

Universidade Federal Fluminense
Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional
Mestrado em Direito Constitucional

Dissertação de Mestrado

OS FUNDAMENTOS DA PRÁXIS DECISIONISTA DE CARL SCHMITT
(Um estudo sobre o texto *Gesetz und Urteil* [Lei e juízo] de Carl Schmitt)

Orientação: Professor Doutor Rogério Dutra dos Santos

Aluno: André Ricardo Cruz Fontes

Niterói
2013

Universidade Federal Fluminense
Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional
Mestrado em Direito Constitucional

OS FUNDAMENTOS DA PRÁXIS DECISIONISTA DE CARL SCHMITT
(Um estudo sobre o texto *Gesetz und Urteil* [Lei e juízo] de Carl Schmitt)

Aluno: André Ricardo Cruz Fontes

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional.

Niterói
2013

FONTES, André Ricardo Cruz

Os fundamentos da práxis decisionista de Carl Schmitt (Um estudo sobre o texto *Gesetz und Urteil* [Lei e Juízo] de Carl Schmitt) André Ricardo Cruz Fontes, UFF - Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional, Niterói, 2013.

Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional, Universidade Federal Fluminense, 2013

1. Decisionismo. 2. Positivismo. 3.Realismo. 4. Institucionalismo. 5. Normativismo.

Ao Professor Doutor Rogério Dutra dos Santos.

Agradecimentos

Desejo expressar meus agradecimentos aos professores *Helena Elias Pinto*, *Gustavo Sampaio Telles Ferreira*, *Marcus Fabiano Gonçalves*, *Rodrigo de Souza Costa*, *Eduardo Manuel Val*, *Evandro Menezes de Carvalho*, *Marco Antônio Ferreira Macedo*, *Célia Barbosa Abreu*, *Cláudio Pereira de Souza Neto*, *Daniel Andrés Raizman*, *Mônica Paraguassu Correia da Silva*, *Roberto da Silva Fragale Filho*, *Roberto Kant de Lima* e *Wanise Cabral Silva*, professores do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional, da Universidade Federal Fluminense, a UFF, ao Professor *Pedro Heitor Barros Geraldo*, do Programa de Sociologia e Direito, também da UFF, ao Professor *Pedro Hermírio Villas Boas Castelo Branco*, da Escola de Ciência Política, da Universidade do Rio de Janeiro, a Uni-Rio, e *Aquiles Cortes Guimarães*, do Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Universidade Federal do Rio de Janeiro, a UFRJ, e, em especial, ao meu orientador *Rogério Dultra dos Santos*, Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da UFF. Agradeço à minha mulher *Ana Tereza Basílio*, que leu o texto original em todas as etapas da sua elaboração e dele fez críticas oportunas e sugestões seguras que motivaram importantes alterações em todo o trabalho. Agradeço, mais uma vez, a *Jacob Herzenhut* por suas lições cultas e profícuas sobre Carl Schmitt, e, porque não dizer, pelos diálogos de toda minha vida e formação adulta. Quero agradecer também à *Ana Paula Arantes*, secretária do programa, todo o apoio e atenção prestados durante o curso. Aos meus colegas de salas de aula, agradeço a paciência e o trato gentil durante a convivência, e, também, à recepção respeitosa às minhas divagações e aos meus inúmeros questionamentos. Ao advogado *Renan Fraga Tostes* agradeço o apoio nas minhas incursões informáticas.

Sumário

Metodologia.....	12
Introdução.....	16
Parte I - Carl Schmitt	
Capítulo I - Excertos da biografia de Carl Schmitt.....	20
Capítulo II - Fragmentos da obra de Carl Schmitt.....	29
Capítulo III - O texto <i>Gesetz und Urteil</i>	34
Parte II - O problema da vinculação da sentença à lei	
Capítulo I - A questão da decisão judicial correta.....	38
Capítulo II - A relação do juiz com a lei.....	41
Capítulo III - O processo histórico de formação da prática jurídica.....	43
Capítulo IV - A aplicação do Direito.....	48
Capítulo V A exegese do Direito Romano.....	55

Parte III - A determinação do Direito como um postulado

Capítulo I - A vontade da lei.....	61
Capítulo II - O significado de “hermenêutica tradicional”.....	64
Capítulo III - A crítica ao Positivismo e a aproximação com o Institucionalismo.....	68
Capítulo IV - A Jurisprudência dos Conceitos e o Neokantismo.....	85
Capítulo V - Schmitt e o Direito Livre.....	91
Capítulo VI - Schmitt e o Positivismo Normativista.....	97
Capítulo VII - O Decisionismo.....	104

Parte IV - Análise de uma decisão correta

Capítulo I - A ordem psicológica, sociológica e institucional.....	110
Capítulo II - A legalidade como legitimação da decisão judicial.....	115
Capítulo III - A decisão como atividade autônoma.....	118
Capítulo IV - A decisão e sua explicação pela prática jurídica.....	121
Conclusões.....	125

Bibliografia.....128

Anexo.....147

RESUMO

A ideia de uma decisão correta sempre esteve associada às noções de Justiça, mediante um percurso pelo Direito. Carl Schmitt retoma a discussão ao propor uma solução que está assentada na Política e na sua relação com o Direito. Reputado um dos mais controvertidos juristas de todos os tempos por seus vínculos notórios com o Nazismo e por um pensamento teórico de cunho autoritário, Carl Schmitt formulou uma concepção do Direito conhecida por *Decisionismo*. Nessa forma de pensamento, a ordem jurídica alicerça-se numa decisão que, tomada por uma autoridade, possibilita a própria existência da norma jurídica. Essa premissa contraria a ideia, ordinariamente aceita, de que uma decisão deve ser tomada em consonância com a lei. Em sua obra *Lei e juízo (Gesetz und Urteil)*, sustenta o autor que uma decisão correta é a que outro juiz teria proferido.

Palavras-chave: *Gesetz und Urteil*. Lei e juízo. Decisão. Juízo. Decisão correta. Decisionismo. Autoridade. Soberania. Constituição. Institucionalismo. Positivismo Sociológico. Positivismo Normativista. Neopositivismo. Normativismo. Cientificismo. Realismo. Direito Livre. Práxis.

ABSTRACT

The idea of a correct decision has always been associated with the notions of justice, through the legal path. Carl Schmitt resumes the discussion by proposing a solution that is grounded in politics and its relationship with the Law. Renowned one of the most controversial jurist of all time for his links with Nazism and theoretical thoughts of authoritarian nature, Carl Schmitt has formulated a new conception of law known as “*Decisionism*”. Regarding this theory, the legal system is based on a decision, which taken by an authority, allows the existence and efficacy of rule of law. This assumption runs contradicting the idea, ordinarily accepted, that, in the State/Rule of Law, a decision must be made in accordance with the law. The literary work *Law and Judgment (Gesetz und Urteil)*, Carl Schmitt argues that a correct decision is the one that can be given by another judge.

Keywords: *Gesetz und Urteil*. Law and Judgment. Decision. Judgment. Correct decision. Decision-making. Authority. Sovereignty. Constitution. Institutionalism. Sociological Positivism. Legal positivism. Neopositivism. Normativism. Scientism. Realism. Free Law. Praxis.

METODOLOGIA

A reconstrução do pensamento de um autor conhecido põe em cheque uma contradição radical entre as finalidades e as exigências do estudo e da produção original do pensador estudado. E essa contradição exprime-se, primeiramente, na afirmação de uma divergência radical de pontos de vista. No pensamento de Carl Schmitt, a totalidade de suas manifestações apresenta-se como consideração *sub specie aeterni*. Desta sorte, o sistema que elaborou apresentava a revelação de uma verdade absoluta, aquela que a ele se apresentava, e que ele se punha a entender, nas suas contradições e conflitos.

Carl Schmitt elege um caminho para as transformações que julga necessárias, cifrando até mesmo, de forma árdua e ingênua, esperanças nos princípios que cercam alguns momentos mais característicos da atividade judicial. Ao que parece, interessava-lhe, vivamente, o problema das decisões corretas, certamente para afastar incertezas e injustiças. Mas o idealismo e o aprofundamento de suas ideias encerram, eternamente e em si mesmo, um elemento tenebroso e também – não podemos deixar de lembrar - um elemento luminoso, que é a busca de um sentido de justiça e, de certa forma, do bem e do mal.

Visto como um pensador, Carl Schmitt é contraditório e incoerente, pois defende a justeza de uma decisão, mas marca sua vida pela simpatia ao Nazismo. A obra minuciosa de erudição, na qual nos debruçamos, talvez não seja o melhor local para discutir seu gosto político, pois não foi escrita na maturidade de Carl Schmitt, mas, sim, por um jovem de 24 anos. A simplicidade da premissa de que se lança mão e que é um pressuposto da análise do texto, de que ele, o texto, mal esconde a crença de Schmitt de se dedicar a problemas eternos, parece justificar, por conta de tal assertiva, a necessidade de se imprimir duas direções ao proceder à análise de sua

obra: a de que o texto concerne à natureza essencial, eterna e imutável das percepções de Schmitt, e a de que o processo de formação do significado de uma obra, a que se visa a reconstruir, encontra uma consideração *sub specie temporis*, de modo que se possa entender e até mesmo relativizar as propostas de Schmitt, ao menos ao circunscrevê-las dentro de limites espaciais e temporais *hic et nunc*.

O propósito dessa linha de orientação é o de se desviar, num certo sentido, daquilo que se quer chamar de *especulativo* para não perder a verdadeira essência do texto. Se é um problema vasto e complexo – o da busca das essências -, será ele o único a permitir que se busque o significado das ideias de Schmitt de forma particular, específica e objetiva. Essa concepção de buscar nos dados do texto a singularidade do Schmitt que se toma como estudo não significa transpor-se ao passado, mas, sim, uma condição para o conhecimento de todo o texto, pois permite sempre uma compreensão mais profunda do seu significado real, de acordo com o princípio de Vico, segundo o qual a natureza das coisas se revela em seu nascimento.

A experiência e os hábitos de um pensador podem condicionar a melhor compreensão dos seus pensamentos, mas não é desejável cair-se num subjetivismo ou idealismo, identificado com a razão, o bem, a bondade e toda a sorte de valores superiores à vida, nas quais deve assentar-se a atividade humana. Schmitt é um pensador e não se deve relutar em dizer o contrário. Nenhum método de caráter denunciador da enigmática personalidade de Schmitt parece ser útil neste momento.

O estabelecimento dos limites metodológicos revela, desde já, o caráter de unidade científica do texto, pela utilização do método fenomenológico, de modo que o interesse da pesquisa recaia sobre os dados e os fenômenos objetivamente considerados. E, desse modo, muito mais que uma atitude objetiva de busca de sentido, a pureza do texto, sua descrição e sua essência são rigorosamente analisadas.

A busca do que é verdadeiro no texto de Schmitt por meio da metodologia de evidenciação da Fenomenologia afasta um possível reencontro da sua forma interior, dos sentimentos que possam ter influenciado, da formação do texto e, também, do próprio autor. Para que não seja tomada uma atitude arbitrária ou convencional, a busca do sentido ontológico do texto, ou seja, a busca das coisas do próprio texto, de modo que se possa realizar um retorno ao texto de Schmitt, será o método a ser utilizado, tal como é regra fundamental de toda Fenomenologia descritiva.

O método fenomenológico não é dedutivo nem empírico, mas, sim, destinado a mostrar o que é dado e a esclarecer esse dado. Não se explica mediante leis, nem deduz a partir de princípios, mas considera imediatamente o que está perante o sujeito cognoscente, perante sua consciência. Dessa forma, volta-se de maneira direta e ordenada para o que é objetivo.

O uso desse método exige que seja afastado tudo o que não é correlato ao que diz respeito ao texto. Mas, para firmar os objetos que servem de base, buscou-se, dentre outras coisas, referir o material padrão que os interessados deveriam conhecer. Não se trata de um sumário de ponto, a cujo propósito se hajam posto de acordo com os intérpretes de Carl Schmitt, como introduções a outros assuntos, que são resumos dos aspectos admitidos pela generalidade dos especialistas na obra do aludido pensador, nem mesmo será apenas um apanhado rápido das diferentes posições assumidas pelos intérpretes de Carl Schmitt, apesar de muitas dessas posições serem lembradas e discutidas. O objetivo não é apenas aludir aos problemas e às posições dos filósofos de Schmitt, mas, também, elaborar uma forma de compreensão sobre o trabalho. Em outras palavras, trata-se de escrever um ensaio sobre Schmitt, no qual se incluam ideias e arrazoados próprios, e também de oferecer, ao mesmo tempo, uma introdução geral à matéria.

Antes se pôr um ponto final na apresentação dos pressupostos metodológicos da pesquisa, não deve ficar oculto o duplo fim a que se propõe este trabalho quanto à escolha do termo *fundamentos*. Em primeiro lugar, pretende-se subministrar uma orientação geral da noção vaga e imprecisa que dão normalmente ao termo. Em segundo lugar, deseja-se oferecer a

possibilidade de uma visão que tome em conta as vantagens e perspectivas que a noção de *fundamentos* tem, especialmente a que é exigida neste texto.

Utilizado normalmente como *justificação*, especialmente pelos adeptos do Pragmatismo ou da Filosofia Analítica, que articulam certos fatores que sejam capazes de mover um sujeito a concordar com um enunciado ou uma teoria, a aceitação dessa forma de pensar significaria, de maneira reduzida, que a razão *R* fundamenta (ou justifica) para o sujeito *S* sua convicção ou anuência *A*. O sujeito confere *simpliciter* às premissas de um silogismo que não é somente o da hipótese axiomatizada, como lhe confere a Filosofia Analítica, mas, também, um *status* de verdade, como pretende o Pragmatismo.

Pode-se assinalar, entretanto, uma diferença basilar entre *justificação* e *fundamentação*: é que a justificação é um conceito pragmático, ao passo que fundamentação não pode ser entendida exclusivamente como tal, já que transcende aos limites imprimidos por essa forma de pensar – dessa maneira, ela seria mais ampla!

Seja como razão teórica, seja como uma explicação esclarecedora do *status* teórico de um candidato à verdade, a fundamentação não deve ficar limitada a uma forma corroboradora de um argumento, não deve ser a justificação de uma asserção feita por meio de um argumento lógico, porque ele não é mera evidência relacionada a uma conclusão também a ele relacionada.

Neste trabalho, a fundamentação é entendida como *demonstração*. Demonstração no sentido de exibição, de apresentação objetiva sobre o tema proposto. E essa demonstração é feita em sentido amplo e não restrito, pois se reina a diferença inicialmente em razão de um procedimento conclusivo (para demonstração *stricto sensu*), as proposições oferecidas o serão em sentido amplo, ou seja, sem a pretensão de serem conclusivas, nem de serem uma verdade irrefutável! As demais características da demonstração em sentido estrito, como a de ser oferecida dentro de uma (única) teoria, ou seja, intrateórico, ou de um único sistema, ou seja, intrassistemática, também não são utilizadas.

INTRODUÇÃO

Os estudos e os debates sobre o pensamento filosófico, político e jurídico de Carl Schmitt alargaram-se e aprofundaram-se em uma tão ampla exposição, que se poderia dizer que, em cada uma das décadas passadas, novos interesses repontaram. E cada pensador teve necessidade de lançar mão do seu ângulo de visão e das condições ao seu dispor, para assinalar as vias ou caminhos, ou mesmo os fatores materiais, que justificaram a elaboração de proposições fundamentais do conhecimento e de suas interpretações. De modo a estabelecer uma maior clareza, estudiosos estimavam o reflexo (passivo) do papel (ativo) e circundante das ideias de Schmitt, diante do estreito contato que se deve ter com sua figura controvertida e com a oposição que deve dominar as suas relações com o Nazismo.

A abundância de textos longos e complexos põe em difícil situação quem intente escrever um ensaio relativamente breve sobre a essência do pensamento de Carl Schmitt e do domínio das suas ideias. E experimentar, plenamente, essa viva dificuldade somente nos permite lamentar o grande número de fatos, significativos e importantes, nem sempre livres de impurezas e não contaminados por fatores mundanos, que, com a mesma rapidez que se constroem um esteriótipo, vão à caça de dados isolados e carentes de sentido.

Dentro do labirinto schmittiano, o pontapé inicial que daremos segue um fio de novelo, cuja ponta se inicia na leitura e compreensão do texto de Schmitt, denominado *Gesetz und Urteil. Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis*, que traduzimos livremente como *Lei e juízo. Um estudo a respeito do problema da prática jurídica*. Nem será preciso dizer que o labirinto dos acontecimentos da vida de Carl Schmitt e da tendência de estudiosos de o desqualificar pelo seu passado nazista torna mais difícil e mais complicado o esforço. Para não perdermos o fio seguro,

partimos das tentativas de dar tratamento sistemático à obra de Schmitt para situar o texto sob exame, sem prejuízo de lembrarmos, sempre, a criminalidade sem paralelo do regime de Adolf Hitler e as agressões, a brutalidade e a barbárie que se tornaram conhecidas. Até hoje nenhum estudioso, nenhum escritor, nenhum político, ninguém deve deixar de incriminar e de repudiar essa mácula no passado da humanidade.

Do ponto de vista de uma observação que pode ocupar hoje o pesquisador, existe o perigo de, num único livro do autor, limitar-se à exposição de um único momento, de modo a cristalizar, em uma única obra, todas as teorias desenvolvidas. Por outro lado, revelar a essência de um texto quer dizer estabelecer o que de *novo* teria o autor (Carl Schmitt) a introduzir no seu pensamento, ou determinar as diferenças qualitativas na consecução da unidade orgânica entre um texto e toda a sua obra.

O marco cronológico de nosso trabalho, imposto pelas limitações literárias sobre o mencionado texto, resume-se, no fundamental, aos anos anteriores a 1912, data da sua publicação. Cabe assinalar que somente no princípio do ano de 1920 – quase uma década, portanto, depois da publicação do texto – é que o Partido Nacional-Socialista é organizado. Só poderíamos, então, caracterizar a particularidade dos vínculos de Carl Schmitt com o Nazismo, em momento posterior à elaboração do texto. Dadas as condições históricas e as percepções cronológicas, não temos como cavar, na história do Nazismo, a personalidade de Carl Schmitt antes de Hitler. É de se esperar que o flagelo do Nazismo pudesse já estar latente em cada um dos seus prosélitos, mas, nesta pesquisa, não buscaremos provas de um pensamento nazista antes do primeiro grande conflito mundial, que se iniciaria em 1914, dois anos, portanto, após a publicação do texto, e causa do Tratado de Versalhes, premissa fundamental desse movimento, o Nazismo.

Tanto mais importância tem a data do texto, que a pergunta formulada no seu início “Quando é correta uma decisão judicial?” parece explicar o momento intelectual em que se

encontrava Schmitt e para o qual dedicou, no ano de 1912, todo seu intelecto, a sua energia criadora e a sua grande capacidade de produzir um texto basilar sobre *lei e juízo*.

Muitos trabalhos foram consagrados à obra de Carl Schmitt e a explicar a força de seu pensamento. Ao pôr em claro a particularidade importantíssima do texto examinado na obra de Schmitt, os estudiosos explicaram, de diversas maneiras, a miríade de seus trabalhos, ao ponto de as ideias, desejos e intenções de seu autor parecerem expostas. E é perfeitamente natural que deles se exigisse que fossem interpretados num desenrolar coincidente com a personalidade fulgurante de Schmitt. A variedade de opiniões, sem uma base única, ou mesmo aspectos de semelhança entre os intérpretes consagrados por menções contínuas apresentam, certamente, acentuadas diferenças de estrutura e levam ao desenvolvimento de uma análise específica que envolve verdadeiras mudanças no traçado atual literatura, nas quais toda a construção apresentada neste trabalho poderia ser encarada como mais uma tentativa.

De toda a diversidade, a obra *Lei e juízo* parece não ter conseguido encantar os estudiosos, ao menos se compararmos com o grande número de escritores dedicados aos demais textos de Schmitt, a despeito de esse conjunto também não poder, ainda, ser adequadamente analisado.

Essa breve excursão sobre um autêntico e refinado texto *exclusivamente de Direito*, elaborado por Carl Schmitt, sugere que as alterações do seu pensamento, especialmente pelas conhecidas injunções políticas e sociológicas, não produziram sempre algum efeito na formação de seu autor. Semelhante interpretação pode parecer atraente, especialmente como tentativa de explicar, no campo do Direito *exclusivamente*, o início do pensamento do autor e a constância de suas leituras para chegar ao resultado de suas afirmações.

Não se pretende dar aqui, de forma alguma, uma solução indiscutível e, muito menos, definitiva dos difíceis problemas que se analisam no texto de Carl Schmitt, parte dos quais, por certo, se inclui na ordem de discussão. Os problemas, tanto os que se perfilharam já claramente,

como os que se põem ao longo de sua obra e os que se apresentam no trabalho, reclamam, desde logo, seu contínuo estudo. Se for atraída a atenção da opinião científica a respeito dos problemas jurídicos suscitados no texto, problemas difíceis e precisos, que continuam ainda em discussão, como tema do dia, submetidos ao crivo dos tribunais brasileiros, e pudermos sugerir uma proposição interpretativa de solução unívoca à resposta do que entende Carl Schmitt por *decisão correta*, teremos como cumprida nossa missão.

PARTE I

Carl Schmitt

Capítulo I

Excertos da biografia de Carl Schmitt

Por um capricho da natureza, Carl Schmitt viveu notáveis e extraordinários 95 anos. Sua vida, entretanto, não foi marcada, apenas, por realizações e êxitos acadêmicos. Chegou a ser preso, mas a bondade divina, na qual ele tanto acreditava, nunca permitiu que a espada inimiga o ferisse e nenhum soldado fez derramar seu sangue. Parecia haver trabalho demais a fazer antes que chegasse a hora da morte para aquele homem de capacidade incomum. Schmitt era dotado de pensamentos e linguagem que o alçavam aos limites da genialidade. É de se espantar que uma pessoa com um nome tão simples entre seus conterrâneos portasse uma inteligência tão divina quanto humana. Um semideus na potência intelectual, nascido da raça dos homens, que de todos os mistérios biográficos do mundo talvez seja o mais difícil de explicar. É surpreendente que alguém que chegou a ter quase um século de existência fosse, ainda assim, tão infinitamente além da habilidade de um só homem. Qualquer que tenha sido a sua instrução, fulgurou na história do pensamento como um dos maiores intelectuais de todos os tempos. Nos seus escritos, viu a dissipação de dias e noites de estudos e de dedicação, mas, como homem de ação, forjou um tipo de caráter peculiar, ao qual não teve dúvidas em dar incansáveis passos de apoio e em submergir na concordância e na satisfação das necessidades mais cáusticas. De resto, dirigiu seus propósitos a uma criatura que nem na imaginação haveria de se tolerar. Numa animação colorida e excitante

em seus pensamentos, dispôs-se a trocar o sofrimento humano pela afirmação de suas ideias. A glória consumiu-lhe energia para nunca ter que agitar a alma. Para brilhar como um deus, dentre os homens do mundo, foi o mais mundano dos pensadores.¹

O espírito de Schmitt achava-se num torvelinho, no qual o radicalismo e a violência andavam abraçados. Naqueles tempos que marcaram as duas grandes guerras, já havia estudado bastante o suficiente para formar um juízo mais maduro nas suas atitudes e ambições pessoais acadêmicas, mas preferiu se tornar um assíduo visitante na casa barulhenta da Alemanha e deixar crescer o sentimento de sua própria superioridade. E nenhum espírito iluminado soube tão bem que a pena era mais poderosa do que a espada, pois, melhor que ninguém, fazia curvar, com palavras vibrantes, o entusiasmo do uso inglório da força.²

Durante vários anos, a Alemanha vinha sendo agitada pelo terremoto político nazista. O recurso à agressão e à violência pelos acólitos de Hitler e seus asseclas era ostensivo e implacável. E para um homem de grande entendimento, abençoado por uma inteligência poderosa, nada havia de interessante no Nazismo que pudesse provocar a ambição ou uma oportunidade de criar um laboratório de experiências. O crepúsculo da história, que correu ao longo da vida de Schmitt, é a maior demonstração do que não poderia ser ignorado. Por dias, por semanas, por meses, presenciou Schmitt o entardecer. Seu nascimento, em 11 de julho de 1888, ocorreu 45 dias depois da Abolição da Escravatura no Brasil, por ato da Princesa Isabel, a Redentora, em 13 de maio de 1888. Veio à luz menos de um mês após o nascimento do poeta e

¹ Carl Schmitt foi preso e assim mantido após o término da Segunda Guerra por dois anos e nesse período foi mantido sem seus apontamentos. Esse período crítico na sua vida foi descrito no livro *Ex Captivitate Salus* (o cativo liberta), Buenos Aires: Struhart & Cia., s/d. Cf. ainda Carlo Angelino, *Carl Schmitt sommo giurista del Führer*, Gênova: Il Melangolo, 2006. *passim*. Carl Schmitt *Um giurista davanti a se stesso*. Vicenza: Néri Pozza, 2005. *passim*. Ingo Muller. *Los juristas del horror*. Trad. Carlos Armando Figueredo. Bogotá: Álvaro Nora, 2009. *passim*. Gisele Silva Araújo. Rogerio Dultra dos Santos. *O constitucionalismo antiliberal de Carl Schmitt: democracia substantiva e exceção versus liberalismo kelseniano* in *Curso de Ciência Política*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

