 20; *Trois types*, p. 77.

<sup>34</sup> *Drei Arten*, p. 58-59; *Trois types*, p. 108.

<sup>35</sup> Ver C. Schmitt, *État, mouvement, peuple*, tradução francesa A. Pilleul, Paris, Kimé, 1997 (= *EMP*), p. 60; *Staat, Bewegung, Volk*, 3ª edição, Hamburgo, Hanseatische Verlagsanstalt, 1934, p. 43 (= *SBV*) (A terceira edição está de acordo com a primeira de 1933). [A tradução francesa é infelizmente bastante falha.] A referência a Justus Wilhelm Hedeman remete a *Die Flucht in die Generalklauseln: eine Gefahr für Recht und Staat*, Tübingen, Mohr, 1933.

<sup>36</sup> H. Lange, *Liberalismus, Nationalsozialismus und bürgerliches Recht*, Tübingen, Mohr, 1933, p. 5.

de um novo tipo de pensamento jurídico”, aquele que pensa a partir das ordens concretas.<sup>37</sup>

Desde o final do ano de 1933, Schmitt havia formulado os “Cinco princípios diretores para a prática jurídica”. O quarto desses princípios tem a seguinte formulação: “Para a aplicação e a utilização das cláusulas gerais, os princípios do nacional-socialismo são imediata e exclusivamente determinantes.”<sup>38</sup> Na lógica das ordens concretas, não é o arbítrio de um juiz que pode determinar o que são a boa-fé, os bons costumes, etc., mas apenas a verdade “objetiva” da ordem, da comunidade popular alemã, verdade declarada pelo partido e seu Führer.<sup>39</sup>

Esse princípio de interpretação, *retirado diretamente da “teoria” das ordens concretas*, permite modificar profundamente o ordenamento jurídico sem tocar em uma única vírgula – ou quase – das grandes codificações. Na verdade, os textos das codificações naquela época em vigor foram bastante alterados, principalmente em relação ao direito de família e ao direito penal. Aqui, daremos o exemplo do direito penal para explicitar quais foram as conseqüências práticas de um pensamento jurídico “concreto”.

Em um Estado de direito, o denominado princípio da “legalidade dos crimes e das penas” governa o direito penal (*Nullum crimen nulla poena sine lege*). Ninguém pode ser punido a não ser que haja uma lei em vigor *no momento da prática do crime*. Esse princípio importa duas conseqüências fundamentais: a própria lei que define o crime e fixa a pena aplicável deve ser suficientemente clara e precisa; o juiz que aplica a lei não pode dar a essa lei uma interpretação extensiva e ele está proibido de aplicar a lei “por analogia”, isto é, declarar que determinados fatos são considerados crime através da aplicação da analogia, na medida em que esses fatos não estão claramente subsumidos sob os critérios legais, definindo, assim, a pena. Claro que esse direito penal exclui qualquer recurso às “cláusulas gerais”, não podendo o legislador as introduzir no conjunto das leis incriminadoras, nem o juiz as criar *de facto*, transformando o texto claro da lei em uma simples diretriz geral de aplicação. É evidentemente o tipo próprio do pensamento “normativista”, “liberal”, “burguês” e “individualista” que exprime esse princípio da legalidade aos olhos do pensamento concreto da ordem: a ordem abstrata vem proteger do exterior o indivíduo contra a reação repressiva da coletividade. A “lei” de 28 de junho de 1935 veio precisamente introduzir uma “cláusula geral” no Código Penal, ao dispor que, a partir daquele momento, eram puníveis os autores de atos que pudessem ser considerados como repreensíveis, seja “de acordo com a ideia fundamental de uma lei penal” (portanto, de acordo com seu “espírito” e não mais apenas conforme à sua “letra”), seja conforme ao “bom senso popular” (tal como o Führer e o programa do partido o exprimam).

<sup>37</sup> *Drei Arten*, p. 59; *Trois types*, p. 108.

<sup>38</sup> *Juristische Wochenschrift*, 1933, p. 2793, e *Deutsches Recht*, 1933, p. 201.

<sup>39</sup> Sobre esses princípios no contexto doutrinário da época: O. Jouanjan, “Rénovation du droit et positivisme...”, artigo citado, p. 482 e seguintes.

Pegemos um exemplo retirado da jurisprudência do *Reichsgericht*, o mais alto Tribunal civil e penal da Alemanha da época.<sup>40</sup> O §2 da lei de 14 de novembro de 1935 – uma das leis de Nuremberg – proibia e punia as “relações extraconjugais” entre os Judeus e os “nacionais alemães ou pessoas aparentadas pela raça”. Foi de acordo com o “bom senso popular” e com a “ideia fundamental” dessa lei que um Judeu foi condenado por ter sido pego na companhia de uma ariana nua, mesmo que o ato sexual ainda não tivesse (ainda) se consumado. Eis as palavras do *Reichsgericht*: “Seria contrário ao espírito da lei como também ao bom senso popular deixar impune a desonra contra a raça (*Rassenschande*), quando essa desonra se dá pela prática de atos dessa natureza e, assim, incitar à prática de atos contra a natureza que são exercidos nas formas que não são análogas à relação sexual *stricto sensu*.” Portanto, é um raciocínio hiperanalógico o que aqui é realizado. Mas, sobretudo, é claramente a “verdade” do direito penal nazista que se enuncia aqui, o mesmo que Schmitt chamava de “a mais alta e mais poderosa verdade jurídica”<sup>41</sup> e que demole o princípio liberal *Nullum crimen sine poena*: nenhum crime poderia ficar impune. A *lex* nem mais é mencionada, já que, no fundo, ela é aqui, nessa “verdade” do concreto, supérflua.<sup>42</sup>

Na obra *Três tipos de pensamento jurídico*, Schmitt apresenta uma oposição aparentemente radical que se dá não apenas entre o normativismo e o pensamento concreto, mas também entre o decisionismo – cujo representante puro seria Hobbes – e o pensamento concreto da ordem. Assim, ele reconfigura sua visão anterior. Em 1934, normativismo e decisionismo encontravam-se do mesmo lado, em relação ao pensamento concreto. Agora, normativismo e decisionismo seriam misturados para dar ao positivismo dominante desde o século XIX sua feição específica. Dessa forma, o positivismo clássico não é um puro normativismo, mas uma mistura de normativismo e decisionismo. Por um lado, isso é o que separa normativismo e decisionismo do pensamento das ordens concretas; por outro lado, a diferença entre eles reside no seguinte aspecto: para um pensamento fundado sobre a norma ou a decisão, o indivíduo é sempre o destinatário do ato, da norma ou da decisão, o que supõe necessariamente uma relação de exterioridade; antes da promulgação da norma, antes da tomada da decisão, esse indivíduo é representado, então, necessariamente como ainda não vinculado e, portanto, como livre e autônomo; a partir disso, a norma ou a decisão – ou da “norma-decisão”, que é a lei positiva – apenas pode ser construída como a limitação exterior de uma liberdade que deve ser pressuposta e, talvez mesmo, respeitada (em todo caso, é a tendência natural de um tal tipo de pensamento). A ordem concreta encontra-se, ao contrário, não na ordem do querer, mas na ordem do ser. Ela é o ser mesmo no qual o indivíduo é considerado, no qual o indivíduo se corporifica, ganha sentido e valor. “Concreto”, mostra Larenz, significa etimologicamente *cum crescere*, “aquilo que cresce junto”.<sup>43</sup> Isso significa que o valor jurídico reconhecido ao membro

<sup>40</sup> Decisão de 9 de dezembro de 1936 reproduzido em: 1. Staff(ed.), *Justiz im Dritten Reichap. Eine Dokumentation*, Frankfurt, Fischer, 1978, p. 175 e seguintes.

<sup>41</sup> C. Schmitt, “Der Weg des deutschen Juristen”, *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1934, p. 693.

<sup>42</sup> Além do artigo precedente, esse princípio do novo direito penal é defendido por Schmitt em “Nationalsozialistisches Rechtsdenken”, *Deutsches Recht*, 1934, p. 228; “Der Rechtsstaat” (1935), *SGN*, p. 115; “Was bedeutet der Streit um den Rechtsstaat” (1935), *SGN*, p. 126.

<sup>43</sup> K. Larenz, “Zur Logik des konkreten Begriffs”, *Deutsche Rechtswissenschaft*, 1940, p. 296.

da ordem concreta, da comunidade, apenas pode decorrer dessa própria ordem objetiva, e não do indivíduo que, fora da comunidade, apenas é um ponto vazio. O que torna impossível construir no institucionalismo radical das ordens concretas é o *direito subjetivo*, ou seja, a posição jurídica da pessoa a partir da qual ela se torna senhora de seus atos e dispõe de sua vida, a partir do reconhecimento jurídico. Quanto ao direito objetivo, ele limita-se a determinar as formas, condições e limites necessários para o exercício desse direito subjetivo.

O pensamento da ordem concreta, como *institucionalismo integral*, define o direito como a própria ordem da vida comunitária concreta, porque rejeita a separação entre o que é e o que deve ser – separação na qual somente pode se inscrever o direito subjetivo. Esse pensamento é um dos dispositivos – nem todos refletidos e sofisticados – colocados a serviço de uma das lutas mais importantes do “direito” nazista – qual seja a “luta contra o direito subjetivo”. O nacional-socialismo, escreve Larenz, “possibilita a comunidade autêntica”, aquela na qual se apaga “o dualismo do ser e do dever-ser, da ordem da norma e da ordem da vida.”<sup>44</sup> Nessa indistinção comunitária, apagam-se ou se misturam todos os dualismos do pensamento clássico, isto é, há a superação do dualismo ser/dever-ser, como também as diferenças que separam direito e moral, direito e política. A partir do momento em que esses dualismos e divisões desaparecem, para deixar prosperar apenas a comunidade “autêntica”, em seu corpo a corpo com o inimigo, e que, por consequência, a própria ideia do direito subjetivo – que não é apenas um conceito técnico do direito, mas que traz em si precisamente todo um pensamento social e jurídico – deixa de ser possível, torna-se possível formular a ideia de que a justiça não é e não pode ser uma função de proteção dos direitos do cidadão – o que ainda afirmava o *Reichsgericht* em 1932 -, mas uma função político-moral de “proteção da honra do povo” que exige e justifica, como escrevia Alfred Rosenberg, “a realização impiedosa da proteção do povo e da raça”, ou seja, da ordem comunitária concreta.<sup>45</sup>

Há aqui, sem dúvida, os elementos essenciais que dão sua configuração específica àquilo que podemos denominar *o imaginário jurídico nazista* e no qual o pensamento schmittiano das ordens concretas se instala confortavelmente para desenvolver a teoria. Se considerarmos o texto de 1934 no qual Schmitt justifica a noite das facas longas e, assim, o assassinato político<sup>46</sup>, podemos interpretá-lo como um simples texto oportunista pelo qual Schmitt procura se proteger no momento em que Hitler liquidava não apenas com Röhm e seus colaboradores diretos, mas também Schleicher, pessoa para quem Schmitt tinha trabalhado como conselheiro nos últimos anos de Weimar. Mas, tal interpretação conjuntural, qualquer que seja sua validade, não consegue ocultar uma constatação simples: a justificação do assassinato político, transfigurando o crime em ato de um “juiz supremo” que protege o próprio “direito”, ou seja, a ordem concreta da vida comunitária, uma tal justificação é claramente uma *aplicação da doutrina das ordens concretas*, por um lado, e uma aplicação que passa

<sup>44</sup> “Gemeinschaft und Rechtstellung”, *DRW*, 1936, p. 34-35.

<sup>45</sup> A. Rosenberg, *Der Mythos des XX. Jahrhunderts*, 183-186 ed., Munique, Hoheneichen, 1942, p. 575.

<sup>46</sup> C. Schmitt, “Der Führer schützt das Recht”, reeditado in, do mesmo autor, *Positionen und Begriffe*, Berlim, Duncker & Humblot, 1988, p. 199 e seguintes. (reedição da edição de 1940); tradução francesa de M. Köller e D. Séglard, “Le Führer protège le droit”, *Cités*, nº14, 2003, p. 165 e seguintes.

perfeitamente nesse imaginário jurídico nazista que nos esforçamos em caracterizar mais acima. É uma justificação *pensada*, e não um simples texto *ad hoc*. Então, seria preciso perguntar-se sobre a continuidade profunda e o fio que conduziu do problema colocado por Schmitt em 1929 do “guardião da Constituição” até a tese do “Führer protege o direito” em 1934: esse último texto não vem de parte alguma.

## 2. O INIMIGO DAS ORDENS CONCRETAS

Já que o pensamento das ordens concretas é polêmico, ele é dirigido contra um inimigo (concreto) que facilmente pode ser identificado. Schmitt designa de uma maneira muito clara esse inimigo logo no início da obra *Três tipos*: “A questão fundamental é a de saber qual é o tipo de pensamento jurídico que se impõe a uma época e a um povo determinados. Os diferentes povos e as diferentes raças estão ligados a diferentes tipos de pensamento e a predominância de um certo tipo de pensamento pode estar ligada a um domínio espiritual e, portanto, político. Há povos que, sem terra, sem Estado, sem Igreja, apenas existem através da lei; para esses povos, somente o pensamento normativista lhes parece o pensamento jurídico razoável, e qualquer outro modo de pensamento lhes parece incompreensível, fantástico ou ridículo.”<sup>47</sup>

Os conceitos são as armas e a arma é a própria essência do combatente. A grandeza de um pensamento reconhece-se na relação com seu “armamento”... “Ordem concreta” não são, assim, palavras *polidas*, palavras *burguesas*. De fato, ficamos estarelecidos com a estranha ressonância entre essa fórmula, que Schmitt forja em 1933-1934, e a caracterização que ele faz do Judeu no texto celerado de 1936, *A ciência jurídica alemã na luta contra o espírito judaico*. Nesse texto, o Judeu é uma “estranha polaridade” entre o “caos” e a “legalidade”, entre o “nihilismo anárquico” e o “normativismo positivista”, entre o “materialismo grosseiramente sensualista” e o “moralista abstrato” – em resumo, entre a *desordem* e a *abstração*. Termo a termo, *ordem concreta* é o contrário do Judeu, do Judeu tal como o imaginam os fantasmas schmittianos.<sup>48</sup>

Assim, na obra de Schmitt, o Judeu é um completo equívoco ontológico. É uma *polaridade*, não uma *substância*; um ser cujo ser é negação. Rosenberg diria: um ser

<sup>47</sup> *Drei Arten*, p. 9-10; *Trois types*, p. 69.

<sup>48</sup> Sobre a permanência de um problema antisemita na obra de Schmitt, ver agora a tradução francesa feita por D. Trierweiler de R. Gross, *Carl Schmitt et les Juifs*, Paris, PUF, 2005. Ver também Y.C. Zarka, *Un détail nazi dans la pensée de Carl Schmitt*, Paris, PUF, 2005, que mostra como Schmitt, desde a obra *O conceito do político* e, portanto, antes de 1933, desenvolve uma noção não hobbesiana de inimigo *substancial*, o que pode evidentemente ser relacionado com a tese aqui desenvolvida. A publicação dos diários de Schmitt mostra também a precocidade da “questão judaica” no pensamento de Schmitt: C. Schmitt, *Tagebücher. Oktober 1912 bis Februar 1915*, 2ª edição, Berlim, Akademie Verlag, 2005; *Die Militärzeit 1915 bis 1919. Tagebuch Februar bis Dezember 1915. Aufsätze und Materialien*, Berlim, Akademie Verlag, 2005. No dia 29 de março de 1915, por exemplo, Schmitt nota (depreciando a ordem concreta da gramática alemã): “Com frequência, surpreendemos-nos com a importância que pode ter o parasitismo, mas isso rapidamente é esquecido; então, eles tornam-se engrenagens ruins (muitos semelhantes a macacos, muitos Judeus cujos pais, talvez, sejam banqueiros, mas que têm apenas existências frágeis, impotentes e efêmeras)” (*Militärzeit*, p. 36); no dia 04 de maio de 1915, ele se volta contra a nobreza que, como a prussiana, “deixa-se pagar e filosoficamente justificar pelos Judeus” (*ibid.*, p. 57); no dia 21 de junho de 1915, ele caracteriza a guerra da seguinte forma: “O judaísmo na política” (*ibid.*, p. 85).

que não tem *Gestalt*, não tem “figura”, como um *fantasma humano*. Fantasma que, colado sobre um ser/não-ser, apenas pode ser uma *máscara*.

O “pensamento” do nacional-socialismo é “concreto, substancial”, escreve Schmitt em 1933.<sup>49</sup> Ele é o “pensamento” substancial que retira a substância do Judeu (exterminando-o, verdadeiramente aniquilando-o, esse ser/não-ser? O que é, substancialmente, a *Vernichtung* de um *Nichts*?). No léxico do antisemitismo – tanto o nazista quanto o tradicional –, tal ser equívoco apenas pode ser designado como *parasita*, aquele cujo ser não é um “*próprio*”, já que supõe para ser aquilo que ele deve ser o ser de um outro que ele altera ou destrói. Não é de espantar nem mesmo insignificante o fato de que essa qualificação do Judeu, que é a mais freqüente no discurso hitlerista<sup>50</sup>, seja reencontrada justamente no pensamento de Schmitt: “O Judeu desenvolve uma relação parasitária, tática e mercantil com o trabalho intelectual.”<sup>51</sup> Não apresentando a forma de vida própria que lhe conferiria uma ordem concreta, o Judeu avança mascarado por trás de sua aparência humana. O Judeu apenas poder fazer-se valer na vida alemã mascarado é uma constante do discurso schmittiano. Em *O Leviatã de Thomas Hobbes*, o Judeu é o ser mascarado, e apenas a máscara lhe dá um semblante de consistência ontológica no seio da comunidade alemã.<sup>52</sup> Compreendemos quanto, nessa obsessão por máscaras, Friedrich Julius Stahl torna-se uma barreira para o antisemitismo schmittiano.<sup>53</sup> Judeu convertido, Stahl tornou-se, no século XIX, o filósofo oficial da reação prussiana. Um parasitismo sem limite que se instala justamente no coração do ser alemão de sua época... Multiplicando as máscaras, o Judeu dissimula sua essência em relação ao Alemão: “Nós não temos acesso à essência íntima do Judeu. Conhecemos somente sua relação oblíqua com o nosso gênero. Aquele que conseguir compreender essa verdade conseguirá finalmente compreender o que é uma raça.”<sup>54</sup>

Tal discurso, ao mesmo tempo sofisticado, “profundo”, em sua ignomínia própria e tão de acordo com o discurso comum do nazismo, sendo o fruto de um simples oportunismo de carreira, como pretende fazer crer uma lenda forte, é algo que, pelo menos, eu posso e devo duvidar. O pensamento da ordem concreta, clara e expressamente destinada a combater o Judeu, sendo um acidente no pensamento de Schmitt – que teria, sem dúvida, também sido provocado por esse mesmo oportunismo – é algo impossível de se admitir, pois é algo constante pouco contestável no

<sup>49</sup> EMP, p.58; SBV, p. 42.

<sup>50</sup> Ver E. Jäckel, *Hitler idéologue*, tradução francesa de J. Chavy, Paris, Gallimard, “Tel”, 1995, p. 79 e seguintes.

<sup>51</sup> “A ciência alemã do direito”, p. 177. É preciso também se perguntar quem “concretamente” Schmitt visa nessa passagem do *O conceito do político*, quando ele evoca os “tipos” (*Arten*) parasitários e caricaturais de “Política”, caracterizados pelas “táticas e práticas de todas as espécies, as concorrências e as intrigas”, “as mais curiosas questões e manobras suspeitas”. Por que o adjetivo “parasitários” foi sublinhado no original alemão, algo que a tradução francesa não reproduziu(?): *Der Begriff des Politischen*, p. 30; cf. tradução francesa citada, p. 70.

<sup>52</sup> C. Schmitt, *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes* (1938), 2ª edição, Stuttgart, Klett-Cotta, 1995, p. 108 e seguintes; tradução francesa D. Trierweiler, *Le Leviathan dans la doctrine de l'État de Thomas Hobbes*, Paris, Le Seuil, 2002, p. 130 e seguintes.

<sup>53</sup> Ver o desenvolvimento e as citações de Schmitt sobre Stahl em: O. Jouanjan, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, Paris, PUF, 2005, p. 63 e seguintes.

<sup>54</sup> C. Schmitt, “La science allemande du droit”, p. 178.

pensamento schmittiano, tanto antes de 1933 quanto depois de 1945, que pretende pensar substancial e concretamente. Portanto, o pensamento da ordem concreta é concebido por Schmitt como uma arma no combate antisemita. *Evidentemente*, disso tudo não se pode concluir que qualquer pensamento jurídico de tipo institucionalista ou qualquer reflexão sobre o concreto na prática e na teoria do direito seria necessariamente comprometido, mesmo por uma simples tendência, com um antisemitismo patente ou latente, declarado ou não declarado, consciente ou inconsciente. É considerado no conjunto do contexto do imaginário e do fantasma schmittianos que um pensamento “concreto” toma tal aspecto, e não em si mesmo: com efeito, afirmar que a ordem concreta seria o antônimo do Judeu e, assim, necessariamente, uma noção antisemita, suporia aceitar como verdadeira a caracterização antisemita do Judeu como polaridade entre caos e abstração!

### 3. A GESTALTUNG

Mas, na verdade, a teoria schmittiana do direito não se anuncia simplesmente como “pensamento concreto da ordem”; ela é mais precisamente “pensamento concreto da ordem e da organização”, *konkretes Ordnungs – und Gestaltungsdenken*. É preciso refletir melhor sobre o conceito de *Gestaltung*, antes de considerar como se articulam entre si os dois momentos da *Ordnung* e da *Gestaltung*.

“Organização” não é uma boa tradução, na verdade é uma tradução muito ruim para *Gestaltung*, e essa tradução fica pior ainda quando *Gestaltung* deve ser entendida no contexto da *Lingua Tertii Imperii*. No mínimo, é preciso entender por *Gestaltung* a organização ativa e não apenas a organização dada em sua passividade. *Gestalten* significa dar forma, dar a alguma coisa uma *Gestalt*. Ora, com precisão, a palavra *Gestalt* perde seu sentido no discurso nazista, como ocorrera antes, de uma maneira mais geral, já no discurso da “revolução conservadora weimariana”. A *Gestalt* não é a forma abstrata, a forma do formalismo. É a forma “concreta”, a *plástica* do objeto. Esse conceito de *Gestalt*, que desempenha uma função central na obra de Ernst Jünger, foi traduzido, pelos franceses, por não encontrarem outro termo melhor, por “Figura”, uma palavra na qual a obra *O trabalhador*, que foi publicada no outono de 1932, explica bem.

A *Gestalt*, a “Figura” é da ordem do “selo e da impressão”, afirma Jünger, e, sobretudo, ela “é o todo que contém mais que a soma de suas partes”.<sup>55</sup> Esse “mais” que designa a Figura é a “totalidade” e Jünger dá especialmente como exemplo – o que não é de espantar – a Figura de um povo que, é claro, apenas pode ser “mais” do que a contagem dos votos, a soma das vontades individuais.<sup>56</sup> Quanto ao indivíduo enquanto tal, ele “se insere em uma grande ordem hierárquica de Figuras – de poderes que não conseguiríamos representar tão reais, físicos, necessários. Em relação a esses poderes, o

<sup>55</sup> E. Jünger, *Le travailleur*, *op.cit.*, p. 62-63. A partir desse ponto de vista, a *Gestalt* compreende em si o conceito de organismo tal como havia sido desenvolvido no século XIX. Todavia, como veremos mais a frente, a *Gestalt* quer significar mais do que “organismo” e se torna *também* um instrumento de luta contra o organicismo tradicional.

<sup>56</sup> *Ibid.*, p. 64.

indivíduo torna-se um símbolo, um representante, e o poder, a riqueza, o sentido da vida dependem da medida na qual ele participa na hierarquia e no combate das Figuras”.<sup>57</sup> A era burguesa foi aquela que não foi capaz de “estabelecer uma relação autêntica com o mundo das Figuras”.<sup>58</sup> O combatente alemão do século XX é o “detentor de uma autêntica Figura” e a Revolução alemã será “uma revolução da Figura”.<sup>59</sup> Por isso: “A visão das Figuras é um ato revolucionário na medida em que reconhece um Ser na plenitude inteira e unitária de sua vida”.<sup>60</sup>

Assim, em 1934, as palavras *Gestalt* e *Gestaltung* não são anódinas. *Gestalt* também apareceu no discurso de Rosenberg e assume, em *O mito do século XX*, a função de um operador mágico desse discurso. Como mostram Philippe Lacoue-Labarthe e Jean-Luc Nancy, a oposição entre o Alemão e o Judeu não é a oposição entre duas *Gestalten*, mas sim entre aquele que apresenta uma *Gestalt* autêntica e aquele *que não tem Seelengestalt, Rassengestalt*: de sorte que o Judeu não é o *antípoda*, mas a *contradição* do Alemão.<sup>61</sup> “Sem reflexão, guiado somente por seu instinto, Rosenberg introduziu o pensamento da *Gestalt* no pensamento político e histórico”. Foi dessa maneira que Alfred Bäumler, filósofo engajado e inspirador da *Nietzsche-Bewegung* sob o III Reich, caracterizou uma das principais “contribuições” de Rosenberg na introdução que ele redigiu para a edição dos *Escritos e discursos* do ideólogo oficial do regime.<sup>62</sup> A *Gestalt* não é a *Form*, a forma formal. Rosenberg não conhecia “nenhum *Reich* de formas puras (*reiner Formen*)”. “*Gestalt ist Tat*”: a Figura é ato e não há *Gestalt* que seja apenas *Gestalt*: “*Gestalt ist Gestaltung*”, a Figura é *Configuração*. “Figura e consciência não se situam em níveis diferentes, como se estivessem separadas tais como a ética e a estética; elas são uma só e é por isso que Rosenberg pensa sempre e necessariamente em *Gestaltung* quando ele fala de *Gestalt*”. Enfim, toda *Gestaltung* é “o ato de uma personalidade”.

A palavra *Gestalt* e suas derivadas ocupam nesses discursos um lugar estratégico determinante. Inicialmente, ela discrimina duas noções de forma: a forma abstrata, aquela que é considerada nela mesma, aquela do *formalismo*, entendida como “algo exterior e indiferente para a Coisa”; e a forma concreta e substancial, a forma encarnada, a “unidade da forma e do conteúdo”<sup>63</sup>, a boa forma, a forma de uma ordem concreta, admirável, aquela que, portanto, suscita o sentimento *estético*, sem poder, como se nota nessa citação, separá-lo do sentimento *ético*. Conseqüentemente, a *Gestalt* é também um operador que permite amalgamar o campo da ética em uma estética da forma. Suprimindo dessa forma as distinções e separações entre a forma e a matéria, entre a ética e a estética, a *Gestalt* obriga também que não se distinga a forma dada da

<sup>57</sup> *Ibid.*, p. 67.

<sup>58</sup> *Ibid.*, p. 68.

<sup>59</sup> *Ibid.*

<sup>60</sup> *Ibid.*, p. 71.

<sup>61</sup> P. Lacoue-Labarthe, J.-L. Nancy, *Le mythe nazi*, La Tour d’Aigues, Ed. De l’Aube, 1991, p. 58.

<sup>62</sup> Todas as próximas citações são tiradas da edição separada desse texto: A. Bäumler, *Alfred Rosenberg und der Mythos des 20. Jahrhunderts*, Munique, Hoheneichen Verlag, 1943, p. 12-14.

<sup>63</sup> As duas citações são tiradas do prefácio da obra *Princípios da filosofia do direito de Hegel* (tradução J.-F. Kervégan, Paris, PUF, 2ª edição, 2003, p. 93, 107), texto que certamente é uma fonte de inspiração para Schmitt.

forma produzida, o dado e o construído, mas, sobretudo, em ver, sempre, na manifestação da forma dada o trabalho da construção, a operação da *Gestaltung* que somente pode ser “o ato de uma personalidade”, de um *Gestalter*, o artista plástico que modela a matéria a partir da forma.<sup>64</sup>

Nesse sentido, analisada enquanto um dos operadores desses discursos, a *Gestalt* deve ser considerada como um dos vetores privilegiados de um modo de pensamento ou de discurso cujo projeto é o de rejeitar o que ele mesmo chama de “pensamento separador” (*Trennungsdenken*), ou seja, um pensamento que procede por distinções e separações e que, por esse fato, rompe com as coerências e coesões orgânicas do concreto, perdendo o sentido do concreto, entendido precisamente, como vimos, como *aquilo que cresce junto*. Ao contrário do pensamento separador, o pensamento que poderíamos denominar de *figurativo* (*Gestaltsdenken vs. Trennungsdenken*) é aquele que une o elementar e tipifica as totalidades.

Em um outro sentido, mais político – mas é extremamente claro, tanto para Jünger quanto para o apologista bäumleriano de Rosenberg, que a *Gestalt* traz em si uma carga política e revolucionária -, a *Gestalt*, porque não pode ser pensada sem a *Gestaltung*, reúne o dado e o construído, e constitui também um conceito *polêmico* contra um certo organicismo do século XIX, aquele mesmo que o jovem Schmitt denunciava já em 1919 como “romantismo político”, no qual o organismo é entendido como o momento de harmonização dos contrários que absorve as tensões e conduz ao repouso: “Seu método[do romantismo político], escreve Schmitt em 1919, foi também aqui a fuga ocasional para fora do domínio pertencente à contradição polêmica, para fora do político, para encontrar refúgio em um domínio mais elevado, ou seja, na época da Restauração, no Religioso; o resultado foi um apoio absoluto ao governo, isto é, uma passividade absoluta [...]. Lá onde começa a atividade política, cessa o romantismo político”.<sup>65</sup>

Assim, a *Gestalt* permite relacionar a polêmica em duas frentes. Por um lado, a palavra evita qualquer retorno a uma concepção formal-formalista do político, ligada a uma visão “mecanicista do Estado”: “forma”, em um quadro mecanicista, somente pode designar a forma exterior das relações entre os elementos constitutivos de uma máquina política que apenas pode ser a soma de suas partes, sem jamais poder designar essa “forma substancial” que reenvia a esse “mais” que comporta o todo em relação às suas partes; o mecanismo somente pode ser cego à *Gestalt* (pouco importa a *estética* da máquina, desde que ela *funcione*, e podemos ver o quanto esse tema da luta contra o “mecanicismo político” está profundamente ligado com aquel’outro, comum no movimento da “revolução conservadora” – a saber, a crítica da técnica). Por outro, a palavra *Gestalt*, na medida em que ela não pode ser pensada sem a *Gestaltung*, o ato, *die Tat* (uma palavra também bastante forte da “revolução conservadora”), é polemicamente dirigida tanto contra o quietismo romântico, quanto ao organicismo do

<sup>64</sup> “Nós nos sentimos como artistas a quem foram confiados a alta responsabilidade de formar, a partir da massa do povo, a imagem sólida e plena do povo. A missão do artista é a [...] de dar forma, de eliminar o que está doente e abrir o caminho para o que está saudável”, escreve Goebbels a Furtwängler em 1933 (citado por P. Lacoue-Labarthe, *La fiction du politique*, Paris, C. Bourgois, 1987, p. 93 e seguintes).

<sup>65</sup> *Politische Romantik* (1919), 6ª edição, Berlim, Duncker & Humblot, 1998, p. 165.

século XIX que rebaixa a representação do organismo político, representando-o a partir do modelo do crescimento dos seres vivos, de um poder vital imanente, e não, precisamente, a partir do modelo da *Gestaltung* ativa de uma personalidade *artista*, de um *artista plástico* da ordem política concreta.

É claro que a palavra *Gestalt* não estava ausente do léxico romântico, e uma frase célebre do jurista alemão mais influente do início do século XIX e o pai fundador da Escola Histórica do direito, Friedrich Carl von Savigny, definia exatamente o Estado como a “*Gestalt* corporal da comunidade espiritual do povo.”<sup>66</sup> Mas, quando o discípulo de Carl Schmitt, Ernst Rudolf Huber<sup>67</sup>, que pertencia à jovem geração de professores de direito que haviam se beneficiado da depuração das faculdades e que será nomeado para as Universidades “sensíveis” de Kiel (na qual a faculdade de direito será o grande laboratório de produção das “teorias” jurídicas nazistas)<sup>68</sup>, definia o Estado como a “*Gestalt* do povo político”<sup>69</sup>, a distância para Savigny é incomensurável e podemos supor que, se a palavra *Gestalt* lhe vem naturalmente ao espírito, isso não ocorre por uma reverência inevitável em relação a um dos grandes pais fundadores da ciência jurídica alemã, mas sim pelo fato desse poder semântico que a palavra naquele momento possuía no ambiente dos discursos conservadores-revolucionários e nazistas. “Que o Estado seja *Gestalt*, ele escreve, significa duas coisas: ele não é nem *mecanismo* nem *organismo*. Ele não é puro processo mecânico, mas se decide e se age, em seu interior, sobre o fundamento de uma inteira confiança e de uma plena responsabilidade em relação ao povo. Ele também não é puro crescimento orgânico, mas uma ordem fundada e desenvolvida através de um ato histórico que veio de cima. O fato do Estado ser *Gestalt* significa que ele não é apenas força silenciosa nem apenas um ser em repouso, mas é a unidade do ato e da duração em uma ordem viva”.<sup>70</sup> Ele acrescenta: “No conceito de *Gestalt*, a oposição entre a força dinâmica e a forma estática é superada em uma nova totalidade”.<sup>71</sup>

Dessa forma, a palavra *Gestalt* significa aqui algo completamente diverso. Mas, a comparação entre as duas definições de Estado, a de Savigny de 1840 e a de Huber em 1935, revela ainda uma importante diferença. Savigny distingue e opõe o espiritual ao corporal; o Estado, o “político”, pertence ao “corporal”, ele é a *leibliche Gestalt* de um povo que traz nele mesmo, independentemente do Estado, seu poder *espiritual*. O organismo savigniano não é um corpo, mas fundamentalmente um espírito, e a característica fundamental do organismo espiritual savigniano é de ser um “todo que se desenvolve”.<sup>72</sup> O direito e a constituição política de um povo resultam, como a língua e a religião, desse autodesenvolvimento; o caráter específico da constituição política é

<sup>66</sup> F.C. v. Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, t. 1, Berlim, Veit, 1840, p. 22.

<sup>67</sup> Sobre Huber: R. Walkenhaus, *Konservatives Staatsdenken. Eine wissenssoziologische Studie zu Ernst Rudolf Huber*, Berlim, Akademie Verlag, 1997.

<sup>68</sup> Ver M. Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, t. 3, Munique, Beck, 1999, p. 279 e seguintes e as referências citadas.

<sup>69</sup> H. Schäfer, *Juristische Lehre und Forschung an der Reichsuniversität Strassburg, 1941-1944*, Tübingen, Mohr, 1999.

<sup>70</sup> *Verfassungsrecht*, p. 166; “Die Deutsche Staatswissenschaft”, p. 30.

<sup>71</sup> *Verfassungsrecht*, *op.cit.*

<sup>72</sup> F.C. v. Savigny, “Sur le but de la présente revue”, tradução francesa de O. Jouanjan, *L'esprit de l'École historique du droit*, in *Annales de la Faculté de droit de Strasbourg*, nova série nº 7, 2004, p. 26.

apenas dar uma forma exterior e unitária a esse povo natural. Mas, a frase de Huber visa precisamente ao povo *político*.<sup>73</sup> O que falta a Savigny e à Escola Histórica, do ponto de vista de uma doutrina nacional-socialista, é não conseguir ver a distinção fundamental entre o povo natural e o povo político e, a partir disso, o lugar específico que deve ocupar, na configuração geral de um povo, o momento político, que não pode ser reduzido unicamente ao desenvolvimento natural de um povo. Huber diz exatamente isso: a língua e a religião são os resultados da evolução orgânica e natural de um povo, mas o conceito de povo político designa algo mais que não estaria relacionado com o povo natural: este é, sem dúvida, a base de um povo político, mas essa base é insuficiente para assumir o momento político. O povo natural não é plenamente *gestaltet*. Insuficientemente *gestaltet*, ele não é nem mesmo portador de uma “vontade histórica de *Gestaltung*”, de um *Willen zur Tat*.<sup>74</sup> O “povo político” é o fundamento da “doutrina do *Reich völkisch*”, definido pelos “princípios da unidade e da totalidade.”<sup>75</sup> Quanto a esse último princípio, Huber lembra de uma forma bastante significativa que a expressão “Estado total” é ambígua, na medida em que ela determina o princípio da totalidade para o Estado, que é apenas uma função do povo, quando deve visar justamente ao todo e todo o resto deve ser função na e da Comunidade, formando a Comunidade total.<sup>76</sup> A partir desse momento, de acordo com Huber, o princípio da totalidade deve ser relacionado como sua fonte primordial com a ideia de “mobilização total” e, assim, com a obra de Ernst Jünger.<sup>77</sup> Na Comunidade total, tudo está ou deve estar mobilizado.

O *Volk* uno e total é o *Volk* plenamente *gestaltet*, cuja base, a condição necessária é a homogeneidade da raça, mas cuja perfeição, aperfeiçoamento, supõe uma força de *Gestaltung* que reside na *Führung*, na qualidade especial do *Führer*. Assim, compreendemos que Savigny não seja mais citado pelos juristas nazistas – ao contrário do que aconteceu com seu adversário mais feroz, Hegel – incapaz, a partir de seu organicismo e de seu historicismo específicos, de construir algo como a *Gestalt* do *Führer*.

<sup>73</sup> Para as idéias a seguir: *Verfassungsrecht*, p. 150-155.

<sup>74</sup> Comparar com a citação de Goebbels apresentada na nota 2, p. 99 do original em francês.

<sup>75</sup> *Ibid.*, p. 157.

<sup>76</sup> Também Schmitt contribui em 1933 com seu outro discípulo, Ernst Forsthoff, para o discurso do Estado total. Ver E. Forsthoff, *Der totale Staat*, *op.cit.*, 1933; C. Schmitt, “Weiterentwicklung des totalen Staats in Deutschland”, (1933), reeditado in *VA*, p. 359 e seguintes, este último artigo fazendo eco à denúncia, em 1931, ao Estado total *quantitativo*, ou seja, ao Estado “neutro” que se torna “auto-organização da sociedade” e para o qual a tradicional separação da sociedade desapareceu (C. Schmitt, “Le virage vers l’État total”, tradução francesa de J.-L. Schlegel, in *Parlamentarismo e democracia*, *op.cit.*, especialmente p. 161). A esse Estado total *quantitativo*, Schmitt opõe, em 1933, o Estado total *qualitativo*. No entanto, diferentemente do fascismo italiano, o nazismo não é uma estatofilia ou estatolatria. Na obra *Estado, movimento, povo*, Schmitt adapta seu discurso relativizando o lugar do Estado na então organização “triádica” da unidade política: é o “Movimento” que, “se encarregando do Estado e do povo”, “penetra e conduz os outros dois” (*SBV*, p. 12; *EMV*, p. 24). “Movimento” significa apenas o momento puramente político e que, sob esse aspecto, deve conduzir o Estado. Assim, encontra-se transposta a tese do conceito do político: “O conceito de Estado pressupõe o conceito do político” (*BP*, p. 20; *NP*, p. 59). Sobre essas questões: O. Jouanjan, “Remarques sur les doctrines national-socialistes de l’État”, artigo citado, p. 101 e seguintes.

<sup>77</sup> *Verfassungsrecht*, p. 159. No artigo de 1931, “Le virage vers l’État total”, Schmitt também reenvia para a “fórmula muito importante” de Jünger: artigo citado, p. 162.

Ora, a palavra *Gestaltung*, principalmente, mas não exclusivamente na obra de Huber, tem o condão de “justificar”, como por um passe de mágica, o *Führerprinzip*. Um povo político apenas toma posse plena de sua *Gestaltung*, de sua capacidade histórica de agir politicamente, na e através da força de *Gestaltung* de seu *Führer*. A *Gestaltung* do povo e a do *Führer* é uma só, o que somente se concebe em um pensamento que rejeita as “separações”. O *Führer* é o “encarregado da vontade *völkisch*”, ele “forma em si a verdadeira vontade do povo, que deve ser distinguida das convicções subjetivas dos membros vivos do povo”, ele é “dedicado à unidade e à totalidade históricas objetivas do povo”, ele não é mais “sujeito”, mas completamente objetivado: “Sua vontade não é a vontade individual de um homem para si, mas nele se encarna a vontade comum do povo, enquanto grandeza histórica”; a vontade que se forma nele não é “a vontade pessoal de um indivíduo, mas a vontade comum de uma comunidade”.<sup>78</sup> A conclusão é simples e clara: “O *Führertum* é uma forma geral da *Gestaltung* na vida pública do *Reich völkisch*”.<sup>79</sup> As palavras *Gestalt* e *Gestaltung* permitem ao jurista ideólogo de dizer o que Heidegger disse no dia 03 de novembro de 1933, em seu apelo aos estudantes alemães e que, no fundo, correspondeu à construção “jurídica” da figura do *Führer*: “É o próprio *Führer* e somente ele que constitui a realidade alemã de hoje e do futuro, como também sua lei”.<sup>80</sup> Na *hbris* da *Gestaltung*, a lei é tão somente a vontade existencial do *Führer*, e isso porque o *Führer* não *representa*, mas *encarna* o povo político alemão, ou seja, em decorrência de sua ação, seu ato (*Tat*), ele *dá corpo*, forma substancial, *Gestalt* à comunidade total.<sup>81</sup> É por sua *Gestalt* que, no discurso schmittiano, o Estado total *qualitativo* distingue-se essencialmente da degenerescência do Estado burguês e do Estado total quantitativo: esse último apenas é total no sentido do “*simples volume*”, sem forma; no outro, a totalidade significa “*qualidade e energia*”, energia trazida pelo *Gestalter* principal, o artista supremo.<sup>82</sup>

<sup>78</sup> Todas as citações retiradas de Huber, *op.cit.*, p. 195-196.

<sup>79</sup> *Ibid.*, p. 198.

<sup>80</sup> M. Heidegger, *Écrits politiques, 1933-1966*, tradução francesa de F. Fédier, Paris, Gallimard, 1995, p. 118.

<sup>81</sup> O *Führer* é aquele que, por excelência, realiza o verdadeiro poder plástico da *Gestaltung* tal como a descreve Rosenberg em um discurso de 1938 intitulado “Personalidade e comunidade”: “A comunidade, podemos talvez qualificá-la, do ponto de vista de um poder plástico (*eine gestaltenden Kraft*), como a inspiração profunda, como a assimilação em si de numerosos pensadores, de numerosos sentimentos e vidas, e podemos então sentir a criação de um indivíduo poderoso como a expiração, o sacrifício de algumas produções que nascem da conjunção dos instintos gerais do povo, da comunidade e da tensão que existe entre camaradas, como também daquilo que o indivíduo tem de específico e de voluntário”(reeditado in F.T. Hart, *Alfred Rosenberg, der Mann und sein Werk*, 4ª edição, Munique, Lehmann, 1939, p. 117). Se pudéssemos imaginar um ser estranho que tivesse como especificidade e como vontade exclusivas inspirar a própria essência da comunidade com o intuito de expirá-la logo depois purificada e com uma forma, para, então, dar a ela a forma tal como ela deveria ter, compreenderíamos, eu acredito, o mito do *Führer* e poderíamos acrescentá-lo à teoria dos monstros encontrada no *Livro dos seres imaginários* de Borges.

<sup>82</sup> C. Schmitt, “Weiterentwicklung des totalen Staats in Deutschland”, artigo citado, p. 361.

#### 4. *GESTALT* E *GESTALTUNG* NA “TEORIA JURÍDICA” SCHMITTIANA

Assim, não é por acaso, nem de maneira aleatória, que a palavra *Gestaltung* vem acompanhada de *Ordnung* na exposição de uma teoria do direito que Schmitt, em 1934, coloca explicitamente a serviço do novo regime. No final dos *Três tipos*, Schmitt retoma, para evidentemente aprovar, a fórmula através da qual o grande *Gestalter* da corporação dos juristas do III Reich, que se tornará logo a seguir o “representante da Polônia”, Hans Frank, caracteriza a função dos “juristas”, que será denominado logo por um termo mais “alemão”, os *Rechtswahrer*, os “guardiães do direito”: é preciso proceder a uma “*Sachgestaltung* [uma *Gestaltung* concreta, material, real] correspondendo ao espírito alemão”.<sup>83</sup> Schmitt constata então a enorme concordância: “Nesse termo que ele mesmo forjou, claramente expressa-se o traço essencial do novo pensamento concreto da ordem e da *Gestaltung*”. O “bom” *Gestalter* cria a teoria a partir de sua prática, sem que ele possa se distanciar de seu objeto: o jurista não é um ser neutro que considera o direito como um objeto a ele externo – essa é a posição do positivista (conscientemente ou não “impregnado de aspectos judaicos”) –, mas ele participa da grande obra da *Gestaltung*, na fidelidade que, enquanto *Gefolgsmann* [o guerreiro livre que segue cegamente seu chefe], ele deve a seu *Führer*. A ciência em geral e a ciência do direito em particular não escapam à funcionalização geral que coloca todo ato e toda atividade a serviço da Comunidade e que decorre do princípio da totalidade que constitui o *Reich völkisch*. A renovação do direito passa muito mais por uma “reforma dos juristas” do que por uma “reforma da justiça”: uma palavra de ordem de Roland Freisler, que será depois o presidente sanguinário do Tribunal popular, jurisdição diligente de exceção, e que Schmitt retomou por sua própria conta a partir de 1933 em *Estado, movimento, povo*.<sup>84</sup>

Na verdade, Schmitt não desenvolve a noção de *Gestaltung* nos *Três tipos*. Contudo, devemos sublinhar dois pontos.

Primeiro, *Gestaltung* não designa no fundo outra coisa que *Ordnung*, mas principalmente qualifica *Ordnung* de uma maneira específica, explicita um aspecto da figura da ordem. A *Gestaltung*, essa força conservadora da ordem, não pode ser pensada como externa a essa ordem, mas somente como imanente. Isso decorre do princípio da totalidade. Da mesma forma que não há separação entre Estado, movimento e povo, os três unindo-se no *Führung*, também *Ordnung* e *Gestaltung* dizem juntas que o momento da decisão está compreendido no conceito de ordem. *Ordnung* e *Gestaltung* significam juntas de uma forma mais precisa o que a palavra *Gestalt* nas obras de Jünger, Rosenberg, Bäumler e Huber significa: o ato de configuração e a forma substancial pensados em conjunto e permitindo ultrapassar ao mesmo tempo o romantismo político e o mecanicismo.

Segundo, nessa metafísica enevoada, é a figura do *Führer* que parece se tornar construível, e a tese aqui é que se a ordem concreta permite construir, a partir do

<sup>83</sup> *Drei Arten*, p. 65-66; *Trois types*, p. 114.

<sup>84</sup> *EMP*, p. 61; *SBV*, p. 44.

princípio da totalidade, a comunidade integral e que ele exprime, assim, aquilo que poderíamos denominar, a partir de um termo tomado de empréstimo de Claude Lefort<sup>85</sup>, o *princípio de incorporação* da ideologia totalitária nacional-socialista, a palavra *Gestaltung* tem por função justificar muito mais o *Führerprinzip* sem se opor ao princípio da totalidade: o *Führer* é o princípio ativo imanente de uma verdadeira ordem concreta, aquele que, em última instância, decide para dar sua *Gestalt*, sua forma de vida substancial ao povo natural, transformando-o assim em um povo político, encarnando um poderoso *Wille zur Tat*, dando-lhe, assim, “qualidade e energia”. *Ordnung* e *Gestaltung* esforçam-se para demonstrar a relação íntima que deve estabelecer o “pensamento” nazista, e provavelmente qualquer pensamento totalitário, entre o princípio da incorporação e aquele outro princípio constitutivo que é o da *encarnação*.

É em todo caso nessa combinação que podemos descobrir o fundamento da justificação do texto de 1934 que legitima as decisões sanguinárias tomadas por Hitler em junho de 1934: “O *Führer* protege o direito”.<sup>86</sup> Os assassinatos cometidos naquele momento foram “regularizados” *a posteriori* por uma “lei” (adotada apenas pelo governo) de 03 de julho de 1934, na qual o único artigo dispunha: “As medidas executadas nos dias 30 de junho, 1º e 2 de julho de 1934 com o intuito de reprimir os complôs contra a segurança do Estado e os atos de alta traição são legais tendo em vista a legítima defesa do Estado (*Staatsnotwehr*)”.<sup>87</sup> Essas medidas, tendo sido tomadas pelo *Führer*, são “legais” se forem “legítimas”, ou seja, encontram seu fundamento não em uma regra formal e exterior, mas em um princípio superior da ordem constitucional concreta. Devemos retornar ao princípio da soberania que não é pensada por Schmitt, como sabemos, como uma noção abstrata e desencarnada, mas como a capacidade concreta de um indivíduo concreto de decidir sobre e na situação de exceção. A célebre frase que abre a *Teologia Política* – “Soberano é aquele que decide no estado de exceção”<sup>88</sup> – data não de 1934, mas de 1922. A legitimidade das medidas de junho de 1934 não pode ser avaliada, portanto, no quadro de um pensamento normativista que buscaria a habilitação legal, expressa ou tácita, mas *formal*, perscrutando a validade para, no presente caso, pedir que o *Führer* preste contas de seu ato *a posteriori*: esses que assim pensam não compreenderam quem é o soberano na ordem política alemã a partir de 1933. O *Führer* não age como um “ditador republicano” ou “comissário”, mas como “juiz supremo” ou mesmo, mais exatamente, “senhor justiceiro supremo” (*oberster Gerichtsherr*). Esse juiz supremo relaciona-se, por oposição à ditadura comissária, com a “ditadura soberana”, uma oposição que estrutura a grande monografia de 1922, *Die Diktatur*.<sup>89</sup> Juiz supremo, o *Führer* não estaria “submetido à organização judiciária”, já que ele se encontra no ápice dessa própria organização. Ele não exerce a justiça por habilitação ou comissão, já que ele é a própria justiça, que ele pode, como justiceiro supremo, a todo o momento retê-la em sua mão. O *Führer* não é um *órgão* do

<sup>85</sup> *L'invention démocratique*, Paris, Fayard, 1981, p. 104.

<sup>86</sup> Artigo anteriormente citado.

<sup>87</sup> Texto em: I. v. Münch, *Gesetze des NS-Staates*, 71-72.

<sup>88</sup> *PT*, p. 13; *TP*, p. 15.

<sup>89</sup> *La dictature*, tradução francesa de M. Köller e D. Séglard, Paris, Le Seuil, 2000.

Estado, no sentido em que, a partir do século XIX, os constitucionalistas construíram a teoria jurídica do órgão do Estado<sup>90</sup>, que age em nome e no lugar do Estado a partir de competências normativas que lhe constituem enquanto órgão e que tendem a reduzir o Estado a ser concebido apenas como tal ordem normativa.<sup>91</sup> Em *Estado, movimento, povo*, Schmitt inverteu propositalmente a afirmação: o Estado é o órgão do *Führer*...

O *Gestalter* não é um “órgão” do Estado, já que ele se encontra no princípio da ordem e não *submetido* a normas. Daí decorre que ele também não pode estar submetido a qualquer princípio de especialização de funções ou separação dos poderes: é preciso que ele detenha a *plenitudo potestatis* para poder configurar a ordem concreta. Pelo menos em seu nível, o da soberania encarnada e concreta, qualquer distinção entre as funções legislativa, administrativa, governamental e judiciária é privada de sentido. No fundo, o *Führer*, poder concreto, encarna a oposição radical e *política* a qualquer *pensamento separador*. Sua construção “jurídica” significa o próprio banimento das ideias “separadoras”. O princípio de encarnação apaga qualquer separação entre o *Führer*, o Estado, o movimento e o povo.

No pensamento liberal e burguês, a ideia de separação aplicada à constituição política recebe o nome, no sentido mais amplo do termo, de *representação*. Ora, o *Führer não representa* o povo. Com efeito, tradicionalmente, e particularmente com Hobbes, a montagem política da representação supõe uma diferença de ser, uma separação radical entre representante e representado, e demonstra, a partir desse fato, o pensamento separador. O imanentismo radical que preside a construção das mitologias nazistas e, assim, a bricolagem “jurídica” da *Ordnung* e da *Gestaltung*, impõe um pensamento de identidade que se mostra de forma clara também na obra de Heidegger – o *Führer* “é a realidade alemã e sua lei” – na de Larenz – “através dele [do *Führer*], a comunidade é a realidade mais viva” – e na de Huber – ele “é a ideia do direito concreto” da comunidade – além da obra de Schmitt: a vontade do *Führer* “é hoje o *nomos* do povo alemão”.<sup>92</sup> A lógica identitária da *encarnação* (*Verkörperung*) renega violentamente a lógica separadora, da divisão e da distância próprias da teoria política da representação. Mas, o próprio Schmitt sublinhara, *desde 1928*, na *Teoria da Constituição*, com sua acuidade fulgurante própria, que a oposição política e constitucional radical se dava entre “identidade e representação”.<sup>93</sup>

“É o próprio *Führer* quem determina o conteúdo e a extensão de sua ação”, escreve Schmitt no texto de 1934, *O Führer protege o direito*. Mais uma vez, não se trata de uma afirmação (somente) “oportunista”, sem embasamento teórico. Esse enunciado, ao contrário, insere-se na lógica do pensamento das ordens concretas e da *Gestaltung*. A representação repousa, como já mostrado, na separação ontológica do

<sup>90</sup> Sobre esse ponto, ver principalmente: É. Maulin, *La théorie de l'État de Carré de Malberg*, Paris, PUF, 2003, p. 198 e seguintes.

<sup>91</sup> Essa tese do Estado como ordem jurídica será justamente sustentada por Kelsen, o inimigo por excelência de Schmitt. Ver principalmente H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, tradução francesa de C. Eisenmann, reedição, Paris-Bruxelles, LGDJ-Bruylant, 1999, p. 281 e seguintes.

<sup>92</sup> Citado por Reinhard Mehring, *Carl Schmitt zur Einführung*, Hamburgo, Junius, 2001, p. 65. “A lei é hoje vontade e plano do *Führer*”, escreve Schmitt em “Kodifikation oder Novelle?”, *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1935, col. 924.

<sup>93</sup> C. Schmitt, *Théorie de la constitution*, *op.cit.*, p. 342.

representante e do representado, mas, ao mesmo tempo, é preciso assegurar um liame jurídico que una os dois, que assume a forma do mandato. O mandato é o limite exterior que determina o poder do representante. Assim, o mandato traz em si o esquema do pensamento normativista na forma de uma habilitação normativa *exterior* que se impõe à ação do representante. Por isso que essa ideia é incompatível com o pensamento imanentista das ordens concretas. Se a *Gestalt* da ordem concreta não é outra coisa que sua *Gestaltung*, se a *Gestaltung* é ação (*Tat*) e se o *Führer* é o *Gestalter* supremo, daí que se afirme não a falta de limite ao seu poder, mas que se defenda o banimento de qualquer limite formal exterior por um lado, pondo-se um limite substancial no qual somente o *Führer* pode ser o juiz desse limite, por outro. É o que afirma Schmitt em 1934, como também já em 1933, que apenas o sentimento do *Führer* quanto à “sua própria responsabilidade” constitui a garantia substancial do sistema. Da mesma forma que não há diferença entre o ser do *Führer* e um dever-ser que, de qualquer forma, ele encarna. Ele mesmo é, existencialmente, seu próprio limite.

Na recensão que ele faz em 1935 dos *Três tipos*, o “neo-hegeliano” Karl Larenz reprova Schmitt pelo fato dele não ter colocado em evidência a “relação íntima entre *Ordnung* e *Gestaltung*”, uma relação que é “tudo, menos evidente”. Então, Larenz propõe-se a dizer a verdade sobre essa relação e, assim, sobre o pensamento das ordens concretas, uma verdade que o próprio Schmitt não soube exprimir. Trata-se de “apreciar em seu justo valor o momento do político e da *Gestaltung*”, afirma Larenz. Trata-se também de pensar – a partir do léxico de um neo-hegeliano – a meditação necessária entre o momento passivo da *Ordnung* e o momento ativo da *Gestaltung*. Eis o resultado: “O direito é ordem através da *Gestaltung*; a *Gestaltung* não é um início decisionista absoluto, mas pressupõe sempre uma ordem dada, pelo menos esboçada, através da qual a *Gestaltung* somente se torna possível e a serviço da qual ela se encontra. Em oposição à arbitrariedade decisionista, ela repousa sobre a *submissão existencial* do *Gestalter responsável*”.<sup>94</sup> Não é certo, evidentemente, que Larenz, com esses comentários, dissesse verdadeiramente *mais* do que Schmitt. Mas, ele reafirma bem o que Schmitt gostaria de dizer.

Nos *Três tipos*, Schmitt foi censurado por ter iniciado uma clara ruptura com a posição “decisionista” que houvera adotado anteriormente. Para ilustrar a diferença entre as duas posições, ele utiliza um exemplo que não surpreende: a decisão, mesmo infalível, do papa não funda a ordem concreta da Igreja, mas a pressupõe. Contudo, ele faz uma concessão: “O dogma católico-romano da infalibilidade da decisão papal apresenta poderosos elementos decisionistas”.<sup>95</sup> O “pensamento das ordens concretas” não se encontra em oposição frontal com o decisionismo. É uma modificação desse

<sup>94</sup> K. Larenz, Rezension von Carl Schmitt *Über die drei Arten*, *Zeitschrift für deutsche Kulturphilosophie*, t. 1, 1935, p. 112 e seguintes (p. 115 para a citação; sublinhei). Ver também o parágrafo intitulado “Pensamento da ordem concreta e idealismo objetivo” em: do mesmo, *Rechts-und Staatsphilosophie der Gegenwart*, 2ª edição, Berlim, Junker und Dünhaupt, 1935, p. 156 e seguintes. Sobre Karl Larenz: O. Jouanjan, “Communauté, race et “rénovation allemande du droit”: Karl Larenz ou les errements de l’hégélianisme juridique sous le IIIe. Reich”, in C. Colliot-Thélène, J.-F. Kervégan (dir.), *De la société à la sociologie*, Lyon, ENS Éditions, 2002, p. 183 e seguintes (sobre Larenz e Schmitt: p. 194 e seguintes); do mesmo, *Les fossoyeurs de Hegel. Rénovation allemande du droit et neo-hégélianisme sous le IIIe. Reich*, *Droits*, n° 25, 1997, p. 121 e seguintes.

<sup>95</sup> *Drei Arten*, p. 26; *Trois types*, p. 82.

último – necessária -, sem dúvida uma reinterpretação corretiva feita por Schmitt de suas próprias posições defendidas desde 1922, nas obras *A ditadura e Teologia política*. Correção necessária, pois, por um lado, o decisionismo radical remete à pura subjetividade daquele que decide e tal subjetivismo radical não se encaixa bem no pensamento substancialista de Schmitt; por outro lado, é precisamente a noção de “situação normal” que os textos anteriores a 1933 deixavam subjacente, situação que pressupõe, para valer eficazmente, qualquer norma: o conceito de ordem concreta vem preencher esse vazio. A partir daí, Schmitt pode repensar sua própria noção decisionista de soberano, estabelecida em 1922, através da figura do *Gestalter*, na qual ordem e ação, objetivo e subjetivo unem-se ao preço de uma dialética obscura e implícita.

## 5. CONCLUSÕES

Seis teses ou, mais precisamente, seis hipóteses podem sintetizar o presente texto e abrir outras perspectivas, principalmente pesquisas direcionadas àquilo que poderíamos denominar, em alusão a um livro célebre, as linguagens jurídicas totalitárias.

1. O pensamento da ordem concreta não é nele mesmo o resultado do oportunismo schmittiano, mas uma correção feita em suas posições anteriores, em razão de uma insuficiência sentida por Schmitt em sua teoria. Assim, essa mudança se deu por motivos internos. Ora, esse pensamento, na forma radical do institucionalismo que ele propõe, não é neutro (o que, depois, ele reivindica), mas se oferece como uma “teoria” alemã e nacional-socialista do direito e fornece efetivamente um esquema de legitimação do nazismo através das noções de *Ordnung* e de *Gestaltung*, como também por sua obscura articulação. Se os textos mais abjetos de Schmitt, especialmente *O Führer protege o direito* (1934) e *A ciência jurídica alemã na luta contra o espírito judeu* (1936), podem ter sido escritos pelo oportunismo de Schmitt, essa consideração, mesmo que ninguém a negue, não apresenta o sentido desses textos, o que uma leitura atenta demonstra que eles são também a passagem para o ato do pensamento das ordens concretas, ou seja, que eles estão ligados à “teoria” schmittiana.

2. O pensamento das ordens concretas é, em relação ao decisionismo anterior, uma modificação corretiva, mas não uma ruptura substancial. Foi uma reflexão sobre seu próprio decisionismo que levou Schmitt a perceber um subjetivismo radical nesse primeiro momento que entrava em contradição com outros elementos de seu pensamento, já que, desde a obra de 1912, *Gesetz und Urteil*<sup>96</sup>, Schmitt nega as conseqüências, para ele, anárquicas do subjetivismo descontrolado defendido na época pela Escola denominada do “direito livre”.<sup>97</sup> Podemos formular a hipótese no sentido de que essa reflexão e evolução poderiam ser lidas e impressas em negativo, na

<sup>96</sup> 2ª edição inalterada, Munique, Beck, 1969.

<sup>97</sup> *Freirechtschule*. Esse movimento de contestação radical dos princípios do positivismo e do sistematismo jurídicos foi simbolizado principalmente pelo célebre panfleto publicado em 1906 por Hermann Kantorowicz, sob o nome de Gnaeus Flavius, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft (A luta pela ciência jurídica)*. Em francês, ver ainda e sempre a exposição que consagra François Gény a esse movimento em *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. 2, reeditado da edição de 1919, Paris, LGDJ, 1995, p. 330 e seguintes.

modificação e complexificação de sua relação com Hobbes a partir de 1933, cujo exemplo maior seria a obra *O Leviatã na doutrina do Estado de Thomas Hobbes*.

3. Assim, percebemos muito mais uma continuidade do que uma ruptura entre o Schmitt de antes e de depois de 1933. Essa continuidade pode ser aqui indicada por algumas palavras-chave: o pensamento substancial, o antiformalismo, a ideia de “forma substancial”, a relação normalidade/normatividade, o tema da homogeneidade, a oposição cardeal entre representação e identidade. Esses são temas que, na obra schmittiana, nascem a partir, pelo menos, de 1922, e que se encontram trabalhados principalmente na obra de aparência acadêmica, a *Teoria da constituição* de 1928, culminando nos textos posteriores a 1933.

4. Há também continuidade entre o Schmitt de antes e de depois de 1945, pelo menos através do conceito de *nomos*, fundamental na obra tardia, definido como “unidade da ordem (*Ordnung*) e da localização(*Ortung*)”, conceito também polêmico e dirigido contra a modernidade, caracterizada como processo de “deslocalização”(Entortung).<sup>98</sup> Ora, a figura do *nomos* foi introduzida precisamente na obra com os *Três tipos* de 1934 e se inscreve, portanto, no conjunto do pensamento das ordens concretas.

5. O pensamento da ordem concreta, ao associar ordem e a *Gestaltung*, o dado e o construído, retoma em si exatamente aquilo que Hubert Rottleuthner evidenciou como o “esquema geral de legitimação” dos discursos nazistas, para além de sua profusão e de suas divergências, estabelecido em seus locais arqueológicos – a saber, um “decisionismo substancial”.<sup>99</sup> Oxímoro em sua estrutura, esse esquema permite, assim, legitimar não importa qual ato (*Tat*), seja em nome da ordem concreta, ou em nome da *vontade do Führer*, e mascarar o hiato entre os dois. É exatamente o que produz a articulação nebulosa entre *Ordnung* e *Gestaltung*. A essa indistinção, no discurso, entre o dado e o construído corresponde essa ambigüidade com frequência sublinhada entre o elemento “conservador” e *Blut und Boden* do nazismo, por um lado, e seu elemento “dionisíaco”, a fúria de uma técnica idolatrada, por outro. Assim, a “Comunidade” pode passar do mito para a realidade através do esfacelamento ideológico da contradição que, monstruosamente, a constitui: para dar de volta aos Alemães a Comunidade dos Alemães, dar de volta seu ser, seu dever-ser, para dar de volta a eles seu “dado”, é preciso *construí-lo, gestalten*, pelos meios enfurecidos das técnicas, jurídicas e mecânicas, do extermínio e da exclusão.

6. Se qualquer pensamento institucionalista do direito não tem como consequência necessária legitimar um regime desse tipo realizado em 1933 – se, portanto, para dizer de uma forma brutal, mas clara, é absurdo assinalar intenções ou

<sup>98</sup> Processo degenerativo do Moderno, a deslocalização não se relaciona com esse traço nômade do Judeu, sem terra, sem Estado? A palavra alemã *Entortung* (“deslocalização”) não é foneticamente próxima da palavra do léxico da *Lingua Tertii Imperii*, *Entartung* (“degeneração”), que evoca evidentemente a lembrança da exposição organizada a partir da provocação de Goebbels e que viajará por todo o Reich, de julho de 1937 a abril de 1941, para denunciar a “arte degenerada” (*entartete Kunst*)?

<sup>99</sup> H. Rottleuthner, “Substantieller Dezisionismus. Zur Funktion der Rechtsphilosophie im Nationalsozialismus”, in H. Rottleuthner(dir.), *Recht, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus, Archiv für Rechts – und Sozialphilosophie*, Beiheft 18, 1983, p. 20 e seguintes.

tendências “totalitárias” a um pensamento pela única razão de seu institucionalismo<sup>100</sup>-, por outro lado, e no conjunto das razões invocadas acima, o “pensamento da ordem concreta”, *da forma como foi construído por Schmitt em 1934*, pode muito bem ser denominado um pensamento jurídico *totalitário em seu gênero e nazista em sua espécie*.

**Tradução: José Emílio Medauar Ommati.\*\*\***

---

<sup>100</sup> Por outro lado, é verdade que uma teoria institucionalista do direito traz em si, principalmente, uma dificuldade ou uma ambigüidade quanto à interpretação dos direitos individuais, na medida em que ela tende a *funcionalizar* o indivíduo no seio das redes institucionais que dão, pelo menos parcialmente, sentido e valor jurídicos a seus atos e motivações. Sobre esse ponto, por exemplo: E.-W. Böckenförde, “Théorie et interprétation des droits fondamentaux”, *in* do mesmo autor, *Le droit, l’État et la constitution démocratique*, Paris-Bruxelles, LGDJ-Bruylant, 2000, p. 260 e seguintes.

\*\*\* Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da UFMG, Minas Gerais, Brasil; Professor de Teoria do Estado, Teoria da Constituição, Hermenêutica e Argumentação Jurídica e Direito Administrativo I da PUC Minas – Campus Serro, Minas Gerais, Brasil; Coordenador do Curso de Direito da PUC Minas – Campus Serro, Minas Gerais, Brasil.