

Autoridade, Direito e Democracia: aproximações a Hans Kelsen e Carl Schmitt

Authority, Law and Democracy: Approaches to Hans Kelsen and Carl Schmitt

Caio Ramiro¹

Alessandro Severino Valler Zenni²

Gabriel Bispo Filogenio³

Vitor Augusto Faria Pereira⁴

Resumo: O sentido de democracia tem sido disputado na atualidade, tema que remete ao debate memorável entre Kelsen e Schmitt, nos albores do Século XX e, supostamente sepultado pelo transcurso do tempo e o advento do neopositivismo-constitucionalismo, volta a verberar no auge neofascista contemporâneo, com cores reluzentes de democracia popular, fazendo erodir, paulatinamente, as bases concretas da democracia liberal, gênese do modelo rousseauniano. O texto alinhavado, a partir de um método hermenêutico que permite uma revisão bibliográfica, procura registrar as principais ideias do positivismo kelseniano, a evitação do sincretismo metodológico na ciência do direito, sem descurar de seu pendor pelo modelo parlamentar de representação popular, e o papel central do direito na origem e nos limites dos poderes constituídos, incluindo-se as minorias no leque de proteções e garantias de liberdades, notadamente por força do *jus*, enquanto que, em linha oposta, na teoria de Schmitt, a linha mestra de seu pensamento está na potência do soberano, aclamado popularmente, e baluarte da democracia, a quem cabe o decreto da exceção e a eliminação do inimigo da maioria, utilizando o direito como ferramenta de legitimação da decisão política; o método incorporado é o dialético com reforço de explanação teórico-doutrinal.

Palavras-chave: Democracia liberal. Democracia popular. Direito. Exceção. Legitimidade

¹ Professor no Instituto Latino-Americano de Economia, Sociedade e Política da Universidade Federal da Integração Latino-Americana (UNILA). Professor colaborador na pós-graduação em Filosofia Política e Jurídica da Universidade Estadual de Londrina (UEL) e na pós-graduação em Filosofia, Psicanálise e Cultura da PUCPR (Curitiba). Doutor em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Líder do Grupo de Estudos Schmittianos. Líder do projeto de pesquisa Carl Schmitt na tríplice fronteira: leituras schmittianas em Argentina, Brasil e Paraguai (UNILA). Pesquisador nos grupos: Crítica Constitucional, vinculado ao programa de pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB); Grupo de Estudos Miroslav Milovic, vinculado a Faculdade de Direito da Universidade Federal de Campina Grande (UFCG); Ética, política e religião, vinculado ao programa de pós-graduação em Ciências da Religião da PUC-Campinas.

² Professor na Faculdade de Direito da Universidade Estadual de Maringá (UEM) e no Programa de Pós-Graduação (Mestrado) em Direito do Centro Universitário de Cascavel (UNIVEL). Doutor em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Pós-Doutor na Universidade de Lisboa. Advogado. Pesquisador no grupo Ética, política e religião, vinculado ao programa de pós-graduação em Ciências da Religião da PUC-Campinas, no Grupo de Estudos Schmittianos. Líder do grupo de pesquisa A-lex, vinculado ao programa do mestrado em Direito da UNIVEL.

³ Graduando em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). Integrante do Grupo de Estudos Schmittianos.

⁴ Graduando em Direito pela Faculdade Maringá.

Abstract: The meaning of democracy has been disputed nowadays, a topic that refers to the memorable debate between Kelsen and Schmitt, at the dawn of the 20th century and, supposedly buried by the passage of time and the advent of neo-positive-constitutionalism, returns to reverberate in the contemporary neo-fascist approach, with shining colors of popular democracy, gradually eroding the concrete foundations of liberal democracy, the genesis of the Rousseau model. The outlined text seeks to record the main ideas of Kelsen's positivism, the avoidance of methodological syncretism in the science of law, without neglecting its penchant for the parliamentary model of popular representation, and the central role of law in the origin and limits of constituted powers, including minorities in the range of protections and guarantees of freedoms, notably by force of *jus*, while, on the opposite line, in Schmitt's theory, the main line of his thought is in power of the sovereign, popularly acclaimed, and bastion of democracy, who is responsible for decreeing the exception and eliminating the enemy of the majority, using law as a tool to legitimize political decisions; the incorporated method is dialectical with reinforcement of theoretical-doctrinal explanation.

Keywords: Liberal democracy. Popular democracy. Right. Exception. Legitimacy

1. Introdução

A relevância do texto que se apresenta está na nova horda neoconservadora que reivindica a democracia como bandeira hasteada para o seu triunfo. Construindo-se o discurso do inimigo através da “liberdade de expressão”, fundam-se as polarizações e a tentativa de eliminação do “outro”, derruindo-se conquistas seladas pelo modelo de democracia liberal alçado no iluminismo e selado como conquista progressiva do mundo moderno. De tal modo, parece interessante lançar a questão, a saber: qual a relação entre autoridade, direito e democracia?

A fim de examinar este problema, a partir de um método hermenêutico que permite uma revisão bibliográfica, mostra-se bastante fecunda uma aproximação das reflexões de Hans Kelsen e Carl Schmitt, isto é dizer, os trabalhos destes dois importantes jusfilósofos servem de marco teórico do presente trabalho. Por fim, destaca-se que o texto não deixa de observar pontualmente a conjuntura dos debates de seu marco teórico, ou seja, o ambiente cultural da República de Weimar, por mais que não pretenda realizar uma historiografia rigorosa deste período da história alemã.

Em um primeiro momento, o trabalho se aproxima da reflexão de Hans Kelsen, considerando, inclusive, seus textos políticos. Neste sentido, verificou-se que o projeto de democracia liberal enfeixou valores supremos e ocupou-se de imprimir validade ao direito a partir da norma hipotética fundamental, tal qual a remissão ao *pacta sunt servanda*, constituindo a vontade social normativa pressuposta e diretiva da vontade individual, sem, contudo, eliminar a possibilidade da diferença, ao contrário, reconhecendo que a pluralidade é própria desse modelo democrático e o direito dos grupos minoritários não só é reconhecido como há de ser mantido para não se criar um regime de exceção por decisão política.

Na formulação kelseniana as decisões políticas são legais se submetidas aos critérios lógicos de hierarquia e competência arremetidos no sistema jurídico, ou seja, o soberano nasce do contrato social e suas decisões e limites encontram-se marcadas nas normas jurídicas. O fundamento formal de validade das normas, por sua parte, registra-se dentro do ordenamento jurídico e o direito é a gênese e a cercania das decisões políticas.

Outrossim o grande desafio da democracia liberal foi tornar acessível decisões jurídico-políticas próprias de uma sociedade prenhe de complexidades, cujas pilastras valorativas se dividem entre dignidade humana e economia (livre iniciativa), ancorando-se o regime de compatibilidades com justiça social. Esse padrão notadamente propõe a abdicação de participação política da coletividade, já que no âmbito do mercado, as regras lhe são próprias, embora compita ao Estado proteger e assegurar o acesso e o desfrute do econômico, e a sociedade migra nessa direção, olvidando o público. O direito-política o reconhece e o legitima, comprometendo-se a não interferir em seu destino e os cidadãos nele se introduzem declinando da esfera política, deferindo ao parlamento o processo legiferante.

As regras de direito universalizadas culminam por inserir todos os indivíduos, grupos, classes e categorias, mesmo que diferenças valorativas

produzam dissintonias discursivas no âmago da política, as minorias, com o aporte do direito, não sofrem o processo de exclusão, exceção e eliminação.

Ocorre que pela perspectiva de Schmitt o direito não figura como fonte originária das decisões políticas, porquanto na concepção do jurista fascista aventar à política significa remeter ao conflito, e a sua equação depende de uma decisão soberana, donde promanará o sistema jurídico-político institucional.

Nesse panorama serão exibidas as principais ideias do sistema jurídico em Kelsen, máxime sua defesa ardorosa à democracia liberal e a garantia indeclinável dos direitos das minorias, em contraposição ao modelo de democracia popular e o rechaço de Schmitt à democracia parlamentar, que, segundo seu alvitre, seria um modelo democrático indireto e concretamente ilegítimo.

O choque de entendimentos sobre o direito e a política versados pelos dois antagonistas que, a um só tempo, bradam em nome da democracia, à subscrição das principais ideias e das tensões fundamentais, exsurgirão considerações finais sobre o tema posto.

2. Kelsen e a Teoria Pura do Direito

Inicialmente, importa considerar a justificativa de uma aproximação do ideário jusfilosófico de Hans Kelsen. De saída, ressalta-se que no início do século XX, Kelsen vislumbrava na Teoria e na prática jurídica múltiplos critérios de ordem metodológica que buscavam uma definição acerca do conceito de Direito. Diante dessa multiplicidade de horizontes metodológicos, propôs a sua conhecida *Teoria Pura do Direito*. Em sua proposta Kelsen pretende delimitar um método próprio ao universo da juridicidade, o que bem se verifica em passagem do prefácio à primeira edição, publicada em 1934, oportunidade em que afirma:

Há mais de duas décadas que empreendi desenvolver uma teoria jurídica pura, isto é, purificada de toda ideologia política e de todos os elementos de ciência natural, uma teoria jurídica consciente da

sua especificidade porque consciente da legalidade específica de seu objeto. Logo, desde o começo foi meu intento elevar a jurisprudência, que – aberta ou veladamente – se esgotava quase por completo em raciocínios de política jurídica, à altura de uma genuína ciência, de uma ciência do espírito. Importava explicar, não as suas tendências endereçadas à formação do Direito, mas as suas tendências exclusivamente dirigidas ao estudo do Direito, e aproximar tanto quanto possível os seus resultados do ideal de toda a ciência: objetividade e exatidão. (Kelsen, 2006, p. XI)

Ao conceber sua teoria do direito, Hans Kelsen tem na validade da norma um dos principais pontos de atenção do seu estudo. Isso, pois, qualquer um que intente teorizar uma generalização científica do direito terá que explicar o porquê, ou os porquês, de determinada regra de conduta social ser atendida pelos indivíduos que se assujeitam a determinado comando.