² Ingo Muller. *Los juristas del horror*. Trad. Carlos Armando Figueredo. Bogotá: Álvaro Nora, 2009. *passim*. Enzo Collotti. *A Alemanha Nazi*. Trad. J. Santos Chambinho. Lisboa: Arcádia, 1965. Carlo Angelino, *Carl Schmitt sommo giurista del Führer*, Gênova: Il Melangolo, 2006. *passim*. Gisele Silva Araújo. Rogerio Dultra dos Santos. *O constitucionalismo antiliberal de Carl Schmitt: democracia substantiva e exceção versus liberalismo kelseniano* in *Curso de Ciência Política*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

escritor português Fernando Pessoa (13 de junho de 1888), e menos de dois anos da inauguração da Estátua da Liberdade, em Nova Iorque. Em seu tempo estavam vivos Machado de Assis, Joaquim Nabuco, Rui Barbosa e Clovis Bevilacqua. Nasceu antes mesmo da inauguração da Torre Eiffel, que se deu quase um ano depois, no dia 13 de março de 1889. Quando tinha 10 de anos de idade, Cuba, Porto Rico e Filipinas ainda eram colônias da Espanha. O Brasil ainda era um império, pois a república surgiria somente em 15 de novembro de 1889. Testemunhou a guerra Hispano-Americana, o nascimento da República do Panamá e a inauguração do famoso canal, em 1914. Pôde ler sobre o fim da Monarquia Portuguesa e a proclamação da república, assim como a ascensão e morte de Salazar e, posteriormente, a Revolução dos Cravos. Testemunhou toda a guerra civil espanhola e o início e o fim da ditadura franquista, assim como a coroação do Rei Juan Carlos, em 1975. Foi contemporâneo da Guerra Russo-Japonesa, do fim do Império russo, da Revolução de 1917, da segunda guerra dos Boers e do nascimento da República da África do Sul. Faleceu em 7 de abril de 1985, e, por pouco, não assistiu a queda do muro de Berlim quatro anos depois, em 9 de novembro de 1989.³

Schmitt viveu intensamente, mas não sem antes testemunhar as agressões da Alemanha contra o Brasil na Primeira Guerra Mundial, no período de 1917 a 1918, e também de 1941 a 1945, durante a Segunda Guerra Mundial, ambas por ação da Marinha de Guerra Alemã, por meio do torpedeamento de navios mercantes brasileiros, desarmados e indefesos, pela sua frota de submarinos, provocando a morte de milhares de embarcados. Não devemos olvidar que, seja na Grande Guerra, a Guerra do Kaizer, seja na Guerra de Hitler, a força de submarinos alemães pôs a pique muitos navios de bandeira auriverde em mares tão encapelados que poucos sobreviventes puderam ser resgatados. Soldados pracinhas deram suas vidas para libertar o mundo do jugo hitlerista, que conduziu a experiência histórica da humanidade ao seu maior conflito. Jovens e intrépidos pilotos travaram batalhas aéreas espetaculares no teatro de operações

³ E. H. Gombrich. *Uma pequena História do Mundo*. Trad. Raquel Moura. Lisboa: Tinta-da-China, 2006. *passim*. Oliveira Lima. *História da Civilização*. 16ª ed. São Paulo: Melhoramentos, 1967. *passim*. Geoffrey Barraclough. *Introdução à História contemporânea*. 4ª ed. Trad. Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar, 1976. *passim*. David Thomson. *Pequena história do mundo contemporâneo*. 5ª ed. Trad. J. C. Teixeira Rocha. Rio de Janeiro: Zahar, 1979. *passim*. Helio Vianna. *História do Brasil*. 12ª ed. São Paulo: Melhoramentos, 1975. *passim*.

peninsulares, no que se chamou batismo de fogo da então incipiente e recém criada Força Aérea Brasileira ⁴

A morte de milhares de contrerrâneos e a provocação de duas guerras mundiais foram decisivas para as últimas declarações de guerra feitas pelo Brasil. A primeira com um total aproximado de 20 milhões de mortos em todo o mundo, e a segunda com quase 70 milhões. São parte do tempo desses terríveis episódios, o genocídio dos hererós e namaquas entre 1904 e 1907, nos campos da morte na África Oriental Alemã, atual Namíbia; o genocídio armênio de 1915 a 1917 pelos aliados turcos; os Massacres de Nanquim contra os chineses pelos japoneses, também aliados dos alemães; os ataques aos eslavos; os massacres nos campos de concentração nazistas, que provocaram a morte de milhões de pessoas, dentre alemães e não alemães, dos quais cerca de seis milhões eram judeus (metade dos quais poloneses). Tudo isso está a mostrar o cenário vivido por Carl Schmitt, e no qual sua obra parece concentrar as atenções por conta de suas relações com o Nazismo, que lhe renderam a alcunha de “O jurista de Hitler”.⁵

Na esteira dos acontecimentos, lembramos que testemunhou Schmitt o uso do gás tóxico na Primeira Grande Guerra, criado por Fritz Haber, um cientista judeu, ganhador do Prêmio Nobel, com quem Einstein, com sua serenidade humanista, recusou-se a travar qualquer relação de amizade. A despeito de ter ganhado o honroso prêmio Nobel de química, em 1918, o famoso cientista criou o gás Ziklon (ciclone), arma utilizada pelo Exército do Kaiser, na Primeira Guerra

⁴ Carl Schmitt. *Um giurista davanti a se stesso. Saggi e interviste*. Vicenza: Néri Pozza, 2005. *passim*. Armando Souto Maior. *História do Brasil*. 4ª ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1967. p. 412. Rui Moreira Lima. *Senta a pua!* 2ª ed. Belo Horizonte: Itatiaia, 1989. *passim*.

⁵ Ingo Muller. *Los juristas del horror*. Bogotá: Alvaro Nora, 2009. p. 12. Carlo Angelino, *Carl Schmitt sommo giurista del Führer*, Gênova: Il Melangolo, 2006. *passim*. Dos seis milhões de judeus assassinados pelos nazistas, a quase totalidade era de asquenazes, ou seja, judeus de expressão alemã e que normalmente usavam a língua ídiche. Ao contrário do que se diz ordinariamente e se divulga, também judeus sefarditas foram mortos pelos nazistas, na região dos Bálcãs. O terror nazista não poupou nem mesmo soldados judeus norte-americanos feitos prisioneiros, que eram separados dos demais e privados de condições mínimas de sobrevivência. O tratamento nazista aos prisioneiros de guerra não era uniforme para, por exemplo, eslavos e não eslavos, com tratamento animalesco para aqueles (eslavos). Mas, mesmo entre os não eslavos aliados, como prisioneiros norte-americanos, os soldados judeus não eram poupados. Cf. Revista Kulturala Djudeo-espayola. Anyo 34 – Abril 2013. *La istoria de los djudios de Trikala em Gresia*. Capturado em www.aki-yerushalayim.co.il.

Mundial, e que, mais tarde, foi aperfeiçoado para uso nos campos de concentração, nas mortíferas e genocidas câmaras de gás da Alemanha de Adolf Hitler.⁶

A cidade onde Schmitt nasceu, Plettenberg, integra hoje o estado da Renânia do Norte-Vestfália e compunha, a despeito de sua localização no oeste alemão, o antigo Reino da Prússia, a qual foi anexada em 1815. Não é demasiado lembrar que a Prússia, de fato, foi abolida pelos nazistas em 1934, mas de Direito somente terminou em 1947, por ação dos Aliados. A posição da Prússia era hegemônica dentro no Estado dos Kaizers e ocupava, em sua expansão máxima, aproximadamente 60% do território do Império Alemão.⁷

Uma quase contradição terminológica acompanhava a Prússia na sua relação com os alemães e nas suas aspirações nativistas, pois o que se entende por *Prússia* era, originalmente, uma área então habitada por povos não alemães do antigo e medieval Reino da Polônia e do Grão-Ducado da Lituânia, que foram conquistados e subjugados pelos poderosos e influentes Cavaleiros Teutônicos – ordem militar cruzada, vinculada à Igreja Católica. No local, construíram muitos fortes e fundaram cidades, sob o pálio de um Estado da ordem, o Estado da Ordem Teutônica, possivelmente inspirados pelos limites não muito claros da *Magna Germania*, o território dos bárbaros além da *limes*, em algumas fases do Império Romano.⁸ O termo *Prússia*,

⁶ Confira a biografia de Friz Haber, elaborada por Arkan Simaan, no portal da Sociedade Portuguesa de Química, com o título *Grandeza e decadência de Fritz Haber*, encontrado na rede mundial de computadores no endereço www.spq.pt/boletim/docs/boletimSPQ_097_019_08.pdf.

⁷ O termo Prússia é associado a questões históricas, geográficas ou culturais à própria Alemanha, como ocorreu, por exemplo, de forma paralela e tradicional, durante a existência da República Federal da Iugoslávia, na qual se dizia que a Sérvia era Prússia da Iugoslávia. Outros exemplos podem ser encontrados como Rússia para a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, Holanda para os Países Baixos, ou mesmo ianque para todos os nascidos nos Estados Unidos da América. A despeito de cada um ter aspectos distintos, toma-se a parte pelo todo nos exemplos mencionados. Cf. William Dawaon. *Pequena história da Alemanha*. Trad. Agostinho da Silva e Alexandre Martins Correia. Lisboa: Inquérito, 1941. p. 8. Juan Carlos Corbetta. Ricardo Sebastián Piana. *Política y orden mundial. Ensayos sobre Carl Schmitt*. Buenos Aires: Prometeo, 2007. p. 10. Gisele Silva Araújo. Rogério Dultra dos Santos. *O constitucionalismo antiliberal de Carl Schmitt: democracia substantiva e exceção versus liberalismo kelseniano* in *Curso de Ciência Política*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

⁸ A Ordem dos cavaleiros teutônicos de Santa Maria de Jerusalém (*Ordo Domus Sanctae Mariae Theutonicorum* remonta ao ano de 1099, existiu continuamente até 1809, ocasião em que foi extinta por Napoleão. Por decreto papal de 21 de novembro de 1929, Pio XI a reconstituiu como ordem clerical composta por sacerdotes, padres e freiras. Sua sede atual é em Viena, Áustria, e trabalhada fundamentalmente com objetivos assistenciais. Era comum as ordens cruzadas fazerem uso de certo tipo de cruz e isso ocorreu com os cavaleiros teutônicos, cuja cruz, após um período de proscrição, é hoje tomada como condecoração na célebre cruz de ferro e no símbolo das forças armadas

em verdade, é resultado da germanização de um antigo povo báltico, aparentado com os lituanos, que falava uma língua já extinta, pertencente ao ramo balto-eslavo, e que somente depois da colonização por germânicos e da assimilação do povo original, associado ao recrudescimento do nacionalismo cultural alemão, é que os prussianos de fala ou expressão alemã consideraram-se parte da nação germânica. Ao longo do tempo, esse povo conduziu-se por certas ideias que mais tarde seriam conhecidas como “virtudes prussianas”: a organização perfeita, o sacrifício, o Estado de Direito, a obediência, a autoridade e o militarismo.⁹ O termo *Prússia*, que resultou de um processo de germanização e serviu para designar o reino que unificaria todo o povo (*Preußen*, ou seja: terra dos prussianos), parece ter orientado todo o imaginário, o folclore e a mitologia do povo alemão. O vocábulo *Deutsch*, que vem do antigo idioma alemão e quer dizer, *grosso modo*, gente, ou seja, o próprio povo, haveria de se tornar, ao longo do tempo, com a unificação da Alemanha por Frederico II, o Rei da Prússia, o mais significativo para o povo e a designar o nome do país que se formou, como *terra da gente*, ou seja, *Deutschland*.¹⁰

Schmitt era católico em um ambiente protestante. E era prussiano quando já não mais existia a Prússia. Doutorou-se na prestigiosa Universidade de Estrasburgo, que deixou de ser alemã. Apresentou-se como docente na academia, quando a Alemanha já não era a potência de outrora, pois havia sido destroçada pelo Tratado de Versalhes. Carl Schmitt, entretanto, jamais havia se esquecido de seu catolicismo, de sua raiz prussiana e de suas virtudes históricas e culturais. E a República que surgiu após o fim da Grande Guerra, com seus problemas, tinha-lhe, mais do que tudo, aclarado as ideias e provocado reflexões, que pareceram provocar-lhe o vigor

da República Federal da Alemanha. Cf. William Urban, *I Cavalieri Teutonici*. Trad. Rossana Macuz Varocchi. Gorizia: Libreria Editrice Goriziana, 2007. p. 31. Cornelio Tácito. *A Germânia*. São Paulo: J. B. Endrizzi & Comp., 1895. p.3.

⁹ Juan Carlos Corbetta. Ricardo Sebastián Piana. *Política y orden mundial. Ensayos sobre Carl Schmitt*. Buenos Aires: Prometeo, 2007. p. 10.

¹⁰ Os alemães tomam a si mesmos como Deutsch, que tem suas origens na palavra diutisc (de “diot”, que significa “gente”. Não está claro ainda hoje se foi usado alguma como um etnônimo no alemão antigo. No alto alemão médio, ein diutscher surge no uso como um sujeito. A expressão alemão vem de alamanos forma romanizada como os suábios eram conhecidos pelos romanos, após vertido para alemans no francês antigo, do qual originou-se a versão em português. William Dawson. *Pequena história da Alemanha*. Trad. Agostinho da Silva e Alexandre Martins Correia. Lisboa: Inquérito, 1941. p. 21. E. H. Gombrich. *Uma pequena História do Mundo*. Trad. Raquel Moura. Lisboa: Tinta-da-China, 2006. *passim*. Pietro de Francisci. *Síntesis histórica del derecho romano*. Trad. Ursicino Alvarez. Madri: *Revista de derecho privado*, 1954.

prussiano. É com o fervor de um católico e a disciplina de um prussiano que se abrirá para advogar ideias para orientarem aquela que parece ser a mais intrigante das experiências alemãs: a República de Weimar.¹¹

A sagacidade intelectual imprimiria à nave errante, que a República de Weimar representava, uma oportunidade única. E o seu espírito rigoroso e impressionante considerou aquela época da Alemanha como um vasto armazém para planos, oriundos de sua postura visionária. E assim fez Schmitt, que foi um raro pensador original, cuja ciência se baseava em convicções apropriadas para sua época e para a Alemanha. Foi precisamente a essa tarefa que se dedicou Schmitt: a de abrir, como uma casca de ovo, o mundo que dele irrompe.¹²

Da Teologia dos céus e com a ciência mundana, enveredará esforços para formular ideias e utilizar as inclemências de seu tempo para restaurar a autoridade e a ordem na Alemanha. E o resultado efetivo de sua doutrinação era que, à medida que seu trabalho se desenvolvia, seu espírito parecia tornar-se mais intenso e vigoroso. O mundo, tal como estava criado pela Primeira Guerra, prestava-lhe reverência exterior. Mas, que realidade estava a se socorrer de suas ideias? Uma tempestade havia devastado seu mundo, não somente o ambiente que viu quando cresceu e tornou-se um homem, mas, também, o universo no qual se formou, na Universidade de Estrasburgo.¹³

¹¹ Enzo Collotti. *A Alemanha Nazi*. Trad. J. Santos Chambinho. Lisboa: Arcádia, 1965. p. 7. *Carl Schmitt. Catolicismo romano e forma política*. Trad. Alexandre Franco de Sá. Lisboa: Hugin, 1998. *passim*.

¹² Ronaldo Porto Macedo Jr. Condensa os argumentos em torno do oportunismo de Schmitt. Cf. *Carl Schmitt e a fundamentação do direito*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Carl Schmitt. *Teoría de la constitución*. Trad. Francisco Ayala. Buenos Aires: Struhart & Cia., s/d. p. 66. Ao final da Primeira Grande Guerra, a Alemanha não havia sido vencida em seu território. Rendeu-se porque estava exaurida no seu esforço de guerra. O Tratado de Versalhes é que lhe impôs duras condições pela guerra perdida. O tratado mencionado mais pareceria um efeito do Revanchismo francês, resultante da Guerra Franco-Prussiana. O tratado não encontrou ressonância nos Pontos estabelecidos pelo então Presidente dos Estados Unidos da América Woodrow Wilson e não foi ratificado pelo Congresso norte-americanos. Personalidades, como John Maynard Keynes, vaticinaram que o tratado não deveria ter ocorrido. Foi o tratado assinado, entretanto, sem qualquer participação ou conhecimento da Alemanha e justamente a alavanca com que os nazistas promoveram sua propaganda maligna. Cf.

¹³ Jan Carlos Corbetta. Ricardo Sebastián Piana. *Política y orden mundial*. Buenos Aires, Prometeo, 2007. p. 10. José Luis Villacañas. *Poder y conflicto*. Madri: Biblioteca Nova, 2008. p. 18. *Carl Schmitt. Um giurista davanti a se stesso*. Vicenza: Néri Pozza, 2005. *passim*.

Schmitt presenciou a reconquista de Estrasburgo pela França, através do Tratado de Versalhes, após a Primeira Guerra Mundial. Trata-se da cidade da universidade na qual se formou e que o levou a retornar para sua cidade natal, Plettenberg, que ficava a 70km a leste de Bona (do latim *Bonna*, embora seja usada, ordinariamente, no Brasil, a forma original *Bonn*, do idioma alemão), a capital da Alemanha desde a derrota alemã na Segunda Guerra até a reunificação, ocorrida em 3 de outubro de 1990, quando o território da antiga República Democrática Alemã foi incorporado à República Federal da Alemanha. A Alsácia-Lorena, depois de mil de anos alemã, foi conquistada na retaguarda da Alemanha, enquanto o país defendia a Europa das agressões dos turcos, provocando fortes sentimentos de repugnância e inconformismo entre os germânicos. Após a Guerra Franco-Prussiana de 1870-1871, a região retornou e permaneceu por um curto período reintegrada ao Estado alemão, até o fim da Primeira Grande Guerra. No período em que esteve na Alemanha, retomou a língua de Goethe e provocou um forte ressentimento entre os franceses, além de gerar o que ficou conhecido como Revanchismo - ou seja, um sentimento e também um movimento nascido após a Guerra Franco-Prussiana - destinado a reverter as perdas francesas, especialmente as territoriais, designadamente a Alsácia-Lorena, que integraram o nascente Império Alemão. A língua alemã, proibida, perdeu expressão logo após a retomada da região pela França, e foi substituída imediatamente pela da língua francesa.¹⁴

Esses tempos inquietos da infância, adolescência e da formação de Carl Schmitt não estavam a milhares de quilômetros de distância. Ao contrário, tratava-se do próprio mundo de Schmitt, o mesmo mundo, alterado, que desabou. Mesmo o mais altivo dos espíritos talvez seja

¹⁴ Schmitt estudou nesse curto período de retorno da Alsácia-Lorena à Alemanha. Para se ter uma exata noção das consequências desse período, Duguit criou o termo “situação jurídica” para não usar a locução “direito subjetivo” por sua natureza germânica, o que contrariava seu antigermanismo revanchista. Moacyr Lobo da Costa. *Três estudos sobre a doutrina de Duguit*. São Paulo: Ícone, 1997. Andréas von Tuhr, foi o último reitor alemão da universidade onde Schmitt estudou. Julien Freund, um estudioso maduro de Schmitt, é mais um filho da disputa desse território. Curiosamente a Alsácia-Lorena chegou a proclamar sua independência em 1918, embora por curto período, até a França retomar a região. Hoje sedia o Conselho da Europa e a Corte Européia dos Direitos Humanos. Seu regime especial atribui-lhe desde 1972 parlamentos regionais e um direito e até tribunais próprios. Hildebrando Accioly. *A questão da Alsácia-Lorena*. Rio de Janeiro: Imprensa, 1917. E. H. Gombrich. *Uma pequena História do Mundo*. Trad. Raquel Moura. Lisboa: Tinta-da-China, 2006. *passim*. O Revanchismo provocava escritores que expressamente negavam a origem germânica da região e proclamavam a desconsideração do fator étnico-cultural da Alsácia-Lorena. Até esculturas nas ruas da França, com a alegoria de duas mulheres a chorar pela perda da condição francesa é conhecida. Cf. A.Souto Maior. *História geral*. 15ª Ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1974.p. 369.

algo desgarrado, sem lar e aparentemente indefeso e vulnerável num mundo novo e estranho. O primeiro e tosco plano arquitetural, no qual se baseia todo o poderoso edifício do pensamento das intermináveis abstrações de Schmitt, se deparará com unidades concretas da experiência e serão elas, as experiências, que moldarão suas teorias além, muito além dos limites imediatos, que estavam diante de seus olhos.¹⁵

Viveu Schmitt numa época trágica, mas sua vida também foi uma tragédia, em três atos. O primeiro ato foi o período de sua formação, de experimentação, de instintivas apalpadelas em direção à luz, a luz que poderia conduzir (ou reconduzir) o mundo que desejava proteger. Consciente de sua capacidade de compreensão dos acontecimentos de sua época, transformou-se num teórico hostil à democracia liberal e à indescritível crise política e econômica que marcou a República de Weimar. No segundo ato da sua vida, associou-se ao Nazismo, ao qual não teve dúvidas em aderir, ainda que por oportunismo, especialmente quando formalmente se inscreveu nas fileiras do partido de Hitler. E não somente cultuou o programa nazista, como levantou objeções teóricas sobre seus adversários no pensamento jurídico e político, mas, também, o atacou, até ser freado pelas desconfianças das terríveis SS, que, ao final da ditadura hitlerista, evantaram dúvida a respeito da fidelidade de Schmitt ao regime.¹⁶ O terceiro ato da tragédia da sua vida, longa e extraordinária, começa com a sua prisão no início do pós-guerra, e sua posterior libertação até a sua morte. A oportunidade que o Nazismo lhe proporcionou não lhe retirou o epíteto de clássico do pensamento político, mas forjou o reconhecimento de uma alcunha da qual não se livrará jamais: a de jurista terrível.¹⁷

¹⁵ Carl Schmitt. *Risposte a Noremborga*. Bari: Laterza, 2006. *passim*. Carl Schmitt. *Um giurista davanti a se stesso. Saggi e interviste*. Vicenza: Néri Pozza, 2005. *passim*. Bernd Rüthers. *Carl Schmitt en el Tercer Reich*. Trad. Luis Villar Borda. Buenos Aires: Struhart & Cia., s/d. p. 26.

¹⁶ “SS” é o acrônimo ou a abreviação de Schutzstaffel, que em tradução livre significa “Tropa de proteção”. Enzo Collotti. *A Alemanha Nazi*. Trad. J. Santos Chambinho. Lisboa: Arcádia, 1965.

¹⁷ Yves Charles Zarka. *Un dettaglio nazi nel pensiero di Carl Schmitt*. Gênova: Il melangolo, 2005. *passim*. Ingo Müller. *Los juristas del horror*. Trad. Carlos Armando Figueredo Planchart. Bogotá: Álvaro Nora, 2009. *passim*. Jacob Taubes. *In divergente accordo. Scritti su Carl Schmitt*. Trad. Gianni Scotto e Elettra Sttimilli. Macerata: Quodlibet, 1996. *passim*. Carl Schmitt. *Ex captivitate salus*. Trad. Anima Schmitt de Otero. Buenos Aires: Struhart & cia., s/d. *passim*. A. Rosenberg. *Storia della repubblica di Weimer*. Trad. Leonardo Paggi. Florenza: Sansoni, 1972. Jean-Jacques Becker. *O tratado de versalhes*. Trad. Constança Egrijas. São Paulo: Unesp, 2010. Enzo Collotti. *A Alemanha Nazi*. Trad. J. Santos Chambinho. Lisboa: Arcádia, 1965. p. 7

Capítulo II

Fragmentos da obra de Carl Schmitt

Estabelecer um conhecimento sistemático e inter-relacional da obra de Carl Schmitt inclui, necessariamente, a divisão por épocas e a inclusão dos fatores políticos e do seu papel no produto mais característico da sua personalidade incomum, que é a pena literária - algo demasiadamente complexo e difícil de simplificar em um único capítulo, no qual o assunto é tratado incidentalmente.¹⁸

O lugar ocupado pela obra de Schmitt tem concentrado a atenção dos estudiosos, em geral, com alguma temática uniforme no conjunto dos textos produzidos, independente da ascensão de Hitler.¹⁹ A quase totalidade da obra do autor ainda é desconhecida em língua portuguesa. A despeito da barreira linguística, a influência de Schmitt, nos estudos acadêmicos no Brasil, se fez sentir e recebeu a atenção dos leitores, por meio de numerosas traduções em castelhano, italiano, inglês e francês, sempre que o idioma de Schmitt, o alemão, não fosse acessível.²⁰

¹⁸ A obra *Vista en conjunto sobre la obra de Carl Schmitt*, de autoria de Julien Freund, é um bom exemplo. Embora anuncie o tratamento *principaliter* do conjunto do esforço intelectual do autor, apresenta, em verdade, excetos dos livros mencionados e indicados, com uma única e fundamental divisão: a das obras jurídicas; e outra, das obras políticas. As classificações que se seguem obedecem a essa divisão “dicotômica”. Cf. a tradução Argentina de Maria Victoria Ressler, ed. Struhart & Cia., Buenos Aires, 2006.

¹⁹ É o caso da *Sacralização*, com Pedro Hermírio e o Risco do político com Bernardo Ferreira. Uma leitura da obra *Secularização Inacabada*. Curitiba: Appris, 2011. Bernardo Ferreira. O risco do político. Crítica ao liberalismo e a teoria política no pensamento de Carl Schmitt. Belo Horizonte: UFMG, 2004.

²⁰ Em catálogo oferecido por certas livrarias no Brasil, a produção argentina é oferecida livremente, para algumas das mais conhecidas obras, quase todas da casa editorial Struhart & Cia., de Buenos Aires.

