

# CONTRA O DIREITO DO ESTADO: A FORMAÇÃO DO ESTADO DE DIREITO E SUA LEGITIMAÇÃO PELA NORMA FUNDAMENTAL

*Diogo Valério Félix<sup>1</sup>*

*Poliana Caroline<sup>2</sup>*

## RESUMO

A Norma fundamental (*Grundnorm*) proposta na Teoria Pura do Direito, apresentada a partir do dualismo entre o ser (*sein*) e dever ser (*sollen*), identifica não só o sentido de um ato de vontade, mas também como conteúdo de sentido, ou seja, o conteúdo de um ato de pensamento, um juízo acometido de exigibilidade, na medida em que a norma carrega consigo a significação de que algo deve ser ou acontecer, marcada, inclusive, como uma prescrição coativa, apresentando-se como a regra (forma) básica de acordo com a qual devem ser criadas as normas do sistema, distinguindo-se, portando, da Constituição Federal, que encontra fundamento na Norma Fundamental. A soberania, debatida por Carl Schmitt e pela teoria do Estado liberal de direito, encontra limites na Norma Fundamental, enquanto resultado dos efeitos decorrentes do pacto originário, vinculando, desta forma, a atividade da comunidade internacional. Assim, a formação, aplicação e suspensão da ordem jurídica, encontra fundamento e validade em um sentido normativo, revelando a relação normativa entre os juízo subjetivos da decisão, e a validade objetiva da própria decisão que forma, aplica e suspende a ordem jurídica enquanto exercício da soberania.

## PALAVRAS-CHAVE

Norma Fundamental; Soberania; Estado de Exceção; Direito do Estado; Estado de Direito.

---

<sup>1</sup> Mestre em Ciências Jurídicas, área de concentração Direitos da Personalidade, pelo Centro Universitário de Maringá – UNICESUMAR (2010); Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Maringá - UNICESUMAR (2008). Advogado militante na cidade de Maringá/PR. Professor do curso de Direito do Centro Universitário de Maringá. E-mail: adv.diogofelix@hotmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7549347112132551>.

<sup>2</sup> Acadêmica do 2º ano do Curso de Direito da Faculdade Cidade Verde. Email: polianacaroline9930@gmail.com.

## 1. INTRODUÇÃO

É indiscutível que Hans Kelsen foi um dos maiores filósofos do direito do século XX, grande contemporâneo do juspositivismo, que mudou a forma de se pensar o Direito, aderido por alguns e criticado por outros. Mas que com sua grande genialidade perpetuou seu pensamento até os dias de hoje. E com base em sua teoria é que o presente trabalho irá ser desenvolvido, já que a Norma Fundamental (*Grundnorm*) é a grande causa de sua teoria, ou melhor convencionada, como Teoria Pura do Direito, é o instrumento regulador do Direito, que tem como objetivo colocar em harmonia, as relações entre os países da comunidade internacional.

Em contrapartida, o presente trabalho tem por finalidade analisar a relação entre o exercício da soberania dos Estados e a Norma Fundamental, em oposição à análise superficial da ótica de Carl Schmitt, por sua famosa frase de que o “soberano é aquele que decide sobre o Estado de exceção”. Carl Schmitt teve incontáveis polêmicas com intelectuais de sua época, sendo Hans Kelsen um deles, abrindo, inclusive um diálogo aberto em seus textos de filosofia jurídica e filosofia política.

Cumprido desde já destacar, que o presente trabalho não pretende esgotar qualquer dos temas abordados, dada a sua importância e complexidade, bem como o aprofundamento das ideias centrais de Carl Schmitt, ou, ainda, de qualquer teórico liberal do Estado de Direito. As referências ao respectivo autor se fazem necessárias a fim de trazer como marco contraditório de toda a Teoria Pura do Direito, em especial, qual a relação dos Estados pactuantes e a Norma Fundamental, quanto ao exercício da soberania dos respectivos Estados.

A partir dessa problemática, pretende-se mostrar essa oposição, diga-se, enfrentamento, desses dois grandes filósofos, a partir da análise das ideias de cada um dos autores ora abordados, ainda que de modo indireto, sobretudo nos textos de Kelsen, subtendendo em cada parágrafo que a Norma fundamental é soberana à Constituição dos Estados, oposição flagrante à proposta da soberania de Carl Schmitt. Ademais, para Kelsen, famoso por seu sistema hierárquico, o que fundamenta e valida a Constituição é a Norma Fundamental, caindo por terra assim, o que para Schmitt seria o mais importante. Uma soberana Constituição.

Assim, a pesquisa inicia-se na busca da concepção de norma estabelecida por Kelsen, a partir do dualismo identifica entre o ser (*sein*) e dever ser (*sollen*), a fim de encontrar uma separação entre o plano fático, pautado (*sein*) na sociedade política, e o plano normativo do direito (*sollen*), não só o sentido de um ato de vontade, mas também como conteúdo de sentido, ou seja, o conteúdo de um ato de pensamento, um juízo acometido de exigibilidade, na medida em que a norma carrega

consigo a significação de que algo deve ser ou acontecer, marcada, inclusive, como uma prescrição coativa.