Por estes parâmetros, Hans Kelsen concebe a ciência jurídica livre das influências metafísicas e/ou idealistas sobre a natureza do Direito. O Direito, a partir de então, não seria outro que não o Direito Positivo (Kelsen, 2006, p. 1). Neste sentido, o jusfilósofo de Viena estabelece como princípio metodológico conhecer o Direito apenas a partir do Direito, excluindo deste campo tudo aquilo que não pertença ao seu objeto, ou seja, a norma jurídica; tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Propõe uma ideia de ciência jurídica a partir do reconhecimento de sua autonomia. Logo, seu projeto de uma *Teoria Pura do Direito* se justifica enquanto uma proposta de epistemologia jurídica (Kelsen, 2006).

Neste horizonte de perspectiva, com razão afirma Alan Ibn Chahrur (2017, p. 30):

O viés epistemológico sobreleva em importância todos os demais, considerando que desde sempre o problema de Kelsen é o problema da forma do conhecimento e não do seu conteúdo, o problema da metodologia científica e não do objeto da pesquisa. Deixar de compreender esse aspecto metodológico, i.e., o problema da sistematização do conhecimento de um objeto dado, implica em desconhecer aquilo que a proposta kelseniana tem de mais essencial

A partir de tais coordenadas, Kelsen afirma a dimensão normativa do conhecimento jurídico, ou seja, o Direito posto (norma jurídica) seria o objeto da ciência jurídica (Kelsen, 2006). A este modo de ver o Direito é que se denominada positivismo jurídico normativista.

A origem da expressão positivismo jurídico se dá a partir da ideia de que somente ao Estado pertence o poder de estabelecer o Direito (Ramiro; Herrera, 2015, p. 236). Em apertada síntese, a teoria do positivismo jurídico é usualmente classificada como analítica, descritiva e explicativa. De acordo com Tom Campbell, deste ponto de vista o sentido do positivismo jurídico é proporcionar uma caracterização precisa do direito tal como este é em realidade, em lugar de como deve ser (Campbell, 2002, p. 5).

Nas palavras de Kelsen (2006, p. 1):

A Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito Positivo – do Direito Positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial. É teoria geral do Direito, não interpretação de particulares normas jurídicas, nacionais ou internacionais. Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito.

Assim, acompanhando a leitura de Alan Ibn Chahrur, é preciso notar que as bases da teoria normativa do Direito de Hans Kelsen desde o início ofertam uma concepção da norma jurídica “como um esquema de interpretação das condutas humanas que, em termos lógicos, outorga um sentido objetivo a determinados atos de vontade dos indivíduos” (Chahrur, 2016, p. 38). Por esta via, apresenta-se de fundamental importância considerar a integralidade do pensamento de Hans Kelsen.

Neste sentido, importante observar que Kelsen começa seu trabalho na Áustria onde já se verifica a existência de três eixos estruturantes de seu pensamento, a saber: a) o da *epistemologia*, que constrói uma teoria do conhecimento do direito; b) o *axiológico*, em que verificamos sua filosofia moral de verniz relativista e; c) o *político*, vertente em que aparece a defesa da democracia (Kelsen, 2006; 2000; Chahrur, 2016; 2017).

Por aqui, parece melhorar a possibilidade de compreensão da forte defesa da democracia feita pelo jusfilósofo na quadra histórica dos anos de 1920 na Alemanha. Após passagem pelo Tribunal Constitucional austríaco, com contribuição não só prática, mas, também, teórica para a construção do modelo de controle concentrado de constitucionalidade das Leis, Hans Kelsen

migra para a Alemanha e encontra o conflitivo cenário de luta política na República de Weimar.

Ao ingressar na contenta intelectual de sua época, em especial para enfrentar o problema da soberania e Carl Schmitt, Kelsen oferta uma crítica à soberania que “representa uma das mais elaboradas tentativas de eliminar este conceito não apenas do plano interno da organização política do Estado, mas também da esfera externa das relações internacionais” (Gumplová, 2017, p. 143), abordagem que se apresenta ancorada em compreensão muito importante de democracia constitucional que, infelizmente, por muitas vezes restou negligenciada (Glumpová, 2017, pp. 143-144).

Feitas estas considerações, em sua *Teoria Pura do Direito* Kelsen propõe que toda norma jurídica deve buscar fundamento de validade em uma norma superior e cronologicamente anterior. Ou seja, normas gerais postas por uma autoridade competente — competência que é atribuída por uma norma jurídica —, validam normas particulares específicas formando uma cadeia normativa que Kelsen denominara ordem normativa (Kelsen, 2009, p. 215).

Para alguns críticos da teoria kelseniana⁶ parece intuitivo concluir pela infinitude da escala normativa proposta por Kelsen ao analisarmos, em um primeiro momento, a proposta de que toda norma é validada por uma norma superior. Contudo, o autor explica que tal escalonamento termina, na origem, em uma norma “pressuposta”, visto que não é determinada positivamente:

Como já notamos, a norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é, em face desta, uma norma superior. Mas a indagação do fundamento de validade de uma norma não pode, tal como a investigação da causa de um determinado efeito, perder-se no interminável. Tem de terminar numa norma que se pressupõe como a última e a mais elevada. Como norma mais elevada, ela tem de ser pressuposta, visto que não pode ser posta por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada. A sua validade já não pode ser derivada de uma norma mais elevada, o fundamento da sua validade já não pode ser posto em questão. Uma tal norma, pressuposta como a mais elevada, será aqui designada como norma fundamental (Grundnorm). (Kelsen, 2009 p. 217).

Hans Kelsen pode ser compreendido como um dos principais representantes do positivismo jurídico, bem como não parece arbitrário considerar o jusfilósofo de Viena como aquele que inaugura a vertente denominada de positivismo-normativo (Ramiro; Herrera, 2015, p. 239). A *Teoria Pura do Direito* propõe uma análise estrutural de seu objeto, formado por uma ordem subordinada a uma hierarquia de graus sucessivos de extensão e validade decrescentes (normas que emanam uma das outras) ou escalonamento, desde o ordenamento internacional até o Estado (Ramiro; Herrera, 2015, p. 239).

A fim de justificar o escalonamento normativo de maneira a evitar o regresso *ad infinitum* por meio das normas, Kelsen lança mão da ideia de uma norma hipotética fundamental, que figura como fundamento último de validade da ordem jurídica (Ramiro; Herrera, 2015, p. 239). Caso contrário, inexistente a norma fundamental (uma hipótese lógico-argumentativa; um argumento transcendental em sentido kantiano), admitir-se-ia pressupostos metafísicos para a fundamentação da ordem jurídica, sendo estes últimos justamente o que Kelsen pretende afastar. Dessa maneira, “o elemento primordial que transforma um evento particular em *fato jurídico* não é mais sua facticidade propriamente dita, o seu ‘ser natural’, mas sim um ato da *razão*” (Chahrur, 2016, p. 38).

Se o direito pode ser explicado, para Kelsen, como uma ordem normativa, o autor precisará esclarecer a formação dessa estrutura e se deparará com questões como: Por que é que uma norma vale, o que é que constitui o seu fundamento de validade? (Kelsen, 2009, p. 215). Neste ponto Kelsen passa a explorar os fundamentos que legitimam uma relação de mando e obediência, fundada em uma autoridade válida que detenha o monopólio da atividade legiferante, portanto, um Estado.

Contudo, o ponto de partida se coloca em horizontes de ordem epistemológica, ou seja, a operação para Kelsen é de um “procedimento intelectual que confronta o fato com um sistema normativo de referência, positivado na forma de um código ou uma constituição, por exemplo”

(Chahrur, 2016, p. 38). Portanto, a norma hipotética fundamental apresenta uma relevância teórica de estruturação das condições de possibilidade da racionalidade jurídica.

De acordo com Alan Ibn Chahrur (2016, pp. 38-39):

A base dessa distinção, que permanece indelével até a segunda e definitiva edição da TPD em 1960 (Kelsen, 2006, p. 4), encontra-se na rígida cisão metodológica entre as esferas do *ser* (*Sein*) e do *dever-ser* (*Sollen*), princípio que funda o dualismo epistemológico entre fato e valor, entendidos aqui como opostos irreduzíveis entre si e delimitados de maneira estanque. Trata-se de um instrumental teórico que, por si só, reverbera toda a herança kantiana de Kelsen e esclarece muito do repúdio do autor ao juspositivismo de seu tempo, pródigo em sustentar, à maneira do já citado Jellinek, a preponderância da ‘força normativa do fático’.

Por esta via, torna-se possível a Kelsen afirmar que este fundamento da juridicidade se apresenta idêntico ao fundamento de validade das normas jurídicas de um sistema normativo, significa dizer, do ordenamento jurídico (Kelsen, 2006).