Apresentado o objetivo de expor em fragmentos a obra de Schmitt, a tarefa requer condições e meios adequados, ainda assim, sem nos descurarmos do esforço hercúleo a ser empregado. Dentre eles, a lembrança, sempre oportuna, de que um especialista em Direito não deve olvidar que o pensamento do autor associava considerações de ordem propriamente jurídica com elementos de Política, de modo que fica muito difícil separar uma da outra. E ainda entre o Direito e a Política, Schmitt integrava elementos diversificados da cultura em geral que elevava seu trabalho para muito além do plano conhecido ou da formação do jurista. A habilidade com que lidava com outros sistemas jurídicos, especialmente por versatilidade em variados idiomas, somava-se a uma eficácia, intensidade e organização de trabalho pouco vista, e que não encontra paralelos em tempos atuais.²¹

A necessidade de elaborarmos uma classificação mais pormenorizada de sua obra jurídica, dada a opção por texto de cunho jurídico, como é o caso de *Lei e juízo*, nos direciona para uma distinção, em três classes, para as obras de cariz jurídico, se é que assim poderíamos enquadrar uma delas, mesmo a que nos propomos a estudar. Tomaremos a classificação idealizada por Julien Freund, para as obras de *direito interno*, *direito externo* e *filosofia do direito*.²²

As obras de direito interno são as que mais relacionadas estão com o tema escolhido, ao lado daquelas de Filosofia do Direito. De direito interno existem: (1) *Sobre delito e formas de delito*. (2) *Lei e juízo. Um estudo ao problema da práxis jurídica*. (3) *Ensaio de Direito Constitucional*. (4) *O guardião da constituição*. (5) *Teoria da Constituição*. De Filosofia do Direito, limitou-se a mencionar o texto *Sobre as três formas de pensamento jurídico*.²³

²¹ Somente no texto *Lei e juízo* Schmitt mostra desenvoltura no latim, grego, inglês, francês, holandês e espanhol, além do alemão medieval ou antigo, além da sua língua materna, o alemão. É provável que conhecesse o dialeto de seu estado, como era comum naqueles tempos, ou mesmo hoje. Cf. *Gesetz und Urteil. passim*. Carl Schmitt. *Teoria de la constitución*. Trad. Francisco Ayala. Buenos Aires: Struhart & Cia., s/d. p. 77.

²² Julien Freund, *Vista en conjunto sobre a obra de Carl Schmitt*. 2ª ed. Trad. de Maria Victoria Rossler. Buenos Aires: Struhart & Cia., 2006. p. 54.

²³ Todos os títulos obedeceram a um tradução livre dos originais *Ueber Schuld und Schuldarten*, *Gesetz und Urteil. Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis*, *Verfassungsrechtliche Aufsätze* e *Der Hüter der Verfassung*. Teoria da Constituição ara *Verfassungslehre* e para o texto Sobre as três formas do pensamento jurídico *Ueber die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*. Carl Schmitt. *La tirania de los valores*. Granada: Comares, 2010.

Carl Schmitt outorga primazia à Política, igualmente aos clássicos gregos, mas com alcances díspares, especialmente por não guardar uma correspondência com os ideais de democracia e justiça tão caros aos pensadores helênicos. Ao prescindir do *justo*, como critério verificador clássico da Política, afasta-se da mais decisiva contribuição para a Política - e, porque não deixar também de dizer, para o Direito - que é a justiça. O Direito é produto da civilização romana, mas o *justo* é uma concepção originalmente grega, tão grega como o é a Filosofia. Ao contrário, prefere Schmitt deter-se à consideração fria e desprovida de valores que estabelecem a sua concepção de estrutura política. Para ele, a Política, alheia à justiça, rege-se pela exclusiva separação prévia entre *amigo* e *inimigo* - terminologia considerada tal como tomavam, *mutatis mutandis*, os escritores latinos para a figura das *hostes*, ou seja, do inimigo público, e que difere do inimigo privado, chamado de *inimicus*. Essa dupla perspectiva, amigo-inimigo, traduziria as diferentes tendências existentes em uma sociedade e serão tomadas em conta pelo Político, senão em função da medida de sua diversificação, que é radical e prévia.²⁴

A obra de Schmitt é marcada por diferenças entre Direito e Política, que assumem diferentes perspectivas e vão além das inúmeras fontes gregas e romanas. O Direito, tal como nós conhecemos, resultante do pensamento romano e ordinariamente estimado sob o ângulo do justo ou do injusto, por influxos gregos, incorre no pensamento schmittiano em um tipo particular de desconstrução. A Política, por seu critério de *amicus* e *hostis*, servirá para traçar um novo perfil do poder. Um e outro encontrarão na obra de Schmitt uma correlação, não contradição ou contrariedade. Na convivência de reflexão, os dois temas amalgamados terminam por se contraporem ao pensamento dominante da sua época, especialmente o Liberalismo, e, posteriormente, o Normativismo, pondo Schmitt o *jurídico* à frente do *Político* na forma de tratar o pensamento, de tomar termos e conceitos, na formação de juízos de transição, de

²⁴ José F. Lorca Navarrete. *Temas de teoría y filosofía del derecho*. Madri: Pirâmide. 1993. p. 222. Lorenzo Córdova Vianello. *Derecho y poder*. México: Fondo de cultura econômica, 2009. p. 47. As leituras e interpretações de Carl Schmitt à obra de Maquiavel quanto ao binômio *amigo-inimigo* Cf. Carl Schmitt. *Concepto de lo político*. Trad. Francisco Javier Conde. Buenos Aires: Struhart & Cia., 2002. p. 96. Bernd Rüthes. Carl Schmitt en el Tercer Reich. Trad. Luis Villar Borda. Buenos Aires: Struhart & Cia. S/d. p. 120. Carl Schmitt. *Teoría de la constitución*. Trad. Francisco Ayala. Buenos Aires: Struhart & Cia., s/d. p. 36.

desenvolvimento e de expor contradições; e o Político, no seu caráter substancial e concreto, sempre que confrontar o justo liberal ou o juízo normativista com o grau superior de seu conhecimento.²⁵

Na vida e convivência, toma Schmitt o caráter objetivo e universal da Política e se antepõe a tudo, mediante as transformações qualitativas que o caráter jurídico oferece. Mas, sem hierarquizá-los, de maneira que qualidade e quantidade e vice-versa, no Direito e na Política, serão animados pela preocupação da política, a qual é tomada no plano do poder, da lei, do Estado e desvinculada de uma matriz de justiça. Carl Schmitt é o descarado promotor da autoridade e da independência da decisão nas áreas nas quais é radicalmente contrária ao pensamento liberal do Direito.²⁶

A literatura de Schmitt é a expressão clara e sintética de seu pensamento, que, por sua vez, obedece a premissas de importantes conclusões de certas épocas, nas quais a *soberania* e a *autoridade* talvez sejam os dois grandes eixos. Uma ulterior decomposição se abre da necessidade de observar o tratamento que Schmitt dá ao Direito, no caminho das suas relações complexas e diversificadas com a Política. O tratamento das interligações e interações dado ao Estado e ao Direito, pela ação política, traça o estilo e os métodos conclusivos em suas teorias. Por conseguinte, nos vínculos da Política com o Estado e o Direito, Schmitt é reconhecido como um seguidor de uma corrente realista.²⁷

²⁵ José F. Lorca Navarrete. *Op. cit.* Carl Schmitt. *Legalidad*. Carl Schmitt. *Teoria de la constitucion*. Carl Schmitt. Tres . Leonardo Antonio Curzio Gutiérrez. *Introducción a la ciencia política*. México: Oxford, 2009. p. 76. Bernd Rüthes. *Carl Schmitt enn el Tercer Reich*. Buenos Aires: Struhart & Cia., s/d. p. 14. Carl Schmitt. *Teoria de la constitución*. Trad. Francisco Ayala. Buenos Aires: Struhart & Cia., s/d. p. 77.

²⁶ José F. Lorca Navarrete. *op. cit.* Carl Schmitt. *Teoria de la constitucion*. Madri: Revista de derecho privado, 1914. p. 86. Gisele Silva Araújo. Rogerio Dultra dos Santos. *O constitucionalismo antiliberal de Carl Schmitt: democracia substantiva e exceção versus liberalismo kelseniano* in *Curso de Ciência Política*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. Carl Schmitt. *Teoria de la constitución*. Trad. Francisco Ayala. Buenos Aires: Struhart & Cia., s/d. p. 181.

²⁷ Carlos-Miguel Herrera. *Le droit, le politique*. Paris: Éditions L'Harmattan. p. 66. Bernardo Ferreira. O risco do político. Crítica ao liberalismo e a teoria política no pensamento de Carl Schmitt. Belo Horizonte: UFMG, 2004. p. 290. Carlo Galli. *Genealogia della política*. Bolonha: Il mulino, 2010. p. 180. C. Galli. Carl Schmitt. *Concepto de lo político*. Trad. Francisco Javier Conde. Buenos Aires: Struhart, 2002. *passim*.

A interação e mútua penetração, nas quais uma relação direta do primado do político sobre o jurídico, nas obras de Schmitt, atua como uma poderosa fonte de identificação da ordem concreta, a partir de um exame objetivo e racional, na qual a vontade, o interesse e o poder surgem como elementos-chave na noção de Direito. Esses, na verdade, são os meios para uma análise do Realismo schmittiano. A praxeologia do texto *Lei e juízo* talvez seja a mais ostensiva expressão do Realismo Jurídico na vasta obra de Carl Schmitt.²⁸

²⁸ Carlos-Miguel Herrera. *op. cit.* Julien Freund. *Vista em conjunto sobre la obra de Carl Schmitt*, 2ed. Trad. Maria Victoria Rossler, Buenos Aires: Struhart & Cia., 2006. pág. 56.

Capítulo III

O texto *Gesetz und Urteil*

Para compreender a estrutura jurídica complexa do estudo de Schmitt é necessário analisar sua formação e história pessoal. Laureado na Estrasburgo alemã, conheceu, como docente e diretor, um dos mais renomados juristas e representante do pensamento jurídico de sua época: Andreas von Tuhr. A experiência jurídica da Alemanha alcançou limites que não encontravam nenhum paralelo na História do Direito, e Carl Schmitt foi disciplinado na rigidez da dogmática alemã. Para se ter uma exata compreensão do significado dessa dogmática e de seu alcance e dimensão, deve-se levar em conta que a universidade alemã era o grande motor que impulsionava o conhecimento renovado do Direito na Alemanha e, porque não dizer, de todo o mundo naqueles tempos. Um exemplo dessa afirmação é a totalidade de uma disciplina jurídica chamada *História do direito privado moderno*, cujo conteúdo, em sua passagem por Estrasburgo, rendeu-lhe toda a renovação do conhecimento desenvolvido na Alemanha de sua época, na emblemática figura do *direito subjetivo*, o produto mais refinado do pensamento jurídico continental e pedra angular de todo o ordenamento jurídico.²⁹

²⁹ Apresentação do tradutor. Andreas von Tuhr, *Parte general del derecho civil* Trad. Wenceslao Roces Granada: Comares, 2006. p. VI. Franz Wiacker. *História do direito privado moderno*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980. p. 59. Juan M. Alterini, S. Picasso e J. Waintraub, *Instituciones de derecho privado moderno. Problemas y propuestas*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. Gerhard Wesenberg, Gunter Wesener. *Historia del derecho privado y moderno en Alemania y Europa*. Trad. José Javier de los Mozos Tourya. Valadolide: Lex Nova, 1998. José Luis de los Mozos. *Metodología y ciencia del derecho privado moderno*. Madri: Editoriales de derecho reunidos, 1977. Georg Jellinek. Trad. Caetano Vitagliano. Milão: Societá Editrice Bibraria, 1912. *passim*. Jean Dabin. *El derecho subjetivo*. Granada: Comares, 2006. Diego Medina Morales. *El derecho subjetivo em Hans Kelsen*. Córdoba: Universidade de Córdoba, 2005. Georg Jellinek. *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*. Trad. Gaetano Vitagliano. Milão: Societá Editrice Libraia, 1912. *passim*. Carlos David Santos Aarão Reis. *Decisões de direito privado na justiça federal*. Rio de Janeiro: Renovar, 1990. p. 86. Rudolf Stammer. *Economia y derecho según la concepción materialista de la historia*. Trad. W. Roces. Madri: Reus, 1929. p. 232.

O sistema jurídico continental, o qual o Brasil integra, é denominado, tecnicamente, de *romano-germânico*, justamente pela determinante contribuição dos pensadores alemães desse período, que engloba a formação de Schmitt. Traduz o termo *romano-germânico*, muito mais que um incremento histórico, a formação continuada e amalgamada da História do Direito desde Roma antiga, mediante o desenvolvimento de uma essência edificada pelo gênio do jurista, que desempenha um papel acima dos limites geográficos do país e que seguiu em um desenvolvimento aparentemente intérmino.³⁰

A maior parte dos estudos jurídicos continentais não faz diferença entre os estudos desenvolvidos na Alemanha e o núcleo duro do sistema romano-germânico além de afirmar, de modo específico, o caráter decisivo da contribuição dos juristas alemães. Relativamente às fórmulas que ignoram essa mencionada contribuição germânica, afirmam alguns autores em uma outra perspectiva, ou, mais importante ainda, em um verdadeiro contraponto, um confronto com o conteúdo do conhecimento e das reflexões desses autores alemães. É o caso da literatura escandinava, que, sem adotar integralmente a formulação alemã, a ela se associa (ou opera em torno dela) para desenvolver-se e receber a designação genérica de Realismo Jurídico Escandinavo. Alf Ross seria um exemplo de tal influência, pois tornou-se aluno de Hans Kelsen e, em sua terra natal, a Dinamarca, desenvolveu uma teoria da validade social da norma em detrimento da orientação do Positivismo Normativista kelseniano, que assentava a ideia da validade de uma norma a partir de outra norma. Ross é o mais destacado representante da Escola de Copenhague, que normalmente é contraposta a outra escola do Realismo Escandinavo, a Escola de Uppsala, que tem como principais representantes Hägerström, Lundstedt e Olivecrona. O primeiro mencionado Axel Hägerström chegou a influenciar Alf Ross ao chamar atenção do vazio das especulações metafísicas no campo do Direito e da Moral. Mas foi Hans Kelsen quem

³⁰ Carlos David Santos Aarão Reis. *A elaboração do BGB: homenagem no centenário do Código Civil Alemão*. Doutrina 1. Niterói: Instituto de Direito, 1996. p. 156. Carl Schmitt. *Teoria de la constitución*. Trad. Francisco Ayala. Buenos Aires: Struhart & Cia., s/d. p. 36.

iniciou Ross na Filosofia do Direito e na formação de seu pensamento. Karl Olivecrona não somente era influenciado pela Alemanha, como nutria simpatias pelo Nazismo.³¹

Ao elaborar suas conclusões, toma Schmitt em consideração e como ponto de partida os problemas estabelecidos em sua época. Antes de apresentar elementos de sua noção científica, parece Schmitt reconhecer as noções mais gerais e conceituais do ambiente em que vive. E o livro, formado ou não na cartilha dos seus contemporâneos, ainda que não se apresente segundo as exigências de sua época, não tem outro propósito, senão o de oferecer, com suas próprias palavras, as suas aspirações e não se tornar uma repetição do programa da velha literatura, que moldava em nova literatura a cada tese, a cada obra lançada, segundo suas linhas questionadoras.

32

O livro é pródigo em novas conclusões e ideias. Assenta a compreensão no papel primordial do fator jurisprudencial na elaboração de uma decisão judicial. Schmitt analisa, pela primeira vez, a partir de posições jurídicas, uma decisão correta, no decurso da qual a correção de uma sentença deixa de ser um problema de *justiça*, para se tornar um problema de *Direito*. O desenvolvimento da produção jurídica tem, segundo elucidou Schmitt, como resultado jurídico a formação de grandes diretrizes jusfilosóficas dos juízos e julgamentos. Essas diretrizes, por sua vez, orientam e norteiam outras soluções, que são, nesse mesmo padrão conceitual, orientadas por elas e serão refletidas em outras, - o que entendemos como *ato jurídico*, de Direito Civil, para tornar-se *ato administrativo*, portanto, de Direito Administrativo, seria um bom exemplo.³³

A obra impressiona ainda hoje, a despeito de não ter sido traduzida e de se manter somente em sua versão original, na língua alemã. Parece, no entanto, ter estimulado muitas

³¹ Karl Larenz. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. Franz Wieacker. *História do direito privado moderno*. Lisboa: Fundação Calouste Golbenkian, 1980. Sobre as relações do Direito dinamarquês com o alemão cf. Alf Ross. *Direito e justiça*. São Paulo: Edipro, 2000. *passim*. Karl Olivecrona. *Linguagem jurídica e realidade*. Trad. Edson L. M. Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005. *passim*. Ernst Cassirer, Axel Hägerström. *Filosofia moral, derecho y metafísica: un diálogo con Axel Hägerström*. Trad. Roberto Rodríguez Aramayo. Barcelona: Herder, 2010. p. 26.

³² Pedro Hermírio Villas Bôas Castelo Branco. Uma leitura da obra *Secularização Inacabada*. Curitiba: Appris, 2011. Carl Schmitt. *Teoria de la constitución*. Trad. Francisco Ayala. Buenos Aires: Struhart & Cia., s/d. p. 265.

³³ Hasso Hofmann. *Legittimità contro legalità*. Trad. Roberto Miccú. Nápoles: ESI, 1999. p. 66.

pessoas da área a estudar o juízo de uma sentença, por exemplo, e a participar, ativamente, da discussão sobre o significado de uma decisão correta. Para isso contribuiu o estilo claro, emocional e metafórico com que o material foi exposto, característica inerente às obras de Schmitt.³⁴

Schmitt dava grande valor ao livro, assinalando que nem antes, nem depois de 1920 tinha aparecido uma descrição tão brilhante e tão autêntica do significado de uma decisão correta. Seria justo afirmar, ainda que sem demonstrar, que a análoga solução que a práxis jurídica apresenta em nossos dias, ao se reportar a uma decisão anterior para justificar outra, permite compreender como Schmitt, já naquela época, vislumbrava uma concepção estritamente jurídica para o problema de uma decisão correta.³⁵

Em conclusão, frisemos que a nova concepção de juízo (de uma sentença), a partir de uma outra decisão, solução a qual Schmitt chegou, não surgiu por acaso. O seu aparecimento foi historicamente inevitável no que poderíamos chamar de linha de entendimento e conhecimento de Schmitt. Era necessário a Schmitt, que saía para um cenário jurídico consolidado e intolerável, preparar-se para as primeiras discussões sérias contra o mundo que ele queria contraditar ou contradizer. Fez-se necessária uma bússola, e, como um programa de ação para a luta futura, a crítica contra o Estado liberal, nas suas múltiplas e contraditórias soluções judiciárias, a mais característica forma de decisão que o jurista conhece, a *decisão judicial*.³⁶

³⁴ Julien Freund. *Vista em conjunto sobre la obra de Carl Schmitt*, 2ed. Trad. Maria Victoria Rossler, Buenos Aires: Struhart & Cia., 2006. p. 56.

³⁵ Cássio Corrêa Benjamim, Eron Geraldo Souza. *O problema da interpretação em kelsen*. p. 145.

³⁶ Carl Schmitt. *Risposte a Norimberga*. Bari: Laterza, 2006. *passim*. Adalgiso Amendola faz uma leitura de um decisionismo nostálgico e antimoderno em Schmitt. V. *Carl Schmitt tra decisione e ordinamento concreto*. Nápoles: ESI, 1999. p. 7.

PARTE II

O problema da vinculação da sentença à lei

Capítulo I

A questão da decisão judicial correta

O mosaico de pensamentos que Schmitt apresenta poderia ser reduzido a uma questão central e que também direciona o objeto da pesquisa: quando uma decisão judicial é correta?³⁷ Ao iniciarmos os primeiros contatos com a obra de Schmitt, não encontramos uma solução *prima facie* a essa indagação, mas, ao contrário, nos deparamos com uma advertência, que, aliás, preordenará a leitura de todo o texto: a de que a ideia de decisão correta é uma questão afirmadamente ambígua.³⁸ Visto como seu trabalho é voltado a determinar, de forma específica e inequívoca, a solução desse problema, percorreremos o mesmo caminho de Schmitt para solucionar a questão e determinar o rumo a ser tomado na condução da pesquisa, sem se perder de vista o caráter ambíguo do problema.³⁹

³⁷ Essa questão constitui o próprio preâmbulo do trabalho de Schmitt ao formular a indagação: “A questão decisiva é: quando uma decisão é correta?”. Pedro Hermílio Villas Bôas Castelo Branco chama a atenção para o fato de que o texto *Lei e sentença* foi negligenciado pelos interpretes de Schmitt e sustenta que a obra é uma *investigação sobre a decisão judicial no âmbito da jurisprudência* e que nela *Schmitt refuta o que considera a ideia principal do positivismo jurídico*. Cf. *Secularização Inacabada*, Curitiba: Appris, 2011, ps. 31-32.

³⁸ A afirmação e uso do vocábulo “ambíguo” encontra-se já na página 1, de *Gesetz und Urteil*.

³⁹ Julien Freud sintetiza as ideias de Schmitt a respeito da práxis, que se justificaria por si mesma e que só é justa a decisão que se explica pela prática jurídica. Cf. *Vista em conjunto sobre la obra de Carl Schmitt*, 2ªed. Trad. Maria Victoria Rossler, Buenos Aires: Struhart & Cia., 2006. p. 56.

Em sucessão de ideias, indaga Schmitt se há um *princípio* normativo que serve de base à prática jurídica moderna.⁴⁰ Ao ter em conta a formulação desse problema, suscita Schmitt, por meio de uma *especulação* teórica, algumas questões de como se chegaria a uma decisão que se repute correta. Para tanto, nega, prontamente, que a aferição seja feita por meio da *observação*. A fim de logo esclarecer esse ponto de vista, diz que não é pela média das opiniões que se encontrará o resultado da indagação. E a esse respeito, já nas primeiras linhas de seu texto, justifica a questão principiológica na busca do conteúdo e do significado do conceito de decisão correta na sociedade alemã pré-Weimar, diante da aglomeração quase caótica de distintos fenômenos, sujeitos a várias injunções, as quais, em todos os aspectos, acham-se em um ambiente de necessidade de integração orgânica e do imperativo de serem reciprocamente ligadas.⁴¹

Precisamente, a diferença proposta de um significado conceitual de decisão correta está categoricamente afastada da experiência. Visto que Schmitt retira qualquer consequência de que uma decisão correta assim reconhecida, seja por valoração, seja por opinião, possa ser desse modo encontrada. Não é suficiente uma solução empírica para apurar a sua exatidão.⁴²

Não nos parece difícil compreender que opiniões gerais, históricas ou valorações feitas não atendem a essa questão teórica que precisaremos considerar, como base da aplicação moderna do Direito. E esse conceito fundamental principiológico que Schmitt busca não está relacionado sequer à exegese do Direito Romano.⁴³

⁴⁰ A referência à prática jurídica é tratada de forma difusa no texto, como são exemplos as páginas 2 e 3 do texto *Gesetz und Urteil*.

⁴¹ Uma leitura da obra *Secularização Inacabada*, de Pedro Hermílio Villas Bôas Castelo Branco, Curitiba: Appris, 2011, no seu primeiro capítulo, é o melhor indicador da sistematização de fenômenos que se aglomeram em uma integração orgânica e reciprocamente ligados.

⁴² Sobre a solução empírica, Schmitt afirma na pág. 7, em tradução livre: “A vigência empírica do postulado que serve de base forma a ligação da apreciação do valor, independentemente em si de qualquer empirismo, com o complexo fenomenológico empiricamente determinado da “prática jurídica moderna”, quer dizer, daquilo que acontece de fato na prática moderna, não pode ser deduzido, o que é correto; mas como ponto de partida da questão, o que tem que ser considerado correto na prática moderna, não se pode tomar qualquer postulado, mas sim apenas um que tenha vigência empírica nela.” Cf. *Gesetz und Urteil*.

⁴³ Schmitt parece ser categórico no texto. Cf. pág. 2. Adalgiso Amendola faz uma leitura de um decisionismo nostálgico e antimoderno em Schmitt. V. *Carl Schmitt tra decisione e ordinamento concreto*. Nápoles: ESI, 1999. p. 7.

A importância conceitual de formação não ignora que uma concretização histórica foi extraída ao seu próprio tempo. A elaboração dessa ideia, *em primeiro lugar*, destaca a exatidão absoluta e atemporal de decisão correta que não é procurada e que, por isso, teria pouco ou nenhum valor prático. E em *segundo lugar*, a aplicação do Direito tem que encontrar a ideia central na prática atual e beneficiá-la ao ajudá-la a se recordar de seus fins e meios, o que levaria a um sentido prático, que se tornaria consciente, refletido e historicamente determinado.⁴⁴

⁴⁴ Cf. pág. 2. A propósito da realização do direito, disse Michele Nicoletti: *...il problema centrale era quello della realizzazione del diritto, inizialmente nella prassi giuridica della decisione giudiziaria in cui la norma universale deve essere applicata al caso particolare, poi sul piano della dottrina dello Stato appare come mediatore tra l'idealità del diritto e la concretezza empírica dell'individuo. Trascendenza e potere.* Brescia: Morcelliana, 1990. p. 120.

Capítulo II

A relação do juiz com a lei

Muitos dos problemas suscitados por Carl Schmitt no texto *Lei e juízo* não se prendiam ao da eficácia na sentença da lei imperial alemã, como uma primeira leitura poderia indicar. Qualquer tentativa de demonstrar que o debate proposto pelo autor tem um fim no espaço e no tempo em que o texto foi elaborado incorrerá no erro de distanciar um pensamento com pretensão de universalidade, e que conduz à leitura da experiência da sociedade com o desenvolvimento árduo e prolongado do exato significado na prática judiciária, daquilo que haveria de significar uma *decisão correta*.⁴⁵

Cada parte do texto de Schmitt está ligada a pontos específicos e forma, em definitivo, um processo único de encadeamento harmônico do todo. E se alguém se propusesse a estudar o trabalho, numa leitura de época, ficaria literalmente esmagado perante a infinita diversidade de fatos isolados e imaginados, casuísmos no praxismo judiciário, que se repetem em todas as sociedades, e que assumem um caráter global na existência da própria humanidade. Nada ou, talvez, muito pouco de uma interpretação histórica ajudaria a compreender o panorama geral da práxis, que se expressa nas ligações gerais com a realidade judiciária e que ainda hoje é tomada como objeto pelos estudiosos.⁴⁶

⁴⁵ Julien Freud lembra que Schmitt rechaça a posição que se baseia em circunstâncias, no sentido de que um julgamento seria justo somente em uma época determinada. Cf. *Vista em conjunto sobre la obra de Carl Schmitt*, 2ªed. Trad. Maria Victoria Rossler, Buenos Aires: Struhart & Cia., 2006. pág. 56.

⁴⁶ Devemos lembrar que Schmitt alerta já na página 1 que a investigação feita é *jurídica*! É o que parece ser acolhido pelos estudiosos. Por todos: Pedro Hermílio Villas Boas Castelo Branco in *Securalização inacabada*, Curitiba: Appris, 2011. p. 33. Ordinariamente classificado entre os adeptos do Realismo jurídico, Carl Schmitt não usa a palavra realidade ou mesmo a locução realidade jurídica como o fizemos no texto. Cremos que o termo realidade conserva as características bem alinhavadas por Bernardo Ferreira, o que justifica o seu uso restrito ou o não uso por

Onde poderia residir a fonte de tais indagações? Se se pudesse admitir uma única fonte, ela poderia ser extraída da questão apresentada por Schmitt, já na primeira página e no primeiro capítulo do livro: “A questão decisiva é: quando uma decisão judicial é correta?”⁴⁷

Para se conhecer, efetivamente, a questão suscitada, é preciso retomar todos os aspectos, conexões e relações, nos quais é estruturada a obra, a fim de que logremos pôr a descoberto a só exigência de estudá-la com as advertências contra erros e contra a tendência de elevar ao absoluto nossas ideias atuais ou relativas ao objeto.⁴⁸

Fiel a uma concepção de associar a teoria à prática,⁴⁹ Schmitt volta-se para o Direito Positivo, seja pela menção ao § 1 da Lei de Organização Judicial, seja ao § 565 do Código de Processo Civil do Reich.⁵⁰ Aliás, Schmitt afirma, na página 7 de seu texto, que o § 1⁵¹ é a única disposição do Direito Positivo que se expressa a respeito da relação entre a lei e o juiz.⁵²

Schmitt. Bernardo Ferreira apresenta um retrato específico do que significaria a realidade para Schmitt, o que nos leva a mencionar a locução realidade jurídica tão somente com o propósito de dar ordem e coerência ao texto proposto. Cf. Bernardo Ferreira, *O risco do político*. Belo Horizonte: UFMG, 2004. ps 68, 82; e, em especial, na página 84. Luis Recasens Siches. *Introducción al estudio del derecho*. 15ª ed. México: Porrúa, 2006.p. 226-227.

⁴⁷ *Gesetz und Urteil*. p. Hasso Hofmann. *Legitimitá contro legalitá*. Trad. Roberto Miccú. Nápoles: ESI, 1999. p. 66.

⁴⁸ *Gesetz und Urteil*. p.

⁴⁹ Na página 3 Schmitt dá um passo decisivo para orientar o leitor ao dizer que o ponto de partida da questão é o que deve ser considerado na prática moderna e não o que pode ser deduzido, ou que deve ser tomado como postulado. Nesse sentido, Pedro Hermílio Villas Boas Castelo Branco, na página 36: “Mas o empreendimento do jurista não se limita à análise interna dos efeitos da doutrina da divisão dos poderes, pois também se propõe a encontrar, na *prática jurídica*, um método inequívoco para responder à necessidade de determinação do direito.” (grifos nossos).

⁵⁰ *Reich* é vocábulo traduzido ordinariamente por *império*; no entanto, Carl Schmitt procurou organizar sobre o conceito de Reich um argumento anti-imperialista. Nesse sentido, o termo *Reich* seria completamente diverso do que se entenderia normalmente por *imperium*. Tanto assim que *Deutsches Reich* foi o nome oficial da Alemanha não apenas no período dos kaisers, mas, também, durante a República de Weimar e no regime nazista. E não há elementos na literatura que indiquem que a hegemonia mundial fosse uma pretensão alemã. Em verdade, era uma ambição britânica, que não somente pretendia, como de fato exercia, ao menos no Século XIX, efetiva dominação nos cinco continentes e ainda buscava, no início do Século XX, a expansão dos territórios dominados, como ocorreu, *verbi gratia*, nas duas Guerras dos Boers, a primeira entre 1880 e 1881 e a segunda de 1899 a 1902, que redundaram na definitiva conquista britânica da África do Sul. O *Ultimato britânico de 1890* a Portugal é o melhor exemplo da ideologia expansionista de Londres. E essa parece ser a orientação de Schmitt. O assunto mereceria uma ampla pesquisa, que escapa aos limites despretensiosos deste estudo. Por ter significado estritamente alemão, o vocábulo parece necessitar de seu uso no idioma original, sem qualquer tradução. Por outro lado, usamos a expressão por razões estritamente históricas, desprovidas de qualquer conteúdo ideológico, especialmente diante da farta exploração nazista para o que seria pretensamente o “III Reich”. Um exemplo do uso da palavra Reich em tempos atuais e como demonstração do termo mencionado *incidenter tantum* cf. Allan Nevins e Henry Steele Commager,

Capítulo III

O processo histórico de formação da prática jurídica

A maioria dos textos referentes à vasta obra de Schmitt parece não suscitar dúvidas de um caráter autêntico de cada premissa, no seu próprio tempo, além de provocar, nas gerações seguintes, conhecidos movimentos de estudos pelas teorias que desenvolveu ou das quais se serviu.⁵³

Breve História dos Estados Unidos. Trad. Luiz Roberto de Godoi Vidal. São Paulo: Alfa-Omega, 1986. No livro *Terra e Mar*, Schmitt expressamente toma a Grã-Bretanha como um império. Cf. a tradução portuguesa de Alexandre Franco de Sá, pela editora Esfera do Caos, Lisboa, 2008, pág. 88. O que parece ser a última posição de Schmitt sobre o tema Reich é o livro *Positionen und Begriffe*, Berlim: Dunckler und Humblot, 1994. Uma análise sobre a questão do termo Reich no pensamento de Carl Schmitt pode ser encontrada no livro *Poder y Conflito*, de José Luis Villacañas, Editorial Biblioteca Nueva, Madri, 2008. pág. 244. Elementos de História da Prússia podem ser encontrados no livro de Marcello Guimarães Barros, *Prússia – História de um Estado*. São Paulo: Editora Livre, 2002. *passim*. A absorção da Prússia pela Alemanha pode ser vista em *Pequena História da Alemanha*, trad. Agostinho da Silva e Alexandre Martins Correia. Lisboa: Inquérito, 1941. Uma visão recente pode ser encontrada no livro *História Concisa da Alemanha*, de Mary Fulbrook. Trad. Bárbara Duarte. São Paulo: Edipro, 2012. de Bárbara Duarte. São Paulo: Edipro. p. 91. Sobre a República de Weimar, confira a obra *Storia della Repubblica di Weimar*. Trad. de Leonardo Paggi. Roma: Sansoni, 1972. Os efeitos do Ultimato britânico na geopolítica britânica no sul da África, especialmente em relação a Angola e Moçambique pode ser encontrada no livro *História de Moçambique*, v. I, de Carlos Serra, Maputo: Livraria Universitária, 2000. p. 184. Sobre o Ultimato britânico cf. *Breve história diplomática de Portugal*. Lisboa: Publicações Europa-América, 1990. p. 196. A história da Guerra dos Boers pode ser encontrada na obra *História da África do Sul*, de W. J. de Kock. Pretória: Heer printing Co., 1972. p. 18-21. Cf. ainda, sobre a Inglaterra, África, África do sul e o imperialismo em *Uma história da Inglaterra*. E. L. Woodward. Trad. Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar, 1964. p. 198. cf. também Duncan Townson. *Breve historia de Inglaterra*. Trad. Paloma Tejada Caller. Madri: Alianza Editorial, 2004. p. 259. Uma apreciação mais aprofundada sobre a noção do conceito de “Império” cf. Ronaldo Rebello de Britto Poletti, *Conceito jurídico de Império*. Brasília: Consulex, 2009.

⁵¹ A redação do § 1 é: “O poder judiciário é exercido por tribunais independentes, submetidos apenas à lei.”

⁵² Na primeira nota de rodapé da página 7 Schmitt chama atenção para outro dispositivo, o § 48 da Lei do funcionário público colonial sobre a independência do juiz em questões relativas à supervisão do serviço. Cf. Héctor Orestes Aguilar, *Carl Schmitt, Teólogo de la política*. México: Fondo de Cultura Económica, 2001. p.271.

⁵³ Cf. A respeito de ser Carl Schmitt um clássico Lorenzo Córdova Vianello. *Derecho y poder. Kelsen y Schmitt frente a frente*. México: Fondo de Cultura Económica, 2010. p. 16. Bernd Rüthers. *Carl Schmitt en el Tercer Reich*. Buenos Aires: Struhart & Cia., s/d. p. 160.

Carl Schmitt não se limitou a constatar a abundância de pensamento nos juristas que floresceram de 1890 a 1920 e da sua relevante contribuição. Afinal, ele próprio era conhecedor e, ao mesmo tempo, produto desse trabalho árduo dos juristas de seu tempo, especialmente porque eram os alvos de seus questionamentos pelas suas formas tradicionais de pensar, que não eram aceitas por Schmitt. Formulou Schmitt uma pura e estruturada linha de ideias, que não encontra correspondência com nenhuma outra, a despeito de reopontar obras de autores clássicos como Hobbes e Grócio. O pensamento de Carl Schmitt está assentado no Direito que não é separado da Ciência Jurídica e que repousa na *autoridade* e na *política*.⁵⁴

Não negava Schmitt, por exemplo, a necessidade teórica de utilizar *conceitos gerais* no trabalho científico, mas advertia o risco de uma essencial indeterminação histórico-política no seu confronto com a realidade. A problemática que se propôs a solucionar não estava aferrada às controvérsias constitucionalistas, que foram típicas na Alemanha até a crise da República de Weimar, e a todo o pensamento moldado até aquele momento, não obstante ser Weimar o cenário desastroso que ele se propôs a vencer. Para a consecução de seus questionamentos, procedeu a uma *desconstrução* do pensamento jurídico dominante entre 1890 e 1939, especialmente entre os juristas liberais que eram reputados “privados”, e, posteriormente, dos normativistas, esses últimos representados pela figura singular de Hans Kelsen.⁵⁵

⁵⁴ Jean-Cassien Billier. Aglaé Maryioli. *História da filosofia do direito*. Trad. Pedro Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 2001. Diogo Freitas do Amaral. *História das idéias políticas*. v. I. Coimbra: Almedina, 1999. p. 351. Gisele Silva Araújo. Rogério Dutra dos Santos. *O constitucionalismo antiliberal de Carl Schmitt: democracia substantiva e exceção versus liberalismo kelseniano* in *Curso de Ciência Política*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. Hugo Grocio. *O direito da guerra e da paz*. 2ª Trad. Ciro Mioranza. Ijuí:Unijuí, 2005. Thomas Hobbes. *Os pensadores*. São Paulo: Abril, 1996. Bernd Rüthers. *Carl Schmitt en el Tercer Reich*. Buenos Aires: Struhart & Cia., s/d. p. 45.

⁵⁵ Carlos A. Fernández Pardo. *Carl Schmitt en la teoría política internacional*. Buenos Aires: Biblos, 2007. p. 26-27. Lorenzo Córdova Vianello. *Derecho y poder*. México: Fondo de cultura económica, 2009. p. 47. Hans Kesen. *Autobiografía*. Trad. Gabriel Nogueira Dias e José Ignacio Coelho Mendes Neto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011. Eduardo García Máynez. *Alguns aspectos de la doctrina kelseniana*, exposición y crítica. México: Coyoacán, 2011. Gisele Silva Araújo. Rogério Dutra dos Santos. *O constitucionalismo antiliberal de Carl Schmitt: democracia substantiva e exceção versus liberalismo kelseniano* in *Curso de Ciência Política*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. Bernd Rüthers. *Carl Schmitt en el Ter Reich*. Trad. Luis Villar Borda. Buenos Aires: Struhart & Cia, s/d. p. 46. Carl Schmitt. *Teoria de la constitución*. Trad. Francisco Ayala. Buenos Aires: Struhart & Cia., s/d. p. 66.

A atitude de Schmitt, um jurista conservador e profundamente inquieto, mas, também, tocado pela debilidade do Estado alemão de Weimar, ameaçado pelo pluralismo contrário à nostalgia do glorioso Império alemão, mais parece, na forma contundente e convicta de suas ideias, um simples desenvolvimento mecânico de um crítico e pensador. Abraçado a uma ideia desesperada de salvar a homogeneidade, por meio da valoração de um momento unitário e volitivo, a ideia da decisão soberana lhe parecia não somente a melhor, mas a única solução, uma solução concreta e política para o problema alemão.⁵⁶

O impulso questionador do pensamento, que se desdobra de forma cada vez mais elevada em Schmitt, leva-o a discutir outro problema, que vem expresso em sua variada obra, através da relação entre o *poder* e a *autoridade*. A noção de autoridade, ao ser evocada por Schmitt, não se refere ao conceito de autoridade e ao reconhecimento consensual da qualidade de guia ou orientação, mas retoma o significado laico e moderno de *auctoritas*, inaugurado na obra *Leviatã*, de Thomas Hobbes. Concebe-se autoridade como o conjunto de prerrogativas jurídicas e formais que permitem o exercício do poder e são desvinculadas da verdade e da justificação ética, ao menos em linha do princípio *auctoritas, no veritas facit legem*. A elaboração dessas ideias induz a uma visão moderna e não apenas ideológica do ordenamento jurídico, que segue como estrutura laica, formal e de autoridade.⁵⁷

O ordenamento jurídico teria graus, que nada mais seriam do que a formalização levada ao extremo, na qual as relações voluntárias, as decisões, o poder discricionário típico do mundo jurídico viriam a se ocultar, senão, a anular-se ou mesmo destruir-se. No âmbito da Ciência

⁵⁶ José F. Lorca Navarrete. *Temas de teoría y filosofía del derecho*. Madri: Pirâmide. 1993. p. 222. Bernd Rüthers. *Carl Schmitt en el Tercer Reich*. Buenos Aires: Struhart & Cia., s/d. p. 14. Carl Schmitt. *Teoría de la constitución*. Trad. Francisco Ayala. Buenos Aires: Struhart & Cia., s/d. p. 35.

⁵⁷ Alfonso Catania. *Manuale di teoria generale del diritto*. 4ª ed. Bari: Laterza, 2003. p. 56. Adalgiso Amendola. *Carl Schmitt tra decisione e ordenamento concreto*. Nápoles: ESI, 1999. p. 7. Sobre a distinção entre *força* e *autoridade* v. Carl Schmitt. *Teoría de la constitución*. Madri: Revista de derecho privado, 1914. p. 86. Diogo Freitas do Amaral. *História das ideias políticas*. v. I. Coimbra: Almedina, 1999. p. 351. Thomas Hobbes. *Os pensadores*. São Paulo: Abril, 1996. Gisele Silva Araújo. Rogerio Dultra dos Santos. *O constitucionalismo antiliberal de Carl Schmitt: democracia substantiva e exceção versus liberalismo kelseniano* in *Curso de Ciência Política*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. Em tradução livre, *auctoritas, no veritas facit legem* significa: é a autoridade, não a verdade, que faz a lei. Thomas Hobbes. *Os pensadores*. São Paulo: Abril, 1996. p. 96. Carl Schmitt. *Teoría de la constitución*. Trad. Francisco Ayala. Buenos Aires: Struhart & Cia., s/d. p. 43.

Jurídica, haveria de se pôr em evidência a incapacidade de uma construção similar de explicação dos nexos vitais da experiência jurídica e, de modo particular, a vida concreta dos homens que precisamente de modo jurídico se organizam e agem.⁵⁸

É nesse quadro que Schmitt fazia notar que é absolutamente inadequado vincular os planos da norma do ordenamento jurídico formalisticamente e em graus sem pôr em evidência o fato absolutamente significativo de que, na passagem de um plano a outro, há sempre a intromissão da atividade do órgão. Esse órgão, como autoridade, interpreta a lei, introduz qualquer elemento novo, o *novum*, na norma que produz: isto é, especificamente, a *auctoritas interpositio*. Deveria ficar claro que, numa perspectiva de descrição da estrutura dinâmica como estrutura de autoridade e de norma jurídica, tal como formulado por Schmitt, o tipo de crítica que se faz, do ponto de vista da norma como produto de outra norma, deixa de ser apropriado.⁵⁹

Schmitt oferece uma metodologia de tipo formalista e estruturalmente aberta a conteúdos diversificados, reveladora dos mecanismos da autoridade e da sua autorreferenciação, e os faz aparecer como irremediavelmente ligados a um abstrato proceder racional-iluminístico, demasiadamente degenerado, porque comumente submetido a um fato ou a um conjunto de fatos e por buscar dar um certo sentido objetivo a esses mesmos fatos.⁶⁰

O procedimento proposto por Carl Schmitt é exatamente um calar-se diante da experiência jurídica concreta e histórica, na qual o jurista vive a propor a força política que será capaz de uma resolução voluntária dos conflitos e de uma desagregação que, do seu ponto de vista, mina e corrompe o Estado. Schmitt busca uma identificação entre a indagação sobre Direito, e o Direito em si mesmo. Eis porque a metodologia schmittiana daqueles anos e quando

⁵⁸ Carl Schmitt. *Teoria de la constitucion*. Madri: Revista de derecho privado, 1914. p. 86. Bernd Rüthers. *Carl Schmitt en el Tercer Reich*. Buenos Aires: Struhart & Cia., s/d. p. 29. Carl Schmitt. *Teoria de la constitución*. Trad. Francisco Ayala. Buenos Aires: Struhart & Cia., s/d. p. 39.

⁵⁹ José F. Lorca Navarrete. *Temas de teoria y filosofía del derecho*. Madri: Pirâmide. 1993. p. 222. Gisele Silva Araújo. Rogerio Dultra dos Santos. *O constitucionalismo antiliberal de Carl Schmitt: democracia substantiva e exceção versus liberalismo kelseniano* in *Curso de Ciência Política*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

⁶⁰ Carl Schmitt. *Teoria de la constitucion*. Buenos Aires: Struhart & Cia., s/d. p. 86. Bernd Rüthers. *Carl Schmitt en el Tercer Reich*. Buenos Aires: Struhart & Cia., s/d. p. 45.

ela desemboca nas representações do ordenamento jurídico concreto e pacificado, é fortemente Política, no sentido exato de pôr o Direito (que não é separado da Ciência Jurídica) a serviço da Política. Schmitt reivindica uma cooperação política em direção da neutralização dos conflitos e da tutela da capacidade soberana de representar, no Estado, uma política de um povo, o povo alemão.⁶¹

⁶¹ Carlos a. Fernández Pardo. *Carl Schmitt en la teoría política internacional*. Buenos Aires: Biblos, 2007. p. 9. Caterina Resta. *Stato mondiale e nomos della terra*. Reggio Emilia: Diabasis, 2009. p. 13. Gisele Silva Araújo. Rogerio Dultra dos Santos. *O constitucionalismo antiliberal de Carl Schmitt: democracia substantiva e exceção versus liberalismo kelseniano* in *Curso de Ciência Política*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. Bernd Rüthers. *Carl Schmitt en el Tercer Reich*. Buenos Aires: Struhart & Cia., s/d. p. 41. Carl Schmitt. *Teoría de la constitución*. Trad. Francisco Ayala. Buenos Aires: Struhart & Cia., s/d. p. 43.

Capítulo IV

A aplicação do Direito

Quando conhecemos a noção de *aplicação do Direito*, seguimos uma certa associação com a de *subsunção*.⁶² Ao se praticar um ato jurídico, por exemplo, estar-se-ia a passar do abstrato ao concreto, do geral ao particular, segundo uma certa representação esquemática. Uma regra seria transposta a um caso particular e concreto, segundo o império do Direito. A lei que contivesse um texto que se iniciasse com a fórmula “Quem praticar o ato...” sugere uma *hipótese*; e, ao enunciar, em seguida, um efeito ou uma *consequência* para tal comportamento, sintetizaria a operação que enquadra o concreto ao disposto na norma jurídica - isso é o que se entende por subsunção.⁶³

O paradigma da aplicação do Direito é o modelo dedutivo, representado pelo *silogismo jurídico*. Nesse modelo, tanto as normas aplicadas como os fatos são elementos externos ao juiz, de tal maneira que a decisão se impõe *per se*, por força lógica, sem necessidade de ulteriores passos argumentativos, a despeito de se fazerem necessários elementos de motivação ou fundamentação, como forma de validade de uma decisão judicial. A ideia de silogismo judicial, como teoria e dogma no Direito, é construída de um modelo abstrato e ideal de decisão a ser observado pelo juiz. Desse modo, projeta-se uma situação na qual a norma é um dado

⁶² Cf. Claude du Paquier. *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du Droit*. Neuchatel: Delachaux & Niestlé, 1979. p. 126. J. M. Delgado Ocando. *Exposición de la metodología del derecho de Reinhold Zippelius*. Maracaibo: Centro de Estudios de Filosofía del derecho, 1975. p. 70.

⁶³ Delgado Ocando, J.M. *Lecciones de introducción al derecho*. Maracaibo: Instituto de Filosofía del derecho. p. 275. Yves Le Roy. Marie-Bernadette Schoenenberger. *Introduction générale au droit suisse*. Genebra: 2002. p. 292. Claude du Paquier. *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du Droit*. Neuchatel: Delachaux & Niestlé, 1979. p. 126. Giuseppe Guarino. *Potere giuridico e diritto soggettivo*. Nápoles: Jovene, 1949. p. 9. Alessandro Groppali. *Avviamento allo studio del diritto*. Milão: Giuffrè, 1951. p. 97.

preexistente em um ordenamento positivo completo e sistematizado, a ser aplicado necessariamente pelo juiz.⁶⁴

A questão de fato vem concebida de maneira similar, ou seja, o conhecimento direto do fato é possível com caracteres de certeza. Uma vez determinadas as premissas de fato e de Direito, o momento final da decisão é alcançado por uma operação que submete o fato ao Direito. Frente a uma premissa de fato, que constitui *specie* do *genus* regulado por uma norma jurídica, a decisão é consequência automática da relação de gênero e espécie, e, está aí, de maneira implícita, o modo no qual foram formuladas as premissas de *factum* e de *jus*, em que se apoia a racionalidade da legislação.⁶⁵

O processo multifacetário do conhecimento é realizado pela observação dos fatos na função qualificadora da própria norma jurídica, que os molda e lhes atribui efeitos. A revelação da estrutura lógica, sua análise como sistema, em conjunto com nexos de seus conceitos-componentes de determinantes, tem um alto significado, que é denominado de *método técnico-jurídico*.⁶⁶

⁶⁴ Victoria Iturralde Sesma. *Aplicación de la decisión judicial*. Valencia: Tirant lo blanch, 2003. p. 18. Karl Engisch. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. Claude du Paquier. *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du Droit*. Neuchatel: Delachaux & Niestlé, 1979. p. 181. Frederick Schauer. *Las reglas en juego*. Trad. Claudina Orunesu e Jorge L. Rodriguez. Madri: Marcial Pons, 2004. p. 34. Leonor Moral Soriano. *El precedente judicial*. Madri: Marcial Pons, 2002. p. 19. Rupert Cross. J.W. Harris. *El precedente en el Derecho inglés*. Trad. María Angélica Pulido. Madri: Marcial Pons, 2012. p. 36. Claude du Pasquier. *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*. 4ª ed. Neuchatel: Delachaux et Niestlé, 1972. p. 127. Yves Le Roy. Marie-Bernadette Schoenenberger. Genebra: Bruylant, 2002. p. 299. António Castanheira Neves. *Questão de facto, questão de direito, ou, o problema metodológico da juridicidade (ensaio de uma reposição crítica)*. Coimbra: Almedina, 1967. p. 26.

⁶⁵ Michele Taruffo. *La motivazione della sentenza civile*. Pádua: Cedam, 1970. p. 168. Renato Giordano. *La motivazione della sentenza e l'istituto del dissenso nella pratica della Corte Suprema degli Stati Uniti*. Nápoles: Eugenio Jovene, 1950. Benedetto Pellingra. *La motivazione della sentenza penale*. Milão: Giuffrè, 1974. p. 15.

⁶⁶ José Frederico Marques. *Manual de direito processual civil*. v. I. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 11. *Metodologia jurídica no século XIX*. Trad. P. L. Lucchini. Milão: Giuffrè, 1974. p. 133. Alessandro Groppali. *Doutrina do Estado*. Trad. Paulo Edmur de Souza Queiroz. São Paulo: Saraiva, 1953. p. 43. Giuseppe Maggiore. *Arturo Rocco e il método técnico-giurídico* in *Studi in memória di Arturo Rocco*. v. 1. Milão Giuffrè, 1952. p. 3. Jean Brethe de la Gressaye e Marcel Laborde-Lacoste. *Introduction générale a l'étude do droit*. Paris: Recueil Sirey, 1947. p. 135. Alf Ross. *Sobre el derecho y la justicia*. Trad. Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Editorial Universitária de Buenos Aires, 1963. p. 211.

Manteremos o ponto de vista de que são dois os métodos do papel cognoscitivo contemporâneo realizado pelo juiz:

- (a) subsunção;
- (b) analógico.

Aquilo que se convencionou denominar de método técnico-jurídico melhor exprime a técnica da subsunção. A elaboração de um silogismo judiciário, ao proferir uma sentença, adota um juízo que toma a premissa maior como a lei e a premissa menor como fato. A conclusão seria a premissa extraída do cálculo sentencial, ao qual a subsunção é associada.⁶⁷

O processo de formação da sentença se verifica sobre realidades essencialmente diferentes: de uma, a norma abstrata, impessoal e objetiva; de outra, a situação particular de cada uma das partes; e, finalmente, uma análise da relação por meio do mundo intelectual ou moral do juiz. Em suma: trata-se de uma operação lógica *sui generis*, em que a determinação da vontade concreta da lei há de ser feita por um homem dotado de pensamento e vontade. É dizer, um ser que pode moderar a força e o rigor da lei “interpretando”, segundo seu alvedrio, o sentido e o alcance da norma geral que se aplica ao caso concreto.⁶⁸

E nesse labor de *aplicação do Direito ao fato* (juristas italianos) ou de *subsunção do fato específico à norma* (juristas alemães), às vezes o juiz encontra verdadeiras dificuldades, sobretudo se a norma parece deixar a decisão ao seu próprio critério. Então, terá que ser acudido pelo auxílio de uma série de critérios (gramaticais, morais, econômicos, políticos, lógicos,

⁶⁷ Karl Engisch. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. Claude du Paquier. *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du Droit*. Neuchatel: Delachaux & Niestlé, 1979. p. 126. Jean Brethe de la Gressaye e Marcel Laborde-Lacoste. *Introduction générale à l'étude du droit*. Paris: Recueil Sirey, 1947. p. 135.

⁶⁸ Fernando Alvarez Tabio. *El proceso contencioso-administrativo*. Havana: Martí, 1954. p. 190. Claude du Pasquier. *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*. Neuchatel: Delachaux et Niestlé, 1979. 4ª ed. p. 181.

técnicos, históricos, teleológicos), todos os quais, a sua vez, tenderiam a passar pela peneira subjetiva de seus próprios conceitos e preconceitos desses critérios; mas, sempre, inspirado no dever de buscar o que significa, na sociedade em que vive, aquela palavra ou frase usada pelo legislador.⁶⁹

O *Common Law* oferece argumentos tipicamente historicistas na fundamentação de validade do Direito, remetendo para a sabedoria coletiva, plasmada nas práticas da comunidade, que são identificáveis como “Direito”: o Direito é o repositório da tradição e, como tal, a sua determinação só é possível mediante a participação nas práticas e tradições da vida em comum da coletividade, ou seja, mediante a assunção daquilo que, em linguagem hermenêutica, denominaríamos de ponto de vista radicalmente “interno”, o ponto de vista do “participante”. Uma síntese melhor traduzirá essas premissas: “um precedente nada mais é do que um costume autenticado”.⁷⁰

No entendimento primitivo da teoria do *Common Law*, o tipo de racionalidade da argumentação jurídica consistiria em uma racionalidade relacionada ao *particular*, inseparável da peculiaridade das situações *sub judice*, a ser resolvida pelo Direito. O pensamento jurídico não seria, assim, indutivo nem dedutivo, mas, sim, analógico, argumentando-se de um particular a outro particular, e refletindo-se.⁷¹

⁶⁹ Cf. Fernando Alvarez Tabio. *op. cit.* p. 191. Cf. Hélio Bastos Tornaghi. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: RT, 1974. p. 37. Claude du Paquier. *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du Droit*. Neuchatel: Delachaux & Niestlé, 1979. p. 126.

⁷⁰ James Coolidge Carter assim o declarou enfaticamente. Cf. Edgar Bodenheimer. *Ciência do direito*. Trad. Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p. 21. Oliver Wendell Holmes. *O direito comum As origens do direito anglo-americano*. Trad. J. L. Melo. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967. *passim*. José Lamego. *Hermenêutica e Jurisprudência*. Lisboa: Fragmentos, 1990. p. 36. Consuelo Sirvent Gutiérrez. *Sistemas jurídicos contemporâneos*. 12ª ed. México: Porrúa, 2010. *passim*. Arturo Jaime Lan Arreondo. *Sistemas jurídicos*. México: Oxford, 2007. *passim*. Guillermo F. Margadant. *Panorama de la historia universal del derecho*. México: Miguel Ángel Porrúa, 2007. p. 409. Pedro Lafont Planetta. *Manual de derecho privado contemporáneo*. Parte General. Bogotá: Librería Ediciones del profesional Ltda., 2006. p. 18.

⁷¹ José Lamego. *Hermenêutica e Jurisprudência*. Lisboa: Fragmentos, 1990. p. 36. Isabel Lifante Vidal. *La interpretación jurídica en la teoría del derecho contemporánea*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999. p. 70. Roscoe Pound. *Lo spirito della common law*. Trad. Giuseppe Buttia. Milão Giuffrè, 1970. *passim*. Gino Gorla. *Studio storico-comparativo della common law e scienza del diritto*. Milão: Giuffrè, 1962. p. 32. J.J. Santa-Pinter. *Elementos de introducción al common law y civil law*. Buenos Aires: Depalma, 1963. p. 26. Julio Cueto Rúa. *El common law*. Buenos Aires: Tucuman, 1956. p. 32.

Ao se fazer uma análise dos elementos estruturais das duas concepções, caberia sublinhar, uma vez mais, que o pensamento de Schmitt é de formação complexa e multifacetária. Para compreender como se chegou a tal afirmação, devemos ter em conta que Carl Schmitt usa todos os aspectos da vida jurídica, independentemente de forma de aplicação ou de família jurídica. A formação complexa e multifacetária que o livro traduz, precisamente por dominar a amplitude dos fenômenos presentes no *Common Law* e no *Civil Law* (Sistema Romano-germânico) com um número demasiado grande de ramificações de assertivas e conclusões, provoca a seguinte indagação: estaria Schmitt a propor uma terceira técnica?⁷²

Correspondem a esse duplo caráter as afirmações nas quais as decisões mencionadas por Schmitt são produto de uma época, e ali a família era inequivocamente romano-germânica. E examinadas sob a perspectiva de um ângulo qualitativo, não encontram divergências com a técnica do *Common Law*. O raciocínio de Schmitt parece muito mais dedicado a aperfeiçoar as condições para se chegar à ideia objetiva do raciocínio correto da sentença, do que conquistar o desenvolvimento de uma racionalidade decisória repleta de subjetivismos. E, mais do que isso, com o aproveitamento da experiência de ambos os sistemas, a despeito da divergência de cultura e aptidão, seria conveniente buscar uma solução unicompreensiva, sem soluções que rompam com as famílias dos sistemas jurídicos. Cada tipo, aliás, explicaria, à sua maneira, os aspectos tratados por Schmitt. Para aclarar o problema, tanto um quanto o outro poderia sustentar aspectos que não sejam fundados no *precedente* (*Common Law*) e na *lei* (*Civil Law*, ou seja, no Sistema Romano-germânico), e encontrar um ponto de convergência, por exemplo (ou unicamente), nas decisões de *equidade*. Ainda assim, mesmo resultantes de um juízo de equidade, tais decisões (corretas), nos moldes propostos por Carl Schmitt, não seriam afastadas e encontrariam a mesma solução, pois, tanto no Código Napoleão, por exemplo, quanto no período seguinte o Código Civil Alemão, não se pôs em discussão a racionalidade da decisão de equidade, mas, sim, a

⁷² *Gesetz und Urteil*. p. 71. Gianluca Bonaiuti. Vittore Collina. *Storia delle dottrine politiche*. Florença: Le Monnier, 2014. p. 257.

fórmula que parece não deixar de repetir a posição de Schmitt: a decisão correta é aquela que um outro juiz decidiria de igual modo.⁷³

Ao proclamar o primado da *razão política* e da *autoridade*, Carl Schmitt estava muito mais preocupado com a noção de *decisão*, do que de *decisão judicial*, na medida em que ele parece concebê-la no seu aspecto exclusivamente judicial. É que uma expressão mais precisa exigiria um termo particular ao Direito Judicial, como a palavra *sentença*, muito mais direta e específica, a expressar um pretense significado judicial às discussões. Se não incorporamos essa visão exclusiva, é porque o Decisionismo é muito mais do que uma manifestação judicial: é a própria manifestação do Estado, do qual a sentença seria um de seus instrumentos de poder.⁷⁴

Para a aplicação da ideia do poder da autoridade de ditar decisões, haveria de se indagar se algum tipo de precariedade macularia essa percepção, por exemplo, na eventual circunstância de ser a sentença injusta. Nesse particular, apresentado em linguagem extremamente direta e lúcida o problema, embora de formato evidentemente muito mais modesto que o estilo claro e rigoroso de Schmitt, do ponto de vista do Decisionismo, estaria a autoridade, sob a influência de uma sentença injusta, a produzir como resultado, um ato ilícito. Essa crítica põe em xeque as premissas de Schmitt, pois a sentença injusta abalaria o fundamento teórico do Decisionismo. Para Schmitt, a força propulsora do Decisionismo encontra sua interconexão, sua interpenetração, ao analisar as formas específicas de uma decisão correta no plano judicial já num primeiro impulso: a decisão correta é a que estivesse em consonância com outra decisão, ou seja, uma

⁷³ *Gesetz und urteil*. p.71. Caio Mario da Silva Pereira. *Instituições de direito civil*. v. I., 23ª ed. p. 552. R. Carré de Malberg. *Teoría general del Estado*. Trad. José Lión Depetre. México: Fondo de Cultura Economica, 2001. Victoria Iturralde Sesma. *Aplicación de la decisión judicial*. Valencia: Tirant lo blanch, 2003. p. 18. Sobre a equidade no Código Civil Francês. cf. Henri Mazeaud, Leon Mazeaud e Jean Mazeaud. *Leçons de droit civil*. T. I. 4ª ed. Paris: Montchrestien, 1970. p. 12. Sobre o Código Civil Alemão cf. Paul Oertmann. *Introducción al derecho civil*. Trad. Luis Sancho Seral. Barcelona: Labor, 1933. p. 17. Victoria Iturralde Sesma. *El precedente en el common law*. Madri: Civitas, 1995. p. 22.

⁷⁴ José F. Lorca Navarrete. *Temas de teoría y filosofía del derecho*. Madri: Pirâmide. 1993. p. 222. Eduardo García Máynez. *Introducción al estudio del derecho*. 62ª ed. México: Porrúa, s/d. p. 47. Hugo D. Bertín; Juan Carlos Corbetta. *La noción de legitimidad en el concepto de lo político de Carl Schmitt*. Buenos Aires: Struhart & Cia., 1997. Gisele Silva Araújo; Rogerio Dultra dos Santos. *O constitucionalismo antiliberal de Carl Schmitt: democracia substantiva e exceção versus liberalismo kelseniano* in *Curso de Ciência Política*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

decisão judicial é correta se se admitir que um outro juiz teria decidido do mesmo modo. Uma racionalidade geral em detrimento de uma racionalidade específica, uma racionalidade externa em detrimento da interna, o Direito em detrimento do justo.⁷⁵

A unidade homogênea de uma decisão, assim entendida como ato de uma decisão, marca, na teoria de Schmitt, a maneira intrínseca e essencial da solução concreta do problema da convivência humana sem incorrer nos riscos de ruptura da homogeneidade, que é o traço inequívoco do Estado liberal-burguês.⁷⁶

⁷⁵ *Gesetz und Urteil*. p. 71. Gisele Silva Araújo. Rogerio Dultra dos Santos. *O constitucionalismo antiliberal de Carl Schmitt: democracia substantiva e exceção versus liberalismo kelseniano* in *Curso de Ciência Política*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. Sobre a justiça como a finalidade do direito cf. Rudolf von Ihering. *A finalidade do direito*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979.

⁷⁶ Carl Schmitt. *Teoría de la constitución*. Buenos Aires: Struhart & Cia., s/d. Gisele Silva Araújo; Rogerio Dultra dos Santos. *O constitucionalismo antiliberal de Carl Schmitt: democracia substantiva e exceção versus liberalismo kelseniano* in *Curso de Ciência Política*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. Bernd Rüthers. *Carl Schmitt en el Tercer Reich*. Buenos Aires: Struhart & Cia., s/d. p. 81.

Capítulo V

A exegese do Direito Romano

Um dos principais instrumentos cognitivos de que se vale Schmitt é o retorno ao pensamento clássico, seja o antigo, como o de Aristóteles; próximo, como o de Hobbes; e atual, como o de Hauriou. E ele foi capaz de elevar, à categoria de elementos úteis às suas ideias, a construção teórica forjada pelos antigos romanos em tempos de conflito dominante com o germanismo, aparentemente dominante em sua obra, e que tanto marcou o final do século XIX.⁷⁷

Toda a riqueza da obra de Carl Schmitt é marcada, sabidamente, por seletas injunções teóricas de pensadores, que causam a suspeição de um rol pretensamente infinito. Não se deve, entretanto, olvidar o próprio ambiente em que Schmitt se encontrava como aluno nas universidades de Berlim, Munique e de Estrasburgo - essa última a universidade onde se formou - e como docente nas universidades de Munique, Greifswald, Bonn, Colônia e de Berlim. Para se ter uma ideia do que o circundava, quando ele era um jovem estudante na Universidade de Estrasburgo, lá se encontravam alguns dos mais destacados juristas de sua época, dentre os quais Andréas von Thur e Paul Laband. E é digno de nota que não somente juristas influenciaram seus pensamentos, pois escritores não-juristas como Ernst Stadler e René Schickele, poetas como o austríaco cristão expressionista Theodor Däubler, e o católico alemão dadaísta Hugo Ball,

⁷⁷ Cf. Carl Schmitt. *El leviathan en la teoría del Estado de Tomás Hobbes*. Buenos Aires: Struhart. 1990. p. 38. Carl Schmitt *Un giurista davanti a se stesso*. Vicenza: Neri, 2005. Carl Schmitt. *Concepto de lo político*. Trad. Francisco Javier Conde. Buenos Aires: Struhart, 2002. p. 22. Carl Schmitt. *Teoría de la constitución*. Trad. Francisco Ayala. Buenos Aires: Struhart & Cia., s/d. p. 36.

considerado por muitos teóricos o inventor da poesia poética, submeteram Schmitt a diálogos, que muito contribuíram para a sua formação e cultura universal.⁷⁸

A melhor expressão categórica, taxativa e inflexível a ser utilizada para qualificar Schmitt consiste na sua formação interdisciplinar. E ela nos adverte da capacidade de um pensador prescindir de ferramentas fornecidas estritamente pelas Ciências Jurídicas para poder tomar em consideração os fatores que permeiam as condições concretas do lugar e do tempo em que se encontrava. Um exemplo pode indicar a melhor orientação quanto à capacidade de Schmitt: ele lecionou não somente Teoria Geral do Estado e Direito Constitucional, mas, também, Filosofia, Sociologia, Ciência Política, Germanística e, até mesmo, Teologia. Dessa forma, empregar meios exclusivamente jurídicos, ou melhor, o uso do jargão de que se vale ordinariamente o jurista, não estava na preparação ou proposta de Schmitt para suas reflexões. Daí a formulação substancial e, complementarmente, política ou interdisciplinar de seu pensamento jurídico.⁷⁹

A análise de todos os seus artigos e manifestações leva-nos imediatamente a extrair a conclusão de que o pensamento de Carl Schmitt não se baseia na tradição jurídica romano-germânica, embora dela se valha para que uma decisão seja alcançada. Doutro lado, o mérito histórico do Direito Romano, por influxos não muito percebidos e divulgados, é o de ser a fonte histórica original do Realismo Jurídico. Não obstante o caráter aristotélico, e, portanto, grego, do Realismo, como concepção filosófica de que se vale Carl Schmitt, é o Direito Romano a fonte jurídica genuína do Realismo. Se a síntese do pensamento de Schmitt se ampara em uma concepção realista, é o Direito Romano que revela o Realismo e elabora a forma metodológico-realista de aplicação do Direito.⁸⁰

⁷⁸ Héctor Orestes Aguilar. *Carl Schmitt Teólogo de la política*. México: Fondo de Cultura Económica, 2004. p. 10. Bernd Rüthers. *Carl Schmitt en el Tercer Reich*. Buenos Aires: Struhart & Cia., s/d. p. 49.

⁷⁹ *Carl Schmitt Um giurista davanti a se stesso*. Vicenza: Néri Pozza, 2005. *passim*. Bernd Rüthers. *Carl Schmitt en el Tercer Reich*. Buenos Aires: Struhart & Cia., s/d. p. 42.

⁸⁰ Simone Goyard-Fabre. *Os fundamentos da ordem jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 229. Jean-Cassien Billier. Aglaé Maryioli. *História da filosofia do direito*. Trad. Maurício de Andrade. São Paulo: Manole, 2005. p. 382. Michel Villey. *Filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p.

As conquistas teóricas dos representantes dos países da família romano-germânica, por sua vez, constituíam a base a partir da qual Schmitt formulou suas ideias novas nas suas premissas, que conjugam na Ciência do Direito o esforço do pensamento desde Roma antiga, e permitiu a Schmitt dar explicação às suas ideias. É por todos conhecida a síntese decisionista de Schmitt sobre a *Política determinar o Direito*. A sua fonte teórica, direta da Política, a despeito de vinculada, em primeiro lugar, a nomes de juristas como Hauriou, formado no seio do sistema romano-germânico, baseia-se, em verdade, em um método, o *decisionista*, segundo o qual a essência do Direito estaria a depender de uma *decisão*, a ser proferida por quem tivesse condições de impô-la. A elaboração harmônica do significado da decisão política, em relação à lei e às categoriais políticas que usa, constitui a confirmação de que as únicas realidades de Schmitt estão relacionadas à Política, por meio do decisionismo.⁸¹

Por uma série de causas históricas e, mais do que tudo, por um longo período contemporâneo à formação de Schmitt, o pensamento teórico na Alemanha reduzia-se a um embate entre um retorno aos textos romanos antigos ou o estabelecimento de um pensamento germânico original. Essa forma de pensar, baseada nos textos romanos antigos, é denominada, de maneira geral e abrangente, de Pandectismo. Sua origem etimológica está na preferência dos alemães ao termo grego *pandectas* reputado como correspondente ao latino para o *Digesto* – um dos livros do *Corpus Juris Civilis*. O Pandectismo é a aplicação do Digesto (ou Pandectas), de forma atualizada, como fator (inicial) de união dos povos germânicos e de aperfeiçoamento do Direito e da Alemanha.⁸²

Ao considerar o processo histórico romano aplicável aos alemães, a exigir uma apuração de termos e conceitos, grandes contribuições surgiram, como a noção de *direito subjetivo*, de *relação jurídica* e de *pretensão*, mas não sem provocar discussões sérias, que, a despeito da importantíssima contribuição da teoria romana renovada, não se situava na consciência social do

⁸¹ Jean-Cassien Billier. Aglaé Maryioli. *História da filosofia do direito*. Trad Pedro Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 2001. *Carl Schmitt Um giurista davanti a se stesso*. Vicenza: Néri Pozza, 2005. *passim*. Carl Schmitt. *Teoria de la constitución*. Trad. Francisco Ayala. Buenos Aires: Struhart & Cia., s/d. p. 265.

⁸² Karl Larenz. *Metodologia da Ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. Franz Wiacker. *História do direito privado moderno*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

povo, que não compreendia seus nexos com as bases materiais da vida alemã. O trabalho crítico desses juristas contribuiu para elevar os debates e ampliar os horizontes de discussão, e redundou numa verdadeira polarização entre romanistas e germanistas, da qual Schmitt parece não ter ficado distante.⁸³

Esse embate reduziu e classificou não somente juristas romanistas e germanistas, mas, também, as grandes linhas da legislação e da literatura jurídica. Por meio da história da Alemanha, no final do século XIX e início do Século XX, um e outro grupo manifestavam interesse primordial e atenção para problemas sob ópticas diferentes. Um enfoque decisivo, esquemático e ingênuo poderia se resumir em uma atualização do Direito Romano para os tempos atuais, no caso dos romanistas, por meio do Pandectismo. Os germanistas, por sua vez, buscavam, nos longos séculos de experiência alemã, a explicação dos fenômenos jurídicos que se apresentavam. Um bom exemplo desse embate pode ser constatado na elaboração do Código Civil alemão, o *Bürgerliches Gesetzbuch*, mais conhecido pelo acrônimo *BGB*, que chegou a ser adiado na sua elaboração, porque o redator originário, Bernhard Windscheid, era, na palavra de seus críticos ao primeiro projeto, demasiado romanista. Dois outros projetos foram elaborados para conter o vigor pandectista que tanto influenciou o *BGB* e pautá-lo mais nas antigas instituições do Direito alemão. Tanto esse segundo como o terceiro e último projeto – finalmente acolhido pelo Reichstag - foram indelevelmente marcados pela pena pandectista de Winscheid - talvez o mais ilustre dos pandectistas – e marcou a Alemanha recém unificada também com um só Direito Civil. Rudolph Sohm arrematou esse embate entre romanista e germanista com a seguinte afirmação: “ao Estado unitário nacional alemão correspondia o Direito unitário nacional alemão: um povo, uma vida econômica, um Reich, um Direito!”⁸⁴

⁸³ Franz Wiacker. *História do direito privado moderno*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980. Bernd Rüthers. *Carl Schmitt en el Tercer Reich*. Buenos Aires: Struhart & Cia., s/d. p. 81.

⁸⁴ Franz Wiacker. *História do direito privado moderno*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980. Carlos David Santos Aarão Reis. *A elaboração do BGB: homenagem no centenário do Código Civil Alemão in Doutrina I*, Niterói: Instituto de Direito, 1996. p. 168. Roberto de Ruggiero. *Istituzioni di Diritto Civile*. 7ª ed.. Milão: Giuffrè, 1934. v. 1. p. 103. Rudolph Sohm, p. 77. Bernd Rüthers. *Carl Schmitt en el Tercer Reich*. Trad. Luis Villar Borda. Buenos Aires: Struhart & Cia., s/d. p. 81.

Sem negar, em absoluto, a importância que a interpretação romana despertou nos juristas de sua época, Schmitt parece aprofundar uma compreensão própria do mundo. Deve-se assinalar, entretanto, que, ao mesmo tempo que não nega o Direito Romano, não o utiliza. A análise de problemas, com profundidade e abrangência, para a busca de solução jurídica, sem o recurso ao Direito Romano, o relaciona diretamente com uma evolução do germanismo, e, conseqüentemente, com o grupo dos germanistas.⁸⁵

Não há dúvida de que o Direito Romano encontrava-se em estágio embrionário até a retomada dos estudos alemães da época. E essa versão nova dos romanistas ainda carecia de uma nova sistematização e aperfeiçoamento. Tal circunstância, por si só, haveria de influir no trabalho de Schmitt, no período em que se envolveu com o Direito. Entretanto, buscou, nos autores medievais e gregos, elementos mais evidentes de estudos e de formulação de ideias, dentre os quais Hobbes e Aristóteles. E esse retorno, especialmente aos gregos, parece indicar uma preferência, que não seria a romana, o que reforçaria sua tendência germanista, *a contrario sensu*, dada a característica de verdadeira antítese entre Roma e Grécia em vigor, com o abandono da herança da primeira, a pátria do Direito, Roma.⁸⁶

O predomínio das escolas de Direito Público, nas quais assentavam seus estudos, marcados normalmente pela reduzida contribuição romana, possivelmente porque o Direito Romano voltou-se para o engrandecimento do *Jus Privatum*, mas sem correspondente contribuição no *Jus Publicum*, poderia ser uma explicação mais adequada. Já Schmitt ligado, talvez, à terminologia, a contribuição dos romanos não foi diminuta, como, *verbi gratia*, o termo *republica* (de *res publica*). De qualquer sorte, usava Schmitt a terminologia legada por Roma, e só! Esse dado parece converter-se num outro argumento em favor da exclusão do Direito Romano, por razões práticas: ele somente seria útil no legado de termos ou conceitos.⁸⁷

⁸⁵ Carl Schmitt *Um giurista davanti a se stesso*. Vicenza: Néri Pozza, 2005. *passim*

⁸⁶ Julien Freund. *Vista em conjunto sobre la obra de Carl Schmitt*, 2ed. Trad. Maria Victoria Rossler, Buenos Aires: Struhart & Cia., 2006. pág. 56. Thomas Hobbes. *Os pensadores*. São Paulo: Abril, 1996. p. 96.

⁸⁷ O legado romano de termos e conceitos foi amplamente explorado por Franz Schulz. *Principios de Derecho romano*. Trad. Manuel Abellán Velasco. Madri: Civitas, 1990.

A suposição de uma visão estrita e a exclusão do romanismo, condicionados pelas restrições de pesquisa de Schmitt, guardam uma interpenetração recíproca de sim-não que o livro *Lei e júzo* – e, porque não dizer, toda a obra do autor – parece bem evocar. Essa unidade contraposta contribui para o caráter absoluto do raciocínio de Schmitt e torna o desenvolvimento de suas ideias substancialmente marcado na sua estrutura e, porque não dizer, limitado, por contradições entre figuras romanas e não romanas.⁸⁸

⁸⁸ *Gesetz und Urteil*. p. Bernd Rüthers. *Carl Schmitt en el Tercer Reich*. Buenos Aires: Struhart & Cia., s/d. p. 81. Carl Schmitt. *Teoria de la constitución*. Trad. Francisco Ayala. Buenos Aires: Struhart & Cia., s/d. p. 36.

PARTE III

A determinação do Direito como um postulado

Capítulo I

A vontade da lei

Ao exercer a função de elaborar leis, o Estado se despoja da condição de Estado de Direito para um Estado legislador? Em passagem conhecida de sua obra, Schmitt sublinha que o legislador está sempre na posse de um poder estatal. E um reino da lei deve significar que a legalidade deverá substituir a dominação dos homens sobre sua conduta, o que permitiria dizer, sobre seu próprio destino. Uma orientação seguida por Schmitt, destinada à elaboração de lei a pautar uma decisão, parece sobrepor-se ao tradicional entendimento da lei, como resultado da *voluntas populi*, e conduzir o Estado à posição de Estado de Direito para a de Estado legislador.

89

O reconhecimento do significado do termo “postulado”, tal como Schmitt apresenta, tem uma especial importância, porque exprime uma noção de verdade, sem que tenha que ser demonstrada. Tratado em sua concepção prática, aparece o Direito, na obra de Schmitt, para

⁸⁹ Ernesto Bernareggi. *L'Attività legislativa e la volontà popolare nel regime democratico*. Milão: Giuffrè, 1949. p. 49. Carl Schmitt. *Sobre os três tipos do pensamento jurídico*. op. cit. p. 26. Carl Schmitt. *A crise da democracia parlamentar*. Trad. Inês Lohbauer. São Paulo: Scritta, 1996. p. 14. Carl Schmitt. *Legalidad y legitimidad*. Trad. José Díaz García. Buenos Aires: Struhart. & Cia. 1994. p. 21-22. Jean-François Kervégan. Hegel, Carl Schmitt. *O político entre a especulação e a positividade*. Trad. Carolina Huang. São Paulo: Manole, 2006. p. 42. Carl Schmitt. *Teoria de la constitución*. Trad. Francisco Ayala. Buenos Aires: Struhart & Cia., s/d. p. 77.

vincular-se à ideia de vontade, mais especificamente, *de vontade na lei*. Precisamente, como base para a compreensão do Direito como *postulado*, não se poderá alcançar nenhum resultado na obra de Schmitt sem a tomada de *decisão* como ponto de partida, a decisão para se elaborar a lei. Abre-se o caminho de uma eficaz verificação na concepção mais antiga, em língua portuguesa contemporânea, de que para Schmitt uma palavra (*postulado*), não tão nova em seu uso no Direito, parece redescoberta mais recentemente, tal como a *Teoria da decisão* preconiza.⁹⁰

A teorização de Schmitt abriu campo para estudos da natureza variada do poder na ordem jurídica. Mas a expressão de seus estudos não permitiu que se retirasse um estudo próprio e específico da norma jurídica, seja como integrante do ordenamento jurídico, seja como produto destacado da atividade do legislador ordinário, ou mesmo constitucional.⁹¹

O surgimento e a consolidação da obra de Carl Schmitt está assentado na *decisão*, e não na norma jurídica, como tradicionalmente se estuda e se entende na Ciência Jurídica. Afirmava Schmitt que a ordem se baseava na *decisão*, e, como toda ordem, a ordem jurídica também se basearia numa *decisão*, e não o contrário. O centro das ideias de Schmitt está na *decisão*, e nela se baseia a ordem jurídica. E não se deve olvidar que, antes de se falar especificamente em norma jurídica, a literatura schmittiana trata da feição decisória do legislativo na figura específica da lei.⁹²

Na *Teoria da Constituição*, uma obra com pretensão sistemática, Schmitt trata a via legislativa como produtora de *lei*. Vai particularmente tratado no livro o tema da *lei* como

⁹⁰ Seguiremos Marcelo Caetano. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 22. A mais divulgada obra sobre o postulado é a de Humberto Ávila. *Teoria dos princípios*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012. *passim*. Carl Schmitt. *Teoria de la constitución*. Trad. Francisco Ayala. Buenos Aires: Struhart & Cia., s/d. p. 39.

⁹¹ Carl Schmitt. *Teoría de la constitución*. p. 16. Carl Schmitt. *O guardião da constituição*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 24. Carl Schmitt. *Teoria de la constitución*. Trad. Francisco Ayala. Buenos Aires: Struhart & Cia., s/d. p. 77.

⁹² Carl Schmitt. *Teoria de la constitución*. p. 17. Carl Schmitt. *El nomos de la terra*. Trad. Buenos Aires: Struhart & Cia., 2005. p. 50. Carl Schmitt. *O guardião da constituição*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 25. Jean-François Kervégan. *Hegel, Carl Schmitt*. Trad. Carolina Huang. São Paulo: Manole, 2006. Carl Schmitt. *Teoria de la constitución*. Trad. Francisco Ayala. Buenos Aires: Struhart & Cia., s/d. p. 84.

vontade política e aí estaria a *decisão*. A *lex* como vontade política, reconhecida e identificada com a norma legal, assim como a noção de unidade e vontade única, que todo legislativo é orientado para a *lex scripta*. Essa lei escrita é tomada em voz única lei-norma. E é importante lembrar que, ao tomar essa concepção unitária entre *lei* e *norma jurídica*, Schmitt parece alinhar-se tacitamente à *Teoria da Identidade* (entre *lei* e *norma*). Sua única contraposição, por conseqüência, é ao Direito consuetudinário, que considera atos de soberania apócrifos, por uma ausência de identidade com o soberano a decidir.⁹³

A poderosa torrente do movimento de distinção entre a *lei* e a *norma jurídica* foi reconhecida pelos adeptos do Positivismo Jurídico mais tradicional, que identificavam o Direito Positivo com aquilo que o legislador queria, e também do Positivismo Normativista - com sua validação normativa da norma jurídica -, pois em ambas as correntes de pensamento se reconhece uma fonte legal, que não se confunde com a regra de Direito que institui. A elaboração das leis e a *Teoria das Fontes do Direito* reduz ao mundo dos fatos o ato do Estado do qual uma regra ou norma jurídica é extraída. Mais do que isso, assumem as duas orientações jusfilosóficas um inegável e remoto caráter tacitamente decisionista ao reconhecerem como *decisão* soberana do legislador a produção de tais atos normativos.⁹⁴

⁹³ Carl Schmitt. *Teoria de la Constitución*. p.16. Carl Schmitt. *Terra e mar*. Trad. Alexandre Franco de Sá. Lisboa; Esfera do Caos, 2008. p. Sobre o problema da identidade entre *lei* e *norma* cf. Phillip Heck. Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses. Trad. José Osório. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1947. p. 56. cf. ainda Philipp Heck. *El problema de la creación del derecho*. Granada: Comares, 2006. p. 36. Maria José Garcia Salgado. *La jurisprudência de intereses de Philipp Heck*. Granada: Comares. p. 15. O termo *lei* vem do latim *legere*, ou seja ler. *Lei* é, então, um texto escrito feito para ser lido. Cf. Jean Brethe de La Gressaye e Marcel Laborde-Lacoste. *Introduction générale l'étude du droit*. Paris: Recueil Sirey, 1947. p. 201. Carl Schmitt. *Teoria de la constitución*. Trad. Francisco Ayala. Buenos Aires: Struhart & Cia., s/d. p. 124.

⁹⁴ Carl Schmitt. *Teología política*. Trad. Francisco Javier Conde. Buenos Aires: Struhart & Cia, 1998. ps. 6-7. Carl Schmitt. *Concepto de lo político*. Trad. Francisco Javier Conde. Buenos Aires: Struhart & Cia., 2002. p. 11-12. Carl Schmitt. *O guardião da constituição*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 57. Carl Schmitt. *Sobre os três tipos do pensamento jurídico*. Trad. Ronaldo Porto Macedo Jr. São Paulo: Saraiva, 2011. Jean-François Kervégan. *Hegel, Carl Schmitt*. Trad. Carolina Huang. São Paulo: Manole, 2006. p. 4. Críticos diretos da identidade são Vital Moreira. J.J. Gomes Canotilho. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991. p. 30. Carl Schmitt. *Teoria de la constitución*. Trad. Francisco Ayala. Buenos Aires: Struhart & Cia., s/d. p. 84. Ferruccio Pergolesi. *Sistema delle fonti normative*. 3ª Ed. Bolonha: Cesare Zuffi – Editore, 1949. p. 32.

Capítulo II

O significado de “hermenêutica tradicional”

Ao apresentar suas ideias, Schmitt dá-se conta de que as qualificações normalmente utilizadas pelos estudiosos não esgotam cada assunto particularmente tratado, e que sua exposição seria melhor. Não estando em condições de modificar coisa alguma num primeiro momento, passa, em seguida, a propor uma análise crítica e adota uma clara fixação a um ponto principal, sempre a partir de uma decisão, e da autoridade que a toma. No Direito Judiciário, Schmitt entende que esse significado não se altera, pois a decisão não é tomada a partir de critérios exteriores a uma decisão, e sim em relação a outra decisão.⁹⁵

As peculiaridades de uma *hermenêutica tradicional* parecem explicar-se na medida em que ela não se adapta à situação de confronto à qual Schmitt a submete em sua teoria. Ele, apenas, a toma como uma palavra articulada, que assume, indissolavelmente, uma vinculação ao contexto ou texto de lei e aos argumentos que se quer operar na formulação da norma jurídica.⁹⁶

Todo acontecer hermenêutico no Direito está lastreado em teorias, que ensinam a interpretar os textos jurídicos, com o propósito de uma tomada de posição sobre o tipo de ideia que será aplicada em cada caso concreto. Vimos que a obra de Schmitt é marcada por uma recusa sistemática a um pensamento tradicional de uma norma a sustentar a decisão e não o contrário.

⁹⁵ Pedro Hermílio Villas Bôas Castelo Branco, *op. cit.*, pág. 34. Bernd Rüthers. *Carl Schmitt en el Tercer Reich*. Buenos Aires: Struhart & Cia., s/d. p. 81. Carl Schmitt. *Teoría de la constitución*. Trad. Francisco Ayala. Buenos Aires: Struhart & Cia., s/d. p. 77.

⁹⁶ *Gesetz und Urteil*. p. 10. A locução hermenêutica tradicional também foi usado por outros estudiosos. Por todos: Carlos Campos. *Hermenêutica tradicional e direito científico*. Belo Horizonte: Imprensa Oficial de Minas Gerais, 1970. Carl Schmitt. *Teoría de la constitución*. Trad. Francisco Ayala. Buenos Aires: Struhart & Cia., s/d. p. 124.

Esse novo tipo de raciocínio, desenvolvido por Schmitt, que é exaustivamente fundamentado, indica mudanças consideráveis do estado da técnica do Direito, que deixa de lado a vontade do legislador e toma a lei como referência. O fato de os juristas utilizarem certos instrumentos em seus trabalhos, dos quais Schmitt não se vale, parece indicar o que ele entende por hermenêutica tradicional.⁹⁷

As contradições entre o pensamento de Schmitt e a forma tradicional ou, mais precisamente, o modelo de interpretação, são o que poria a descoberto as divergências de Schmitt e também um começo de compreensão do significado da locução *hermenêutica tradicional*. Não se pode compreender tal premissa, entretanto, a não ser de um único ponto de partida: o da norma jurídica – pois, no mais tradicional dos entendimentos, a sistemática legislativa sustenta a norma e para Schmitt, ao contrário, a decisão é que sustenta a norma.⁹⁸

Afere-se uma visão clara a respeito da orientação mais tradicional dessa área, se considerarmos a ideia de que há um legislador a quem se atribui tradicionalmente a vontade histórica de autor das leis, da qual surgem as normas jurídicas. E as ideias culturais predominantes evoluíam e se modificariam em um compasso entre a vontade do povo e a lei, numa espécie de *consensus* presumido que redundava na formação da vontade legislativa e seu subproduto, nomeadamente, a lei.⁹⁹

O antagonismo entre a hermenêutica tradicional e a de Schmitt parece manifestar-se pela forma como ordinariamente se faz extrair do texto os elementos para a formação da norma

⁹⁷ Franca D'Agostini. *Analíticos e continentais*. Trad. Brenno Dischnger. São Leopoldo: Unisinos, 1997. p. 396. Carlos Maximiliano. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 16.

⁹⁸ Pedro Hermílio Villas Bôas Castelo Branco, *op. cit.* Manuel A. Domingues de Andrade. *Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis*. 4ª ed.. Coimbra: Armênio Amado, 1987. Francisco Ferrara. *Interpretação e aplicação das leis*. Trad. Manuel A. Domingues de Andrade. Coimbra: Armênio Amado, 1987.

⁹⁹ J.H. Meirelle Teixeira. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. José F. Lorca Navarrete. *Temas de teoría y filosofía del derecho*. Madri: Pirâmide. 1993. p. 222. Raymond Carré de Malberg. *La legge espressione della volontà generale*. Trad. Marina Calamo Specchia. Milão: Giuffrè, 2008; p. 15. Carl Schmitt. *Teoria de la constitución*. Trad. Francisco Ayala. Buenos Aires: Struhart & Cia., s/d. p. 77.

jurídica.¹⁰⁰ A hermenêutica, tradicionalmente utilizada para estabelecer o sentido e o alcance de um texto de lei, traduz a expressão mais comum da ideia de que de um *consensus* surge a lei (com seu texto), do qual, por sua vez, brota a norma jurídica. Para Schmitt, ao contrário, essa premissa é insustentável, pois a decisão, e não o resultado da interpretação do texto de lei, é que exprime a lei-norma sustentada pela decisão.¹⁰¹

Sem que se confunda com o método exegético, no qual interpretar simplesmente significaria esclarecer ou determinar aquilo expressado na lei ou, mais precisamente, no seu texto, o que se pretende com a invocação exegética, apontada como tradicional, é nos reportarmos à ideia de que, no mais comum dos casos, o significado da lei torna inequívoco o tipo de ato, decisão ou julgamento que, baseado nela, se pretende praticar, pois eles (ato, decisão ou julgamento) estarão sempre a se sujeitar ao reino da lei ou, mais propriamente, ao da legalidade.¹⁰²

Nesses métodos tradicionais, a lei expressa uma vontade, um produto de uma cultura objetiva, que deve existir independentemente dos que participaram de sua criação. E essa exposição objetiva, e também neutra, não se deve olvidar. Expressa, por sua vez, a ideia da *autoridade do legislador* na lei e da *autoridade do juiz* ao praticar o ato de julgar consoante essa mesma lei.¹⁰³

Toda a diretriz da hermenêutica tradicional não abrange as investidas do Normativismo, que, quanto ao resultado, muito se assemelha à ideia de Schmitt, por considerar uma decisão como um produto (ou o que se obtém) de uma aplicação teórica.¹⁰⁴ À proporção que novas teorias assumem a vanguarda, o alvo parece continuar a ser o mesmo: a hermenêutica tradicional. Assim ocorre, por exemplo, com o chamado Direito Alternativo ao reconhecer a possibilidade de que

¹⁰⁰ J.M. Delgado Ocando. *Lecciones de Introduccion al derecho*. Maracaibo: Instituto de filosofia del derecho, 1987. p. 176. Carlos Maximiliano. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 16.

¹⁰¹ Agustín Squella Narducci. *Filosofía del derecho*. Santiago: Editorial jurídica de Chile, 2001. p.487.

¹⁰² Carl Schmitt. *Teoría de la constitución*. Buenos Aires: Struhart, s/d. p. 39.

¹⁰³ J.M. Delgado Ocando. *Lecciones de Introducción al derecho*. Maracaibo: Instituto de filosofía del derecho, 1987. p. 76.

¹⁰⁴ Jorge Miranda. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 343.

seja proferida decisão judicial, que não corresponda a *intentio legis*, com o propósito de que ela alcance a sua finalidade social.¹⁰⁵

No Decisionismo, simplesmente a lei-norma é produto da decisão. E essa decisão deve exprimir a vontade do soberano, de modo a conjugar unidade e vontade, sem divergências, nem contradições. Ao dar a ideia de unidade na lei, a decisão judicial haveria de se manifestar, igualmente, de forma única e exclusiva. E essa é a ideia mais característica de Schmitt na formulação de sua concepção de decisão correta: a de unidade na formulação de uma ideia. Portanto, decisão correta é a de unidade decisória, que não somente se revelaria na unidade de uma decisão, mas em todas as decisões.¹⁰⁶

¹⁰⁵ Pedro Hermílio Villas Bôas Castelo Branco, *op. cit.*, p. Edmundo L. Arruda Jr. Marcus Fabiano Gonçalves. *Fundamentação ética e hermenêutica: alternativas para o direito*. Florianópolis: Cesus, 2002. *passim*.

¹⁰⁶ Julien Freund. *Vista en conjunto sobre la obra de Carl Schmitt*. 2ª ed. Trad. Maria Victoria Rossler. Buenos Aires: Struhart & Cia., 2006. p. 56. Bernd Rüthers. *Carl Schmitt en el Tercer Reich*. Buenos Aires: Struhart & Cia., s/d. p. 81. Carl Schmitt. *Teoría de la constitución*. Trad. Francisco Ayala. Buenos Aires: Struhart & Cia., s/d. p. 84.

Capítulo III

A crítica ao Positivismo e a aproximação com o Institucionalismo

Qual seria a fonte do Positivismo? Seja pela afirmação de um conhecimento científico, seja pela afirmação de teorias por um método científico pretensamente único, o Positivismo, tal como os filósofos o reconhecem, consiste no conjunto de pensamentos a respeito de conhecimentos dos fatos verificáveis pela experiência, a fim de explicar os fenômenos do mundo sensível.¹⁰⁷

O Positivismo foi criado pelo matemático francês Auguste Comte, a partir do termo *positivo*, usado pelo médico também francês Burdin, tal como Comte, amigo do filósofo Saint-Simon (conde Henri de Saint-Simon), que dele se servia para indicar o grau alcançado pelas ciências que tinham superado o estágio das conjecturas puras, e que eram fundadas sobre experimentos adequados. O Positivismo é uma corrente filosófica antimetáffica, liberal e prática, que adota um novo critério na classificação e definição das ciências, e tenta conciliar o pensamento filosófico com o progresso científico. Filho do século XIX, com suas pretensões científicas e reações ao que se poderia chamar de abusos da Metafísica, a filosofia de Comte era uma proposta de avanço nas formas de conhecimento, cujo objetivo foi o de melhorar a humanidade e promover o progresso social. Uma ideia a respeito da sinceridade de August Comte pode ser extraída no seu rompimento com Saint-Simon, por entender que o último dava prioridade ao auxílio à elite industrial e científica do período, com sacrifício da reforma teórica

¹⁰⁷ Idel Becker. *Pequena história da civilização ocidental*. 6ª ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1973. p. 449. . Kazimierz Ajdukiewicz. *Problemas e teorias da Filosofia*. São Paulo: Livraria Editora Ciências Humanas, 1979. p.78. F. Adorno. T. Gregory. V. Verra. *Storia della filosofia*. V. 3. 8ª ed. Bari: Laterza, 1979. p. 199. Gabriele Giannantoni. *Le filosofie e le scienze contemporanee*. Turim: Loescher, 1996. p. 221.

do conhecimento. Para Auguste Comte, a filosofia deve se conduzir à única religião compreensível pela razão, que é a religião da humanidade, isto é, a do dever ético pelo aperfeiçoamento do grande ser e da moral altruísta condensada na seguinte máxima: *viver para outrem*.¹⁰⁸

O Positivismo é, certamente, uma corrente filosófica, uma doutrina, mas, possivelmente tenha ultrapassado esses limites, para se tornar uma atmosfera, uma cultura, um verdadeiro e próprio costume de atuar e conhecer. Uma das primeiras e mais vistosas características do Positivismo, se comparado como o Idealismo, por exemplo, é a de uma radical mudança na valoração das ciências e de suas relações com a Filosofia e com a vida. E se no Idealismo as ciências eram subordinadas a uma visão total da realidade, como desenvolvimento de um princípio espiritual, ou, ao menos, lógico e, sobretudo, se o seu método era questionado por se lastrear em um saber conceitual ou de intuição intelectual, com o Positivismo se reivindica não somente o primado dos resultados, mas o dos métodos das ciências naturais. Além disso, propunha a unificação das ciências, com a adoção de um método rigoroso e comumente unificado, a ser aplicado nos diversos ramos do conhecimento, a partir de uma ciência unificada, assim entendida, a sistematização unitária e completiva das ciências que, a despeito das suas especificidades, ponha fim aos males de uma excessiva especialização e a falta de critérios unitários e interdisciplinares.¹⁰⁹

¹⁰⁸ F. Adorno. T. Gregory. V. Verra. *Storia della filosofia*. V. 3. 8ª ed. Bari: Laterza, 1979. p. 199. Gabriele Giannantoni. *Le filosofie e le scienze contemporanee*. Turim: Loescher, 1996. p. 221. Kazimierz Ajdukiewicz. *Problemas e teorias da Filosofia*. São Paulo: Livraria Editora Ciências Humanas, 1979. p.78. Idel Becker. *Pequena história da civilização ocidental*. 6ª ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1973. p. 449.

¹⁰⁹ Nelson Saldanha. *Teológico, metafísico e positivo. Filosofia e epistemología no ocidente moderno*. Rio de Janeiro: Academia Brasileira de Letras, 2010. p. 25. Molitor-Schlosser. *Perfiles de la nueva historia del derecho privado*. Trad. Ángel Martínez Sarrión. Barcelona: Bosch, 1980. p. 154. Juan B. Etcheverry. Pedro Serna. *El caballo de troya del positivismo jurídico*. Granada: Comares, 2010. *passim*. Edgar Bodenheimer. *Ciência do direito*. Trad. Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p. 252. F. Adorno. T. Gregory. V. Verra. *Storia della filosofia*. V. 3. 8ª ed. Bari: Laterza, 1979. p. 199. Gabriele Giannantoni. *Le filosofie e le scienze contemporanee*. Turim: Loescher, 1996. p. 221. Kazimierz Ajdukiewicz. *Problemas e teorias da Filosofia*. São Paulo: Livraria Editora Ciências Humanas, 1979. p.78. Idel Becker. *Pequena história da civilização ocidental*. 6ª ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1973. p. 449. Oliveira Lima. *História da Civilização*. 10ª Ed. São Paulo: Edições Melhoramentos, sd. p. 456.

Conquanto a literatura não seja unânime na classificação das correntes de pensamento de cariz positivista, uma afirmação contundente será a melhor premissa a ser proposta neste momento: é a de que o Positivismo não tem uma relação necessária e direta com o Positivismo Jurídico, a não ser pela consideração do Direito como uma criação humana, o chamado Direito Positivo, e por negar a Metafísica.¹¹⁰

O Positivismo aceita a tese fundamental de que somente podemos conhecer a realidade com base na experiência, mas vai mais longe ao estabelecer que o objeto do conhecimento somente pode ser dado na experiência, sustentando suas posições, fundamentalmente:¹¹¹

- (a) nas *fontes* do conhecimento;
- (b) nos *limites* do conhecimento.

Se admitirmos que a ideia de percepção pelos sentidos seja o elemento comum, e, por isso, a inserção do Positivismo Jurídico como parte integrante de um conhecimento positivista comum, e, portanto, ser comum a um número maior ou menor de casos, deve-se considerar que o Positivismo Jurídico manifesta-se há muito mais tempo, e, na verdade, antecede a formulação do Positivismo como Escola filosófica, assim denominada por Auguste Comte. Se a certidão de batismo do Positivismo é encontrada na obra de Comte, no início do Século XIX, o corpo submerso do Positivismo Jurídico parece remontar a período bem anterior. Em qualquer esfera de conhecimento jurídico, de qualquer ponto de partida, Christiano Thomasius, um dos

¹¹⁰ Luis Recasens Siches. *Filosofia del derecho*. 20ª e. México: Porrúa, 2010. p. 448. Georges Renard. *Introducción filosófica al estudio del derecho*. Tomo II. Trad. Santiago Cunchillos Manterola. Buenos Aires: Dedebec, 1947. p.31. Nelson Saldanha. *Teológico, metafísico e positivo. Filosofia e epistemologia no ocidente moderno*. Rio de Janeiro: Academia Brasileira de Letras, 2010. p. 25. Molitor-Schlosser. *Perfiles de la nueva historia del derecho privado*. Trad. Ángel Martínez Sarrión. Barcelona: Bosch, 1980. p. 154. Juan B. Etcheverry. Pedro Serna. *El caballo de troya del positivismo jurídico*. Granada: Comares, 2010. *passim*. Edgar Bodenheimer. *Ciência do direito*. Trad. Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p. 252.

¹¹¹ Kazimierz Ajdukiewicz. *Problemas e teorias da Filosofia*. São Paulo: Livraria Editora Ciências Humanas, 1979. p. 78.

representantes do Iluminismo na Alemanha, ao separar a Moral ou a Teologia Moral do Direito, já no final do século XVII, deverá ser lembrado como precursor do Positivismo Jurídico.¹¹²

Provavelmente, o chamado Positivismo Jurídico, amparado na luta contra a especulação teórica empreendida pelo Positivismo, na sua busca pela observação e pelo conhecimento oriundo da experiência, tenha conduzido a uma associação de ideias, especialmente contra a Metafísica – a sua principal adversária, associada, ordinária e invariavelmente, à figura do *Direito Natural*.¹¹³

Em paralelismo com o Positivismo anteriormente mencionado, pode-se afirmar que manifesta-se o Positivismo Jurídico, basicamente:

- (a) nas *fontes* do Direito;
- (b) nos *limites* do conhecimento jurídico.

As características distintivas do Positivismo, de busca do real, do concreto, do observável e do experimental, deram elementos particulares ao Positivismo Jurídico e provocaram uma atenção quanto aos aspectos volitivos da lei e de sua vocação libertadora, de modo que o Direito seria o positivo, e tudo aquilo que a lei e os costumes pudessem determinar, segundo a vontade geral expressa indiretamente na lei pelos parlamentares, ou diretamente, por ação costumeira. O Direito seria o que a experiência haveria de considerar.¹¹⁴

¹¹² Nello Andreotti Neto, *Direito Civil e Romano*. São Paulo: ed. do autor, s/d. p. 42. Luis Recasens Siches. *Filosofía del derecho*. 20ª ed. México: Porrúa, 2010. p. 415.

¹¹³ Kazimierz Ajdukiewicz. *Problemas e teorias da Filosofía*. São Paulo: Livraria Editora Ciências Humanas, 1979. p.78. Luis Recasens Siches. *Filosofía del derecho*. 20ª e. México: Porrúa, 2010. p. 448. Georges Renard. *Introducción filosófica al estudio del derecho*. Tomo II. Trad.Santiago Cunchillos Manterola. Buenos Aires: Dedebec, 1947. p.31. Nelson Saldanha. *Teológico, metafísico e positivo. Filosofía e epistemología no ocidente moderno*. Rio de Janeiro: Academia Brasileira de Letras, 2010. p. 25. Molitor-Schlosser. *Perfiles de la nueva historia del derecho privado*. Trad. Ángel Martínez Sarrión. Barcelona: Bosch, 1980. p. 154. Juan B. Etcheverry. Pedro Serna. El caballo de troya del positivismo jurídico. Granada: Comares, 2010. *passim*. Edgar Bodenheimer. *Ciência do direito*. Trad. Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p. 252.

¹¹⁴ Pedro Hermílio apresenta os argumentos determinantes de Schmitt contra o Positivismo. Cf. a obra *Secularização Inacabada*, de Pedro Hermílio Villas Bôas Castelo Branco, Curitiba: Appris, 2011, no seu primeiro capítulo há o direcionamento para a obra *Lei e sentença*. Cf. ainda Maria Lucia Amaral *Carl Schmitt e Portugal – O problema dos*

O objetivo do conhecimento humano é chegar a uma verdade, que torne possível uma orientação acertada no meio social ou, mais propriamente, na convivência, e modificar esse meio de acordo com a necessidade do homem. E o Positivismo foi um meio inestimável para aumentar o saber humano ao definir o que seria objeto ou não da vontade de todos. É que a veracidade deixava de ser, definitivamente, resultado de uma inútil especulação, para se tornar a mais útil e concreta forma de percepção da realidade, e, mais ainda, da *voluntas populi*. Estabelecer uma relação do Positivismo Jurídico com os Estados totalitários ou governos ilegítimos talvez não seja a correta e exclusiva forma de fazer associações. Deve-se, acima de tudo, atentar para o fato de que, para atingir-se a veracidade dos nossos conhecimentos, faz-se necessário um critério (uma medida de verificação), que confirme a sua justeza. E isso, certamente, seria passível de se encontrar somente na lei e na experiência consuetudinária. É o que o Positivismo Jurídico, *grosso modo*, proclama, de forma inovadora, no Século XIX.¹¹⁵

O critério seguro proposto pelos positivistas não encerraria a verdade segundo as críticas e não refletiria, adequadamente, as leis da realidade. A recusa ao Positivismo, como é de curial sabença, não foi obra de uma só mão, de uma só pena, mas, foi, em verdade, uma virada de muitas mãos, todas elas a questionar a possibilidade exclusiva de que a *lei* e os *costumes* seriam os fatos do Direito, e não a pura especulação teórica representada pela Metafísica. Também se desenvolveu, no Direito, uma série de críticas que prepararam o terreno para outras formas de conhecimento, não somente nas Ciências Humanas, como também nas Sociais e até Biológicas. É o caso, por exemplo, de certas pesquisas científicas sobre a Engenharia Genética e a pesquisa com armas nucleares, que encontram seus limites, quando não os integra aos próprios

métodos em direito constitucional português. Perspectivas constitucionais Nos 20 anos da constituição de 1976. v. I, páginas 166-194.

¹¹⁵ A. L. Machado neto. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1984. p. Raymond Carré de Malberg. *La legge espressione della volontà generale*. Trad. Marina Calamo Spechia. Milão: Giuffrè, 2008. p. 11. Georges Renard. *Introducción filosófica al estudio del derecho*. Trad. Santiago Cunchillos Manterola. T. I. p. 185. Edith Stein talvez seja o grande argumento contra a associação do Positivismo com a falta de democracia. Cf. *As mais belas páginas de Edith Stein*. Lisboa: Carmelos, 2003. p. 56. Jacinta Turolo Garcia. *Edith Stein e a formação da pessoa humana*. São Paulo: Loyola, s/d. p. 15.

fundamentos, nos contornos éticos e morais, portanto metafísicos, de cada uma dessas atividades.¹¹⁶

Se tomarmos por base o Código Napoleão, que ostenta a capacidade dos homens para conhecer o Direito, de sistematizar todo o conhecimento jurídico e de descobrir as leis de seu desenvolvimento, os problemas em torno dos quais se atarefava o pensamento jurídico estavam a exigir uma nova base de conquista do conhecimento. E o Código francês, na sua vocação de sistematizar ideias e harmonizar interesses, parece ter chegado a esse resultado ao revelar ao mundo a nova forma de conhecimento: o codificado. O *Code Napoléon* é tomado exatamente nessa linha, ou seja, de modo a incorporar, na sua sistematização, os elementos metafísicos reconhecidos pelos juristas encontrados no Direito Natural. É o *Code*, ao lado da Reorganização Judiciária de 1808, do Código de Processo Civil de 1806, do Código de Comércio de 1807 e o Código Penal e de Instrução Criminal de 1810, uma reação napoleônica ao estado de coisas da França do *Ancien Régime*, com seu Direito disperso e desorganizado. Desse modo, ao colher e ordenar o melhor do pensamento jurídico da França, na ocasião, não somente organizava e sistematizava o Direito em vigor, como esquadrihava o modo mais puro do Direito Natural, que supostamente se reconhece, tal como proclamava a Revolução Francesa. O *Code* tornou-se, assim, o tema central da vida política e jurídica do país, quase uma crença mística que a Escola da Exegese soube bem consagrar, e a conferir cor a todas as ideias e atos que o seu texto dispunha. A lei escrita, emanada da vontade do legislador, torna-se para a Escola da Exegese a única fonte do Direito e expressão dos próprios direitos naturais, ou seja, um sistema de conceitos entre si perfeitamente articulados e coerentes.¹¹⁷

¹¹⁶ Luis Recasens Siches. *Filosofia del derecho*. 20ª e. México: Porrúa, 2010. p. 158. Kazimierz Ajdukiewicz. *Problemas e teorias da filosofia*. Trad. Pablo Rubén Mariconda e Regina Correa Rocha. São Paulo: Livraria Editora Ciências Humanas, 1979. p. 77.

¹¹⁷ Paulo Jorge de Lima. *Dicionário de filosofia do direito*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1968. p. 82. Maria José Bernuz Beneitez. *François Geny e el derecho La luta contra el método exegético*. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2006. p. 33. François Géný. *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*. Trad. José Luis Monereo Pérez. Granada: Comares, 2000. *passim*. Georges Renard. *Introducción filosófica al estudio del derecho*. Tomo II. Trad. Santiago Cunchillos Manterola. Buenos Aires: Dedebeq, 1947. p. 31. León Duguit. *Las transformaciones del derecho público y privado*. Trad. Adolfo Posada. Granada: Comares, 2007. *passim*. Maurice Hauriou. *Principios de derecho público y constitucional*. Trad. Carlos Ruiz del Castillo. Granada: Comares, 2003. *passim*. Idel Becker. *Pequena história da civilização ocidental*. 6ª Ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1973. p. 439.

O rigor da sua aplicação textual como consequência do seu apego à letra da lei e à sua interpretação, ou a necessidade de pesquisa da vontade ou intenção do legislador para completar a tarefa exegética significava negar valor aos costumes e à atividade criadora da jurisprudência. A forçada imobilidade a que submeteu o Direito francês e todo o divórcio com a realidade social provoca uma reação generalizada contra o racionalismo, o formalismo, o legalismo e mesmo o positivismo, no qual redundava toda sua concretude, e que irá desembocar em uma crítica de seus frutos, no âmbito do pensamento jurídico, mais especialmente, no Positivismo – termo que passou a abranger, na *communis opinio*, todo o estado de coisas indesejáveis da aplicação do Código com “rédeas curtas”.¹¹⁸

Esse panorama dominou de tal forma o Século XIX, que uma integração do texto de modo a atender a uma ficta vontade do legislador passou a ser uma solução para numerosos problemas sem solução expressa no *Code*. E toda a exegese e classicismo jurídico passaram a ter uma confiança cega nas construções lógicas defendidas como objetivo e para resolver os problemas de soluções não codificadas. Esse estado de coisas desencadeou uma reação uníssona e altissonante de movimentos contrários a essa visão formal, que, agrupados, *commoditatis causa*, na luta contra o que foi chamado genericamente de Positivismo, negavam-se a dar uma aplicação em bases exegéticas ao Código Napoleão, e recusavam ver na lei escrita, emanada da vontade do legislador, a única fonte do Direito.¹¹⁹

¹¹⁸ Maria José Bernuz Beneitez. *François Geny e el derecho La luta contra el método exegético*. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2006. p. 33. François Géný. *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*. Trad. José Luis Monereo Pérez. Granada: Comares, 2000. *passim*. Georges Renard. *Introducción filosófica al estudio del derecho*. Tomo II. Trad. Santiago Cunchillos Manterola. Buenos Aires: Dedebec, 1947. p. 31. León Duguit. *Las transformaciones del derecho público y privado*. Trad. Adolfo Posada. Granada: Comares, 2007. *passim*. Maurice Hauriou. *Principios de derecho público y constitucional*. Trad. Carlos Ruiz del Castillo. Granada: Comares, 2003. *passim*. Paulo Jorge de Lima. *Dicionário de filosofia do direito*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1968. p. 82.

¹¹⁹ Paulo Jorge de Lima. *Dicionário de filosofia do direito*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1968. p. 82. A. L. Machado neto. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 20. Caio Mario. *Instituições de Direito Civil*. v. I. 23ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 552. Maria José Bernuz Beneitez. *François Geny e el derecho La luta contra el método exegético*. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2006. p. 33. François Géný. *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*. Trad. José Luis Monereo Pérez. Granada: Comares, 2000. *passim*. Georges Renard. *Introducción filosófica al estudio del derecho*. Tomo II. Trad. Santiago Cunchillos Manterola. Buenos Aires: Dedebec, 1947. p. 31. León Duguit. *Las transformaciones del*

Partindo de teses muito diferentes e tendo em mira intuítos diversos, ergueu-se contra esse estado de coisas uma série de críticas que não tardaram a formar movimentos e escolas, que passaram a dominar o pensamento da época. A intensa atividade jusfilosófica que brotou da velha cepa francesa da liberdade, entranhada em cada corrente, como era de se esperar, foi englobada numa denominação geral e recebeu alcunha desassociada do Positivismo - porque alguns deles também eram declaradamente positivistas, como seria exemplo um dos seus mais ilustres representantes: Léon Duguit, adepto do Positivismo Sociológico. Os críticos da Escola da Exegese fazem uma crítica comum e se opõem ao penetrante *formalismo da vontade do legislador como única fonte do Direito*. Consoante o nome indica, serão chamados, simultaneamente, correntes e defensores de *antiformalistas*.¹²⁰

Não se deve olvidar que a prática também não é estática, como se fosse dada de uma só vez e para sempre, de forma fixa e inalterável, como parecem querer os críticos do Código Napoleão. A aplicação do *Code Civil* demonstrava a capacidade dos homens para conhecer o mundo e descobrir as leis do movimento e do desenvolvimento, que a realidade social impõe, além de ter que se adaptar às variadas práticas, tradições e costumes do povo francês. O mais íntimo revivimento da sociedade desperta a reflexão de que a matéria a ser tratada pelo Direito é infinita e inesgotável, motivo pelo qual sempre haveria fenômenos que ainda não são conhecidos e dos quais se exigiriam novas formulações e novas soluções. E se não há fenômenos incognoscíveis, e informações que ontem eram desconhecidas, hoje haveriam de ser conhecidas, e os instrumentos muito preciosos dos antiformalistas poderiam não ter, igualmente, a capacidade

derecho público y privado. Trad. Adolfo Posada. Granada: Comares, 2007. *passim*. Maurice Hauriou. *Princípios de derecho público y constitucional*. Trad. Carlos Ruiz del Castillo. Granada: Comares, 2003. *passim*. Paulo Jorge de Lima. Dicionário de filosofia do direito. São Paulo: Sugestões Literárias, 1968. p. 82.

¹²⁰ Jean-Cassien Billier. Agla Maryioli. História da filosofia do direito. Trad. Maurício de Andrade. São Paulo: Manole, 2005. p. 237. Georges Renard. *Introducción filosófica al estudio del derecho*. Tomo II. Trad. Santiago Cunchillos Manterola. Buenos Aires: Dedebe, 1947. p. 31. M.G.V. Scherer. *Principales différences entre lei Code Napoleón (1804) e le Code Guillaume II (1900)*. Paris: Recuel Sirey, 1927. Léon Duguit. *Las transformaciones del derecho público y privado*. Trad. Adolfo Posada. Granada: Comares, 2007. *passim*. Maurice Hauriou. *Princípios de derecho público y constitucional*. Trad. Carlos Ruiz del Castillo. Granada: Comares, 2003. *passim*. François Géný. *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*. Trad. José Luis Monereo Pérez. Granada: Comares, 2000. *passim*.

de analisá-las. O reflexo das questões formuladas pelos antiformalistas e da sua capacidade de dar conta dos problemas teóricos e práticos, aliado às críticas recíprocas entre as correntes e representantes – e, porque não dizer, da ampla propaganda em torno dos temas que enfrentava - se fez sentir na França e também fora dela. E um dos destaques, dentre os pensadores influenciados além das fronteiras do país, a despeito de sua originalidade e dos seus dotes especulativos, está Carl Schmitt.¹²¹

Também os alemães, em seu próprio país, fundado em 1871, após a Guerra Franco-Prussiana, sob a batuta do chanceler Bismarck, encontraram forças, de cunho formalista, em seu sistema jurídico, que sofreram resistências reputadas igualmente antiformalistas. Devido ao exuberante desenvolvimento do Pandectismo e do Conceptualismo, ou mais propriamente de uma abrangente orientação de juristas por meio da Jurisprudência dos Conceitos, um destino teve a Alemanha: de receber os influxos de movimentos contrários aos rigores do Conceptualismo estampado no mais refinado pensamento da época. A Jurisprudência dos Conceitos era e ainda é enquadrada como um tipo de Positivismo Jurídico, a despeito do teor especulativo e metafísico de suas considerações. E contra ela firmavam-se as forças antiformalistas gemânicas, que se multiplicaram desde perspectivas pragmáticas até mesmo às positivistas, tal como ocorreu entre os franceses. São exemplos respectivos o Direito Livre e a Jurisprudência dos Interesses ou, para quem toma por uma orientação verdadeiramente autônoma, a Jurisprudência dos Valores. Seus mais ilustres representantes vão de Eugen Ehlich, para o Direito Livre, a Phillip Heck, para a Jurisprudência dos Interesses, e Heinrich Stoll, para a Jurisprudência dos Valores. Se a verdade das críticas fosse determinada pela necessidade, poderia Schmitt ter alçado uma das teorias

¹²¹ Paulo Jorge de Lima. Dicionário de filosofia do direito. São Paulo: Sugestões Literárias, 1968. p. 82. A. L. Machado neto. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 20. Caio Mario. *Instituições de Direito Civil*. v. I. 23ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 552. Maria José Bernuz Beneitez. *François Geny e el derecho La luta contra el método exegético*. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2006. p. 33. François Géný. *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*. Trad. José Luis Monereo Pérez. Granada: Comares, 2000. *passim*. Georges Renard. *Introducción filosófica al estudio del derecho*. Tomo II. Trad. Santiago Cunchillos Manterola. Buenos Aires: Dedebec, 1947. p. 31. León Duguit. *Las transformaciones del derecho público y privado*. Trad. Adolfo Posada. Granada: Comares, 2007. *passim*. Maurice Hauriou. *Princípios de derecho público y constitucional*. Trad. Carlos Ruiz del Castillo. Granada: Comares, 2003. *passim*. Paulo Jorge de Lima. Dicionário de filosofia do direito. São Paulo: Sugestões Literárias, 1968. p. 82.

alemãs à condição de *fundamento* de suas ideias; mas Carl Schmitt jamais seria uma cópia, nem sequer parcial, dos seus conterrâneos e encontrará na França o mote de suas ideias.¹²²

Problemas foram suscitados entre os franceses, certamente, em torno dos quais se atarefava o pensamento jurídico formado pela Escola da Exegese, com relação à interpretação do Código Civil francês, que não seriam capazes de resolver. Surgiram esses problemas logo em seguida à sua entrada em vigor e durante boa parte do século XIX – período no qual se fez sentir mais intensamente os seus efeitos. Juristas como Charles Rau, Charles Antonine Aubry, Jean Charles Demolombe, Raymond Tropong, François Laurant, Victor Napoléon Mercadé e Gabriel Baudry-Lacantinerie - todos arrolados como integrantes da Escola da Exegese - até apresentaram brilhantes soluções para os difíceis problemas que lhes eram apresentados. Um, em especial, o alemão Karl Salomo Zachariae, por ocasião das ocupações da França sobre o que viria a ser mais tarde território da Alemanha, não somente apresentou soluções que ainda hoje influenciam o mundo, como escreveu uma obra, de destaque, reputada por alguns a mais expressiva, que serviu para Aubry e Rau transformassem sua tradução ao texto de Zachariae em seus famosos comentários, por ocasião da Guerra Franco-Prussiana e na vigência do Revanchismo.¹²³

A crítica demolidora dos antiformalistas, como era de se esperar, exigia que se desembaraçassem problemas afetos à realidade social e, mais do que isso, apresentaram soluções muito claras às reclamações em geral e às exigências da época. As propostas antiformalistas de

¹²² Kar Larenz. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenhian, 2012. p. 63. Fraz Wiacker. *História do direito privado moderno*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980. Schlosser-Molitor. *Perfiles de Historia del derecho privado*. Barcelona: Bosch, 1980. 115. Paulo Jorge de Lima. *Dicionário de filosofia do direito*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1968. p. 90. Interpretación da lei e jurisprudência dos interesses. Trad. José Osório. São Paulo: Saraiva, 1947. p. 39. Philipp Heck. *Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses*. Trad. José Osório. São Paulo: Saraiva, 1947. *Passim*.

¹²³ Paulo Jorge de Lima. *Dicionário de filosofia do direito*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1968. p. 82. A. L. Machado neto. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 20. Caio Mario. *Instituições de Direito Civil*. v. I. 23ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 552. Maria José Bernuz Beneitez. *François Geny e el derecho La luta contra el método exegético*. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2006. p. 33. François Géný. *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*. Trad. José Luis Monereo Pérez. Granada: Comares, 2000. *passim*. Georges Renard. *Introducción filosófica al estudio del derecho*. Tomo II. Trad. Santiago Cunchillos Manterola. Buenos Aires: Dedebeq, 1947. p. 31. León Duguit. *Las transformaciones del derecho público y privado*. Trad. Adolfo Posada. Granada: Comares, 2007. *passim*. Maurice Hauriou. *Princípios de derecho público y constitucional*. Trad. Carlos Ruiz del Castillo. Granada: Comares, 2003. *passim*. Paulo Jorge de Lima. *Dicionário de filosofia do direito*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1968. p. 82.

seus arautos ressoaram muito além desses questionamentos e marcaram a passagem e o rompimento jurídico do século XIX. Essa consequência crítica dos antiformalistas não era querida pelos autores do Código Civil da França, mas, contrariamente ao que se esperava, acabou por gerar e consagrar imensa reação, marcada ainda hoje por críticas que abrangem uma classificação, que não deixa de ser arbitrária e genérica, e foi imperante na aplicação do *Code Napoléon*, a de Positivismo.¹²⁴

O Positivismo Jurídico, muitas vezes confundido com o Cientificismo Jurídico, passou a ser destinatário das críticas dirigidas à aplicação e aos efeitos da Escola da Exegese, que encontrava confirmação reiterada na prática ao tomar a vontade do legislador como a única fonte do Direito. Um exemplo característico dessa afirmação foi o caso do impropriamente denominado *ato inexistente*, como conceito originado da ausência de uma nulidade expressa, prevista no Código Napoleão, para o casamento de pessoas do mesmo sexo, e diante do *princípio pas de nulité sans texte*. Na ausência de uma sanção expressa para a proibição de casamento entre pessoas do mesmo sexo, a solução foi entender que se tratava de um *ato inexistente*. Esse exemplo demonstrava que, no conhecimento do Direito, haveria sempre núcleos que surgiam incompatíveis com o ideal imutável do legislador francês. Esses núcleos aumentavam com o avanço do conhecimento acumulado, com novas deduções e conclusões, tal como pregava a Escola da Exegese, que via na lei escrita a única fonte do Direito, limitando os estudos jurídicos à interpretação dos dispositivos legais e à pesquisa da intenção do legislador.¹²⁵

¹²⁴ A. L. Machado neto. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 20. Maria José Bernuz Beneitez. *François Geny e el derecho La luta contra el método exegético*. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2006. p. 33. François Géný. *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*. Trad. José Luis Monereo Pérez. Granada: Comares, 2000. *passim*. Georges Renard. *Introducción filosófica al estudio del derecho*. Tomo II. Trad. Santiago Cunchillhos Manterola. Buenos Aires: Dedebec, 1947. p. 31. León Duguit. *Las transformaciones del derecho público y privado*. Trad. Adolfo Posada. Granada: Comares, 2007. *passim*. Maurice Hauriou. *Principios de derecho público y constitucional*. Trad. Carlos Ruiz del Castillo. Granada: Comares, 2003. *passim*. Paulo Jorge de Lima. *Dicionário de filosofia do direito*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1968. p. 82.

¹²⁵ Curiosamente a solução do ato inexistente foi dada por Zacharie, um alemão, no momento em que vigorava em terras germânicas o Código francês pela ocupação napoleônica da Alemanha. Cf. Caio Mario. *Instituições de Direito Civil*. v. I. 23ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 552. Esse exemplo parece hoje estar prejudicado pela nova legislação francesa que instituiu o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Gonzague Truc. *História da Filosofia*. Trad. Ruy Flores Lopes e Leonel Vallandro. Porto Alegre: Globo, 1958. p. 256. M.G.V. Scherer *Principales différences entre lei Code Napoléon (1804) e le Code Guillaume II (1900)*. Paris: Recuel Sirey, 1927. Paulo Jorge de Lima. *Dicionário de filosofia do direito*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1968. p. 171.

A França, como país único e de uma exclusiva continuidade histórica, parece ter tido um reconhecimento de sua situação de fato, independente da Paz de Westfalia, que inaugurou o moderno sistema internacional de Estado-nação. Por outro lado, a França conheceu oito constituições e, portanto, oito Estados franceses foram criados, ao menos se considerados a partir da sua singular experiência de oito constituições. E se de um lado mudava o Estado francês, o Código Napoleão permanecia, imaculado e inalterado, e sobrevivia, irretorquivelmente, a cada nova constituição, republicana ou monárquica, real ou imperial. Nunca satisfeito com o que observava, o homem acabou por modificar a realidade pretensamente imutável do Código Napoleão, a despeito da Escola da Exegese, e passou a conceber novas ideias e pensamentos antiformalistas. É na relação desses debates históricos que surgem os movimentos contrários ao Positivismo Jurídico, nos quais resultaria *ex facto* a aplicação do Código Civil Francês encabeçados por Duguit, Gény e Maurice Hauriou. Um distintivo característico entre eles é o uso por todos, ainda que de pontos de vista diferentes, da Sociologia – termo cunhado por Auguste Comte, conhecido fundador do Positivismo. A chave para bem compreender a atividade contrária ao Positivismo estará na própria terra do pai do Positivismo, a França, por meio de um de seus críticos, quiçá, o principal, Léon Duguit, igualmente positivista, embora na vertente sociológica. E o alvo de suas críticas é a Metafísica e, mais especificamente, a do Conceptualismo alemão, na figura central do *direito subjetivo* – agora definitivamente delineado pelas mãos luminosas e inolvidáveis de Georg Jellinek, o qual Duguit não se cansará de criticar e lançar mão de outra figura jurídica, como sempre ocorreu quando se negava o direito subjetivo, denominada de *situação jurídica*.¹²⁶

¹²⁶ O ânimo de Duguit parece ser o Revanchismo, que descamba para um antigermanismo e a recusa da figura central do direito subjetivo. A crítica de Duguit de que era pura metafísica pode ser encontrada em suas obras. Cf. Lecciones de Derecho público general. Trad. Javier Garcia Fernández. Madri: Marcial Pons, 2011. p. 20. Sobre o direito subjetivo, cf. Georg Jellinek. *Sistema de diritti pubblici subbiettivi*. Trad. Gaetano Vitagliano. Milão: Società Editrice Libraia, 1912. *passim*. A. L. Machado neto. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 30. Carré de Malberg. *Teoria general del Estado*. Trad. José Lion Depetre. México: Fondo de Cultura Economica, 2001. p. Caio Mario da Silva Pereira. *Instituições de Direito Civil*. v. I. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 65. Gabriel Marty e Pierre Raynaud. *Droit Civil*. T. I. Paris: Sirey, 1956. p. 126. Hipólito Taine. *Los orígenes de la Francia contemporánea*. Buenos Aires; Editorial Mayo, 1944. *passim*. Jean-Étienne-Marie Portalis. *Discurso preliminar del proyecto de código civil frances*. Trad. Manuel de Rivacoba y Rivacoba. Valparaíso, 1978. *passim*. A. Fouillée. *Novísimo concepto del derecho*. Madri: La España Moderna, 1922. p. 70. Carl

O problema não se apresenta apenas na complexidade e no processo contraditório do conhecimento, mas, ao contrário, em causas ideais que buscavam soluções nas tarefas práticas, sem deixar de levar em conta o extenso e profundo campo das abstrações. Cada problema novo, sem solução no Código Civil francês, renovava a orientação exegetica e incentivava o ambiente antiformalista. Um grande e inacabado Código com a necessidade de adaptar-se aos casos novos. E isso encontrava amparo nas próprias condições em que o Código era aplicado, pois a experiência nos convence, em particular, do seguinte: o Código Civil, vivo e operado, numa França de várias constituições, era a prova da qual emergia um Positivismo, o Positivismo Sociológico.¹²⁷

Esse Positivismo Sociológico descobre-se de um modo evidente na enorme complexidade de ocorrências, que exigiriam a aplicação de um código, como o *Code Napoléon* - o primeiro das grandes codificações modernas. Para melhor se compreender o comportamento de um povo disciplinado por uma codificação, que se confronta com a sua própria Constituição, como no exemplo francês, e se circunscrevendo à temática do *Código contra Constituição* a respaldar o fato social contra a ordenação constitucional, lembramos o caso que parece mais emblemático, o de Quebeque. O *Common Law* foi recusado pelo povo de expressão francesa do então Baixo Canadá, dominado pelo Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda após as vitórias sobre a França na Guerra dos Sete anos, que resultaram na celebração do Tratado de Paris de 1763. Também exemplificam esse fenômeno, a codificação (ou codificações) da Louisiana e, de certo modo, a de Porto Rico, que não abandonou seu código civil. Em todos esses locais, o *Common Law* não conseguiu se impor ou não teve uma repercussão total ou parcial. Na Alemanha, o Código Civil (*das Bürgerliche Gesetzbuch*, conhecido pelo acrônimo *BGB*) venceu

Schmitt. *Teoria de la constitución*. Trad. Francisco Ayala. Buenos Aires: Struhart & Cia., s/d. p. 37. Idel Becker. *Pequena história da civilização ocidental*. 6ª ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1973. p. 244.

¹²⁷ R. Carré de Malberg. *op. cit.* Caio Mario da Silva Pereira. *op. cit.* Edgar Bodenheimer. *Ciência do direito Filosofia e metodologia jurídicas*. Trad. Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p. 150. Jean Dabin. *La philosophie de l'ordre juridique positif*. Paris: Recueil Sirey, 1929. p. 114. León Duguit. *Las transformaciones del derecho público y privado*. Granada: Comares, 2007. p. 17.

o Kaiser, Weimar, o Nazismo, o Comunismo, e reina absoluto na República Federal da Alemanha.¹²⁸

A verdadeira luta contra o Positivismo, que resultou dos efeitos da aplicação da jusnaturalista Escola da Exegese, deu origem, na França, como resultado de sua aplicação, a um movimento chamado de Antiformalista, conduzido por François Géný, Leon Duguit e Maurice Hauriou.¹²⁹ Géný desenvolveu uma teoria sobre métodos de interpretação, que não se limitavam aos contornos jurídicos.¹³⁰ Duguit seguiu uma linha que não era a do Positivismo formal, legal e exegético, mas que descambava para um *Positivismo Sociológico*.¹³¹ Maurice Hauriou, a despeito de abraçar um sociologismo jurídico, optou por uma crítica não somente ao Positivismo em vigor, mas, também, ao seu colega da Universidade de Bordéus, Léon Duguit.¹³²

Maurice Hauriou fez uma espécie de análise em sua reação ao estado do pensamento jurídico pela aplicação do Código Civil, que significou, indubitavelmente, uma contraposição ao Positivismo Formal e, mais do que isso, às teorias sustentadas por Duguit, de orientação positivista, na linha sociológica. A concepção diferenciadora de Hauriou ficou conhecida por

¹²⁸ Marcel Giraud. *Historia del Canadá*. Trad. Zoe de Godoy. Madri: Salvat, 1956. Jean Hamelin. Jean Provencher. *Breve História de Quebec*. Trad. Glenn Gallardo. México: Fondo de Cultura Económica, 2003. Maurice Denuziere. *Louisiana*. Trad. Augusto Donaudy. Milão: Rizzoli, 1979. p. 108. Kátia Gerab Baggio. *A questão nacional em Porto Rico*. São Paulo: Annablume, 1998. J. C. Ogelsby. *Breve história de Canada*. Trad. Roberto Gabaldón. Caracas: 1985. p. 65. Desmond Morton. Trad. Luiz Roberto de Godoi Vidal. São Paulo: Alfa-Omega, 1989. p. 28. Raoul P. Barbe. *Droit Administratif canadien et québécois*. Ottawa: Éditions de L'Université D'Ottawa, 1969. p. 49. Karl Larenz. *Metodologia da Ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. Fraz Wiacker. *História do direito privado moderno*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

¹²⁹ Sobre o Antiformalismo e essa denominação. cf. Jean-Cassien Billier. Aglaé Maryioli. *História da filosofia do direito*. Trad. Pedro Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 2001. p. 175.

¹³⁰ Cf. François Géný, *Método de interpretación y fuentes em derecho privado positivo*. Trad. José Luis Monereo Pérez. Granada: Comares, 2000

¹³¹ Cf. León Duguit, *Las transformaciones del derecho público y privado*. Trad. Adolfo Posada y Ramón Jaén. Granada: Comares, 2007.

¹³² Moacyr Lobo da Costa. *Três estudos sobre a doutrina de Duguit*. São Paulo: Ícone, 1997. *passim*. François Géný. *Método de interpretación y fuentes em derecho privado positivo*. Trad. José Luis Monereo Pérez. Granada: Comares, 2000. Miguel Reale. *Filosofia do direito*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 439. A. L. Machado neto. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 30. Eduardo García Máynez. *Introducción al estudio del derecho*. 62ª ed. México: Porrúa, s/d. p. 333. Raymond Carré de Malberg. *La teoria gradualística del diritto*. Trad. Anna Chimenti. Milão: Giuffrè, 2003. *passim*. Maurice Hauriou. *Principios de derecho público y constitucional*. Trad. Carlos Ruiz del Castillo. Granada: Colmares, 2003. León Duguit, *Las transformaciones del derecho público y privado*. Trad. Adolfo Posada y Ramón Jaén. Granada: Comares, 2007.

Institucionalismo, e a ela o próprio Schmitt diz, expressamente, aderir, no texto o *Nomos da Terra*, no qual, também, sustenta sua adesão às ideias de Hauriou sem considerar, no entanto, dois aspectos fundamentais: a ideia de *instituição*, pois a reputava pouco dinâmica; e a de *sociedade*, já que era demasiadamente estável e definida para comportar algumas das concepções germânicas puras e a vontade de uma autoridade soberana, motivo pelo qual optou por *comunidade*. A essas ideias se reportava com as ressalvas mencionadas, inclusive aquelas resultantes de um discípulo de Hauriou, chamado Georges Renard, dado o seu pendor neotomista, especialmente quanto à natureza das coisas, o que contrariava a ideia de vontade do soberano.¹³³

Renard propunha uma postura antivoluntarista e considerava a ideia de instituição a via média entre os dois extremos do Individualismo e do Sociologismo, e o ponto de convergência entre os reflexos da instituição e de seus membros. E salientava, na afirmação das suas ideias, a diferença fundamental entre a *instituição* e o *contrato*, porque no contrato não há integração numa ideia; há, simplesmente, encontro de duas vontades que seguem, cada uma, o seu caminho, ainda que esse fenômeno produza, ao final, um equilíbrio; e a instituição, ao contrário, explicaria o Estado, porque seria o processo de se traduzir a sua realidade, a realidade do Estado, como realidade de uma instituição estável e organizada, assim como ocorreria, *mutatis mutandis*, na organização interna das associações privadas.¹³⁴

A aparição das teorias de Hauriou causou uma considerável repercussão no pensamento de Schmitt. As fragilidades que Schmitt acentuava em suas críticas às leituras da obra de Hauriou, e que se propunha a vencer, serviram, de certo modo, como um aperfeiçoamento à formulação original de que as instituições fazem as regras de Direito e não o contrário. A existência de uma crítica ao Positivismo protagonizado por Hans Kelsen, especialmente no período de 1920 a 1933, tão festejada por autores que descartam uma análise antipositivista das

¹³³ Georges Renard. *L'Institution*. Paris: Flammarion, 1933. *passim*. Georges Renard. *Introducción filosófica al estudio del derecho*. Trad. Santiago Cunchillos Manterola. Buenos Aires: Dedebec, 1947. Miguel Reale. *Filosofia do direito*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 439. A. L. Machado Neto. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 20. Bernd Rüthers. *Carl Schmitt en el Tercer Reich*. Buenos Aires: Struhart & Cia., s/d. p. 47.

¹³⁴ Uma manifestação nítida desse sociologismo é a obra de Gabriel Tarde. *Les transformations du droit*. Paris: Berg, 1994. p. 159. Miguel Reale. *Filosofia do direito*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 439.

obras de Schmitt, seria uma crítica dirigida mais propriamente ao Normativismo e não ao Positivismo como um todo, e Schmitt encontrava sua sustentação nas primeiras lições que extraiu de Hauriou de que as instituições fazem as regras e não o contrário.¹³⁵

A diferenciação do Institucionalismo de Hauriou com o pensamento de Schmitt torna-se evidente diante dos pontos centrais de sua teoria. O Institucionalismo era, original e dispersadamente, um contraponto ao Contratualismo. Fizeram fileiras na miríade institucionalista vários autores, dentre os quais o italiano Santi Romano. Somente mais tarde o Institucionalismo servirá para opor-se ao Estado e ao Direito e o será pelas mãos de Hauriou. A orientação de Hauriou será o ponto de partida da Escola de Bordéus (Bordeaux), que influenciou o também francês Georges Renard, o italiano Santi Romano e especificamente o alemão Carl Schmitt. Mais tarde, Hauriou enfrentará Duguit e o seu Positivismo Sociológico. Serão as lições introdutórias de Hauriou, por sinal nunca olvidadas, que servirão de base para Schmitt combater o Normativismo de Hans Kelsen.¹³⁶

O Institucionalismo considera a *instituição*, ou seja, a organização que realizou, em si, a situação mais alta de algo no Direito. Ao se contrapor ao *Contratualismo*, o Institucionalismo parece, em seus primórdios, encontrar sua melhor caracterização em um incidente de uma companhia de navegação do Rio Reno e, nesse particular, é expressão usada no Direito Comercial, especialmente em função das palavras do empreendedor alemão Walther Rathenau, que respondeu aos acionistas da companhia Norddeutscher Lloyd, quando questionado sobre o fato de não ter conseguido os lucros do investimento dos acionistas: “a sociedade não existia para distribuir dividendos aos seus senhores, mas para fazer navegar os barcos no Reno”.¹³⁷ Desde, então, a expressão “barcos do Reno” assumiu um significado de *interesse social*, em uma

¹³⁵ Moacyr Lobo da Costa. *Três estudos sobre a doutrina de Duguit*. São Paulo: Ícone, 1997. *passim*. Pedro Hermílio Villas Bôas Castelo Branco, *op. cit.*

¹³⁶ A. L. Machado neto. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 30. Eduardo García Máynez. *Algunos aspectos de la doctrina kelseniana. Exposición y crítica*. México: Coyoacán, 2011. Georges Renard. *L'institution*. Paris: Flammarion, 1933. *passim*. Lorenzo Meucci. *Istituzioni di diritto amministrativo*. Roma: Fratelli Bocca, 1898. p. 15. Santi Romano. *Frammenti di un dizionario giuridico*. Milão: Giuffrè, 1983. p. 76. Santi Romano. *L'ordinamento giuridico*. Florença: Sansoni, 1951. p. 66.

¹³⁷ Guido Rossi. *Il gioco delle regole*. Milão: Adelphi, 2006. p. 19.

concepção de objetivação da empresa, pela qual os interesses dos acionistas é distinto e, às vezes, contraposto aos interesses da empresa ou da sociedade.¹³⁸

A essência do pensamento de Hauriou já não tinha o Contratualismo como opositor, mas, em verdade, o Direito e o Estado, tal como se concebe tradicionalmente. A orientação de Hauriou foi utilizada por Schmitt sem a configuração institucionalista, que considerava frágil, sem dinamismo e inconvenientemente fechada, mas nunca se esqueceu da lição de que as instituições fazem as regras de Direito e não o contrário – que será, de forma adaptada, a premissa fundamental do Decisionismo. É de boa lembrança que Schmitt não seguiu a filosofia institucionalista de Maurice Hauriou, porque não a considerava dinâmica e estava desassociada da noção de ordem concreta, na qual assentavam suas ideias, mormente pelos aperfeiçoamentos neotomistas de Georges Renard. O Institucionalismo foi mantido pelo filho de Maurice Hauriou, o Professor André Hauriou, da Universidade de Paris, e nos parece respeitoso dizer que não tem nenhuma correlação com o destino que Carl Schmitt imprimiu às suas leituras.¹³⁹

¹³⁸ Aspectos da vida e obra de Walther Rathenau, industrial, filósofo, cientista e mecenas de origem judaica pode ser encontrado no livro de Héctor Orestes Aguilar, *Carl Schmitt, Teólogo de la Política*. México: Fondo de Cultura Económica, 2001.p. 13. Walter Rathenau. *Walter Rathenau a través de sus obras*. Trad. Catalina Grossmann e Alfredo Cahn. Buenos Aires: Editorial del Instituto Americano de Investigaciones Sociales y Económicas. Buenos Aires, 1942. p. 42.

¹³⁹ O acolhimento das ideias do pai, Maurice Hauriou, pelo filho, André Hauriou, é expressamente declarada na sua obra *Derecho constitucional e instituciones políticas*. 2ª ed. Barcelona: Ariel, 1971. p. 12. Miguel Reale. *Filosofia do direito*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 439.

Capítulo IV

A Jurisprudência dos Conceitos e o Neokantismo

Pode-se assinalar três períodos particularmente relevantes no desenvolvimento do pensamento alemão, no decurso do século XX: o Historicismo, o Positivismo e o Neokantismo. A Jurisprudência dos Conceitos inclui-se mais propriamente na terceira corrente (Neokantismo), não obstante tenha suas raízes no Historicismo, igualmente influenciado por Kant. Apesar de todo o antagonismo entre pensadores e orientações, penetrou a Jurisprudência dos Conceitos no pensamento jurídico e edificou o grande sistema de conceitos na passagem do século pelas mãos de Georg Friedrich Puchta, historicista originalmente, a quem é atribuída a elaboração da teoria, com a peculiar figura da Pirâmide de Conceitos, segundo a qual cada conceito superior autoriza certas deduções, de modo que, se um conceito inferior se amolda a um superior, então tudo o que se diz sobre o conceito superior é também válido para o conceito inferior. Apresentava-se a Jurisprudência dos Conceitos paralelamente ao Pandectismo, mas com ele não se confundia, especialmente pelas variações e divergências de alguns juristas pandectistas como, por exemplo, Rudolf von Ihering, que tomava, de forma original, o elemento social do Direito e os conflitos de interesse na sociedade em sua obra.¹⁴⁰

As marcas da Escola Histórica do Direito se fazem presentes de variadas formas nas teorias desenvolvidas ao longo do século XIX, e todo o debate que provoca orienta algumas das discussões mais importantes no Século XX. Seus maiores representantes são Friederich Carl von

¹⁴⁰ Karl Larenz. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenhian, 2012. p. 25. Para um exame específico sobre a noção de conceito em direito cf. Claude du Paquier. *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du Droit*. Neuchâtel: Delachaux & Niestlé, 1979. p. 168. Carlos Eduardo López Rodríguez. *Introdução ao pensamento e à obra jurídica de Karl Larenz*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

Savigny e seu aluno Georg Friedrich Puchta. Savigny é reputado o verdadeiro fundador da Escola Histórica do Direito, embora a Gustav Hugo seja atribuída a honra e paternidade. Puchta, como Savigny, é adepto da filosofia de Kant, especialmente do seu sistema apriorístico de liberdade e autonomia, do qual se extraem a figura central do direito subjetivo. Apesar de integrar originariamente a Escola Histórica do Direito, terminara Puchta por fundar uma outra teoria, a Jurisprudência dos Conceitos. A atitude anticodificadora para a legislação e os questionamentos sobre a concepção de lei são pontos de destaque nos estudos e análise do Historicismo de Savigny, ao sustentar que o Direito é fruto das tradições e da história de cada povo, e que sua contínua evolução e transformação não eram compatíveis com a sistemática férrea e rígida de uma codificação, nos moldes do Código Napoleão. Baseado nesses argumentos, Savigny travou conhecida polêmica com Thibaut sobre a codificação alemã.¹⁴¹

O Historicismo Jurídico ganhou não apenas realce, se comparado ao Historicismo concebido pelos filósofos, como formulou de maneira sistemática os seus postulados básicos, assim resumidos:¹⁴²

- (a) o Direito surge da consciência nacional ou do espírito do povo, isto é, das convicções próprias da comunidade, mantidas pela tradição;
- (b) o Direito evolui espontaneamente, tal como a linguagem, não podendo ser imposto em nome de princípios racionais e abstratos;
- (c) o costume é a principal fonte do Direito, cabendo ao legislador ser o intérprete das regras consuetudinárias, transformando-as em leis.

Partindo de um debate sobre as origens do Direito alemão e da recuperação do Direito antigo, suscita uma releitura do significado de espírito do povo (o *Volksgeist*). Compenetrados

¹⁴¹ Gerhard Wesenberg. Gunter Wesener. *Historia del derecho privado moderno em Alemania y em Europa*. Trad. José Javier de los Mozos Touya. Valadoli: Lex Nova, 1998. p. 269. F. de Savigny. *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y para la ciencia del derecho*. Trad. Adolfo G. Posada. Buenos Aires: Editorial Avalaya, 1946. Paul Oertmann. *Introducción al derecho civil*. Trad. Luis Sancho Seral. Barcelona: Labor, 1933. p. 17. Georg Friedrich Puchta. *Storia del diritto presso il popolo romano*. Trad. Carlo Poli. Milão: Stabelecimento Civelli Giuseppe, 1858.

¹⁴² Paulo Jorge de Lima. *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1968. p. 95. Georg Friedrich Puchta. *Storia del diritto presso il popolo romano*. Trad. Carlo Poli. Milão: Stabelecimento Civelli Giuseppe, 1858.

nas ideias de que as leis e os códigos não estariam, necessariamente, em harmonia com o caráter do povo acentuaram o desenvolvimento progressivo da Ciência do Direito e a necessidade de deixar fruir a tradição jurídica nacional.¹⁴³

As concepções históricas brotaram no ambiente cultural e romântico alemão para demonstrar a natureza progressiva e, portanto, histórica, das manifestações e da lenta maturação do desenvolvimento do indivíduo concreto e histórico. E elas bem se mostraram na passagem do Historicismo para o século XX, ao provocar uma série de movimentos em torno da Filosofia de Hegel, conhecidos como neo-hegelianos, que pregam a ausência de critério objetivo para determinar a análise de um objeto de estudo, de modo que, por exemplo, a Filosofia, a Política e o Direito estariam fadados à sua própria historicidade. Esses movimentos, que se desdobram da filosofia de Hegel, seguem uma evolução que é contrária ao Positivismo, especialmente pela exigência ética baseada em valores ideais que, por sua vez, acompanham a Filosofia transcendental de Kant que não é contrária ao Hegelianismo.¹⁴⁴

Nas premissas históricas de formação e desenvolvimento da filosofia de Emmanuel Kant, a simplificação do estudo do seu pensamento nos conduziria à afirmação de que as ideias transformaram-se em Filosofia, que respondeu com a *Filosofia da ideia* que é englobada na denominação geral de *Idealismo*.¹⁴⁵ É uma das correntes filosóficas mais importantes do século XIX e avança até o primeiro quartel do século XX, quando parece perder importância. Sua área de influência é a Europa continental e a América do Sul, Central e México. A despeito do número assaz considerável de pensadores que seguem a linha do Idealismo, prevalece neles o traço comum de serem idealistas em matéria epistemológica e em seus objetivos estabelecerem um certo convencimento de que o autêntico direito não pode ser conjuntural ou mutável, não pode

¹⁴³ Gerhard Wesenberg. Gunter Wesener. *Historia del derecho privado moderno en Alemania y en Europa*. Trad. José Javier de los Mozos Touya. Valadoli: Lex Nova, 1998. p. 269. Carl Schmitt. *Teoria de la constitución*. Trad. Francisco Ayala. Buenos Aires: Struhart & Cia., s/d. p. 389.

¹⁴⁴ Jean-François Kervégan. *Hegel, Carl Schmitt*. Trad. Carolina Huang. São Paulo: Manole, 2006. p. 4. Numa visão abrangente, cf. I. Kant. *Introducción a la teoría del derecho*. Trad. Felipe Gonzalez Vicen. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1978. *passim*. A. Fouillée. *Novísimo concepto del derecho*. Trad. Eduardo Gómez de Baquero. Madri: La España Moderna, 1922. p. 33.

¹⁴⁵ Cf. I.M. Bochenski. *A filosofia contemporânea ocidental*. 2ª ed. Trad. de Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo Herder, 1968. p. 85. Kant

estar nos albores dos tempos e das sociedades, e deve ser inalterável em sua essência os primeiros elementos, tal como a Jurisprudência dos Conceitos orienta. Desse modo, toda a realidade é imanente a um espírito objetivo, o qual cria as formas que aparecem na natureza e na alma humana, ou que se identificam com ambas, de modo que o Idealismo, atado a sua ontologia, é que endossa a atividade do legislador em sua missão constitucional de elaborar leis.¹⁴⁶

Ao se estabelecer que o pensamento não existe objetivamente de forma interna e fixada de antemão, mas por um processo natural de fatos qualificados, que determinam em sua correlação, o Direito marchou em um processo natural, objetivo e condicionado por causas concretas, para uma série de movimentos renovadores, que redundam na Jurisprudência dos Conceitos. Uma série de movimentos chamados de neokantistas ou neokantianos acabaram por emergir do contexto da Filosofia geral kantiana da época. Cinco foram logo superados, já que não eram kantianos ortodoxos. Dois, entretanto, que eram os mais importantes não somente floresceram, como se mostraram muito ativos. Fiéis ao espírito de Kant, encontraram forte eco até mesmo no período dos dois grandes conflitos mundiais.¹⁴⁷

Seria justo conceber a ideia de que o desenvolvimento objetivo e a sucessão das formações do pensamento filosófico neokantiano de seus integrantes seguiram certo esquema filosófico-histórico exclusivamente alemão como ocorreu com os reflexos na Filosofia do Direito. A aparição de alguns expoentes na universalidade da Filosofia mundial nos adverte, de maneira gráfica e simples, o sistema de pensamento de toda uma época, mas não exclui a debilidade de sua afirmação e a necessidade de agruparmos os pontos mais relevantes de cada movimento, concentrados na Alemanha.¹⁴⁸

¹⁴⁶ Bochenski. *Idem*. Johannes Hirschberger. *História da filosofia moderna*. 2ª ed. Trad. Alexandre Correia. São Paulo: Herder, 1967. P. 273.

¹⁴⁷ Bochenski. *Ibidem*.

¹⁴⁸ Bochenski. *Ibidem*. Kazimierz Ajdukiewicz, *Problemas e teorias da filosofia*. Trad. Pablo Rubén Mariconda e Regina Correa Rocha. São Paulo: Livraria Editora Ciências Humanas, 1979. p. 15.

As formas puras dos dois movimentos obrigam a separação uma da outra na Filosofia geral alemã. Nos últimos trinta anos do Século XIX prevaleceu o idealismo no pensamento geral e no Direito. Podem ser enumeradas, da seguinte forma, as escolas Neokantianas gerais:¹⁴⁹

- (1) Fisiologista;
- (2) Metafísica;
- (3) Realista;
- (4) Relativista;
- (5) Psicológica;
- (6) Axiológica;
- (7) Logicista;

A escola fisiologista buscava a interpretação das formas kantianas *a priori* como disposições filosóficas, que são consideradas nos aspectos mais determinantes de liberdade e autonomia, tão caros ao Direito.¹⁵⁰ Seus principais integrantes são Hermann Helmholtz (1821-1894) e Friedrich Albert Lange (1828-1875).¹⁵¹ A escola metafísica admitia a possibilidade de uma metafísica crítica e era formada, basicamente, por Otto Leibmann (1840-1912) e por Joahannes Volkelt (1848-1930); não tinha, aparentemente, uma aplicação direta no pensamento jurídico por considerar a razão em detrimento dos fatos.¹⁵² A escola realista manifestava-se no sentido da existência de uma coisa em si e encontrava expressão em Alois Riehl (1844-1924) e Richard Hönigswald (1875-1947), que desprezavam o sujeito cognoscente.¹⁵³ A *escola relativista* sustentava que o *a priori* kantiano era de natureza psicológica e relativa, e encontrava em Georg

¹⁴⁹ A classificação é de Bochenski. *op. cit.* p. 98.

¹⁵⁰ Bochenski. *op. cit.* p. 98.

¹⁵¹ Bochenski., *op. cit.* p. 98. Johannes Hirschberger. História da Filosofia contemporânea. Trad. Alexandre Correia. 2ª ed. São Paulo: Herder, 1968. p. 62. Friedrich Albert Lange. *Storia del materialismo*. Trad. Angelo Treves. Milão: Monanni, 1932.

¹⁵² Bochenski, *op. cit.* p.98. Johannes Hirschberger. História da Filosofia contemporânea. Trad. Alexandre Correia. 2ª ed. São Paulo: Herder, 1968. p. 129.

¹⁵³ Bochenski, *op. cit.* p. 98.

Simmel (1858-1918) seu mais original e principal representante.¹⁵⁴ A *escola psicológica*, conduzida por Hans Cornelius (1863-1947), aproximava-se ainda mais do Positivismo. Nessas últimas o pendor antipsicologista dos juristas as afastava de uma contribuição relevante nos estudos do Direito.¹⁵⁵

Ao se elevarem à categoria de neokantianas, essas escolas, que não eram ortodoxas, foram logo superadas. Sua contribuição ao Direito é praticamente irrelevante, se o pensamento sociológico de Georg Simmel não for considerado. A sua vez, as duas que se mantiveram verdadeiramente orientadas pelo espírito de Kant e tiveram grande contribuição no Direito foram a *Escola Logicista*, de Marburgo, e a *Escola Axiológica*, de Baden. E serão elas que vão marcar a contribuição do Neokantismo no Direito.¹⁵⁶

À medida que ascendia o Nazismo, essas duas escolas estavam desaparecendo. Isso porque a maior parte de seus representantes era de origem judaica e foram, como é sabido, violentamente perseguidos, afastados da vida acadêmica e cultural da Alemanha ou, simples e atterradoramente, assassinados. O reinado do Nacional-Socialismo desferiu-lhes, portanto, o golpe de morte. Sem renovação e sem novos estudiosos, tornaram-se hoje mais uma referência crítica como centro de dogmatismos ou mesmo de sectarismo dogmático, mas que não podem deixar de ser mencionados, especialmente pela sua repercussão no Direito. Figura importantíssima do

¹⁵⁴ Georg Simmel era um historicista (não-biologizante) kantiano relativista e original. Bochenski. *op. cit.* p. 124. A lista de pensadores influenciados por Georg Simmel é extensa. Na verdade Simmel é um ilustre representante da Sociologia formal com um rol não determinado de seguidores e, também, da Sociologia Urbana, que tanta influência teve nos EUA. Cf. Vladimir Jankélévitch. *Georg Simmel, filósofo de la vida*. Trad. de Antonia García Castro. Madri: Gedisa, 2007. