

Titanomachia – Oposições Epistemológicas Entre Kelsen e Schmitt

Titanomachia - Epistemological Oppositions Between Kelsen and Schmitt

Daniel Nunes Pereira¹

Resumo: A necessidade de uma Jurisdição Constitucional, a partir do embate acadêmico entre Hans Kelsen e Carl Schmitt, é uma discussão que necessita de subsídios filosóficos de grande amplitude temática e elaborada complexidade. Enquanto Kelsen acredita na prevalência de um Tribunal de Justiça Constitucional, Schmitt afirma que cabe ao Presidente do Reich a tarefa de salvaguardar a Constituição, cada um amparando sua posição por constructos filosóficos próprios, coerentes entre si, e precípuos no embate teórico ora mencionado. Paralelamente a tal discussão jazem os arcabouços epistemológicos de cada autor que justificam as teorias a serem cotejadas, verbi gratia, ambiente histórico-social, noção de democracia, antropologia política e ontologia.

Palavras-chaves: Kelsen, Schmitt, Epistemologia, Ontologia.

Abstract: *The need for a Constitutional Jurisdiction, arising from the academic clash between Hans Kelsen and Carl Schmitt, is a discussion that needs large-scale philosophical themed subsidies and elaborate complexity. While Kelsen believes the prevalence of a Constitutional Court, Schmitt says that the President of the Reich should have the task of safeguarding the Constitution, each jurist bolstering its position by its own coherent philosophical constructs, essentials for the theoretical clash herein mentioned. Parallel to this discussion lie the epistemological frameworks of each author justifying theories to be collated, for instance, historical and social environment, the notion of democracy, political anthropology and ontology.*

Key-words: Kelsen, Schmitt, Epistemology, Ontology.

1. Introdução

Não parece ser possível precisar um início necessário e definitivo para uma história da polêmica travada entre Kelsen e Schmitt, há, contudo, ‘inícios’ possíveis². A sociedade Moderna (ainda que em recorte agudizado) alicerçada em contingências epistêmicas, indica ceticismo quanto a cosmogonias absolutas, mesmo em (meta)narrativas filosófico-científicas.

¹ Bacharel em Direito e Mestre em Ciência Política, ambos pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Especialista em História Européia pela Universiteit Utrecht (Reino dos Países Baixos). Mestrando em Sociologia e Direito (PPGSD) pela Universidade Federal Fluminense. Professor de Direito na Universidade Veiga (UVA) de Almeida, no Centro de Ensino Superior de Valença (CESVA) e na Universidade Gama Filho (UGF)..

² Cf. Paulo Sávio Maia (2007: 12).

Dentre os ‘inícios possíveis’, parte o presente estudo de uma vertente inter e transdisciplinar, de forma a abarcar epistêmica e epistemologicamente³ os constructos de Kelsen e Schmitt. Ora, se o objetivo é esmiuçar o embate concernente à Jurisdição Constitucional, bem como suas aporias e limitações, buscam-se, aprioristicamente, as ferramentas, conhecimentos e categorias mobilizadas pelos autores em comento.

Tal estratégia parte de um entendimento específico quanto ao papel de Kelsen e Schmitt na *Ideengeschichte*⁴, qual seja, ambos são como divindades num simulacro de Teogonia Jurídica⁵. O seu embate épico quanto ao “Guardião da Constituição” é a *Titanomachia* da Jusfilosofia. Desse Teísmo intelectual, subjaz a ideia de que aos mortais não é facultado conhecer a natureza última ou a substância de suas divindades, mas meramente vislumbrar e reverenciar em temor seus prodígios, *id est*, não podemos realmente ver e compreender a totalidade do pensamento de Kelsen tampouco de Schmitt, mas talvez possamos fitar as partes mobilizadas para a “Guerra no Céu”.

Este entendimento não se sustenta meramente pela opção aparentemente *teísta* de reverência aos referidos intelectuais, mas também em uma chave existencialista, na qual a complexidade de determinada abstração imagética (*verbi gratia*, Jurisdição Constitucional) é inversamente proporcional a sua contraparte existente no mundo da empiria. Assim, nesta seara epistemológica que se identifica com uma realidade opaca (ZIZEK, 2001: 82-83) haverá, inexoravelmente, alguma lacuna entre o que emerge da empiria e os constructos metafísico-lógicos de proveniência psíquico-reflexiva (SARTRE, 2011: 136). As estruturas engendradas pela consciência do intelecto, ao serem transpostas para o mundo da experiência, não desaparecem, embora pareçam aprisionadas às contingências mundanas. O que ocorre é um distanciamento, em maior ou menor medida, do que foi inicialmente elaborado pela mente humana (SARTRE, 2011: 119). Outrossim, a realidade sensível dos constructos teóricos de Kelsen e Schmitt ao ser cotejada às suas respectivas ideias primevas, depende em sua própria consistência de um certo desconhecimento dos hodiernos concernidos da discussão (ŽIŽEK, 1999: 21). Ao desvelar essa relação epistêmica, voltamos aos próprios elementos estruturantes que virão a opor as teorias do referidos pensadores.

³ Na chave epistêmica, o estudo tenta desvelar as relações de gnose e os mecanismos de processamento entre os sujeitos e determinado conhecimento (saber paradigmático). No que concerne ao entendimento epistemológico, o trabalho analisa o grau de conhecimento e inflexão de determinadas categorias dadas aos sujeitos em questão.

⁴ Conceito ou disciplina da Filosofia Continental, podendo ser traduzido como “História Intelectual” ou “História de Ideias”.

⁵ Diferentemente do comentado por Paulo Sávio Maia (2007: 12), para quem os aludidos autores são meros homens, e sua desavença deve ser encarada em sua mundanidade evidente.

O desvelo pelo qual seguimos na investigação das partes estruturantes das Teorias de Kelsen e Schmitt, no que contribuem para o tema da Jurisdição Constitucional, segue a lógica das seguintes assertivas, porquanto, pressupostos condicionais à presente argumentação: a) não há neutralidade em trabalhos intelectuais, sendo isto mera retórica cientificista (GINZBURG, 2002: 55); b) a compreensão de determinado momento histórico é condição necessária para crítica cética à imanência do objeto intelectual a ser estudado (ADORNO, 1988: 207); c) a obra não remete apenas à identidade do autor, cuja evidência epistêmica limita *a verdade* tipográfica a ser analisada (FOUCAULT, 1972: 10).

Pelos termos expostos, o trabalho ora desenvolvido não pode saber se mostra ‘*A Verdade*’ sobre as construções teóricas analisadas, mas busca apresentar os predicados necessários para uma correta abordagem a celeuma jusfilosófica revisitada – *legein ta onta* (PLATÃO, 1921: 385b), ou seja, apresentam-se afirmações verdadeiras sobre estados verdadeiros.

2. Ontologia Jurídica

O Direito, enquanto normatização do dever-ser e por buscar atributos eminentemente teleológicos, prescinde de uma reflexão metafísica. Isto, pois, enquanto teoria, o Direito não tem como se valer da experimentação para validar suas proposições, recorrendo apenas à razão, pois os objetos de que trata não têm existência apriorística no mundo natural. Em um segundo momento da reflexão, buscam-se categorias ontologias, *verbi gratia*, justiça, equidade, democracia, etc. Assim é que, qualquer Teoria do Direito é necessariamente munida de uma ontologia própria, enquanto parte de uma reflexão metafísica. A ontologia, entendida como disciplina, estuda o que não jaz *a priori* no mundo natural, ou seja, as abstrações, conceitos e as relações entre eles. Nesta seara, refletirá determinadas noções de ente, ser, existência, essência, realidade, atributo, valor, etc. Questionamentos relacionados à determinadas compreensões de Justiça, por exemplo, representam algumas das questões centrais que norteiam a investigação metafísica. A Teoria do Direito, em certa medida, tenta desvelar aspectos necessários da realidade, questões relacionadas à essência dos objetos, com vistas a determinada normatividade.

Ao tratar de uma Jurisdição Constitucional, objetivando determinado arranjo institucional, mais ou menos afeito às ideias abstratas, como Democracia e Justiça, há necessariamente uma Ontologia. Assim é que, em Kelsen e Schmitt, haverá uma explanação

do que é considerado verdade, existente e cognoscível com vistas a entender ou propor determinado Guardião Constitucional.

A Ontologia da teoria de Schmitt parte de uma ruptura espacial e uma crítica a ela referida, a saber, a Modernidade e sua relação de gnose com o sujeito (KENNEDY, 1988: 235). Na referida crítica, o jusfilósofo confronta o problema dos dois polos intelectuais opostos da modernidade, quais sejam, o pensamento técnico-econômico, a formal racionalidade abstrata associada com a economia, tecnologia, positivismo; o outro, o legado do romantismo, o encantamento altamente subjetivo e estético com objetos especificamente concretos (SCHMITT, 1989:62). Decorrente desta ruptura temporal e a referida relação gnosiológica, Schmitt também tece críticas a partir do Catolicismo, no que se refere a secularização. Este fenômeno sociopolítico que emergiu com o início da Modernidade neutralizou a antiga substância moral na gnose humana, produzindo, portanto, um vácuo na orientação desta. Como resultado, haveria apenas a distinção entre utilidade e inutilidade, em detrimento da oposição Bem e Mal, como na Teogonia clássica do Cristianismo (SCHMITT, 1996a: 23).

A crítica gnosiológica de Carl Schmitt presente em sua Ontologia tem como ponto de partida Romantismo, compreendido “realidade histórica concreta”, Schmitt retorna ao que, a seu ver, constituiria o começo da História Intelectual moderna, a saber, Descartes e busca no seu pensamento deste filósofo a cisão que distinguiria a experiência moderna do mundo. A atenção ao pensamento cartesiano se justifica no fato de que Schmitt via duas grandes transformações associadas ao início da história intelectual moderna: o fim do geocentrismo em Copérnico, e a derrocada do antigo pensamento ontológico com a filosofia de Descartes (SCHMITT, 1989:62). Para o jusfilósofo, o *Cogito* Cartesiano remeteu o indivíduo para um processo subjetivo e interno, em lugar da *Realität*⁶. Comparando Copérnico a Descartes, Schmitt alega que ciência natural deixou de ser geocêntrica e buscou o seu centro fora da Terra, o pensamento filosófico tornou-se egocêntrico e buscou o seu centro em si mesmo (SCHMITT, 1989:63).

Esta descontinuidade entre “Pensamento Reflexivo” e “Ser”, no pensamento de Carl Schmitt, jaz no fato de que a própria substância das coisas já não se apresentaria como algo transparente para o entendimento humano, como era antes do Racionalismo Cartesiano. Tal pensamento moderno tenta explicar definitivamente o “Real”, mas fracassa, pois, ao invés de

⁶ Schmitt estabelece uma distinção conceitual entre “realidade” entendida como “substância ontológica”, normalmente designada como *Realität*, e “realidade” no sentido mais empírico, normalmente designada pela palavra de origem germânica *Wirklichkeit*

servir de liame entre ser e pensamento, ele encerra este em um formalismo abstrato, em detrimento da realidade, entregue ao que Schmitt entende como um mecanicismo bruto (SCHMITT, 1989:65).

A crítica de Schmitt ao Modernismo Cartesiano, e sua contraparte estética (e estetizante) o Romantismo, põe, de certa maneira, a obra do jusfilósofo alemão em termos de uma pós-metafísica com uma ontologia política não-objetivista (MARDER, 2010: 3). A posição metafísica do pensador alemão o coloca em um extravagante locus de ontologia fenomenológico-existencial da subjetividade política emergente "no entardecer da metafísica ocidental." (MARDER, 2010: 3). A obra de Schmitt permite entender "a política" categoricamente como uma experiência subjetiva-existencial - uma distinção subjetiva que não está vinculada a determinadas esferas sociais ou linearidades predispostas, mas simboliza a radical possibilidade de auto-expropriação na política. Assim, a existência política em Schmitt pode ser descrita como a "mais intensa", "eternamente precária", "irreduzível", "instável", "pura", e "infundada" experiência humana a qual a própria humanidade pode ser submetida (MARDER, 2010: 116). A existência política, nesta leitura de Schmitt, escapa das estruturas aparentemente predeterminadas a política, como as normas, que, para o autor não possuem qualquer fundamento transcendental (MARDER, 2010: 79)

Essa chave interpretativa da política (e, por conseguinte do Direito) a partir da ontologia de Schmitt permite desenvolver críticas aos procedimentos dominantes das democracias liberais (no qual se inclui o *Judicial Review*), que parecem ser politicamente indiferentes, irremediavelmente enredados em imperativos estruturais de sistemas político-econômico, e todos muito diligentes em evitar riscos e decisões políticas soberanas que moldam a própria existência política. Neste entendimento, a despeito da hodierna ideia de *Regnum Legis*, a ontologia schmittiana prega a ressurreição existencial da subjetividade política, e, portanto, em última análise, um resgate da possibilidade da filosofia política no espaço público. A ontologia político-jurídica de Schmitt é essencialmente existencial e "recebe a sua força crítica da irreduzibilidade do sujeito político". (MARDER, 2010: 115). Neste entendimento, como veremos adiante no presente esforço teórico, a guarda da Constituição, por ser atividade eminentemente política e transcendental à norma positivada, não pode ser relegada a *Iuria*, sob risco de neutralizar a própria substância política em detrimento da forma legal e "judicializante".

Hans Kelsen, não entra no mérito da substância política, como Schmitt, e se preocupa mais com as consequências sociopolíticas de determinada opção de crença filosófica, tendo, portanto, um raciocínio mais cético e consequencialista. O desiderato de

Kelsen concernente a Estado, Democracia e Direito, depende de uma Ontologia específica, paradoxalmente, uma negação metafísica de qualquer crença ontológica última. Kelsen faz uma analogia entre teoria política e disciplinas da filosofia, quais sejam, a epistemologia e a teoria dos valores. Na teoria de Kelsen, em última análise, com fito meramente argumentativo e didático, há duas formas de Estado antagônicas: a democracia e a autocracia. E na filosofia, tanto na epistemologia como na teoria dos valores, existe o antagonismo entre absolutismo filosófico e relativismo filosófico. (KELSEN, 2000: 161).

Decorre de tal raciocínio a conclusão lógica de que as doutrinas absolutas, inclusive as que concernem a abstração *Justiça*, concorrem para a autocracia. O relativismo axiológico teria o condão de impedir a formação de regimes políticos despóticos, os quais usualmente, conforme atesta a história, se fundam em valores absolutos. Ou seja, é preciso entender que, por exemplo, *Justiça* é aquilo que os homens consensualmente definem como tal – as *Nürnbergger Gesetze*⁷, *exempli gratia*, consubstanciavam a mais pura concepção de *Justiça* do III Reich.

Nota-se que Kelsen escapa do idealismo hegeliano, uma vez que não confunde o conceito com a realidade. Da mesma forma, não incorre no pensamento de Platão, que as idéias, como por exemplo a *Justiça*, formam a realidade universal, entendida como a verdade absoluta da existência.

Assim, para Kelsen, o relativismo de valores no que concerne á definição da *Justiça*, implica na afirmação da autonomia moral do homem⁸ e na necessidade de um acordo dialógico sobre valores. Não há, portanto, como criticam outros pensadores, negação de toda moral. Kelsen admite, entretanto, que o objetivo de todo ordenamento jurídico é eudemonista, ou seja, serão consideradas moralmente boas as condutas que levam à felicidade da sociedade ou do indivíduo.

Eis o antitético paroxismo da ontologia kelseneana: é axiomático o relativismo epistêmico, em outras palavras, há uma *Verdade* e ela diz que não há *Verdades*. Assevera-se o caráter normativo de tal assertiva – Kelsen não diz haver ou não *Verdade*, apenas alega que devemos tomar como certa a pluralidade de *Verdades* cognoscíveis e defensáveis. Assim é que, por não saber se há determinado valor absoluto último, ou, se houver, não sendo

⁷ As Leis de Nuremberg eram basicamente o principal corpo legal do Terceiro Reich, com a transcrição para instrumentos legislativos de toda a ideologia antisemita do nazismo, de tal sorte que permitiram processual e juridicamente a perseguição de determinados grupos sociais.

⁸ A ênfase que Hans Kelsen dá às escolhas e ações do homem como independentes de ordens cosmológico-metafísicas dadas a priori, portanto, de inteira responsabilidade humana, permite inferir, segundo Cossio (1954: 114) haver forte influência do Existencialismo de Kierkegaard (posteriormente Camus e Sartre, não contemporâneos à obra em comento) e Fenomenologia de Husserl, na obra do jusfilósofo.

cognoscível, adota-se metodologicamente o Relativismo como axioma. Tal raciocínio parece derivar da influência Kantiana⁹ na obra de Kelsen, visto que o pensador de Königsberg acreditava haver o Uno (como em Plotino), o Absoluto, mas negava qualquer possibilidade de cognoscibilidade.

People have always spoken of the absolutely necessary being, and have taken pains, not so much to understand whether and how a thing of this kind can even be thought, but rather to prove its existence.... if by means of the word unconditioned I dismiss all the conditions that the understanding always requires in order to regard something as necessary, this does not come close to enabling me to understand whether I then still think something through a concept of an unconditionally necessary being, or perhaps think nothing at all through it. (KANT, 2003: Cap III, Sec. IV).

Essa crença na impossibilidade de gnose acerca de determinado valor absoluto, conjuga-se com o ceticismo de Kelsen quanto ao sujeito deste processo epistêmico, ou seja, decorre de uma determinada e específica compreensão do gênero humano.

3. Antropologia Política

Ao propor determinados arranjos institucionais, é preciso atentar ao sujeito presente. É assim que se justifica uma crença em determinada concepção de ser humano e como este interage com outros indivíduos, instituições e suas relações epistêmicas e epistemológicas.

Antropologia política, em uma delimitação disciplinar realista e conservadora, consiste no estudo dos aspectos sociais e políticas de uma sociedade e suas conexões (ABÉLÈS, 1990: 49). Neste recorte, preocupa-se, entre outras questões, com a questão do poder e sua origem e seu papel na sociedade, bem como a relação entre os indivíduos e da distribuição do poder (ABÉLÈS, 1990: 52). Algumas das questões examinadas em antropologia política incluem o papel de autoridade e liderança, o papel da burocracia em sociedades complexas. Em sua teleologia, Antropologia política há de envolver instituições sociais, como estruturas religiosas e familiares, instituições econômicas e sistema político (ABÉLÈS, 1990: 56). É esta teleologia que interessa ao estudo, sobretudo pelo fato de que esta disciplina, de tal maneira recortada, não é anunciada ou confessa nem na obra de Schmitt nem de Kelsen. É central, todavia, pois ao apontar determinado arranjo institucional, presume-se o sujeito que há de operá-lo – adota-se determinada configuração pela crença de

⁹ É polêmica a questão de Kelsen ser ou não tributário de Kant, todavia, optamos pela afirmativa, havendo suporte fático em correspondência do jusfilósofo austríaco ao amigo Renato Tréves (filósofo e sociólogo italiano adepto do neokantismo de Marburgo), na qual se lê: “É absolutamente verdadeiro que o fundamento filosófico da Teoria Pura do Direito se esteia na filosofia kantiana...”. (KELSEN, 1984: 327).

como o gênero humano age ,de maneira mais ou menos generalizada, em algum contexto em questão. *Id est*, no caso em comento, qual entendimento do Homem justifica mais ou menos uma jurisdição Constitucional, seja coadunada ao Judiciário ou ao Poder Executivo.

Ambos os autores constroem suas respectivas Antropologias Políticas inconfessas a partir de *Weltanschauungen* específicas, que, ainda que sejam oriundas de paisagens sócio-políticas distintas, possuem a mesma origem valorativa, qual seja, Crise Antropológica.

3.1. Kelsen e o Parricídio Vienense

Kelsen, em seus primeiros anos como Universitário lidou com a Crise Antropológica da *Vienna Fin-De-Siècle*, trabalhando com seus frutos já no primeiro quartel do século XX. A narrativa histórico-política, ocorrida entre 1848 e 1897 reflete a transformação simultânea nas diversas áreas culturais, cotejando a referida Crise Antropológica. Após a *débâcle* de 1848 e os ataques liberais às tradições da aristocracia, que durante séculos ocupou o governo, bem como as reações e desdobramentos dessas investidas, ditaram a evolução da arquitetura, da arte, da política e dos movimentos sociais (SCHORSKE, 1981: 117). A “l'âge d'or” do liberalismo austríaco se manteve enquanto o absolutismo se manifestava como seu opositor direto, havendo decadência das estruturas de poder aristocráticas. Em decorrência dos acontecimentos posteriores a 1848, os liberais moderados se aproximaram do poder, o que coincide com o estabelecimento de um regime constitucional, por volta da década de sessenta do século dezenove (SCHORSKE, 1981: 117). Ocorre que a ascensão ao poder dos liberais austríacos não decorreu de uma luta organizada e perene, não havendo, por conseguinte, força política suficiente para remover definitivamente a aristocracia do poder, de tal sorte que este, na verdade, precisou ser compartilhado com a antiga burocracia imperial (SCHORSKE, 1981: 117). A crença no liberalismo foi questionada, e, por fim, estilhaçada (SCHORSKE, 1981: 21). O quadro político austríaco marcado pela descrença e falta de alternativas repercutiu no contexto social de Viena, especificamente dentro da burguesia liberal, originada sem identidade própria e descaracterizada como simulacro da aristocracia (SCHORSKE, 1981: 6). Essa descrença e a ausência de valores e o antagonismo entre o antigo e o novo se sucedeu de tal forma que este não conseguia assumir o lugar que lhe pertencia por direito, enquanto aquele não mais tinha força para subsistir com eficácia. Desse total entrevero surgiu um emaranhado de crises na identidade e nos valores austríacos, que são sintomáticos nas artes e na produção intelectual.

A partir do singular movimento histórico ocorrido em Viena, estruturou-se a

construção de uma nova concepção de homem. Esse novo entendimento surgiu como resposta a ansiedade concernente a sobrevivência do indivíduo diante de uma sociedade em franco processo de desmoronamento (SCHORSKE, 1981: 181). O *fin-de-siècle* de Viena se caracterizou por ser um movimento de crítica e indagação sobre as formas tradicionais de se pensar o homem e o mundo decorrentes de um descrédito existencial estabelecido pela desilusão com os projetos liberal e Iluminista. De maneira oposta, o liberalismo iluminista tradicional concebia o homem como eminentemente racional, dando a devida importância ao seu domínio científico sobre a natureza e moralidade, os quais eram pré-requisitos para a criação da sociedade ideal. O homem psicológico surge como uma criatura mais rica, porém inconstante, perigosa ao projeto liberal.

Eis que surge Freud, fundador da noção quase científica deste homem psicológico, em análise de seus sonhos, contribuiu para a teoria política, por um espectro vienense – a redução da política à relações edípicas e parricídio. Kelsen é influenciado por essa noção de homem psicológico e seu ímpeto parricida que contamina as instituições, e a desilusão com a moral burguesa que não passava de uma corruptela do ideal aristocrático.

A obra de Freud foi de importante influência nas teorias de Kelsen, conforme podemos atestar em seus próprios escritos¹⁰ (KELSEN, 2000) e de comentadores deveras autorizados (JABLONER, 1998). Sobressaem três categorias da Teoria Política de Freud que aparecem de uma forma ou de outra na Antropologia Política de Kelsen: Renúncia, Autoridade e Contrato Social. Importa ressaltar que as três categorias se entrelaçam, conforme há de se demonstrar.

Na primeira categoria, qual seja, a Renúncia, entende-se que homem renuncia a seus instintos agressivos substituindo-os pelas agressões estatais (FREUD, 2010a: 50, 86) ou seja, vis-à-vis com a teoria weberiana, o Estado proíbe ao indivíduo infrações, não para aboli-las, mas, sim, para monopolizá-las.

No que concerne a Autoridade, central à Teoria do Estado de Kelsen, Freud reproduz em grande medida o exposto por Burke (1823: 106), na medida em que admite a positividade das restrições sociais que nos livram da escravidão às paixões. Assinala Freud, todavia, a presença concomitante do amor e da autoridade, havendo, portanto, ambivalência.

Sabendo que Kelsen é tributário dos clássicos contratualistas, resta informar que os alcança mediante a noção Freudiana de Contrato Social. Se em Hobbes, Locke e Rousseau, tal

¹⁰ Especialmente o artigo “*Der Begriff des Staates und die Sozialpsychologie. Mit besonderer Berücksichtigung von Freuds Theorie der Masse*” publicado no periódico acadêmico de psicanálise. “*Imago*”, Vol. VIII, 1922, pp. 97-141, traduzido no Brasil dentro da obra “*A Democracia*” (KELSEN, 2000).

figura explica a legitimidade original da sociedade política, em Freud, a sociedade contratual política corresponde ao desejo irracional do homem em restaurar a Autoridade. Após a morte do pai primitivo (canibalizado pela Horda Primeva), surge no homem a “Nostalgia do pai”¹¹ (FREUD, 2010b: 18, 23, 24) . Para ele, o governo não surge de um contrato social, mas, de uma resposta contrarrevolucionária, que emerge após a queda do governo patriarcal e representa o desejo majoritário dos cidadãos-irmãos, ou seja, diferentemente dos clássicos contratualistas, não é uma manifestação de prudência do grupo. Os mitos do contrato social, no universo psicanalítico, podem ser vistos como reafirmação da vontade do pai acima dos impulsos rebeldes dos filhos. Isso também explica a sobreposição de Religião e Política, havendo transferências, de matrizes edípicas, da figura paterna para o espaço público.

The primal parricide, the guilt and ambivalence from this act become the prop that enables to elucidate the origin of religion and politics. The religious phenomenon, as well as contractualist comprehension of politics, are deemed on the prospect of neurosis and Oedipus complex. Religion and politics, from the bias of neurosis, provide resources to the individual that allows the revival of the phantasmatic relationship with his Father (then elevated to the rank of god and king). In this ambivalent relationship affectionate and hostile feelings blend into the individual, perpetuating the Oedipal structure, making the relationship between politics and religion inevitably complicated since it is overlapping other neuroses. (NUNES PEREIRA, 2013: 52).

3.2.Schmitt e o Reich Brutalizado

Assim como Kelsen, Carl Schmitt também parte sua análise de um locus epistêmico identificado à determinada Crise Antropológica. Todavia, os conceitos epistemológicos que informarão a Antropologia Política schmittiana, bem como suas conclusões, são diversos daqueles utilizados pelo jusfilósofo austríaco.

Se a Crise Antropológica na sociedade austro-húngara estava ligada às Revoluções de 1848 e suas consequências, sua contraparte alemã possui mais explicações e causas relacionadas à Grande Guerra e ao ocaso da dinastia Hohenzollern.

Com o fim do conflito, as revoltas populares e a consequente abdicação de Wilhelm II e o advento da República, a correlação papéis na vida política da nascente República parecia caminhar para alterações (ROSENBERG, 1964: 73). Com as revoltas que se sucederam ao

¹¹ O termo original é "Vatersehnsucht", a edição francesa, aqui utilizada, traduz como "Désirance pour le Père", optando-se utilizar no presente trabalho a tradução aceita na Psicanálise lusófona.

Armistício de Compiègne, a tradicional casta militar prussiana parecia colapsar e a classe média aparentemente seria a força dominante do novo regime (ROSENBERG, 1964: 75).

Todavia, a República, para ter aquiescência popular e da maioria dos estratos sociais, necessitou ser alicerçada mediante um acordo entre as lideranças da *Reichswehr* (sucedânea do *Deutsches Heer* e *Kaiserliche Marine*) e a classe média urbana, representada pelo *Sozialdemokratische Partei Deutschlands*. A consolidação deste acordo se deu pela criação do arcabouço institucional cristalizado na Constituição de Weimar, consistindo em um modelo republicano parlamentar em consonância com as exigências das democracias vencedoras da Grande Guerra.

Pelo exposto, os militares não puderam ser excluídos da vida e do *ethos* da República. Ademais, tornou-se premente a existência de uma burocracia preexistente e experiente. Por consequência, mantiveram-se os princípios de Virtude Prussiana (*Preußische Tugenden*), muito associados à casta militar, que, para bem e para mal, influenciaram a vida pública e política, tais como *Thrift, Disziplin, Redlichkeit, Gehorsam, Treue, Ordnungssinn, Unterordnung, Pflichtbewusstsein*¹². Tais princípios de virtude, inexoravelmente seriam tensionados à brutalidade da vida no Pós-guerra.

Além da brutalização da sociedade como consequência da vulgarização da morte causada pela barbárie da Guerra, houve duas sérias crises econômicas que desestabilizaram a Alemanha e agravou o quadro de convulsão social e política. A primeira grande crise econômica, consequência direta da Guerra, fez com que, entre os anos de 1917 e 1923, o valor do Dólar subiu de 4,2 para 10.000,00 *Papiermark* (GUMBEL, 1958: 203). Não obstante, apenas em 1923, o Dólar subiu de 10.000,00 para 4,2 x 10 *Papiermark* (GUMBEL, 1958: 204). Entre 1923 e 1924 foram postos em circulação o *Retenmark* e o *Reichsmark*. A volatilidade monetária e a desvalorização do papel moeda causaram degeneração moral e corrupção alastrada, o que fez com que a população se tornasse hostil ao governo e às potências estrangeiras (GUMBEL, 1958: 206). Ainda que lentamente, a economia alemã se recuperava, entretanto, ocorreu a crise de 1929. Os investimentos internacionais introduzidos na Alemanha ao 1923, foram obliterados pela crise. Como consequência, a economia entrou em retração, houve uma drástica redução na concessão de créditos referentes a atividade produtiva, causando drástica diminuição da atividade industrial. No período mais grave da crise, 1932 e 1933 (coincidentemente época de crescimento do Nacional-Socialismo), a

¹² Podem ser traduzidas genericamente como “austeridade, disciplina, probidade, obediência, lealdade, senso de ordem, subordinação, senso de dever”.

Alemanha sofria uma taxa de desemprego em torno de quarenta e quatro por cento (GUMBEL, 1958: 218).

Esse cenário se reproduzia na arte, assim como o *fin-de-siècle* em Viena, de tal forma que se tornou instrumento de ativismo e denúncia das crueldades do conflito. O Expressionismo Alemão surgia como defensor do indivíduo contra o sofrimento humano, contra a guerra, ainda que sem desprezar a existência desta como fenômeno eminentemente humano (QUARESIMA, 1992: 176). Denunciava-se também na arte o *ethos* militar prussiano, tendo em vista que se contrapunha às classes médias urbanas (QUARESIMA, 1992: 177). Para ilustrar essa correlação de forças havia uma contraposição clara entre a arte romântica, que se convertera definitivamente na linguagem artística da Monarquia alemã, do II Reich e as experimentações de arte cosmopolita e crítica, como o aludido expressionismo (QUARESIMA, 1992: 177).

A manutenção do *ethos* militarista prussiano face às aspirações cosmopolitas da classe média social-democrata ditou a Crise Antropológica na Alemanha de Weimar. A antiga conceituação do que era ou deveria ser o homem alemão entrou em conflito com a realidade brutal do Entre Guerras. Assim é que o homem alemão não sabe mais seu lugar no mundo, *id est*, fragmenta-se em uma dolorosa consciência de uma realidade aparente e opressora, sofre de uma *Ansiedade Metafísica*, nos termos de Wilhelm Worringer (GUINSBURG, 2002: 392).

Imbuído desta Ansiedade, Schmitt pensa o sujeito político de forma distinta de Kelsen. Na verdade, como ponto comum entre ambos, além da Crise Antropológica, há seu resultado primeiro no que concerne a mecanismos gnosiológicos, qual seja, um ceticismo político. Tanto Kelsen quanto Schmitt são céticos, entretanto, enquanto aquele, em seu ceticismo, é tributário do Iluminismo escocês (portanto, Hume) e também da crítica reflexiva acerca das Luzes do século anterior, o jusfilósofo alemão recorre a Hobbes e aos pensadores Contra-Revolucionários. Enquanto para Kelsen o gênero humano era uma Quimera, a qual deveria ser tratada com cuidado, havendo espaço concomitante para amor e *auctoritas*, em Schmitt, o Homem é essencialmente mau, precisando ser enquadrado pelo Estado Hobbesiano e por estruturas que formariam um simulacro da Igreja Católica, impedindo rebeliões jacobinas. Assim é que Schmitt, em sua análise da política e do gênero humano, é também um cético, todavia, por suas apostas normativas, é encaixado em uma chave de fideísmo político (LESSA, 2003: 12).

O realismo político de Schmitt parte de uma compreensão da Realidade Política como ilusão referencial publicamente compartilhada (LESSA, 2003: 17), e ele indaga, para o sujeito hipotético, quais as dimensões desta realidade, e se (ou como) podemos mudá-la. A

teoria de Schmitt se volta contra a Modernidade, marcada pela pluralidade de mundos sociais possíveis, diversidade de Ontologias Sociais, o *Tropo da Diaphonía*, ou seja, um desacordo indecidível (LESSA, 2003: 19). A Antropologia Política de Schmitt, enquanto normatividade, opera a crítica a Modernidade ao estabelecer princípios que estruturam a vida política em um mundo ontologicamente encorajado, quais sejam, crítica ao Romantismo Político (ou conversa interminável parlamentar), e mundo público centralizado no conflito amigo-inimigo (LESSA, 2003: 24).

Românticos, para Schmitt, são aqueles que tentam constituir o mundo através de imaginação e subjetividade, portanto, inventores de mundos sociais componentes da *Diaphonía* Moderna (LESSA, 2003: 24). Schmitt veta essa pretensão ao recusar em sua teoria a aceitação de a diversidade de mundos fundados na subjetividade, através de negação do primado da realidade (LESSA, 2003: 24).

O Romantismo, enquanto atitude moderna, é identificado por Schmitt como o Parlamentarismo, engendrado em uma lógicas de formalidades triviais ao ser contraposto à incorporação das massas aos *loci* políticos, trazendo consigo suas demandas substantivas (LESSA, 2003: 24). Schmitt ao verificar este estado de coisas, o faz ao vislumbrar a *débâcle* prussiana, o expressionismo na estética, e as tensões entre militarismo e cosmopolitismo urbano. Em outras palavra, a recém formada República não teria o condão de absorver a Crise Antropológica, que, em demandas populares opostas, caminhava para a convulsão social. Os fundamentos intelectuais originais da democracia parlamentar liberal, e sua atitude romântica de conversas sem fim, não dariam conta do Homem alemão fragmentado e tensionado, de tal sorte que, mesmo na ocasião de derrota do bolchevismo ou do fascismo, a Crise Antropológica solaparia a ficção política do parlamentarismo. É assim que, na Antropologia Política de Schmitt, há uma inescapável contradição entre o individualismo liberal e a homogeneidade democrática (LESSA, 2003: 43).

Tanto em Kelsen como em Schmitt a política é adversarial e agônica (LESSA, 2003: 43). Todavia, para Kelsen, o sujeito político pode agir de maneira completamente inesperada, visto que, freudianamente, o indivíduo é opaco a si mesmo, sendo o controle de seus atos no poder realizado caso a caso pela *Iuria*. Em Schmitt, o sujeito político entrou em sarilhos justamente pela sua atitude romântica, sendo a solução um poder constituído aprioristicamente, que julga tanto os seus próprios atos como dos demais entes, através de ações de soberania última eminentemente localizada no executivo. Nota-se que são duas apostas de controle do sujeito político: uma no Poder Executivo, outra no Judiciário. Se a necessidade do próprio controle se justifica pela Antropologia Política de cada autor, ancorada

em sua ontologia e *weltanschauung*, a escolha e a argumentação teórica de qual poder há de realizar tal controle se justifica em determinada compreensão (e explanação normativa) de Estado, Democracia e Direito.

4. Peças Fundamentais do Tabuleiro Schmitt-Kelsen

A disputa teórica havida entre Hans Kelsen e Carl Schmitt mobiliza determinadas categorias político-jurídico filosóficas, as quais servem como peças em um tabuleiro de xadrez, movidas em direções distintas com objetivos anteriormente calculados. Tais categorias são, nomeadamente, Estado, Democracia e Direito. Cada autor interpreta o então contemporâneo Estado da Arte de cada “peça”, e faz suas considerações normativas acerca da mesma, com o fito de justificar e funcionalizar sua própria teoria, ora trabalhada.

4.1.Estado

Tanto na teoria de Kelsen quanto na de Schmitt, o Estado surge como ontologicamente necessário, tendo em vista, conforme explanado anteriormente, as respectivas Antropologias Políticas que, apesar das diferenças conceituais, destacam as temáticas da Autoridade e do Contrato Social face a uma natureza humana temerária (seja a partir de Hobbes ou Freud). Todavia, na História das Ideias sempre pareceu difícil elaborar o conceito de Estado, tendo em vista as mais variadas acepções exaradas por distintas vertentes pensamento sociopolítico moderno (MOTTA, 2011: 10).

Diante de tal impasse, Kelsen propõe pensar o Estado em termos jurídicos, enquanto fenômeno e também enquanto personalidade distinta dos indivíduos que representasse determinada comunidade enquanto ordem jurídica nacional, distinta, portanto, de ordenações jurídicas de internacionais (KELSEN, 1990: 188). Estado, por conseguinte, há de ser identificado ao próprio Direito, portanto, uma ordem jurídica nacional, o que configura a letimidade daquele em detrimento de outras organizações comunitárias.

Além da distinção entre comunidades nacionais e internacionais, asseverando o primado do Ordenamento Jurídico, Kelsen também afasta concepções que identificam Direito e Estado como categorias distintas. Essa distinção criticada por Kelsen, denominada Teoria Dualista, é presente nas teorias de Weber e Jellinek (MOTTA, 2011: 10). Georg Jellinek distingue Estado entre planos sociológico e jurídico, sendo aquele afeito às regras factuais e este à normatividade, (JELLINEK, 2004: 207-223) de tal sorte que soberania ser a capacidade

de autodeterminação do Estado por direito próprio e exclusivo. Paralelamente, Weber entende o Estado moderno como combinado a determinado ordenamento jurídico racional munido de aparato burocrático, expressando forma de dominação política moderna (WEBER, 1978: 314-315).

Em oposição às concepções dualistas de Weber e Jellinek, o Estado, para Kelsen, sendo uma comunidade juridicamente organizada não pode ser separado de sua própria ordem jurídica, ou seja, “Estado é a *sua* ordem jurídica” (KELSEN, 1990: 185). Para Kelsen há precedência do Direito ao Estado, havendo justificação normativo-formal para tal.

[...]. O Estado é aquela ordem da conduta humana que chamamos de ordem jurídica, a ordem à qual se ajustam as ações humanas, a idéia a qual os indivíduos adaptam sua conduta. Se a conduta humana adaptada a essa ordem forma o objeto da sociologia, então o seu objeto não é o Estado. Não existe nenhum conceito sociológico de Estado ao lado do conceito jurídico. Tal conceito duplo de Estado é impossível logicamente, senão por outro motivo, pelo menos pelo fato de não poder existir mais de um conceito do mesmo objeto. Existe apenas um conceito jurídico de Estado: o Estado como ordem jurídica, centralizada (KELSEN, 1990: 190).

Kelsen, todavia, concorda com a sociologia weberiana ao concluir que o monopólio do Direito é essencialmente pertencente ao Estado, tendo em vista que este se opõe a qualquer ideia de ordem social fundada em obediência voluntária de indivíduos sem recorrer a coerção. Tal possibilidade de coerção deriva da própria ideia de que Direito é uma organização da força vinculada das possibilidades e condições de uso desta às relações entre indivíduos. Assim, em uma interseção entre Kelsen e Weber, o Estado é organização também política, visto que regula o uso da força, monopolizada por ele mesmo (KELSEN, 1990: 27).

Não obstante em criticar as acepções de Estado majoritariamente aceitas, como Jellinek e Weber, Kelsen também pôs sua teoria contra as reformulações teóricas contemporâneas à República de Weimar. Em seu ensaio “*Juristischer Formalismus und Reine Rechtslehre*” (KELSEN, 1929 apud KELSEN, 2003b: 43) a preocupação de Kelsen era defender seu método contra ataques teóricos substantivos, bem como aos métodos concernentes à Teoria do Estado, que, segundo ele, objetivariam a própria República de Weimar. As teorias de Kelsen quanto ao Estado foram denunciadas tanto pela Direita como pela Esquerda - o seu formalismo metodológico foi denunciado pelos conservadores como "esquerdismo" e pelos marxistas como "fascismo”.

Se a sua batalha contra as teorias de Jellinek e Weber se dava contra uma tradição teórica já há muito fundamentada, seu embate com Rudolf Smend¹³ foi uma resposta às novas

¹³ Smend e Schmitt também se relacionaram, antes e depois da Guerra, inclusive com histórias parecidas. Cf. Sosa Wagner (2008: 84)

Teorias do Estado surgidas após a Guerra, as quais informariam em grande medida a obra de Schmitt (SCHMITT, 1926 apud KELSEN, 2003b: 43). Com sua teoria da integração, Rudolf Smend estava na vanguarda da corrente na Teoria do Estado Alemã que se opôs o positivismo jurídico de Viena. Em “*Der Staat als Integration*” Kelsen empreendeu "um debate sobre os princípios" (conforme consignado no subtítulo), criticando a falta de clareza metodológica no conceito de integração proposto por Smend e revelando a sua velada natureza política, no sentido ideológico (KELSEN, 2003b: 7, 62). De acordo com Kelsen, a conceituação do Estado exclusivamente em termos dos caminhos "não precisamente constitucionais" no fluxo da existência estatal na sua esfera extra-constitucional, levaria a lógica conclusão de legitimação pseudocientífica de violações constitucionais (KELSEN, 2003b: 94, 115).

Diferentemente da abordagem justeorética de Hans Kelsen, a Teoria do Estado de Carl Schmitt resgata os temas da soberania e do medo presentes em “O Leviathan” de Hobbes. Tal resgate se dá em dois movimentos: primeiro ele contextualiza a Guerra Civil Inglesa, contemporânea a obra de Hobbes, ao seu próprio *Zeitgeist*, a saber, a República de Weimar; em seguida tenta aperfeiçoar a teoria hobbesiana ao hipostasiar o tema do medo e inserir elementos da herança cultural da Igreja Católica Romana.

Schmitt dá especial atenção ao fato de que Hobbes formulou sua teoria política durante a Guerra Civil, que, assim como na República de Weimar, viu o “*Cogito Ergo Sum*” suplantar a máxima estatal “*Protergo Ergo Obligo*” (SCHMITT, 2007: 52).

Hobbes himself had experienced this truth in the terrible times of civil war, because then all legitimate and normative illusions with which men like to deceive themselves regarding political realities in periods of untroubled security vanish. If within the state there are organized parties capable of according their members more protection than the state, then the latter becomes at best an annex of such parties, and the individual citizen knows whom he has to obey. (SCHMITT, 2007: 52)

Observa-se que esta é também uma apropriada descrição da Alemanha durante o período da República de Weimar especialmente em seus anos de crise, havendo, portanto paralelos entre os contextos e projetos de Schmitt e Hobbes.

Em “O Leviathan”, Hobbes tentou estabelecer uma relação mútua entre proteção e obediência (SCHMITT, 2007: 52) e assim evitar a discórdia e o caos que surgem quando grupos autônomos armados se confrontam¹⁴. Segundo Schmitt, esta situação excepcional de guerra civil revela normalmente realidades políticas ocultas, tais como o comportamento humano em seu “estado de natureza” (SCHMITT, 2007: 59). Nestas realidades ocultas, afirma Schmitt, existem condições de perigo constante nas quais os sujeitos atuantes são como

¹⁴ Na República de Weimar esses confrontos se davam normalmente entre comunistas e grupos paramilitares de extrema-direita, como o *Sturmabteilung*.

animais tomados por paixões e instintos básicos e violentos, como fome, ganância, medo, ciúme (SCHMITT, 2007: 59). Portanto, argumenta Schmitt, todas as *verdadeiras* teorias do Estado, as realidades políticas ocultas, as quais, quase sempre, tomam o gênero humano como formado por indivíduos maus e perigosos.

Não só o contexto histórico é semelhante, mas também um entendimento específico quanto à humanidade. Esta visão particular sobre a humanidade oferece soluções aos problemas concernentes ao estado de natureza, especificamente guerra civil, ou guerra civil iminente. Em relação aos *verdadeiros* filósofos políticos que consideram o ser humano como essencialmente perigoso, Schmitt entende que realismo deles pode assustar os e levá-los a buscar segurança (SCHMITT, 2007: 65). Assim é que Schmitt reconhece que, como o fez Hobbes, assustar as pessoas e fazê-las crer que o melhor é seguir o princípio do “*protego ergo oblige*” em detrimento do *cogito* cartesiano (SCHMITT, 2007: 52). Em outras palavras: o medo é a fonte de ordem política.

A tarefa de Schmitt é, no que concerne a reflexão de Hobbes da humanidade, reviver o medo da característica da condição natural do homem. O filósofo alemão procede a este expediente por três maneiras: a) demonstra a afinidade substantiva entre o seu conceito de político e o estado da natureza de Hobbes; b) aponta a possibilidade sempre presente de um eventual retorno a referida situação, sob a forma de uma guerra civil; c) tenta incutir o convencimento de que só um Estado com o monopólio sobre as decisões a respeito do que é “*política*” pode garantir paz e segurança (MC’CORMIC, 1997: 253).

A característica de subjetividade radical da política aumenta o perigo sobre conceito do político e, conseqüentemente, intensifica o medo inspirado por ela de tal forma que somente os verdadeiros participantes podem corretamente reconhecer, compreender e julgar a situação concreta e resolver o caso extremo de conflito. Cada participante está em uma posição predeterminada para julgar se o adversário tem a intenção de negar ou até obliterar o modo de vida de seu oponente e, portanto, devendo ser repellido, a fim de preservar a sua própria forma de existência (SCHMITT, 2007: 27). O fato de que, na ausência de um poder centralizado, não existe um padrão pelo qual se pode julgar o outro como um inimigo ou ser assim julgado por eles indica claramente que é preciso estar sempre pronto para ser atacado ou, mais razoavelmente, compele o ataque primeiro (MC’CORMIC, 1997: 254).

Este cenário fomentado pelo Liberalismo, segundo Schmitt, permite um renascimento do cenário hobbesiano original, no qual todos são juízes de seus próprios medos (MC’CORMIC, 1997: 254). A ausência ou impossibilidade epistemológica de definir um critério objetivo do que constitui uma ameaça para a autopreservação do indivíduo,

transforma o exercício do direito natural na origem da potencial guerra de todos contra todos (MC'CORMIC, 1997: 254). Conclui-se, portanto, que a guarda destes critérios deve recair sobre o soberano, que há de proteger a todos em troca de obediência plena.

Schmitt afirma que é o medo do estado de natureza que faz nascer nos indivíduos angustiados uma centelha de razão, fazendo-os conceber um novo deus, o Estado (SCHMITT, 2008: 31). Em Hobbes, segundo Schmitt, finalmente foram criadas as condições para a uma mudança do estado de natureza, pois durante muito tempo os homens viveram sem um poder comum para mantê-los todos em temor, estando, portanto, naquela condição (SCHMITT, 2008: 31). Apenas na presença de um poder imponente comum a todos pode a paz prosperar. Schmitt afirma que o deus mortal de Hobbes (o Estado) pode ser visto de três maneiras distintas: a) o mítico Leviatã, que assimilou em sua imagem as formas de deus, homem, animal e máquina; b) um pacto juridicamente construído com o fito de explicar o surgimento da figura do soberano que a todos representa; c) a transferência da concepção cartesiana do homem como uma máquina com uma alma para um homem artificial *maior*, o Estado, máquina feita por homens e animada pelo soberano/representante (SCHMITT, 2008: 32). Dado que esse deus mortal de Hobbes pode ser compreendido como o Leviatã, o constructo jurídico (contratual) justificante do representante/soberano, ou a máquina terrível. Para Schmitt, em qualquer caso, o Estado possui características de divindade, ainda que não seja uma, podendo, portanto, agir como tal. Há divindade de alguma maneira na figura do Estado, porque ele é soberano e onipotente, tal qual um deus, de tal sorte que não mais recebe soberania do divino (como na visão medieval), mas a possui aprioristicamente. O poder do Estado é supremo porque possui caráter divino, sendo esta um produto do trabalho humano e acontece por causa de uma aliança celebrada entre homens (SCHMITT, 2008: 33).

Schmitt distingue a teoria de Hobbes dos pensadores clássicos e medievais. Isto, pois, o deus de Hobbes é transcendente (portanto não imanente, como em Espinosa) apenas em um sentido jurídico e não no sentido metafísico. O Estado não é, por conseguinte, antropomorfizado por si, mas uma máquina a qual não pode ser concebível como metafisicamente transcendente. O Estado de Hobbes é considerado por Schmitt como o primeiro produto na era da tecnologia, pois, além de máquina em si (com características de divindade), traz condições intelectuais e sociológicas para a era técnico-industrial que se seguiu (SCHMITT, 2008: 34).

Ainda que o soberano/representante seja a alma do Estado, seu corpo é uma máquina, o que significa que nasce como *homo artificialis* - uma construção cujo fabricante e o material são humanos. O Leviatã, assim, torna-se nada menos que uma enorme máquina, um

mecanismo gigantesco no serviço de assegurar a proteção física dos governados (SCHMITT, 2008: 35). O resultado dessa mecanização durante a Idade Moderna (século XVIII em diante) é a neutralização geral das *verdades*¹⁵ e a transformação do Estado em algo técnico, um instrumento neutro. Qualquer defesa de uma posição, especialmente uma baseada na sua verdade inerente, poderia servir como gatilho para uma eventual guerra de todos contra todos. O Estado pode servir como uma máquina tanto para liberais ocidentais quanto marxistas-bolcheviques. Isto pois, para Schmitt, enquanto ferramenta, é independente de qualquer objetivo político e convicção assumindo, por conseguinte, a neutralidade de valores e de verdades, como um instrumento técnico (SCHMITT, 2008: 43).

Para Schmitt historicamente a “parte máquina” suplantou a “parte divindade”. A ausência de um direito de resistência no Estado hobbesiano seria a semente do seu fracasso. Dado que o Estado, na Modernidade, existiria para manter a ordem e a paz, e é o único e maior legislador, as suas leis, mandamentos, devem ser obedecidos ou ele se desfaz, e contra este irresistível e avassalador Estado Leviatã que submete todos os seus comandados a ele, não existe nenhuma postura a ser perceptível, nenhuma resistência (SCHMITT, 2008: 56).

O dinamismo da existência humana envolve o perigo endêmico de regresso ao conflito e situação de guerra em que a lei não é mais aplicada. Assim, os seres humanos são direcionados para o seu estado original, o qual temem. Esta situação deve ser neutralizada, porque em uma situação de medo não pode haver paz nem justiça, nem mesmo Direito. No horizonte histórico do homem suficientemente consciente, surge o Estado com sua capacidade de neutralizar conflitos, que é também a causa intrínseca do declínio permanente de seu violento poder de mito. Tal neutralização é, para Schmitt, correlata ao Direito, que pertence aos meios limpos e espirituais, com base nos logos e argumentação. Portanto, a lei garante não apenas o afastamento dos temores originais do homem, mas também a manutenção do soberano, fazendo uma assepsia em sua forma original de características míticas e violentas (VILLACAÑAS, 2008: 121, 122)

Para Schmitt, um Estado neutralizado e sem sua divindade – que serve ao Liberalismo, ao Direito e ao individualismo narcisista - é um Estado sem autoridade e produz inquietação e efeitos desastrosos, no seu extremo não podendo mais reduzir e neutralizar os conflitos (SCHMITT, 2007: 75). No vácuo de forma política que o liberalismo produziu, só restou uma instituição que tinha deixado os poderes do mito, preservando a memória de um Deus uno incognoscível ao particular, mas revelado a grupos humanos – a Igreja Católica. Se

¹⁵ Schmitt aqui se refere a todas as formas de verdade existencial, como a política, moralidade, religião e demais conceitos abstratos essenciais.

o Estado havia perdido legitimidade por incompreensão da sua herança e por um triunfo do liberalismo, a Igreja conservava sua consciência histórica e não permitia usurpações (especificamente, não permitiu sua secularização, como o Estado). Ao analisar o modelo da Igreja, Schmitt entendia que a perda causada pela secularização era recuperável a partir de uma filiação intelectual oportuna (VILLACANA, 2008: 123). A filiação em questão se torna factível de execução no espaço público em sua argumentação na querela sobre a guarda da Constituição, que vai tentar retomar a divindade perdida do Estado, animado por um soberano, que deveria agir como um deus, criando ordem *ex nihilo*.

4.2. Democracia

Tanto em Schmitt quanto em Kelsen, apesar dos seus conflitantes entendimentos acerca do Estado, tenta-se apontar a pergunta a qual a Democracia responde. A saber, é uma resposta à crise do fundamento da autoridade e também questionamentos oriundos de uma crise da justificação das regras.

Para Kelsen liberdade combinada com a igualdade fundamenta a democracia, de tal forma que assegure a participação direta ou indireta do povo na criação e aplicação da ordem jurídica, sendo precípuas tanto a manutenção de um caráter contraditório-discursivo na criação da referida ordem, como proteção de minorias através da positivação de direitos fundamentais (1993:, 67, 69).

Assevera Kelsen que também a Religião tenta responder às referidas perguntas, cooptando para si a fundamentação da Democracia (KELSEN, 2000: 205). Eventualmente, de acordo com o jusfilósofo austríaco, devido a incapacidade, temor ou indisposição dos indivíduos em tomar decisões relativas aos valores a serem implementados na fundamentação de uma democracia, com a conseqüente corajosa aceitação dessas escolhas livres¹⁶, aparecem teorias que transferem tais decisões a patamares religioso-metafísicos. A teologia cristã ao tentar fundamentar a democracia, a eiva de valores não-relativistas, respondendo à pusilanimidade do homem moderno com o conforto de um fundamento aparentemente absoluto (KELSEN, 2000: 206). Kelsen, a partir de uma análise crítica do pensamento teológico-democrático de Emil Brunner, Reinhold Niebuhr e Jacques Maritain (KELSEN, 2000: 205), aponta o equívoco destes exercícios de fundamentação teológica absoluta da

¹⁶ A ênfase que Hans Kelsen dá às escolhas e ações do homem como independentes de ordens cosmológico-metafísicas dadas a priori, portanto, de inteira responsabilidade humana, permite inferir, segundo Cossio (1954: 114) haver forte influência do Existencialismo de Kierkegaard (posteriormente Camus e Sartre, não contemporâneos à obra em comento) e Fenomenologia de Husserl, na obra do jusfilósofo.

democracia no cristianismo, consistindo na fundamentação da democracia como valor relativo subjugado a valores absolutos outros ligado à própria fé e lógica religiosa. É, portanto, para Kelsen, um contrassenso qualquer associação entre democracia e religião cristã.

O homem moderno, para Kelsen, em referência aos pensadores supracitados, ao abrigar-se sob o pálio de valores absolutos, se nega a entender sua própria escolha livre como formadora das normas e valores sob os quais de fato se abriga. O esforço crítico kelseneano aponta o caráter essencialmente relativista da justificação, erroneamente pensada como absoluta, do valor da democracia pela teologia cristã. Atentar para a oposição absolutismo e relativismo filosófico, conforme posto acerca da ontologia do autor (KELSEN, 2000: 345).

Justamente por causa de seu caráter relativista, a democracia procedimental é capaz de criar a ordem social coletiva, ou seja, esta é a forma de governo que prevê regras e procedimentos que possibilitam aos cidadãos tomarem decisões baseadas em standards de conduta estipulados dialogicamente, e não por parâmetros absolutos postos aprioristicamente. Sendo as regras fundamentadas em relativismos (KELSEN, 2000: 103), a regra da maioria, assim entendida, surge como característica essencial da democracia procedimental, de tal forma que preserva a liberdade do maior número de indivíduos da sociedade, sem recorrer a absolutizações indisponíveis ao governantes e comandados.

Se em Kelsen a “Regra da Maioria” é a forma da Democracia, a materialidade desta é dada pela ilegitimidade de uma eventual ditadura da maioria (KELSEN, 2000: 178, 179), o que nos permite inferir que o austríaco compartilha da exposição de Tocqueville, no que concerne às minorias em meio aos entreveros de uma massa revolucionária (TOCQUEVILLE, 2005: 293). Em consonância com o pensamento do nobre francês, depreende-se que, embora a vontade da maioria constitua um Estado democrático, é necessário evitar que o arbítrio majoritário se transforme numa ditadura na maioria, frustrando a própria teleologia da democracia. Para Tocqueville a defesa a tal situação resta na politização da Sociedade Civil (TOCQUEVILLE, 2005: 294) que em Kelsen se procedimentaliza pela observância do sistema normativo escalonado a partir de Norma Fundamental hipotética, garantindo tanto a regra da maioria como a tolerância e o espaço dialógico da minoria (KELSEN, 2000: 178-182).

A importância dos procedimentos dialógicos para Kelsen se justifica no fato de que a democracia consiste em um processo dialético de elaboração normativa, baseado no relativismo filosófico. Por isso Kelsen ensina que o princípio da supremacia do voto da maioria não pode jamais ser absoluto, sob pena de se desvirtuar a Democracia em uma autocracia da maioria. A importância dada por Kelsen (2000, p. 67) a esse embate e

compromisso decorrente desta relação entre a maioria e a minoria, é tão grande que ele chega a afirmar que o direito de existência da maioria pressupõe o direito de existência de uma minoria como sendo uma necessidade para a progressão das ideias e desenvolvimento da sociedade, bem como uma característica intrínseca do processo social humano.

É interessante observar como Kelsen e Habermas, apesar da diferença de método e do fato de Habermas, ao contrário de Kelsen, incorporar em sua teoria os avanços decorrentes da virada da linguagem ocorrida na filosofia do século XX, possuem visões muito similares do processo democrático. Ambos ressaltam a importância do caráter dialético e procedimental como essenciais à Democracia, que só pode se realizar através da ordem jurídica (HABERMAS, 1997: 242).

Enquanto o método dialógico afigura-se para a Democracia Kelseneana, o mesmo não se pode dizer da estrita separação dos Três poderes, tampouco o controle de um sobre os demais.

"Do ponto de vista da ideologia, uma separação dos poderes, atribuição da legislação e da execução a órgãos diferentes, não corresponde em absoluto à idéia de que o povo só deva ser governado por si mesmo. (...) É quase ironia da história que uma república como a dos EUA aceite fielmente o dogma da separação dos poderes e que o leve a extremos exatamente em nome da democracia" (KELSEN, 2000: 89,90).

O princípio de uma separação de poderes, em uma compreensão literal, não guarda a essência da Democracia. Desta forma, em nome do Princípio da Tripartição de Poderes não se pode suplantar a legitimidade primeira da Democracia, que jaz na vontade popular – e isso informará diretamente a celexuma concernente à Jurisdição Constitucional

Por outro lado, Kelsen tensiona a ideia de “vontade geral”, entendendo-a como fetiche, pois a representação do povo na democracia moderna seria ficção. Nenhuma das democracias existentes ditas “representativas” seriam de fato representativas (KELSEN, 1990: 283). São opostas, portanto a ideologia democrática e a democracia real, sendo que aquele implica a ausência de liderança, enquanto que nesta há necessariamente a figura do Presidente, Primeiro-Ministro e Monarca como a principal representação política democrática.

Essa elasticidade *Pro Bono* da teoria kelseniana inclusive o fez asseverar, durante a Guerra Fria, ser possível implementar o socialismo em democracias.

"Afirmando que (..) a democracia seja compatível com o socialismo. Contudo, nego enfaticamente que, para realizar esse programa, seja necessário redefinir o conceito de democracia. É possível substituir o capitalismo por uma democracia socialista sem que, para tanto, seja preciso mudar o significado de democracia" (KELSEN, 2000: 264).

Há uma identificação, por conseguinte, entre democracia e liberalismo político para

Kelsen, mas o mesmo não vale para o liberalismo econômico. Ademais, Kelsen entende que a relação entre liberalismo econômico e Estado é de tolerância, isto, pois, a burguesia o vê como um eficaz instrumento para defender a propriedade privada¹⁷ (HERRERA, 1998: 204).

Se para Kelsen a democracia é a resposta adequada aos questionamentos de autoridade e fundamentação normativa, para Schmitt é outro problema a ser solucionado. A verdadeira democracia, para Schmitt, significa soberania popular, ao passo que a democracia liberal e um Parlamento liberal objetivam limitar o poder popular. Para Schmitt, se a identidade democrática for levada às últimas consequências, só o povo deve decidir sobre seu destino político, e não representantes liberais, porque nenhuma outra instituição constitucional pode suportar a expressão da vontade popular. (SCHMITT, 1985: 15). A democracia liberal, argumenta Schmitt, é nada mais do que um eufemismo para a consagração da morte da política e destruindo assim a verdadeira democracia.

Schmitt argumenta que conceito de "democracia liberal" é um absurdo semântico, visto que seriam termos antitéticos. Em seu lugar, Schmitt parece sugerir tanto uma nova definição de democracia decorrente de uma nova noção do político. De acordo com Schmitt, a democracia exigiria, em primeiro lugar a homogeneidade e a segundo, no advento de uma necessidade extraordinária, a eliminação ou erradicação da heterogeneidade (SCHMITT, 1985: 9). A homogeneidade e a eliminação concomitante de heterogeneidade são os dois pilares da democracia idealizada por Schmitt, algo que está em nítido contraste com os sistemas partidários liberais e a fragmentação do corpo político, e, sobretudo, com a existência de grupos minoritários, protegidos na perspectiva de Kelsen. Homogeneidade democrática, de acordo com Schmitt, pressupõe uma memória histórica comum, raízes comuns e uma visão comum do futuro, tudo o que pode subsistir apenas em um sistema de governo onde as pessoas falam com uma só voz, com deliberações por "aclamação" em detrimento da ideia de "promulgação" (SCHMITT, 1996b: 83). Na sua definição de democracia homogênea resultante da vontade popular, Schmitt se apega ao valor da comunidade tradicional, que estaria acima da sociedade civil, a qual, para o jusfilósofo é a marca principal da democracia liberal.

Schmitt insiste que o conceito central da democracia é o povo (*Volk*), e não a humanidade (*Menschheit*). Se a democracia for posta em termos políticos, ela só pode ser fundada em vontade do *povo*, e não vontade da *humanidade* (SCHMITT, 1996b: 234).

¹⁷ Um dos progenitores do Neoliberalismo, Friedrich Hayek, "acusava" Kelsen de socialista e o seu positivismo jurídico de antiliberal (HERRERA, 1998: 203), embora o jusfilósofo austríaco também fosse crítico do marxismo ortodoxo, apontando falhas em seus aspectos políticos e jurídicos (KELSEN, 1957).

Naturalmente, esta visão de democracia colide com democracia liberal moderna, um dos propósitos sendo, afirmam seus defensores, transcender as diferenças étnicas em sociedades pluralistas.

A ideia de que a regra de política legítima deve apelar a vontade do povo está fundamentada no valor da igualdade política (SCHMITT, 1996b: 267). Igualdade política leva a negação das diferenças naturais no Estado entre os cidadãos. Por si só, nenhum cidadão tem mais direito do que qualquer outro cidadão para manter o poder político. Todos os cidadãos, por isso, devem participar em igualdade de condições, tanto quanto exequível, no exercício do poder político. O valor da igualdade política, então, explica por que certas formas de arregimentação de vontade são consideradas mais intimamente associadas a ideia de democracia do que as outras (SCHMITT, 1996b: 280). A igualdade política, que constitui uma comunidade política, não pode basear-se na igualdade de todos os seres humanos como pessoas morais, devendo cada comunidade política se basear numa distinção constitutiva entre amigos e inimigos. A comunidade política democrática deve, portanto, se basear em algum marcador da identidade e da diferença que pode fundamentar uma forma exclusiva de igualdade política, que só se aplica aos “amigos” (SCHMITT, 1996b: 257). Há, por conseguinte, identidade do governante e governado.

O entendimento da democracia até agora delineado fundamenta interpretação de Schmitt acerca da Constituição de Weimar (DYZENHAUS, 1997: 38). A constituição verdadeiramente democrática, Schmitt argumenta, é o produto de um exercício do poder constituinte por parte de um povo politicamente unido (SCHMITT, 1996b: 140). Isso leva a conclusão lógica de que a criação e interpretação de uma constituição verdadeiramente democrática não deve ser pensada nos moldes de um contrato social, uma vez que pressupõe a existência prévia de um povo como uma unidade política, como explicado em “O Conceito do Político” (SCHMITT, 2007: 112).

As distintas concepções acerca da Democracia em Kelsen e Schmitt, informam seus respectivos entendimentos acerca do Direito, sendo cada um mais ou menos afeito às suas teorias democráticas. Especificamente, o Direito procura suprir uma lacuna da teoria democrática, havendo, portanto, diferentes teorias jurídicas para concepções adversas de democracia.

4.3.Direito

Kelsen e Schmitt, da mesma forma que nas outras categorias epistemológicas,

possuem entendimentos diversos quanto a natureza, forma e matéria do Direito. Enquanto Kelsen tenta criar uma teoria autofundante do Direito, de modo a realizar uma asepsia em sua matéria exclusivamente jurídica, Schmitt relega a atividade legiferante e de hermenêutica à contextos de exercício de soberania.

A Teoria Pura do Direito de Kelsen foi elaborada entre 1910 e 1934, havendo neste período o desenvolvimento de suas Teorias do Estado e da Constituição. É uma tentativa de refundar a Teoria Jurídica sem que seja eivada materialmente por elementos estranhos ao Direito, como a Filosofia e a Sociologia, embora estes sejam admitidos metodologicamente, sobretudo na própria concatenação da teoria kelseneana.

Na questão valorativa, a teoria de Kelsen é tributária de Kant (MATOS, 2006: 31-37) enquanto que no quesito “científico”, está inserida no contexto do Círculo de Viena, sobretudo por conta dos paralelos com as ciências naturais (POSNER, 2001 : 3). Todavia, é de maior importância a herança kantiana relacionada a uma leitura particular da obra de David Hume, em especial seu “Tratado da Natureza Humana”.

In every system of morality, which I have hitherto met with, I have always remarked, that the author proceeds for some time in the ordinary ways of reasoning, and establishes the being of a God, or makes observations concerning human affairs; when all of a sudden I am surprised to find, that instead of the usual copulations of propositions, is, and is not, I meet with no proposition that is not connected with an ought, or an ought not. (...) I shall presume to recommend it to the readers; and am persuaded, that this small attention would subvert all the vulgar systems of morality, and let us see, that the distinction of vice and virtue is not founded merely on the relations of objects, nor is perceived by reason. (HUME, 2011: 335)

Hume nega, portanto, a eventual possibilidade de se inferir uma regra de conduta a partir de uma descrição de algo que simplesmente ocorre no mundo da empiria. Como consequência lógica, torna-se inviável construir um sistema moral-normativo a partir da ontologia, sendo aparentemente impossível transitar do “Ser” ao “Dever-Ser”, ou seja, inferir valores a partir de fatos. Kant (2003), diferencia esta separação de juízos e valorações entre a Razão Teórica que se exprime no indicativo acerca dos julgamentos sobre a realidade (*Sein*), e a Razão Prática, que é expressa por imperativos (*Sollen*).

A partir da interpretação kantiana da obra de Hume, Kelsen estrutura sua teoria acerca da normatividade, a partir de proposições mandamentais. Para Kelsen o objeto da ciência do Direito (que é o Direito em si) pode até certo ponto ser explicado partir de metodologias explicativas oriundas ciências da natureza, as quais almejam explicar o comportamento efetivo e factual de materialidade. Tal explicação estabelece relação causal ao resultado empírico, presente no mundo sensível, o qual “tem que necessariamente” (*muß*)

ocorrer (KELSEN, 2003a: 86) e que pode ser expresso de maneira semelhante às leis naturais (*gemuft*). À lei natural causa e efeito não admitem exceções, portanto “tem que” ocorrer (*müssen*). A norma jurídica, ao contrário da lei natural, não consegue nem pode expressar a ocorrência factual de algo, ou seja no plano empírico do “Ser” (*Sein*), não sendo, por conseguinte, resultado lógico e obrigatório de uma relação necessária de causa e efeito (*gemuft*). Diferentemente da Lei Natural, a norma jurídica estatui que, em determinada circunstância, algo é necessariamente devido em sentido normativo (*gesollt*). Portanto, o Direito, objeto de sua própria ciência, há de consistir em agrupamentos de enunciados de “dever-ser” (*Sollen*). Tais enunciados são observados pela Ciência do Direito a partir de proposições jurídicas, as quais consistem em nexos causais normativos entre algum suporte fático (*Tatbestand*) que faz descrição de um eventual ilícito e a reação do Estado (KELSEN, 2003a: 121, 126).

Essas relações de “Ser” e “Dever-Ser”, estruturam a dimensão esttica do Direito (KELSEN, 2003a: 121-140), enquanto que a lógica hierárquica e escalonada das normas constitui a dinâmica jurídica, a qual terá um vrtice detentor de legitimidade última perante as demais normas (KELSEN, 2003a: 215, 221).

Para Kelsen, portanto, o Direito  conceituado como "Sistema de Regras" , cuja principal característica é a positividade lógica, se opondo, portanto, ao Direito entendido como justiça, caracterizado por posição valorativa. A ciência do Direito positivo é distinta de uma filosofia de valores aplicada ao Direito, ainda que se valha desta na metodologia da sua formação legiferante.

Com isso, Kelsen opõe sua teoria ao Direito natural, pois alega não ser possível conceber direitos *a priori* da formação jurídica do Estado (o que é um pleonasma kelseneano) ou inalienáveis constituídos antes da formação do Estado. Por exemplo, no que concerne ao contratualismo liberal de Locke, Kelsen tensiona o entendimento da propriedade como um direito natural, sendo para ele mera tentativa de tornar absolutas norma e regra que, historicamente, ou seja, em determinadas condições políticas e econmicas, acabou por se tornar Direito Positivo (KELSEN, 2003a: 18). O Direito  *postum*¹⁸ pelos homens ao seu próprio serviço.

A análise de Schmitt sobre o Direito, parte do mesmo ponto que sua crítica à neutralização do Estado, sendo a modernidade um problema epistêmico que necessitaria ser atacado. A experiência da Modernidade na esttica, política e filosofia é definida por um certo

¹⁸ *Jus Positum*, “Direito Posto”, por isso Juspositivismo.

minimalismo intencional e calculado (MARDER, 2010: 103). Em seus momentos mais autorreflexivos, realiza uma redução automática de suas estruturas causais e explicativas, o que é mais potente do que qualquer crítica intelectual, tendo potencial para rasgar as camadas estruturantes da obscuridade metafísica e de ontologias barrocas com o fito de revelar suas próprias condições de possibilidade na maneira lúcida (MARDER, 2010: 103). Nesta análise, Schmitt se detém ao destino da causalidade aristotélica como de grande relevância para a experiência moderna da política, a qual também exorta a descontextualização, e esvaziamento de entes metafísicos para substituí-los por uma relação de representação (MARDER, 2010: 104). A Modernidade, então, realiza uma sinédoque, fragmentos substituem sua própria totalidade, uma espécie de metonímia (MARDER, 2010: 104). Por isso, segundo Schmitt, na política moderna uma parte desta é hipostasiada e substitui seu conjunto ou totalidade, sobretudo quando a legalidade¹⁹ burguesa pretende, metonimicamente, significar também legitimidade. É assim que uma lei genérica, norma constitucional, constituição, o Rechtsstaat, denotam determinado regime constitucional e o Estado aparece como uma das possíveis encarnações do político (MARDER, 2010: 104). Os reiterados abusos de metonímias e sinédoques no pensamento político moderno trazem à tona determinado tipo de legitimidade, com determinado tipo específico de constituição, apenas um dos *loci* da política, do Estado, deslegitimando sua própria completude (MARDER, 2010: 104).

5. Considerações Finais

Em um arranjo vertical de várias metonímias da Modernidade, legalidade, que usurpa o lugar de legitimidade, é, para Schmitt, a mais superficial, depersonalizada, e sem vida dentre todas, enquanto que o Estado tornado metonímia é a fonte mais profunda e viva, todavia desfigurado por tudo que nele é baseado. Entre ambos, a metonímia da Constituição e da lei constitucional constituem o ponto médio entre o Estado e a Lei. Embora a Lei, e por conseguinte, a legalidade sejam entendidas como a mais depersonalizada metonímia da política no edifício moderno, Schmitt tenta descobrir porque toda fonte de legitimidade jaz na legalidade (MARDER, 2010: 105). Todavia, a legalidade, em seu contexto histórico original possuiria o codão de dar ou retirar a legitimidade tanto de soberanos como da vontade plebiscitária do povo (SCHMITT, 2004: 9).

A ênfase no "Estado de Direito" como a peça central da legalidade é equivocada e absurda para Schmitt, pois as leis não têm capacidade governar.. Schmitt argumenta que esta é

¹⁹ As críticas iniciais de Schmitt à chamada "legalidade burguesa" são originalmente motivadas mais pela sociologia jurídica de Weber, do que pela Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen (MC'CORMIC, 1997: 207).

uma crença naíve mas também perigosa, pois serve como um tropo ou como uma metonímia, assim como as expressões "Governo da Coroa" ou "Decisão do Trono" que não passam de reificações. A lei, por não possuir capacidade intrínseca para sua autointerpretação, tal como o o Trono ou a Coroa não governam em si e por si, perigosamente despessoaliza o poder decisório (SCHMITT, 2004: 4). O ideal político de abertura e transparência a partir do princípio da legalidade, torna-se o oposto, pois quando age "em nome da lei" cria-se um ardil adicional e, um outro nível de dissimulação e obscuridade que não caracterizaria outros modos de legitimação (MARDER, 2010: 108).

Schmitt defende que é possível expor a ficção da normatividade ao submetê-la ao teste da crítica imanente que não surge a partir da exterioridade absoluta da vontade um dissidente, mas de quem concorda com o texto da lei de uma forma não objetiva. Em vez de reforçar o método existente de legitimação, o excesso de legitimidade subverte-se a partir de dentro. Ainda que o mesmo resultado legal seja alcançado em nome da lei e, como resultado do exercício de uma vontade política real, que se encontra em paralelo com esta lei, um modelo de competição de legitimidades neste exercício é um sinal de que as operações de transformação em metonímias, e por conseguinte, despolitização, são incompletos e que o sistema de legalidade não é nada além de uma sinédoque da totalidade que é a legitimidade. Este é o núcleo argumentativo de Schmitt no que concerne às contradições do caráter desigual e incoerente do Estado associado à lei, de tal forma que disposições relativas à legisladores extraordinários, sejam eles decretos presidenciais ou iniciativas plebiscitárias, dão origem a legitimidade extralegal (MARDER, 2010: 110).

Eis o ponto de atrito entre Kelsen e Schmitt, para além da Guarda da Constituição, quem é o legítimo soberano – o Poder Executivo em toda sua potestade, ou a Lei interpretada pelo Judiciário?

Referências Bibliográficas

- ABÉLÈS, Marc "Anthropologie de l'État". Paris: Armand Colin. 1990
ADORNO, Theodor, "Teoria Estética". Lisboa: Edições 70, 1988
BURKE, Edmund. "Réflexions Sur La Révolutions de France". Lyon: Egron. 1823
COSSIO, Carlos. "La Valoración Jurídica y La Ciencia Del Derecho". Buenos Aires: Arayú. 1954.
DYZENHAUS, David. "Legality and Legitimacy - Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar". Oxford: Oxford University Press. 1997.
FOUCAULT, Michel. "Histoire de la Folie à l'âge Classique". Paris, Tel Gallimard. 1972.
FREUD, Sigmund. "O Mal Estar na Civilização, Novas Conferências Introdutórias à Psicanalise e outros Textos – Obras Completas Vol. 18". São Paulo: Companhia das Letras. 2010a.
FREUD, Sigmund. "L' Avenir D'une Illusion". Paris: Presses Universitaires de France / Quadrige: 2010b.
GINZBURG, Carlo. "Relações de Força – História, Retórica e Prova". São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

- GUINSBURG, Jaco. "O Expressionismo". São Paulo: Editora Perspectiva. 2002
- GUMBEL, E. J., "Disarmament and Clandestine Rearmament under the Weimar Republic" In. *MELMAN, Seymour [org.]. Inspection for Disarmament*. Columbia, University Press. 1958.
- HABERMAS, Jürgen. "Direito e Democracia: entre facticidade e validade. v. 2". Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HERRERA, Carlos Miguel "Schmitt, Kelsen y el liberalism". In. *Doxa*, vol.2, Nº.21 .1998. Disponível em: http://www.luisvives.com/servlet/SirveObras/doxa/23582844322570740087891/cuaderno21/volIII/DOXA21Vo.II_16.pdf . Acessado em 03 de junho de 2013.
- HUME, David. "A Treatise of Human Nature". Londres: John Noon. 2011.
- JABLONER, Clemens. "Kelsen and his Circle: The Viennese Years". In. *European Journal of International Law*. Vol. 9, N.2 . Firenze: European University Institute.1998.
- JELLINEK, Georg. "Teoria General del Estado". Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica. 2004.
- KANT, Immanuel. "The Critique of Pure Reason". The Project Gutenberg EBook. 2003. Disponível em <http://www.gutenberg.org/ebooks/4280> . Acessado em 5 de junho de 2013.
- KELSEN, Hans. "Carta de Hans Kelsen a Renato Treves (Colônia, 3.8.1933)". In . *Droit & Societé. n. 7*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1987.
- KELSEN, Hans. "Teoria geral do direito e do Estado". São Paulo: Martins Fontes. 1990.
- KELSEN, Hans. "A Democracia". 2ª ed., São Paulo: Editora Martins Fontes, 2000.
- KELSEN, Hans. "Teoria Pura do Direito". São Paulo: Martins Fontes. 2003a.
- KELSEN, Hans. "O Estado como Integração". São Paulo: Martins Fontes. 2003b.
- KENNEDY, Ellen. "Politischer Expressionismus: Die Kulturkritischen und Metaphysischen Ursprünge des Begriffes des Politischen von Carl Schmitt". In. *QUARITSCH, Helmut [org.]. Complexio Oppositorum Über Carl Schmitt*. Berlin/Speyer: Duncker und Humblot. 1988.
- LESSA, Renato. "Agonia, Aposta e Ceticismo: Ensaios de Filosofia Política" Belo Horizonte: Editora da Universidade Federal de Minas Gerais. 2003.
- MARDER, Michael. "Groundless Existence: The Political Ontology of Carl Schmitt". Londres / Nova Iorque: Continuum International Publishing Group. 2010.
- MATTOS, Andityas Soares de Moura Costa. "Filosofia do Direito e Justiça na Obra de Hans Kelsen". Belo Horizonte: Del Rey. 2006.
- MOTTA, Luiz Eduardo. "Direito, estado e poder: poulantzas e o seu confronto com Kelsen". In. *Revista de Sociologia e Política. vol.19 no. 38*. Curitiba. Fevereiro. 2011. Disponível em <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-44782011000100002>. Acessado em 08 de junho de 2013.
- MC'CORMIC, John P. "Carl Schmitt's Critique Of Liberalism Against Politics As Technology". Cambridge: Cambridge University Press.1997.
- MOTTA, Luiz Eduardo. "Direito, estado e poder: poulantzas e o seu confronto com Kelsen". In. *Revista de Sociologia e Política. vol.19 no. 38*. Curitiba. Fevereiro. 2011. Disponível em <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-44782011000100002>. Acessado em 08 de junho de 2013.
- NUNES PEREIRA, Daniel. "Political Cosmogony: Three Matrices of Political Theology", In. *Politikon: IAPSS Political Science Journal* Vol.1 Nº.19. Maio. Nijmegen: International Association of Political Science Students. 2013.
- PLATÃO. "Cratylus". In. *Plato in Twelve Volumes*. Vol. 12. Cambridge: Harvard University Press. 1921.
- POSNER, Richard. "Kelsen, Hayek and the Economic Analysis of Law". 2001. Disponível em: <http://users.ugent.be/~bdpoorte/EALE/posner-lecture.pdf>. Acessado em 05 de junho de 2013.
- ROSENBERG, Arthur. "Imperial Germany: The Birth of the German Republic, 1871-1918". Boston: Beacon Press.1964.
- QUARESIMA, Leonardo. "Der Expressionismus als Filmgattung" In: *JUNG, Uli, SCHATZBERG, Walter [Org.] Filmkultur zur Zeit der Weimarer Republik*. Munique: Saur. 1992
- SARTRE, Jean Paul. "A Imaginação". Porto Alegre: L&PM. 2011.
- SCHMITT, Carl. "The Crisis of Parliamentary Democracy". Cambridge: MIT Press. 1985
- SCHMITT, Carl. "Politische Romantik". Berlin, Duncker & Humblot, 1989
- SCHMITT, Carl. "Roman Catholicism and Political Form". London: Greenwood Press, 1996a.
- SCHMITT, Carl. "Teoría de la Constitución". Madrid: Alianza Editorial. 1996b.
- SCHMITT, Carl. "Legality and Legitimacy". Durham/London: Duke University Press. 2004.
- SCHMITT, Carl. "The Concept of Political". Chicago: The University of Chicago Press. 2007.
- SCHMITT, Carl. "The Leviathan in the State Theory of Thomas Hobbes: Meaning and Failure of a Political Symbol". Chicago: University of Chicago Press. 2008.

SCHORSKE, Carl E. "Fin-de-Siècle Vienna". Vintage Book Edition. Nova Iorque: Vintage Books. 1981.

TOCQUEVILLE, Alexis de. "A democracia na América". São Paulo: Martins Fontes, 2005.

VILLACAÑAS, José Luis. "Poder y Conflicto - Ensayos Sobre Carl Schmitt". Madrid: Biblioteca Nueva. 2008.

WAGNER, Francisco Sosa. "Carl Schmitt y Ernst Forsthoff: Coincidencias y Confidencias". Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S/A. 2008.

WEBER, Max. "Economy and Society – An Outline of Interpretive Sociology". Berkeley: University of California Press. 1978.

ŽIŽEK, Slavoj. "The Sublime Object of Ideology". London/New York: Verso. 1999.

ŽIŽEK, Slavoj. "On Belief". London: Roudlege. 2001.