Após a identificação da concepção de norma na Teoria Pura do Direito, cumpre-nos investigar a natureza da Norma Fundamental para além da ideia equivocada de identificação e representação pela Constituição Federal dos Estados.

Para tanto, identificou-se que foi através de um costume, ou de um estatuto global que tem uma função interpretativa da realidade fático-normativa, pensada a partir das categorias lógico-transcendentais, segundo as proposições kantianas, evidenciando que a Norma Fundamental é como a regra (forma) básica de acordo com a qual devem ser criadas as normas do sistema, distinguindo-se, portando, da Constituição Federal.

Neste sentido, a compreensão da Norma Fundamental, depender, necessariamente, de autoridades metajurídicas, tais como Deus e a Natureza, pensados transcendentemente, a fim de estabelecer uma relação de sentido e fundamento (interpretação) entre os juízos subjetivos e a validade objetiva da norma positivada, os quais atribuirão um sentido e fundamento para a construção de todo o sistema normativo apresentado pela Teoria Pura do Direito.

Os critérios de hierarquia e validade, decorrentes do sentido e fundamento dos juízos subjetivos e da validade objetiva serão as condições de construção da norma subsequente. Assim uma norma só pode ser validada por outra norma, diga-se, superior e válida, e, só será considerada legítima, se estiver de acordo com a Norma Fundamental.

Desta forma, o que fundamenta uma norma e faz com que ela pertença à uma determinada ordem, e seja válida, apenas pode ser a validade de uma outra norma, portanto, uma norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é designada como uma norma superior (*Grundnorm*), e sendo assim, a outra se tornou uma norma inferior, por isso o fundamento de validade se torna pressuposto, lógico, assim como a norma demanda condutas da qual devemos obedecer, sob pena de sofrer sanções.

Restando identificada a natureza da Norma Fundamental, abre-se a discussão quanto à ideia de soberania dentro da proposta de Carl Schmitt, de que o exercício da soberania, dentro de uma dimensão política e decisionista, liberta-se de qualquer ligação normativa, tornando-se absoluta, podendo, assim, decidir o Estado (direito do Estado) para aquém ou além da ordem normativa.

Ao final, retoma-se a Norma Fundamental como instrumento normativo limitador, ou, regulamentador do exercício da soberania, impedindo, assim, o cunho decisionista para além de qualquer ordem normativa, na medida em que a Norma

Fundamental, enquanto consequência do pacto originário vincula a comunidade internacional pactuante, atuando, desta forma, como verdadeira ferramenta de subjugação da ordem jurídica.

## 2. A CONCEPÇÃO E O SENTIDO ATRIBUÍDO À NORMA NA TEORIA PURA DO DIREITO

É muito comum encontrar, seja em textos de filosofia do direito, seja nos circuitos acadêmicos, a reprodução quanto à ideia da Norma Fundamental proposta por Hans Kelsen, em especial, o fundamento de validade da ordem normativa, a fim de fundamentar uma teoria pura do direito, representada a partir da Constituição Federal, ou seja, de que a Constituição Federal dos Estados seria o próprio fundamento de validade de toda estrutura do ordenamento jurídico vigente, à medida que a mesma estabeleceria os critérios de hierarquia e validade das normas subsequentes.

Contudo, há que se chamar a atenção, desde já, que a respectiva concepção acerca da Norma Fundamental, entendida como a Constituição Federal, é inteiramente frágil, rasteira e equivocada, pois se o fundamento de validade do ordenamento jurídico é a Constituição Federal, qual seria o fundamento da Constituição Federal se ela seria o último fundamento?

Veja-se, assim, que a simples e modesta questão acima exposta, põe em cheque a afirmação anteriormente mencionada, quando à concepção da Norma Fundamental proposta por Kelsen.

Desta forma, a fim de cumprir com os objetivos do presente trabalho, pautado na identificação da Norma Fundamental como instrumento regulador do exercício da soberania, afastando, desta forma, a concepção frágil e equivocada, anteriormente mencionada, cumpre-nos resgatar o conceito de norma, a partir da Teoria Pura do Direito, a fim de identificar a proposição kelseana acerca da *Grundnorm*.

Para tanto, há que se reportar ao conceito de norma primeiramente como um prévio esquema de interpretação capaz de significar algo que deve acontecer, ou seja, um comando no sentido de conduzir o sujeito a uma determinada conduta.

Quanto a esta concepção, o conceito de norma proposto por Kelsen pressupõe o dualismo entre o ser (*sein*) e dever ser (*sollen*), a fim de encontrar uma separação entre o plano fático, pautado (*sein*) na sociedade política, e o plano normativo do direito (*sollen*), como uma adequação do fato a norma.

Logo, há que se concluir, por questões metodológicas, a fim de lhe atribuir validade, que o esquema e interpretação que constitui o núcleo essencial da norma, é reconhecido, necessariamente, a partir de dois elementos componentes do ato de

vontade geral e do ato jurídico em particular, quais sejam: primeiro, um ato que se realiza no espaço e no tempo, sensorialmente perceptível, ou uma série de tais atos, uma manifestação externa; segundo, a sua significação jurídica, isto é, a significação que o ato tem do ponto de vista do Direito (KELSEN, 1998, p. 2).