Neste sentido, é preciso considerar que a ordem jurídica e o Estado se equivalem na concepção kelseniana, portanto, no entender de Kelsen “aquilo que se concebe como forma do Estado é apenas um caso especial da forma do Direito em geral. É a forma do Direito, isto é, o método de criação jurídica no escalão mais elevado da ordem jurídica, ou seja, no domínio da Constituição” (Kelsen, 2006, pp. 295-296). Logo, Hans Kelsen propõe um sistema normativo de característica monística, isto é, a fonte legítima de produção do Direito é o Estado, todavia, deve-se atentar para a questão de que o Estado é uma ordem jurídica normativa (Goyard-Fabre, 20007, p. 133).

Segundo Simone Goyard-Fabre (2007, p. 134):

Nessa ideia encontra-se o ponto nodal da teoria kelseniana, o ponto para o qual convergem todos os argumentos que ela desenvolve: se é verdade que o Estado se caracteriza como poder soberano, isto é, como essa autoridade que, superior aos indivíduos, impõe-lhes obrigação, a soberania só é concebível em termos de normatividade.

De tal modo, temos que, diferente da proposta verificada na obra de Carl Schmitt, em Kelsen a autoridade não figura na origem do ordenamento normativo, pelo contrário, a autoridade também é validada por uma norma

fundamental *a priori*, ou seja, detém um caráter formal que afirma a validade de uma norma que encontra sua razão de ser “na norma do patamar superior com a qual ela deve ser congruente tanto no que se refere ao seu processo de promulgação como no que diz respeito ao seu conteúdo” (Goyard-Fabre, 2007, p. 132).

Assim, ao propor uma norma fundamental pressuposta Kelsen pretende garantir as condições de possibilidade de uma ciência jurídica que identifica na norma de direito seu objeto específico, bem como fornece um caráter dinâmico que permite eventuais modificações materiais do conteúdo do sistema de direitos, pois a pressuposição reconhece a competência e o poder a uma primeira autoridade legiferante (Chahrur, 2016, p. 43), conforme se verá a seguir.

3. A norma fundamental e a autoridade

A partir da delimitação de um pressuposto normativo fundamental (Grundnorm), em Kelsen, se poderá deduzir normas logicamente derivadas do conteúdo deste pressuposto, ou até mesmo fundamentar formas de autoridade (governo) com capacidade e competência para estabelecer normas válidas (Kelsen, 2009, p. 216).

Kelsen estabelece dois princípios que nortearam a estruturação do ordenamento normativo de uma sociedade, quais sejam: O *princípio estático* e o *princípio dinâmico*. O primeiro, compreendido por “princípio estático” estabelece que o conteúdo da norma superior valida a norma inferior através da dedução lógica e racional do conteúdo subsequente (Kelsen, 2009, p. 218). O autor explica:

Assim, por exemplo, as normas: não devemos mentir, não devemos fraudar, devemos respeitar os compromissos tomados, não devemos prestar falsos testemunhos podem ser deduzidas de uma norma que prescreva a veracidade. [...] Como todas as normas de um ordenamento deste tipo já estão contidas no conteúdo da norma pressuposta, elas podem ser deduzidas daquela pela via de uma operação lógica, através de uma conclusão do geral para o particular. Esta norma, pressuposta como norma fundamental, fornece não só o fundamento de validade como o conteúdo de validade das normas

dela deduzidas através de uma operação lógica. (Kelsen, 2009, p. 218).

Todavia, o segundo princípio que fornece o fundamento de validade abordado por Kelsen em sua teoria do direito será mais útil para o presente estudo, ou seja, o “princípio dinâmico”. Este segundo fator principiológico se manifesta quando a norma fundamental não traz em seu conteúdo, como estipula o princípio estático, um padrão de espelhamento para o conteúdo da norma inferior (ex: amar o próximo pressupõe não matar), mas, por sua vez, institui um fato produtor de normas, ou seja, estabelece uma forma capacitada para impor normas válidas. Nesse cenário aparecerá a validade de um governo.

Segundo Kelsen:

A norma fundamental apenas fornece o fundamento de validade e já não também o conteúdo das normas que formam esse sistema. Esse conteúdo apenas pode ser determinado através de atos pelos quais a autoridade a quem a norma fundamental confere competência e as outras autoridades que, por sua vez, recebem daquela a sua competência, estabelecem as normas positivas deste sistema (Kelsen, 2009, p. 220).

Nesta perspectiva, um governo é concebido por uma norma estatuída com competência para produzir normas válidas, em atenção a uma norma superior pressuposta. Nesse primeiro momento, um governo não vale por força de seu conteúdo, uma vez que é uma autoridade que não é deduzida do conteúdo direto da norma superior, mas sim estabelecido para legislar conforme o procedimento formal.

A validade da ordem dada por um governo legítimo se faz por representar, segundo o autor “uma norma que pertence a um ordenamento que se apoia numa tal norma fundamental porque é criada pela forma determinada através dessa norma fundamental - e não porque tem um determinado conteúdo” (Kelsen, 2009, p. 220). Assim, a proposta kelseniana seria acusada de frio legalismo por seus detratores na exata medida que não propõe um conteúdo para a ordem jurídica, mas, isto sim, preocupa-se em fornecer a extensão e seus limites de validade em clara perspectiva

epistemológica que, conforme já mencionado, deita raízes no criticismo kantiano (Chahrur, 2016, p. 40).

No entender de Stanley Paulson (2013, p. 8):

Kelsen acredita que há uma solução para além de ambas as teorias tradicionais, opção que demonstra a inverdade da célebre máxima **tertium non datur**. Assim como Kant, que se emancipa das constrações impostas pela combinação entre o racionalismo e o empirismo nos séculos XVII e XVIII, Kelsen se liberta das limitações postas pela combinação dos dois tipos de teorias jurídicas tradicionais. Há, insiste Kelsen, uma terceira teoria e, para alcançá-la, ele lança mão da mesma diretriz da qual partiu Kant: um argumento transcendental, quer dizer, o método transcendental dos neokantianos de Marburgo [...]. É na sua busca por uma doutrina da normatividade do direito que Kelsen introduz a norma fundamental.

Por aqui, verifica-se a incorporação daquela que talvez seja a imagem mais associada a Teoria Pura de Kelsen, isto é, a pirâmide normativa, sendo que esta última se liga a teoria da hierarquia das normas (*Stufenbaulehre*) de Merkl, o que coloca no horizonte a hipótese de leitura de “um sistema fechado em cujo interior as normas inferiores encontram seu fundamento nas prescrições superiores, procedendo-se sucessivamente até o ápice do direito interno” (Chahrur, 20016, p. 40). Todavia, por mais utilizada que seja, esta imagem não escapa ao refinado exame crítico de Alan Ibn Chahrur que afirma o equívoco do uso sem ressalvas de tal equiparação que liga a imagem da norma fundamental à Constituição dos Estados nacionais (Chahrur, 2016, p. 40; 2017), pois há muito claras consequências da proposta kelseniana ligadas ao direito internacional, uma vez que o problema da análise feita por Kelsen, em última instância, pretende dar conta da questão da soberania (Giacioia Junior, 2017).

Desse modo, é possível verificar em muitas passagens da *Teoria Pura do Direito* que “Kelsen faz referência à norma fundamental como norma de direito internacional, equiparando-a ao *pacta sunt servanda*” (Chahrur, 2016, p. 40). O acerto do argumento de Chahrur pode ser verificado quando Kelsen afirma que “atualmente [...] apenas existe uma unidade cognoscitiva de todo o Direito, o que significa que podemos conceber o conjunto formado pelo

Direito Internacional e as ordens jurídicas nacionais como um sistema unitário de normas” (Kelsen, 2006, p. 343).

Portanto, parece possível verificar que a ideia do *pacta sunt servanda* opera como pressuposto lógico-transcendental que permite a Kelsen afirmar um sistema jurídico cosmopolita que propõe uma perspectiva monista em sentido jurídico (Glumpová, 2017, p. 153), ou seja, um sistema de direitos que dá prevalência a ordem jurídica internacional (Kelsen, 2006, p. 351).

De acordo com Oswaldo Giacoia Junior (2017, p. 165):

Em outras palavras, soberania tem sentido como conceito jurídico somente se concebida em ligação com uma totalidade pensada como o sistema de um ordenamento ideal, uma ideia ou exigência lógica em sentido transcendental, no interior da qual todos os ordenamentos jurídicos estatais estão integrados ao todo do direito internacional público sobre a base de uma *norma fundamental pressuposta*, de onde retira, em última instância, sua validade normativa.

Lançados os fundamentos principiológicos que validam uma autoridade governamental em Kelsen, passaremos para os fundamentos formais e materiais de legitimidade desta forma de governo.

4. Legitimidade do governo

Após delimitar conceitualmente a validade das normas positivas, advindas da norma fundamental não positiva - mas sim pressuposta - Kelsen aborda legitimidade como o princípio que garante a manutenção da validade de uma norma durante todo o seu período de vigência, ou seja, até a sua extinção ou substituição determinada por outra norma (Kelsen, 2009, p.233).

Quanto à forma, a legitimidade deriva da observância de quem está exercendo a atividade legiferante e a coação legal que garantirá eficácia para a norma. Esse agente deliberativo deve estar estabelecido aos moldes previstos na Constituição de um Estado (Kelsen, 2009, p. 232). Nesse sentido, se uma norma depende da validade de uma norma superior, em Kelsen, um

governo só será legítimo, formalmente, se for estabelecido em estrita conformidade com a previsão constitucional.

Logo, para o escrutínio da legitimidade de um governo em Kelsen, em primeiro lugar, há de se verificar a composição formal dessa autoridade, aqui compreendida como procedimento de constituição do governo. Qualquer movimento político que vislumbra estabelecer um “fato produtor de normas” que não siga criteriosamente as previsões constitucionais será, para o autor, movimento revolucionário ou golpe de Estado.

No entender de Kelsen:

Uma revolução no sentido amplo da palavra, compreendendo também o golpe de Estado, é toda modificação ilegítima da Constituição, isto é, toda modificação da Constituição, ou a sua substituição por uma outra, não operadas segundo as determinações da mesma Constituição (Kelsen, 2009, p. 233).

Pouco importa, divergindo diametralmente de Schmitt, a aclamação popular, o movimento de massas ou as condições políticas concretas para o crivo da legitimidade formal de um Governo. Para Kelsen (Kelsen, 2009, p. 233), o procedimento validado por uma norma superior e, portanto, decisivo, será a observância formal da norma posta positivamente.

A mera leitura da Teoria Pura do Direito, sem uma interpretação sistemática da integralidade da obra do autor, pode até induzir a conclusão de que Kelsen defenderá qualquer espécie de governo, desde que observados os critérios de validade e eficácia estabelecidos em um determinado ordenamento jurídico válido segundo os padrões de sua teoria.

Todavia, em sua obra intitulada *A democracia* (Kelsen, 2000), o autor trará o critério material de legitimidade das normas produzidas por um governo formalmente válido e legítimo. Esta produção normativa, explicará Kelsen, deve atenção material direta a norma fundamental estabelecida. Para tanto, o autor faz uma veemente defesa do Estado Democrático de Direito, delimitando de forma clara o modelo ideal de um governo e expondo suas divergências teóricas com a obra de Carl Schmitt.

Kelsen reconhece que se “deve haver sociedade e, mais ainda, Estado, deve haver um regulamento obrigatório das relações dos homens entre si, deve haver um poder.”, porém, ressalva que “se devemos ser comandados, queremos sê-lo por nós mesmos.” (Kelsen, 2000, p. 20). Completando seu raciocínio, deduz de forma lógica que um poder legítimo deve observar a liberdade social estabelecida pelo liberalismo político, considerando ser “politicamente livre aquele que está submetido, sim, mas à vontade própria e não alheia” (Kelsen, 2000, p.20.).

Neste horizonte de perspectiva, Hans Kelsen no seu centenário e já clássico *Essência e valor da democracia* apresenta uma leitura desta última no plano conceitual, com uma hipótese que não renuncia à ideia de liberdade (Kelsen, 2000). Por esta via, argumenta que há que se distinguir democracia e liberalismo, pois, em seu diagnóstico, pode-se verificar o uso ideológico da ideia de democracia, uma vez que o liberalismo pretende se apresentar em relação necessária com o ideal democrático.

Para Kelsen, esta crítica é importante e seu objetivo não é fulminar a democracia, mas, isto sim, apresentar aquilo que pode ser reconhecido como essencialmente democrático (Kelsen, 2000). De tal modo, de acordo com Petra Glumpová “o conceito de democracia tem um papel proeminente na teoria de Kelsen” (Glumpová, 2017, p. 160), significa dizer que não parece mais razoável dar atenção aos detratores de Hans Kelsen que pretendiam afirmar a hipótese de que sua proposta teórica no fundo seria uma *reductio ad Hitlerum*, confundindo seu positivismo crítico de linhagem kantiana com o legalismo exegetico e, por fim, ignorando sua defesa da forma de governo democrática, sendo que este último ponto pode significar, de acordo com Juan Amado, ignorância ou deslealdade intelectual (Amado, 2012).

Neste ponto Kelsen complementar a sua *Teoria Pura do Direito* explorando um novo critério de legitimidade do governo. Na nova análise, um governo deve não só observar a norma fundamental, sendo formalmente legítimo se derivado diretamente pelo *Grundnorm*, mas a partir daqui o autor

expressará que esse poder só pode ser exercido através de um parlamento democraticamente eleito pelo povo.

Nas palavras de Kelsen:

A democracia, no plano da ideia, é uma forma de Estado e de sociedade em que a vontade geral, ou, sem tantas metáforas, a ordem social, é realizada por quem está submetido a essa ordem, isto é, pelo povo. Democracia significa identidade entre governantes e governados, entre sujeito e objeto do poder, governo do povo sobre o povo (Kelsen, 2000, p.35).

O autor expõe que apenas através de um parlamento eleito pelo povo é que uma sociedade encontrará o equilíbrio necessário entre a legitimidade formal e material de um governo, uma vez que eleito pelo voto majoritário um parlamento é o modelo que mais se aproximará da vontade geral, assim, evitando a “dominação de classe” (Kelsen, 2000, p.67).

De tal modo, para o jusfilósofo de Viena, ao se considerar os usos ideológicos da ideia de democracia, torna-se possível verificar que, com o aparecimento do estado soviético e sua concepção de democracia a partir da luta de classes, há uma mudança de critério para o reconhecimento de direitos políticos, verificado agora pelo trabalho e o pertencimento a classe.

Por aqui, torna-se possível notar que neste momento do contexto europeu, o liberalismo passará a ser antidemocrático, o que para Kelsen significa, em última instância, que no horizonte se coloca uma certa concepção de unidade que caminha para um regime autocrático (Kelsen, 2000).

Portanto, ao se desvencilhar de seus aspectos ideológicos, verifica-se que aquilo que é próprio da democracia diz respeito a defesa das minorias (Kelsen, 2000). Logo, a essência da democracia é a garantia da existência de minorias políticas, com o reconhecimento de que há concepções morais relativas na sociedade civil que, inclusive, estão em choque, assim, há que se reconhecer que minorias podem vir a se tornar majorias, desde que se preserve a dinâmica procedimental de funcionamento institucional.

De tal modo, a democracia é uma forma de governo do povo sobre o povo, entendido este último como uma pluralidade de indivíduos que constitui uma unidade em sentido normativo (Kelsen, 2000), significa dizer que o povo

aparece como realmente existente em um sentido mais ou menos preciso do ponto de vista jurídico, isto é, com a submissão de todos os seus membros à mesma ordem jurídica (Kelsen, 2000).

Segundo Petra Glumpová (2017, p. 161):

A defesa de Kelsen da democracia é baseada no argumento de que esta preserva a liberdade individual em sua maior extensão possível. A democracia, Kelsen argumenta, consiste em uma transformação da liberdade natural, que evolui do instinto que leva o homem à negação de toda ordem social para a liberdade política ou jurídica. [...] A democracia, portanto, preserva a liberdade natural ao permitir que os sujeitos de direito participem na criação e na determinação do conteúdo das leis gerais. O modo de criação da ordem social, isto é, o método de organização da produção do direito, representa a diferença entre as formas de uma social autocrática ou democrática. A democracia prescreve o método de participação (autônomo) na produção do direito, enquanto a autocracia pode ser definida em termos de produção absolutista (heterônoma) do direito.

A longa citação se justifica, uma vez que permite verificar que para além de um parlamento democraticamente eleito pelo povo, Kelsen defenderá um sistema eleitoral proporcional, de modo a garantir a pluralidade de representação do todo complexo que constitui um determinado povo (Kelsen, 2000, p.71).

Estabelecendo um parlamento pluripartidário como critério de legitimidade de um governo expõe-se o principal ponto de divergência entre Kelsen e Schmitt, uma vez que opondo-se ao último, Kelsen refutará, em seus *textos políticos*, uma crise ou falência do modelo democrático-parlamentar (Kelsen, 2000, p.111), sendo que esta hipótese de leitura está no cerne da crítica político-jurídica de Carl Schmitt, entendida, na maioria das vezes, como certo tipo de antiliberalismo do jusfilósofo de Plettenberg.

Kelsen responderá a crítica schmittiana acerca da pluralidade do parlamento recorrendo a Rousseau para descrever a ressignificação do conceito de liberdade na modernidade. Em Schmitt a questão da pluralidade parlamentar é descrita como um fator imobilizador do governo, por travar decisões cruciais para a sociedade e ser incapaz de acompanhar e compreender o processo histórico (Pinheiro, 2014, p.19). Já para Kelsen, nos estados modernos “a liberdade do indivíduo, a qual, em última análise,

se revela irrealizável, acaba por ficar em segundo plano, enquanto a liberdade da coletividade passa a ocupar o primeiro plano” (Kelsen, 2000, p. 33).

O pluralismo constituinte de um parlamento tido como uma deficiência em Schmitt, será posto como uma característica *sine qua non* para a execução do ideal democrático em Kelsen. O autor de Viena explica que a unanimidade necessária para a pressuposição da norma fundamental é posta de lado a partir do momento em que um governo democrático surge atendendo os critérios formais de validade e necessita pôr em prática o ideal democrático para obter a legitimidade material.

Nas palavras de Kelsen:

A rigor, se, para a conclusão do pacto social, deve ser unânime o consenso exigido em nome da liberdade, a manutenção da ordem contratual deveria estar subordinada à persistência desse mesmo consenso geral, permitindo em seguida que cada um abandonasse a comunidade espontaneamente e que, em qualquer momento, se subtraísse à aplicação da ordem social, recusando-lhe qualquer reconhecimento. Neste ponto aparece com clareza o conflito insolúvel que opõe a ideia de liberdade individual à ideia de ordem social, esta, em sua essência mais profunda, deve valer objetivamente, ou seja, em última análise deve independender da vontade daqueles que se lhe submetem. Para as ciências sociais, essa validade objetiva da ordem social permanece intacta, mesmo quando o conteúdo dessa ordem é determinado de alguma maneira por aqueles que lhe estão submetidos. Mas a objetividade formal exige também uma objetividade material. No caso-limite em que o “você deve” do imperativo social é condicionado por um “se e o que você quiser” daquele a quem é dirigida, a ordem perde qualquer sentido social. Por isso a existência da sociedade ou do Estado pressupõe que possa haver discordância entre a ordem social e a vontade daqueles que se lhe submetem. Se entre dever ser e ser existisse sempre coincidência, ou seja, se fosse infinito o valor da liberdade, já não se poderia falar de submissos. A democracia, em favor da elaboração de uma ordem social ulterior, renuncia à unanimidade que, hipoteticamente, poderia ser aplicada à sua fundação por contrato e contenta-se com as decisões tomadas pela maioria, limitando-se a aproximar-se de seu ideal original. (Kelsen, 2000, p. 30)

Logo, quanto ao critério material de validade e legitimidade de um governo, Kelsen conclui que após a observância e atenção ao critério formal, qual seja a formação de um parlamento aos moldes da Constituição do Estado, essa norma produtora de normas deve espelhar o todo complexo da vontade normativa geral do corpo político, devendo ser eleito pelo povo com base no

sufrágio universal, segundo o princípio da maioria (Kelsen, 2009, p.238), atendendo ao critério material da validade e legitimidade através da busca da execução do ideal democrático, através da garantia da participação dos governados na criação e aplicação das normas gerais e individuais e da promoção da liberdade política (Kelsen, 2000, p.142).

Feitas estas considerações quanto a proposta teórica de Hans Kelsen, apresenta-se algo interessante o exame de algumas das linhas de força dos argumentos de Carl Schmitt acerca do tema, o que será feito a seguir.

5. Schmitt, a soberania e o político

Inicialmente, convém considerar algumas notas biográficas acerca de nosso autor, considerando sua biografia que além de muito conhecida se mostra algo polêmica. Carl Schmitt (1888-1985) nasceu e foi educado em uma família pequeno-burguesa de forte tradição católica (condição religiosa que irá se fazer presente em seu pensamento de alguma forma) de Plettenberg, na Westfália, sendo que “sua carreira acadêmica e política foi realmente impressionante e não pouco chamativa [...]” (Boron; González, 2006, p. 149) e, ainda, como diz José Villacañas, Schmitt pode ser encarado como um desses pensadores e figuras humanas não convencionais, identificando-se nele “as mais ímpares e as mais sombrias, mas igualmente as mais fecundas e as mais luminosas contradições de um pensamento sempre activo e sempre desigual [...]” (Villacañas, 2013, p.1).

Observando o contexto da Alemanha dentro de uma visão histórica, é possível perceber que na mesma época em que fora desenvolvida a Constituição de Weimar, o país se encontrava em guerra, sendo esta nacional, dentro de suas regionalidades, marcada pela luta intestina de partidos políticos de fortes posições, como o Partido Social Democrata Alemão (SPD), bem como na quadra dos anos 1920 com o aparecimento do Partido Nazista (NSDAP). Além disso, havia uma frente internacional, dada a participação da

Alemanha na Primeira Guerra Mundial (Ramiro, 2017), conjuntura esta que não escapa à análise de Schmitt.

Neste sentido, Carl Schmitt não se furtou ao debate, tendo protagonizado incontáveis polêmicas com intelectuais de sua época, mas, aqui, importa-nos, sobretudo, os nomes dos juristas Hermann Heller, Gerhard Anschütz e, em especial, Hans Kelsen. A atuação de Schmitt como jusfilósofo e jurista do direito público, de alguma forma, contribuiu para o desenvolvimento da teoria da constituição moderna, sendo que para fundamentar suas posições teóricas Schmitt faz uma releitura de pensadores como Maquiavel, Grotius, Jean Bodin, os teóricos católicos conservadores Bonald, De Maistre e Juan Donoso Cortés, por exemplo, autores com os quais forjou uma abordagem crítica ao sistema político-constitucional de Weimar (Flickinger, 1992, p. 11).

Ainda, Schmitt exerceu importantes cargos para além de sua cátedra como professor de Direito, tendo sido considerado o grande jurista do Estado alemão (*Kronjurista*) nos tempos sombrios do *Reich* nazista (Márquez, 1996; Ramiro, 2017). Mas, então, por que Schmitt?

A escolha do jusfilósofo alemão para referenciar parte deste trabalho se dá pela importância de seu pensamento enquanto jurista, tendo em vista os tempos nebulosos de forte reducionismo teórico em alguns cursos jurídicos, que colocam a margem o pensamento de importantes nomes da teoria do direito e da teoria da constituição, quando não tentam “caricaturá-los”, “esquemmatizá-los”, ou algo do gênero.

Na difícil conjuntura política da República de Weimar se estabelece importantes discussões acerca do direito público, desde questões ligadas ao problema da soberania até o problema da guarda da constituição, oportunidade em que Carl Schmitt e Hans Kelsen se colocaram frente a frente, declaradamente ou não.

Assim, o período weimariano é também uma quadra de fundamental importância para a construção do saber jurídico. Leticia Vita apresenta boa síntese a este respeito, a saber:

O pensamento jurídico de Weimar teve e tem um importante legado na tradição jurídica alemã e na ocidental. Weimar acolheu juristas de todas as orientações ideológicas e metodológicas: Gustav Radbruch, Rudolf Smend, Hugo Preus, Gerhard Anschütz, Richard Thoma, Heinrich Triepel e Eric Kaufmann entre outros, que se pronunciaram junto com Kelsen, Schmitt e Heller acerca do Direito, da Constituição, dos direitos sociais, do parlamentarismo e da democracia. Entre estes nomes é possível encontrar defensores assíduos da democracia como Kelsen, Radbruch ou Heller, mas também críticos dela como Carl Schmitt (Vita, 2014, p. 43).

Conforme já mencionado linhas atrás, o recorte deste trabalho lança foco a algumas das linhas de força do debate entre Kelsen e Schmitt, desse modo, algumas notas de conjuntura se apresentam importantes uma vez que “os textos de ambos estiveram em constante diálogo com os vários sobressaltos daquelas duas tão intensas décadas de 1920 e 1930” (Martins, 2017, p. 9).

Carl Schmitt ao refletir sobre a teoria do direito destaca três tipos de pensamento jurídico, sendo estes elencados como um pensamento que trabalha com regras ou normas, um saber jurídico decisionista e outra forma de conhecimento jurídico que pensa o ordenamento ou à estrutura jurídica. Não obstante, ao estabelecer as possibilidades do pensamento jurídico, Schmitt sublinha que este se realiza genuinamente no direito público, devido a sua pretensão de aproximar do campo do conhecimento jurídico a realidade política, em nítida postura de crítica ao normativismo de Hans Kelsen (Schmitt, 1972, p.247-248).

Neste horizonte de perspectiva, para Schmitt o elemento jurídico por excelência é da *decisão*. Ainda, Schmitt analisa e critica o liberalismo dos séculos XIX e XX, ou seja, sua argumentação se dirige ao sistema parlamentar consolidado na ideia de Estado de Direito pelo viés do *político*, lançando, portanto, forte abordagem crítica ao sistema da República de Weimar.

Ao afirmar que todo direito é situacional, Schmitt tenta demonstrar os domínios contingentes e não necessariamente jurídicos da política, o que para o teórico alemão deve ser levado em consideração pelos juristas, em especial, aqueles que se dedicam ao direito público e aos teóricos da Constituição (Schmitt, 1996b).

De tal modo, a proposta de Carl Schmitt se apresenta diametralmente oposta aos a abordagem de Hans Kelsen, compreendido este último por Schmitt como um jurista liberal (Herrera, 1998). Ainda, na tentativa de aproximação da reflexão e do vocabulário schmittiano devemos ter cautela, pois sua teoria é mais que um dicionário de filosofia política e teoria da constituição, apresentando-se como uma verdadeira pinacoteca, tendo em vista a linguagem “febril” e capacidade dramática do discurso e das palavras, como atentam conceitos alinhados em dualismos como amigo-inimigo; soberano como aquele que decide na situação de exceção; a constituição como decisão, etc (Herzog-Márquez, 1996, p. 150).

Além disso, a crítica de Schmitt direcionada ao Estado de Direito e ao constitucionalismo liberal levam em consideração a dimensão do político, pois este último nasce para refutar o antipolítico que está localizado no liberalismo⁹ (Herzog-Máquez, 1996, p. 151).

Segundo Roberto Bueno (2010, p. 61):

[...] é bem de sublinhar para fins de aproximação das alterações sofridas pela filosofia política schmittiana e de suas aproximações ao totalitarismo, que tal conceito de amigo-inimigo germinalmente apresenta-se já no ano de 1922 quando da publicação de sua *Teologia Política* (ver Schmitt, 1996b, p. 126-127), oportunidade em que ensaiou os termos do conceito mais acabada e perfeitamente desenvolvidos no *Conceito do Político*.

Não obstante, parece que a reflexão schmittiana antiliberal se apresenta no texto *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, cuja versão para o nosso português pode ser encontrada sob o título de *Situação intelectual do sistema parlamentar atual*, escrito de 1923.

A preocupação de Schmitt é refletir acerca da condição de possibilidade de uma relação entre liberalismo e sistema parlamentar como fundamentos da democracia. Note-se que Schmitt tenciona indicar que a relação entre liberalismo e democracia é inviável, sendo que sua aliança se deu de maneira estratégica no período de luta contra as monarquias absolutas. Para Chantal Mouffe (1992, p. 1) “uma das teses centrais de Schmitt, é de que a articulação entre a democracia e o liberalismo, efetuada

no século XIX, deu lugar a um regime inviável, já que caracterizada pela união de dois princípios políticos absolutamente heterogêneos” (Mouffe, 1992, p. 1).

Para Jesús Silva-Herzog Márquez ao escrever o ensaio de 1923 sobre o parlamentarismo Schmitt destaca que o governo representativo está ferido de morte, haja vista que seus fundamentos intelectuais (deliberação pública; equilíbrio de poderes), bem como suas promessas de publicidade (fim do segredo de Estado) e limitação do poder não correspondem à realidade, que se transformou em perversão ação política de impedimento do reconhecimento da identidade entre governo e sociedade, ou termos schmittianos, a separação ou dualismo entre Estado e sociedade (Herzog-Márquez, 1996, p.153).

No diagnóstico de Schmitt o indivíduo burguês ao chegar ao poder da prevalência ao privado, ou seja, aos interesses privados, significa dizer que o modelo de racionalização técnica do liberalismo preconiza a defesa do indivíduo privado burguês em detrimento do político, com a articulação das “despolitizações” e “neutralizações” feitas dentro do cenário da necessidade das discussões. Neste sentido, ao refletir sobre a coexistência do princípio de identidade (forma democrática) com o princípio de representação (monarquia), “Schmitt declara que [...] o princípio do parlamentarismo, enquanto preeminência do legislativo sobre o executivo, não pertence ao universo do pensamento da democracia, mas ao do liberalismo” (Mouffe. 1992, p. 1).

Nas palavras de Schmitt (1996b, p. 47):

A democracia deverá abolir todas as distinções, todas as despolitizações típicas do século XIX liberal, e ao apagar a oposição Estado-sociedade (= o político oposto ao social) fará também desaparecer as contraposições e as separações que correspondem à situação do século XIX [...].

Neste linear, o político deve ser visto como o território do conflito, não sendo possível para o pensamento schmittiano imaginar uma harmonização feita através da discussão parlamentar, sendo esta última realizada via um procedimento como o processo *legislative* que busca um consenso racional no universo do político. Schmitt, a fim de justificar seu ponto de vista e sua crítica

à democracia e ao constitucionalismo liberal, vale-se da reflexão do teólogo católico contrarrevolucionário espanhol Juan Donoso-Cortés, que afirmava ser a burguesia “uma classe que discute” (Schmitt. 1996b, p. 125) e, portanto, realiza compromissos dilatórios que pretendem evitar a decisão (Schmitt, 1982).

Por esta via, verifica-se que enquanto para Hans Kelsen a soberania estatal apresenta um caráter estritamente jurídico, devido a necessidade de tal conceito respaldar-se em uma norma jurídica fundamental pressuposta, que atribuirá assim sua validade normativa; para Carl Schmitt, o conceito de soberania será reconhecido de maneira oposta, visto que o autor não reconhece que o conceito de soberania merece sua validade pela normalidade de um sistema jurídico e sim por sua instabilidade, ou seja, pelo seu caráter excepcional.

Logo, a soberania em termos schmittianos encontrará respaldo no intermédio do jurídico e do não-jurídico. Como Schmitt muito bem define na Teologia Política, soberano será aquele que decide sobre o estado de exceção (Schmitt, 1998). Dessa forma, o elemento jurídico por excelência para Schmitt é a decisão. Para demonstrar tal hipótese, Schmitt valoriza o conceito de soberania e lança luz acerca do problema do estado de exceção e em sua compreensão ele é a gênese de toda possibilidade de um ordenamento jurídico.

De acordo com Oswaldo Giacino Junior, para Schmitt:

O conceito de soberania não pode ser compreendido a partir da regularidade da norma, mas da instabilidade da exceção, não, portanto, fora do âmbito do fato real da natureza e da política. Em razão disso, a soberania assinala um domínio limítrofe, situado entre o ordenamento jurídico e o âmbito não jurídico da política. E, justamente por constituir essa fronteira evanescente, ele conserva um elemento fundamental pelo qual faz-se acessível à racionalidade jurídica e, em verdade, só adequadamente acessível a ela, pois que constitui a essência do jurídico – o elemento decisão (Giacino Junior, 2017, p. 165).

Portanto, Carl Schmitt oferta importante hipótese de leitura do fenômeno da juridicidade, quando pretende demonstrar que a exceção é

condição essencial para decisão e esta será a base estruturante do ordenamento jurídico.

Diante de suas afirmações políticas, Schmitt coloca-se como um crítico do pensamento liberal, ante o caráter político teológico que emana de seus escritos. Uma das questões centrais que Schmitt busca em seus textos é problematizar sobre a questão política do estado exceção, no qual, com certa clareza em sua crítica demonstra que o regime excepcional assola qualquer sistema jurídico necessitado de um grau de normalidade para a devida vigência e efetividade das normas postas.

Nesse sentido, Schmitt buscará esclarecer o conceito de Estado por meio da política em seu livro intitulado “O Conceito do Político”. (Schmitt, 2008). Assevera que a política é essencial para conceituar e erigir as bases do pensamento estatal, na medida que o Estado é compreendido de per si, como uma condição inerente a determinado povo, verificado em decorrência das condições reais posta em frente deste ao momento necessário para tomar uma decisão. (Schmitt, 2008).

O jurista alemão compreende que a política se manifesta na relação de antítese entre “amigo-inimigo”, exprimindo um grau de intensidade entre a união e a separação. O inimigo¹¹ político será compreendido como o outro, como o desconhecido, não sendo possível em casos de conflito extremo – como em crimes contra o Estado Democrático de Direito – métodos conciliatórios ou meditativos para a convivência entre as partes. (Schmitt, 2008).

Tal conflito, apenas será resolvido pelo grupo político que se encontra dentro desta relação, capaz de se autodeterminar e determinar o outro, o desconhecido, que coloca em ameaça a sua existência. A partir desse conceito, Schmitt compreende que a política é a real possibilidade existente de um confronto. (Schmitt, 2008).

Conforme Felipe Alves da Silva (2024, p. 96):

Nessa dimensão ontológica do político não há determinação substancial: qualquer associação pode tomar forma de grandeza política. O que importa é a possibilidade de chegar ao ponto decisivo (*entscheidenden Punkt*) marcado pela intensidade existencial da luta, pois o que interessa a Schmitt na maneira como está pensando

essa relação é o caso do conflito. Toda contraposição em sentido religioso, moral, étnico, econômico ou de outra categoria, diz ele, transforma-se em uma contraposição política quando é forte o suficiente para agrupar os seres humanos efetivamente em amigos e inimigos, a ponto de definirem-se, por si mesmos, a decisão sobre o caso crítico, convertendo-se em uma nova substância da unidade política. Fala-se em existencialismo político porque só os próprios participantes podem determinar o caso extremo de conflito – Schmitt fala em uma participação e colaboração existenciais –, cada um deles só pode decidir por si se a alteridade do estranho no caso concreto de conflito significa a negação do seu próprio tipo ou modo de existência e é, portanto, defendido ou combatido a fim de preservar aquilo que Schmitt chama de seu próprio “tipo de vida” (*Art von Leben*). O ponto decisivo diz respeito ao grau de intensidade do conflito.

Compreende-se, assim, o evidente posicionamento de Schmitt em relação da apreensão do político como agrupamento orientado ao caso crítico existencial, percebendo que, o político não é em si normativo e por conseguinte, a unidade política existente, é forçada a decidir - sob pena de cessar sua existência - não podendo outorgar tal poder de decisão, sempre que a existência da dicotomia “amigo-inimigo” estiver presente na história. (Schmitt, 2008).

5.1 A legalidade

O conceito de legalidade em Schmitt possui sentido delimitado, devendo, na perspectiva do jurista, observar a história e a gênese do Estado Legiferante¹² parlamentar e do tipo de norma que o mesmo instituiu.

Apesar de Schmitt esmiuçar-se em demonstrar variadas formas de reconhecer Estado, o escopo do presente trabalho será o Estado que promulga leis e, nesse sentido, o Estado legiferante parlamentar, caracteriza-se pela criação de normas de conduta – baseadas em imperativos categóricos kantianos – que serão compreendidas como direito e, ainda como expressão de vontade popular. O autor explica:

Um estado legiferante é um Estado regido por normatizações com conteúdo mensurável e determinável, caracterizadas como impessoais e, por esse motivo, *gerais*, bem como predeterminadas e, conseqüentemente, concebidas, visando a uma *duração permanente*.

Em tal Estado, lei e aplicação da lei, legislador e aplicação da lei existem separados entre si (Schmitt, 2007, p. 2).

197

Da análise do trecho, podemos afirmar que Schmitt busca esclarecer que o Estado Legiferante buscará sempre o distanciamento do criador e do aplicador da lei. É também pressuposto, em um Estado Legiferante, um Poder Executivo que é legítimo por sua autonomia discricionária, mas, no entanto, que se subordine a ordem da lei (Schmitt, 2007, p. 2).

Esta será a pedra basilar de um sistema que não é regido por pessoas e sim por uma norma geral:

O último e verdadeiro sentido do “princípio” fundamental de “legalidade” de toda e qualquer vida estatal consiste, enfim, em que não mais se imponham, de maneira alguma, poderes e ordens, afinal de contas, somente se pode fazer valer normas impessoalmente vigentes. Nesse caso, a forma especial de manifestação do direito é a lei e a justificação específica da coerção estatal é a legitimidade (Schmitt, 2007, p. 3).

Em um regime jurídico estatal como o de Hans Kelsen, a norma pressuposta fundamenta o devir e, neste caso, o direito manifestar-se-á por meio da instituição de uma norma e a legalidade nestes termos, será justificada com a coerção estatal.

A reflexão schmittiana antiliberal, vai se opor a determinado Estado Legiferante, mesmo reconhecendo, enquanto houver crença na racionalidade – fundada na crença no iluminismo¹⁴ - e no idealismo normativo, ou seja, a razão superar a mera vontade, o Estado Legiferante será visto em termos políticos como modelo ideal.

Sobre o sistema de legalidade no Estado Legiferante, Schmitt irá demonstrar que o direito será reduzido a ideia da lei e, a própria lei, será reduzida a regulação estatal, “O Estado é lei, a lei é o Estado. Deve-se obediência exclusivamente à lei, apenas perante ela, nulifica-se o direito de resistência. Existe apenas legalidade, e não autoridade na ordem de cima para baixo” (Schmitt, 2007, p. 19).

O legislador nesse sentido, será no Estado legiferante, juntamente com suas leis instituídas, detentor do monopólio legalidade do sistema – sendo assim um legislador ordinário - e de todo o aparato protetivo do Estado.

Se o conceito de lei se apropriar de toda e qualquer relação para com a razão e com a justiça e se, ao mesmo tempo, for mantido o Estado legiferante com seu conceito específico de legalidade, que concentra na lei a grandeza e a dignidade do Estado, toda determinação de qualquer tipo, toda ordem e toda medida, todo comando, dirigido a qualquer ofício ou soldado e toda instrução individual endereçada a um juiz poderão ser realizadas, de forma legal e legítima, por meio de uma resolução do Parlamento ou de qualquer uma das outras instâncias envolvidas no procedimento legiferante, por força do “domínio da lei (Schmitt, 2007, p. 21).

A lei, em seu sentido formal, apresentará como característica intrínseca a confiança que se tem na vontade do legislador e no processo legiferante. Em seu sentido material, Schmitt não difere, na compreensão da lei como norma jurídica que exala o dever ser de conduta para todo indivíduo. Reconhece também o autor, a necessidade da força coercitiva da norma jurídica pela sanção, no entanto, destoa do sentido kelseniano de sanção¹⁵, compreendendo o conceito como “uma ordem associada à lei na qualidade de regra jurídica” (Schmitt, 2007, p. 23).

No processo legiferante, o legislador não será apenas criador das leis, mas também, será fonte de direito e, justamente por esta abertura semântica, da possibilidade para um caminho neutro, ou melhor dizendo, apolítico do conteúdo da legalidade é que Schmitt compreende que o parlamento do Estado Legiferante perdeu a capacidade de expressar a vontade popular, fazendo com que a expressão “lei” se tornasse mero procedimento burocrático decidido pela opinião da maioria (Schmitt, 2007).

5.2 A Legitimidade

Schmitt em todo o segundo capítulo de seu livro *Legalidade e Legitimidade*, terá como objeto de estudo a República de Weimar e as contradições nela inseridas, devido seu caráter formal na primeira parte da constituição e o caráter material na segunda. Aqui será exposto, o segundo subtópico, no qual o autor busca demonstrar onde residirá a legitimidade da forma de Estado.

Logo no início, Schmitt afirma que a Constituição de Weimar, um evidente exemplo de Estado Legiferante parlamentar, criou mecanismos contra majoritários para revisão do conteúdo legislativo, assemelhando ao Estado jurisdicional, portanto, subdividindo a pessoa do legislador em legislador extraordinário¹⁶ superior e o legislador simples inferior.

O autor ainda apresenta outro problema do desenho institucional Weimariano, em sua perspectiva, sobre o legislador inferior e o seu sistema de legalidade. A Constituição de Weimar tinha vigente quatro mecanismos (arts. 73 §1, 73 §2, 74 §3, 76 §2) de consulta popular, para deliberação sobre a promulgação das leis.

No entanto, o art. 73, §3, altera toda ordem vigente e a necessidade do legislador ordinário com o procedimento legislativo direto e autônomo instituído por iniciativa popular, capaz de promulgar leis, a saber:

Contudo além dos casos da consulta popular plebiscitária de cunho extraordinário, a Constituição de Weimar permite, em sua organização integral, a existência do Estado legiferante parlamentar. Ademais, o seu sistema de legalidade possui uma coerência diferente daquela apresentada pela democracia plebiscitária. Em sua segunda parte, a Constituição de Weimar não apenas contém uma segunda Constituição contraposta à primeira parte, como também, possui no bojo desta, organizadora do Estado legiferante, dois sistemas paralelos de legalidade parlamentar e legitimidade plebiscitária (Schmitt, 2007, p. 63).

Na perspectiva do autor, deveria a Constituição de Weimar, optar somente pelo processo legislativo direto e autônomo, caracterizado pela vontade popular na sua essência, que não obstante, não foi a escolha do constituinte. Os modelos de consulta popular instituídos em Weimar, devido a forma do Estado legiferante parlamentar, baseado no sufrágio direito, instituidor de um legislador ordinário, acabam por instrumentalizar o povo como uma instância procedimental do processo legiferante.

O próprio texto da Constituição escrita já deixa transparecer a existência de uma grande diferença entre a consulta popular por iniciativa parlamentar e a consulta popular por iniciativa popular. No primeiro caso, apenas ocorre uma modificação no sistema do Estado legiferante parlamentar, não se justificando nenhum novo tipo de legislador pela organização de um novo procedimento legislativo específico parlamentar descrito no art. 73, §3º, dá-se a

introdução de um novo procedimento de legislação (Schmitt, 2007, p. 65).

Nota-se que Schmitt busca esclarecer sua estranheza ao Estado legislante parlamentar, seus mecanismos de consulta popular indireta dão base para instituir uma democracia indireta, na qual, no olhar do autor não possuirá legitimidade concreta. Por outro lado, o voto direito, ou melhor dizendo, o sistema democrático-plebiscitário, em razão da sua característica imanente popular estará dotada de legitimidade.

Portanto, a legitimidade em Weimar é fruto da duplicidade de legisladores que se encontravam presentes, em um conflito entre o legislador ordinário e os mecanismos institucionais para a produção legislante, com o sistema democrático-plebiscitário.

6. Conclusão

Neste momento da história em que o cenário da democracia parte para certa erosão, o registro de salvaguarda da democracia liberal em face de seu contraposto de democracia popular conferem ao texto a relevância da discussão.

No papel proeminente do direito herdado de Kant e transmitido herculeamente a Kelsen o iluminismo racionalista arrasta com o progresso toda a emulsão do conceito de humanidade esclarecida, valendo-se da política democrática representativa para alinhar seus objetivos íngremes.

O Estado moderno, pautado na democracia liberal, que tem como nascedouro um contrato social (documento jurídico), põe no cerne da política a fundamentação jurídica, como, ainda, estabelece-lhe os limites pelo *jus*.

Se a soberania é popular, não se traduz como um fato, senão como um aspecto normativo geratriz do sistema jurídico-político, em cuja dinâmica surge o critério da legalidade e da legitimidade no respeito hierárquico do direito criado e aplicado.

Essa é a possibilidade de que a liberdade racional seja mantida, ou seja, que um dever ser pulverizado no seio comunitário, constringendo

objetivamente cada um de seus integrantes, por força do contrato, conjugue-se à ordem social, sem olvido ao fato de que as discordâncias entre o social e o individual coexistem em razão do sistema jurídico assegurar a posição contra majoritária por razões de democracia.

Em Schmitt soberania é a capacidade de decreto da exceção pelo poder soberano, fazendo com que o direito se auto suspenda nas situações limite, dada a vontade da maioria disposta a eliminar o outro, o inimigo. Sem embargo de como se “faz” o inimigo no campo do discurso, há de ficar claro que o político se superpõe ao jurídico e dele se vale para o processo de exclusão.

Tem sido banalizada mundo afora o conceito de democracia quando, em nome de garantias fundamentais ou interesse público, defenestra-se, por vontade política, ao arrepio da isonomia jurídica, e fazendo do direito o rito de passagem da decisão tirana à decisão legítima, a tutela de migrantes, ainda que este empalidecer constranja por razões de necessidade à mão-de-obra barata que faz aquecer a economia à custa de mais-valia absoluta. Ou quando se desregulam direitos sociais pondo em regime de exceção grupos vulneráveis pelo toque hermenêutico de conceitos abertos e indeterminados, tratando-se dos “inimigos” do sistema que haverão de sucumbir à maioria no sentido político schmittiano, decidindo-se em prol do “nós”, contra “os outros”, sempre alentando essa soberania ao toque de forte discurso populista em que a mídia, sob pretexto de liberdade de expressão, massifica consciências, e nessa toada de Estado, povo e movimento, faz-se o governo soberano da exceção na autosuspensão do direito.

Se a democracia liberal marca uma espécie de vácuo entre indivíduo e Estado, diante da perspectiva econômico-burguesa ter requestado do derradeiro, proteção às liberdades, sem, no entanto, comprometer os primeiros em ideais solidários, ao menos no plano da participação comunitária, algo que desafia racionalistas do calibre de Habermas a reescrever a democracia participativa no consenso deliberativo, essa ainda é a possibilidade de, fundada e resguardada pelo direito, remanescer a diferença, o respeito ao outro, e a inclusão por motivos de cor, raça, sexo,

ideologia, religião e etnia, algo que, no pensamento decisionista político, escapa à subsistência ante a noção homogênea de povo afinada com o interesse público dentro de um território delimitado pelo direito.

E o direito, nessa perspectiva, figura como válvula para legitimação de atos de natureza política, advindos do povo, encarnado no soberano, fazendo o decreto da exceção.

Referências

- Agamben, Giorgio. **Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I**. Tradução: Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora da UFMG. 2007.
- Amado, Juan Antonio García. Defesa de Kelsen diante dos ignorantes e cretinos. In: **Contra o absoluto: perspectivas críticas, políticas e filosóficas da obra kelseniana**. Costa Matos, Andityas Soares de Moura; Santos Neto, Arnaldo Bastos (Org.). Curitiba: Juruá. 2012.
- _____. É possível ser antikelseniano sem mentir sobre Kelsen? In: **Contra o absoluto: perspectivas críticas, políticas e filosóficas da obra kelseniana**. Costa Matos, Andityas Soares de Moura; Santos Neto, Arnaldo Bastos (Org.). Curitiba: Juruá. 2012.
- Bobbio, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Trad. Márcio Pugliesi; Edson Bini; Carlos Rodrigues. São Paulo: Ícone. 1995.
- _____. **Teoria geral do direito**. Trad. Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes. 2008a.
- _____. **Direito e poder**. Trad. Nilson Moulin. São Paulo: editora da UNESP. 2008b.
- Boron, Atilio A; González, Sabrina. Resgatar o inimigo? Carl Schmitt e os debates contemporâneos da Teoria do Estado e da Democracia. In: **Filosofia política contemporânea: controvérsias sobre civilização, império e cidadania**. São Paulo: Departamento de Ciência Política – USP. 2006.
- Bueno, Roberto. Schmitt: a crítica liberal através do político. In: **Reflexión Política**, Bucaramanga-Colombia: Universidad Autónoma, vol 12, nº 24, p. 60-67.2010.
- _____; Ramiro, Caio Henrique Lopes. **Sonhos e pesadelos da democracia em Weimar: tensões entre Carl Schmitt e Hans Kelsen**. São Paulo: LiberArs, 2017.
- Campbell, Tom. El sentido del positivismo jurídico. In: **Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante. n. 25, p. 303-331.2002.
- Carnelutti, Francesco. **Metodologia do direito**. Trad. Wilson Prado. São Paulo: editora Pillares. 2012.
- Chahrur, Alan Ibn. A importância teórica e prática da norma fundamental. In: **Revista de Informação Legislativa**, nº 211 pp35-53. 2011.
- _____. **O positivismo crítico: continuidade e ruptura no pensamento de Hans Kelsen**. Tese de Doutorado. Campinas: Universidade Estadual de Campinas. 2017. Disponível em: <https://www.repositorio.unicamp.br/acervo/detalhe/989561>.
- Cristi, Renato. **Carl Schmitt and authoritarian liberalism: strong state, free economy**. University of Wales Press. Card. 1998.
- Ferreira, Bernardo. Democracia, relativismo e identidade política em Hans Kelsen e Carl Schmitt. In: **Contra o absoluto: perspectivas críticas, políticas e filosóficas da obra kelseniana**. Costa Matos, Andityas Soares de Moura; Santos Neto, Arnaldo Bastos (Org.). Curitiba: Juruá. 2012.
- Flickinger, Hans Georg. A luta pelo espaço autônomo do político. In: Schmitt, Carl. **O conceito do político**. Trad. Alvaro L.M. Valls. São Paulo: Vozes. 1992.
- Giacioia Junior, Oswaldo. Entre a regra e a exceção: fronteiras da racionalidade jurídica. In: **Sonhos e pesadelos da democracia em Weimar: tensões entre Carl Schmitt e Hans Kelsen**. São Paulo: LiberArs, 2017.
- Goyard-Fabre, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. Trad. Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes. 2002.

- Grau, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros editores. 1998.
- Heller, Hermann. Autoritärer Liberalismus? In: **Gesammelte Schriften**. Band I-III. Tübingen: Mohr. 1992.
- Herrera, Carlos Miguel. Schmitt, Kelsen y el liberalismo. In: **Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante. n. 21-II, p. 201-218. 1998.
- Herzog-Márquez, Jesús Silva. Sismologia política. Un apunte sobre Carl Schmitt. In: **Isonomia: Revista de teoría y filosofía del derecho**, nº 4, p. 149-155. 1996.
- Kelsen, Hans. Essência e valor da democracia. In: **Arquivos do Ministério da Justiça**, nº 170, p. 63-129. 1987.
- _____. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes. 1991.
- _____. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes. 2006.
- _____. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes. 2009.
- _____. **Autobiografia de Hans Kelsen**. 2ª edição. Trad. Gabriel Nogueira Dias; José Ignacio Coleho Mendes Neto. Rio de Janeiro: Forense. 2011.
- _____. **A democracia**. Trad. Ivone Castilho Benedetti (et. All). 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2000.
- Larenz, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1997.
- Marcuse, Herbert. O combate ao liberalismo na concepção totalitária do Estado. In: **Cultura e sociedade**. Vol. 1. Trad. Wolfgang Leo Maar, Isabel Loureiro, Robespierre de Oliveira. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 1997.
- Martins, Argemiro Cardoso Moreira. O debate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt em seu tempo e para além dele. In: Bueno, Roberto; Ramiro, Caio Henrique Lopes. **Sonhos e pesadelos da democracia em Weimar: tensões entre Carl Schmitt e Hans Kelsen**. São Paulo: LiberArs, 2017.
- Mouffe, Chantal. Pensando a democracia com, e contra Carl Schmitt. In: **Revue Française de Science Politique**. vol 42. nº 1. 1992, p. 1-14. Trad. Menelick de Carvalho Neto. Disponível na internet: www.almg.gov.br/CadernosEscol/Caderno2/teoria.pdf. Acesso em: 10/08/2012.
- Paulson, Stanley L. A ideia central do positivismo jurídico. Trad. Thomas da Rosa de Bustamante. In: **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, nº 102, p. 101-137. 2011.
- _____. A importância de Hans Kelsen em nossos dias. In: MATOS, Andytias Soares de Moura Costa. **Contra Natvram: Hans Kelsen e a tradição crítica do positivismo jurídico**. Curitiba: Juruá. 2013.
- Pinheiro, Alexandre Sousa. A Ditadura em Carl Schmitt. Carl Schmitt Revisistado. Carlos Blaco de Morais e Luís pereira Coutinho (org). Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-políticas. 2014.
- Ramiro, Caio Henrique Lopes; Herrera, Luiz Henrique. Hans Kelsen: filosofia jurídica e democracia. In: **Revista de Informação Legislativa**, v. 52, n. 205, pp. 235-260. 2015.
- _____. Schmitt em Weimar: reflexões sobre a crítica antiliberal a democracia. In: **Carl Schmitt Studien**, nº 1, pp. 121-135. 2017.
- SÁ, Alexandre Franco de. Sobre a justificação racional do poder absoluto: racionalismo e decisionismo na teologia política de Carl Schmitt. In: **Revista Filosófica de Coimbra**, Coimbra, nº 23, p. 157-180. 2003.
- Schmitt, Carl. **La dictadura: desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria**. Trad. José Díaz Garcia. Madrid: Revista de Occidente. 1968.
- _____. I tre tipi di pensiero giuridico. In: **Le categorie del 'politico': saggi di teoria politica**. Trad. Gianfranco Miglio e Pierangelo Schiera. Bologna: Società editrice il Mulino. 1972.
- _____. **Teoría de la Constitución**. Madri: Alianza editorial. 1982
- _____. **Teoría de la Constitución**. Trad. Francisco Ayala. Madrid: Alanza Editorial. 1982.

- _____. **O conceito do político**. Trad. Alvaro L.M. Valls. São Paulo: Vozes. 1992.
- _____. Teologia Política. Trad. Inês Lohbauer. In: **A crise da democracia parlamentar**. São Paulo: Scritta. 1996a.
- _____. A situação intelectual do sistema parlamentar atual. Trad. Inês Lohbauer. In: **A crise da democracia parlamentar**. São Paulo: Scritta. 1996b.
- _____. **Legalidade e legitimidade**. Trad. Tito Livio Cruz Romão. Belo Horizonte: Del Rey. 2007.
- Silva, Felipe Alves da. Trazer de volta o conflito: Schmitt sobre o político. In: **Cadernos de Ética e Filosofia Política**, nº 43(1), pp. 93-113. 2024.
- Vita, Leticia. **La legitimidad del derecho y del Estado en el pensamiento jurídico de Weimar. Hans Kelsen, Carl Schmitt y Hermann Heller**. Buenos Aires, Eudeba-Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2014.

Artigo recebido em: 10/12/2025.

Aceito para publicação em: 14/07/2026.