Assim, a concepção da norma encontra sua gênese a partir do sentido objetivo determinado pela lei da causalidade e encerrado no sistema da natureza, ou seja, do sentido atribuído pela interpretação do fato segundo a norma.

Nas lições de Kelsen:

O sentido jurídico específico, a sua particular significação jurídica, recebe-a o fato em questão por intermédio de uma norma que a ele se refere com o seu conteúdo, que lhe empresta a significação jurídica, por forma que o ato pode ser interpretado segundo esta norma. A norma funciona como esquema de interpretação. Por outras palavras: o juízo em que se enuncia que um ato de conduta humana constitui um ato jurídico (ou antijurídico) é o resultado de uma interpretação específica, a saber, de uma interpretação normativa. (KELSEN, 1998, p. 4).

Desta forma, há de se concluir, por norma, segundo as prescrições de Kelsen, não só o sentido de um ato de vontade, mas também - como conteúdo de sentido - o conteúdo de um ato de pensamento (KELSEN, 1998, p. 7), um juízo acometido de exigibilidade, na medida em que a norma carrega consigo a significação de que algo deve ser ou acontecer, marcada, inclusive, como uma prescrição coativa, no sentido de exigir uma determinada conduta humana a medida em que liga a conduta oposta a um ato de coerção dirigido a pessoa que assim se conduz, sendo que esta consequência pode ser-lhe aplicada ainda que contra a sua vontade (KELSEN, 2006, p. 36), constituindo-se, assim, em norma jurídica.

Da respectiva concepção, resta claro a identificação de que a norma, dentro do plano ético, a luz da Teoria Pura do Direito, é marcada por três características essenciais, quais sejam: primeira) Imperatividade, uma vez que enuncia algo de que deve ser; segunda) Possibilidade de violação, tendo vista que a imperatividade não exclui mas antes pressupõe a liberdade daqueles a quem se destina; e, terceiro) Imposição a fato contrário, na medida em que o dever ser (*sollen*) prescreve determinada conduta contrariamente aos fatos (*sein*), fixando, inclusive, a responsabilização do transgressor. (BETIOLI, 2011, p.76-7).

Conclui-se, desta maneira, que a concepção de norma ultrapassa a mera prescrição de uma conduta em que o homem deve orientar-se, constituindo-se, ainda, em um próprio sentido atribuído a realidade fática do ser, marcado, ainda, pela coercibilidade.

### 3. RECONSTRUÇÃO DO ARGUMENTO DA NORMA FUNDAMENTAL: CRÍTICA DE QUE A NORMA FUNDAMENTAL SE CONSOLIDA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Restando identificada a concepção de Norma a partir da Teoria Pura do Direito, enquanto significação jurídica, ou, em outras palavras, um juízo que estabelece um sentido relacionado a uma realidade fática, carregado de exigibilidade (juízo normativo), cumpre-nos, a fim de atingir a finalidade da presente pesquisa, reconstruir o argumento sobre a natureza da Norma Fundamental, a fim de opor-nos a ideia de que a mesma se consolida na Constituição Federal enquanto fundamento da ordem jurídica vigente.

Para tanto, há que se invocar, mais uma vez, as preciosas lições do professor de Viena, no sentido de que:

[...] Se quisermos conhecer a natureza da norma fundamental (*grundnorm*), devemos sobretudo ter em mente que ela se refere imediatamente a uma Constituição determinada, efetivamente estabelecida, produzida através de um costume ou através da elaboração de um estatuto eficaz em termos globais, enquanto fundamenta a validade da mesma Constituição e a ordem coercitiva de acordo com ela criada. (KELSEN, 1998, p. 141).

Importante esclarecer, que a produção da Norma Fundamental através de um costume, ou de um estatuto global, como acima citado, não se dá a margem de uma livre descoberta, ou seja, arbitrariamente, na medida em que há, em razão da própria concepção de norma, anteriormente construída, a necessária imputação do sentido que o juízo subjetivo irá atribuir aos atos jurídicos e objetivos considerados válidos e que irão orientar as relações jurídicas. Trata-se de uma função interpretativa da realidade fático-normativa pensada a partir das categorias lógico-transcendentais, segundo as proposições kantianas.

Assim, segundos as prescrições kelsenas:

[...] só através da pressuposição da norma fundamental se torna possível interpretar o sentido subjetivo do fato constituinte e dos fatos postos de acordo com a Constituição como seu sentido objetivo, quer dizer, como normas objetivamente válidas, pode a norma fundamental, na sua descrição pela ciência jurídica - e se é lícito aplicar *per analogiam* um conceito da teoria do conhecimento de Kant [...].(KELSEN, 1998, p. 141).

Observa-se, neste sentido, que a compreensão da Norma Fundamental, depende, necessariamente, de uma autoridade metajurídica, pautada na Norma Hipotética Fundamental, enquanto norma posicionada fora do ordenamento jurídico, e que fundamento e validade a este, pensada, portanto, transcendentemente, a fim de estabelecer uma relação de sentido e fundamento (interpretação) entre os juízos subjetivos e a validade objetiva da norma positivada.

A relação de sentido e fundamento, anteriormente mencionada, dão subsídios para que Kelsen construa todo o sistema hierárquico normativo apresentado na Teoria Pura do Direito, onde os critérios de hierarquia e validade são condições de construção da norma subsequente. Assim uma norma só pode ser validada por outra norma, diga-se, superior e válida, e, só será considerada legítima, se estiver de acordo com a Norma Fundamental.

Desta forma, o que fundamenta uma norma e faz com que ela pertença a uma determinada ordem, e seja válida, apenas pode ser a validade de uma outra norma, portanto, uma norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é designada como uma norma superior (*Grundnorm*), e sendo assim, a outra se tornou uma norma inferior, por isso o fundamento de validade se torna pressuposto, lógico, assim como a norma demanda condutas da qual devemos obedecer, sob pena de sofrer sanções.

Assim sendo, nos dizeres de Alan Ibn Chahrur, trata-se, sinteticamente falando, a Norma Fundamental, como a regra (forma) básica de acordo com a qual devem ser criadas as normas do sistema. Regra esta cuja a mera possibilidade de sua positivação já remete a inviável existência de uma autoridade constituída ainda por uma outra norma como apta a positivar a norma fundamental, que com isso perderia sua qualidade de dever primordial. (CHAHUR, 2012, p. 62).

A fim de esclarecer, diga-se, com maior propriedade, a condição de regra básica da Norma Fundamental, cumpre-nos transcrever a analogia feita pelo próprio Kelsen:

Com efeito, uma ética teológica que considera Deus como a mais elevada instância legisladora não pode afirmar o fato de que qualquer outra pessoa ordenou que obedeçamos à vontade de Deus. Esta seria na verdade uma autoridade supra-ordenada a Deus. E se a norma: devemos obedecer às ordens de Deus, é aceite como posta por Deus, não poderá ser fundamento de validade das normas postas por Deus, pois que também ela é uma norma posta por Deus. Também a ética teológica como tal não pode fixar esta norma, quer dizer, ordenar que obedeçamos às ordens de Deus, pois, como conhecimento, ela não pode ter uma autoridade legiferante. A

norma: devemos obedecer às ordens de Deus, não pode, portanto, como norma fundamental, ser o sentido subjetivo do ato de vontade de qualquer pessoa. Se, porém, a norma fundamental não pode ser o sentido subjetivo de um ato de vontade, então apenas pode ser o conteúdo de um ato de pensamento. Por outras palavras: se a norma fundamental não pode ser uma norma querida, mas a sua afirmação na premissa maior de um silogismo é logicamente indispensável para a fundamentação da validade objetiva das normas, ela apenas pode ser uma norma pensada. (KELSEN, 1998, p. 142).

Levando em consideração que a norma fundamental não pode ser auto-evidente (KELSEN, 1997, p. 218), Kelsen a concebe quanto hipótese lógico-transcendental, que ataca tanto o jusnaturalismo quanto ao positivismo jurídico acríptico (LESER, 1982, 100). Dado que a cognação transcendental não se ocupa de objetos, mas sim com o modo pelo qual podemos conhecê-los. Sustentar que a norma fundamental Kelseniana é uma hipótese significa limitar o seu campo de validade epistemológica. (MATOS, 2011, p 57).

Neste ponto, há que se fazer referência quanto à ideia inicialmente posta, quanto à suposição, diga-se, equivocada, de que a Constituição Federal representa a Norma Fundamental.

Quanto a este aspecto, a Constituição Federal de um determinado Estado, pode, evidentemente, fundamentar sua validade na constituição anterior por intermédio da alteração constitucional prevista pelo próprio sistema jurídico, como se observa, inclusive, da teoria do poder constituição derivado, ou, ainda, do poder constituinte originário. Contudo, observa-se, inegavelmente, que há um limite histórico quando se faz o regresso cronológico das Constituições, uma vez que, em determinado momento, não haverá uma Constituição anterior, ocasião em que esbarrar-se-á na primeira Constituição.

Assim, se o ato legislativo, que subjetivamente tem o sentido de dever ser, tem também objetivamente este sentido, ou seja, o ato que estatui a regra inicial enquanto Constituição, tem o sentido de uma norma válida, é porque a Constituição empresta ao ato legislativo este sentido objetivo. O ato criador da Constituição, por seu turno, tem sentido normativo, não só subjetiva como objetivamente, desde que se pressuponha que nos devemos conduzir como o autor da Constituição preceitua. (KELSEN, 1998, p. 6)

Corroborando com concepção acima mencionada, segundo as lições de Alan Ibn Chahur:

Não que o ato de vontade cujo sentido seja representado por esta primeira Constituição inexista enquanto dever ser. Este ainda apresenta-se como um juízo de valor, que expressa o sentido real e concreto de um ato de vontade, mas um sentido exclusivamente subjetivo, eis que ausente qualquer norma anterior que lhe outorgue um sentido objetivo, muito embora o ato que estatui esta norma seja interpretado (pressuposto) pela maior parte dos indivíduos como vinculante, ou seja, como detentor de uma significação objetiva. (CHAHUR, 2012, p. 62).

Cumprir consignar, que a proposta de Kelsen não leva a concluir que antes da primeira Constituição, não existia qualquer ordenamento jurídico. Antes o contrário. Kelsen propõe que Norma Fundamental não permanece vinculada, ou é estabelecida por um Estado determinado, e sim ao sistema de normas internacionais, na medida em que a formação das normas gerais se processa pela via do costume ou através do tratado, ou seja, pelos próprios membros da comunidade, e não por meio de um órgão legislativo especial. (KELSEN, 1998, p. 226).

Há que se trazer a debate, a referência de Kelsen ao Direito internacional enquanto normas que originariamente foram criadas através dos atos de Estados, e que operam seus efeitos pela via do costume, de modo que estas normas são de caráter geral, a medida que impõe deveres e atribui direitos a todos os Estado, partindo do princípio de que os acordos celebrados devem ser cumprido, designado pela fórmula *pacta sunt servanda*. (KELSEN, 1998, p. 226).

Kelsen esclarece que Norma fundamental e Constituição, são coisas totalmente diferentes, mas que estão interligadas, pois assim como já vimos o ordenamento jurídico é formado pela totalidade de normas vigentes e estas devem estar ajustadas entre si e conjugadas a Constituição Federal e a norma hipotética fundamental, hipotética por exigência lógica, ou seja um pressuposto lógico (Norma Hipotética Fundamental), ela existiu em nosso modo de pensar apenas, ela não existe em nosso ordenamento jurídico, mais é o que Kelsen afirma ter a cima da Constituição, sendo ela que a fundamenta, por isso chamada de “ Teoria lógico normativa”.

Neste sentido, há que se concluir que a Norma Fundamental, após a análise de sua natureza e concepção, entendida como norma geral que atribui obrigações e direitos aos Estados, inclusive, quando da constituição de suas Constituições Federais, não encontra nenhuma correspondência ou representação por esta, na medida em que a própria Constituição Federal deve curvar-se ao fundamento de validade da Norma Fundamental.

### **3. A NORMA FUNDAMENTAL COMO INSTRUMENTO REGULADOR DO EXERCÍCIO DE SOBERANIA: O FIM DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO COMO UM PODER DE FATO E ILIMITADO**

Em razão da construção lógico-transcendental da natureza da Norma Fundamental como norma geral que vincula, inclusive, a própria atividade legislativa Constitucional dos Estados, cumpre-nos abordar a questão dos limites do exercício da soberania dos Estados, em combate a proposição de que soberania é a atividade que decide sobre o estado de exceção, ou seja, na perspectiva de Carl Schmitt, o soberano decide com a norma, ou aquém e além da norma.

Neste sentido, ao investigar quem é o titular do poder constituinte a fim de se definir a figura de decisão soberana, por exemplo, a pretensão de Schmitt é reabilitar o político na esfera de análises da teoria constitucional, pois ao se confrontar com o normativismo e, em especial com Kelsen, Schmitt irá destacar que o positivismo jurídico do jurista de Viena com a sua pretensão de pureza metodológica desloca os temas políticos mais importantes para a esfera da Teoria do Estado. (RAMIRO, 2014, p. 48).

As teorias do liberalismo do Estado de Direito, em especial a partir de Schmitt, prescrevem que a soberania é o ponto culminante do poder, na media em que este se constitui na aplicação concreta da decisão, em caso de conflito, para saber no que se constitui o interesse público ou estatal, a segurança e a ordem pública. (SCHMITT, 1966, p. 88).

A proposição do exercício de soberania conceitua-se a partir de uma perspectiva decisionista, em especial àquele que tem o poder de decidir, seja em casos de conflito, seja em casos de emergência, ou seja, o soberano, como anteriormente mencionado é aquele que toma a decisão. (SCHMITT, 1966, p. 88).

Quanto à questão da decisão, no Estado de direito, segundo as teorias liberais, não se observa nenhuma competência para tanto. No máximo, haverá uma previsão Constitucional de quem pode tratar da decisão. Contudo, se este tratamento não se subordinar a nenhum controle, então não se distribuirá de alguma forma, entre as instâncias mutuantes restritivas e balanceadoras, evidenciando-se, assim, quem é o soberano. (SCHMITT, 1966, p. 88).

Dentro desta perspectiva, firma-se o entendimento de que a realidade normativa nunca pode ser concebida como autossuficiente, nos termos proposto por Kelsen, e que o sistema normativo completo com o Estado, longe de poder ser caracterizado como propriamente completo, não pode deixar de remeter imediatamente para

uma realidade fática, ou seja, para uma realidade determinadamente negativamente como não normativa, capaz de tornar efetiva. Assim, uma tal realidade, segundo Schmitt, consiste numa decisão para qual a norma jurídica remete como condição e possibilidade de sua efetivação. Desta forma, para Schmitt, o direito é sempre inseparável de sua efetivação, sendo, nesta medida, constituído por uma realidade mista da qual a norma e a decisão que a efetiva são componentes essenciais. (FRANCO DE SÁ, 2013, p. 45).

Ainda, nas lições do Professor Dr. Alexandre Franco de Sá (2013, p. 45):

A tese explícita do decisionismo esboçado em Teologia Política aponta, então, para a decisão como momento autônomo do direito e como realidade anterior e irreduzível à norma jurídica. É em função dessa mesma irreduzibilidade que a soberania se manifesta, segundo Schmitt, através da possibilidade de estabelecer uma decisão não normativamente determinada, isto é, uma decisão que possa abrir em um “Estado de Exceção” diante da norma.

Em outras palavras, Schmitt pretende defender que as normas constitucionais, mesmo as liberdades e garantias capazes de um Estado como um Estado de Direito, longe de poder valer absoluta e incondicionalmente, deveriam estar subordinados à decisão de uma entidade política que seria a representação de um poder soberano e constituinte das normas constitucionais, ou seja, uma decisão que, como tal, em função de sua representação de soberania, se manifesta na possibilidade de, segundo a avaliação da situação política concreta, decidir sobre a suspensão excepcional da própria aplicação das normas contidas na Constituição e, nessa medida, das liberdades e garantias constitucionalmente previstas. (FRANCO DE SÁ, 2013, p. 45).

Enfim, para os liberais, o soberano não decide só pela existência do estado emergencial, mas também sobre o que deve ser feito para eliminá-lo. Ele se situa externamente a ordem legal vigente, mas mesmo assim pertence a ela, pois é competente para decidir sobre a suspensão total da Constituição. (SCHMITT, 1996, p. 88).

Há que se concluir, neste sentido, que a soberania, apesar de pertencer à ordem jurídica, se localiza externamente a ela, de modo a poder, então, ser exercida independente das garantias constitucionais e normativas de um Estado, na medida em que o soberano pode decidir quando as respectivas garantias serão suspensas, e como serão suspensas, caracterizando, desta forma, o Estado de exceção, ocasião em que se suspende toda a ordem jurídica vigente.

Ou seja, assim que esta situação se instala (Estado de exceção) torna-se claro que o Estado continua existindo, enquanto o direito recua. Como o Estado de

Exceção é algo diferente de uma anarquia e o caos, no sentido jurídico a ordem continua subsistindo, mesmo sem ser uma ordem jurídica. A existência do Estado mantém, neste caso, uma indubitável superioridade sobre a validade da ordem jurídica. A decisão liberta-se de qualquer ligação normativa e torna-se, num certo sentido, absoluta. No caso da exceção o Estado suspende o direito em função de um, por assim dizer, direito de autopreservação. (SCHMITT, 1996, p. 92).

Ora, resta inegável a relação entre o exercício da soberania e o poder constituinte, de modo que a possibilidade de suspensão da ordem jurídica trata-se de uma decorrência constitucional, onde o Estado, soberano que é, ao exercer o poder constituinte, originário ou o derivado, firma entendimento de que o “poder” decisório é verificável seja na aplicação da ordem jurídica vigente, quanto na instauração desta mesma ordem.

Observa-se, neste sentido, que o caráter decisório que marca a concepção de soberania, na tese schmittiana, estende-se ao exercício do poder constituinte originário, na medida em que a respectiva decisão não encontra limitação jurídica qualquer, sendo possível, neste prisma, não só a instauração da ordem jurídica ao tempo da decisão, mas, inclusive, ao modo desta, delimitando o conteúdo normativo.

Há que se mencionar<sup>3</sup>, que a proposta liberalista acima mencionada, escapa da concepção jurídica de soberania, pressupondo, como marco inicial, uma dimensão meramente política, sendo, ainda, anterior e superior a dimensão jurídica, apresentando, desta forma, uma noção contrária à proposição kelseana da Norma Fundamental como instrumento atribuidor de obrigações e direitos dos Estados, ou seja, como dimensão normativa que regula o exercício da soberania.

Como a conduta humana é pautada em normas jurídicas que estatuem obrigações, tornada por pressupostos de sanções, conforme se constatou dos tópicos anteriores, já que provado, segundo Kelsen, que uma comunidade não vive sem ordem normativa, há que se concluir que essa ordem é a que constitui o Estado, ou seja, os indivíduos estão sobre poder do Estado, poder de coerção centralizado, constituindo-se, assim na ordem jurídica estadual. Com o conceito de forma do Estado caracteriza-se o método de produção de normas gerais regulado pela Constituição (KELSEN, 1998, p. 195).

Então, se o Estado é caracterizado pelo método de produção de normas regulado pela Constituição, o Direito internacional, regula a conduta dos Estados

---

<sup>3</sup> Cumpre esclarecer que a finalidade do presente trabalho não é reconstruir, na íntegra, toda a concepção da teoria liberalista do Estado de direito quanto à soberania, mas, apenas e tão somente, resgatar uma mera noção do que consiste a soberania, em especial na obra de Carl Schmitt, a fim de trazer a cabo da discussão a limitação e seu exercício pela norma fundamental.

e sua reciprocidade. A soberania de natureza ilimitada, nos moldes propostos por Schmitt, não se observa no Estado, menos, ainda, naquele que decide sobre a aplicação da norma e sua exceção, mas, sim, o direito internacional, e se liga aos fatos por ele definidos como pressupostos atos de coerção por ele determinados como consequências e, portanto, pode ser descrito em proposições jurídicas.

Ora, para Kelsen é a norma (pacto original) que cria o valor a ser tutelado, ou seja, atribui-lhe juridicidade, sendo dado pela norma jurídica positiva que vincula a atuação soberana dos Estados na medida em que os mesmos participam da manifestação de vontade que dá forma e validade ao pacto, vinculando-os soberanamente. Ou seja, apesar dos Estados agirem conforme suas vontades, e, inclusive, a partir do sentido de autopreservação, observa-se que toda e qualquer ação (do Estado) limita-se ao preceito jurídico no qual o próprio Estado, por sua vontade, e, portanto, seu juízo, constrói e lhe atribui validade e vigência.

A proposta de Schmitt quanto ao exercício da soberania, analisada a partir das proposições anteriormente mencionadas, esbarra em questões de ordem metodológicas e formais, uma vez que a suspensão da ordem jurídica, nos termos analisados, depende de uma previsão normativa válida, anterior e superior, que fundamentaria a própria decisão.

Afinal de contas, o que atribuiria o sentido da formação, aplicação e suspensão da ordem normativa?

Observa-se, ao se caracterizar o estado de exceção como vazio normativo, suspende-se, em igual medida, a pacto internacional que deu origem à ordem jurídica do Estado, na medida em que a decisão de suspensão da ordem jurídica tomada pelo soberano depende, em igual medida, de uma relação de sentido e fundamento entre os juízos subjetivos da decisão, e a validade objetiva da própria decisão de formação, aplicação e suspensão da ordem jurídica, enquanto exercício da soberania.

Ou seja, o sentido acima questionado, só é verificável a partir de um juízo normativo, na medida em que a decisão, a fim de projetar-se objetivamente na realidade fática, depende de um sentido decorrente do referido juízo.

Assim, ao contrário do que propõe Schmitt, e, como anteriormente mencionado, a decisão de suspensão da ordem jurídica, bem como, via de consequência, do exercício do poder constituinte originário, não a liberta da ligação normativa, uma vez que a decisão, seja pela instauração da ordem jurídica, seja pela sua suspensão, implica, em última análise, em um juízo jurídico ao menos enquanto sentido.

Portando, a decisão que Schmitt aponta como vazio normativo, e, portanto, política, que forma, aplica e suspende a ordem jurídica, guarda uma íntima relação com o sentido jurídico estabelecido pela Norma Fundamental, pautada no

sentido atribuído aos efeitos do pacto originário (*pacta sunt servanda*) que vincula, diga-se, juridicamente, toda a comunidade internacional pactuante, tornando a decisão política em decisão jurídica, impossibilitando, assim, qualquer decisão que esteja aquém ou além da norma.

O exercício da soberania pelos Estados encontra limites na própria Norma Fundamental, pautada no sentido atribuído aos efeitos do pacto originário, vinculando, desta forma, a comunidade internacional às obrigações e direitos decorrentes do pacto.

A construção escalonada do direito internacional é a “medula” que revela o sentido jurídico que dá fundamento e validade à norma jurídica, pois como a base de uma é formada por outra norma, que pertence a um escalão hierárquico superior, uma relação entre os escalões hierárquicos (KELSEN, 1998, p. 227).

É possível ainda se observar segundo Kelsen, um terceiro escalão na estrutura do Direito internacional, que é a função do órgão criador do Direito internacional:

Com efeito, a função de um tal órgão criador de direito internacional apoia-se, ela mesma, de novo, num pacto de Direito internacional. Como este – o Direito internacional produzido pela via dos tratados internacionais – se apoia sobre uma norma do Direito internacional geral, consuetudinário, sobre uma norma do estrato ou camada relativamente mais elevada, é mister que valha como norma fundamental pressuposta do Direito internacional uma norma que institua como fato gerador de Direito o costume constituído pela conduta recíproca dos Estados. (KELSEN, 1998, p. 227-228).

O ordenamento jurídico internacional e o ordenamento jurídico estadual, são dois complexos de normas, podendo formar um sistema unitário, sendo que um desses ordenamentos se apresente como subordinado do outro, já que um complementa o outro, como um contém uma norma que determina a produção de normas do outro, e assim, um encontra no outro o fundamento de validade. A norma fundamental do ordenamento superior, é neste caso, também o fundamento de validade do ordenamento inferior.

O Direito internacional positivo determina tanto o fundamento de validade, como o domínio territorial, pessoal e temporal de validade das ordens jurídicas estaduais, e estas, por conseguinte, podem ser concebidas como delegadas pelo Direito internacional, como subordinadas a este (KELSEN, 1998, p. 236). Partindo para uma ordem jurídica universal, que só alcança através do Direito internacional,

significando sua superioridade.

Assim, o pacto originário que dá origem ao Direito internacional é um sistema de normas jurídicas complexas vinculantes que vigora ao lado do sistema de normas Estaduais, limitando, portanto, a possibilidade do mesmo decidir quem ou além do ordenamento jurídico, e, conseqüentemente, de sua própria soberania.

Não se trata de negar a soberania dos Estados, nem mesmo de negar que a doutrina estabelece que os tratados internacionais tenham vigência a partir de seu reconhecimento pelos Estados, mas sim, de questão bem mais complexa e profunda, qual seja, de que existe um pacto originário, denominado de contrato social, o qual vincula não só as ações individuais do homem, enquanto exercício de liberdade, mas toda a comunidade internacional, atribuindo sentido jurídico à decisão tomada, limitando, desta forma, as ações dos Estados (soberania) à Norma Fundamental.

#### 4. CONCLUSÃO

Ao se fazer a presente análise da Norma Fundamental enquanto instrumento regulador do exercício da soberania, houve por bem ao iniciar a pesquisa, identificar a concepção de norma a partir da Teoria Pura do Direito, a fim de alçar a problemática existencial envolvendo a natureza da Norma Fundamental e sua relação com o exercício da soberania.

Tais apontamentos revelaram-se necessários a fim de entender, num primeiro momento, a distinção da Norma Fundamental da Constituição Federal, comum e erroneamente caracterizadas como iguais.

Tendo em vista que a Norma Fundamental se forma a partir do pacto originário, compreendida a partir de autoridades metajurídicas pensadas transcendentemente, observa-se uma relação de sentido e fundamento entre os juízos subjetivos e a validade objetiva na norma positivada.

Este sentido e fundamento constituem o arcabouço do sistema normativo apresentado na Teoria Pura do Direito, apresentando critérios de hierarquia e validade como condições de construção da norma jurídica subsequente, inclusive, a própria Constituição Federal, verificando-se, desde já, a limitação do exercício do poder Estatal como entidade soberana.

Ao passo que as teorias liberais do direito do Estado, em especial a partir da obra de Carl Schmitt, identificam o poder soberano dentro de uma dimensão originariamente política, onde o Estado pode decidir dentro e fora da norma, ou seja, aquele que decide sobre a formação, aplicação, e o próprio estado de exceção, observa-se subjugação da ordem jurídica aos interesses (políticos) do soberano, na

medida em que há um recuo do direito e manutenção do Estado como superioridade sobre a validade da ordem jurídica.

A proposição Schmittiana quanto ao exercício da soberania, analisada a partir do estado de exceção, esbarra em componentes metodológicos e formais, uma vez que a suspensão da ordem jurídica dependeria de uma previsão normativa válida, anterior e superior, que fundamentaria a própria decisão. Contudo, ao se caracterizar o estado de exceção como vazio normativo, suspende-se, em igual medida, a pacto internacional que deu origem à ordem jurídica do Estado, na medida em que a decisão de suspensão da ordem jurídica tomada pelo soberano depende, em igual medida, de uma relação de sentido e fundamento entre os juízos subjetivos da decisão, e a validade objetiva da própria decisão que forma, aplica e suspende a ordem jurídica.

Assim, ao contrário do que propõe Schmitt, e, como anteriormente mencionado, a decisão não liberta da ligação normativa, uma vez que a decisão implica, em última análise, em um juízo jurídico, na medida em que há a dependência de sentido atribuído à decisão. Portando, a dimensão política torna-se jurídica, inexistindo, assim, qualquer decisão que esteja aquém ou além da norma.

Neste sentido, conclui-se que o exercício da soberania pelos Estados encontra limites na própria Norma Fundamental, pautada no sentido atribuído aos efeitos do pacto originário, vinculando, desta forma, a comunidade internacional às obrigações e direitos decorrentes do pacto, impossibilitando qualquer interpretação acerca de um direito do Estado que seja capaz de subjugar um Estado e direito.

---

## 5. REREFÊNCIAS

BETIOLI, Antônio Bento. **Introdução ao direito: Lições de propedêutica jurídica tridimensional**. 11 ed. Ver. Atual. – São Paulo: Saraiva, 2011.

BUENO, Roberto (org.). **Racionalidade, Justiça e Direito: Ensaio de Filosofia do Direito**. Uberlândia: EDUFU, 2013.

CHAHRRUR, Alan Ibn. **As perspectivas do conhecimento jurídico a partir de Kelsen e Hervada**. Marília, 2012. P. 62. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós Graduação em Direito – PPGD, Centro Universitário Eurípedes de Marília – UNIVEM, 2012.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**; [tradução João Baptista Machado]. 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1998.

\_\_\_\_\_. **Teoria pura do direito**; [tradução João Baptista Machado]. 7ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 2006.

\_\_\_\_\_. **Teoria Pura do Direito**. Trad. de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

LESER, Norbert. **Die Reine Rechtslehre in Widerstreit der philosophischen Ideen. In: Die Reine Rechtslehre in wissenschaftlicher Diskussion**. Vienna: Manz, pp. 97-104, 1982.

COSTA MATOS, Andityas Soares de Moura. **A Norma Fundamental De Hans Kelsen Como Postulado Científico** Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 58, p. 41-84, jan./jun. 2011.

RAMIRO, Caio Henrique Lopes. **Estado Democrático de Direito e Estado de Exceção: fronteiras da racionalidade jurídica**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós Graduação em Direito – PPGD, Centro Universitário Eurípedes de Marília – UNIVEM, 2014.

SCHIMITT, Carl. **A crise na democracia parlamentar**; [tradução Inês Lohbauer]. - São Paulo, Scritta, 1996.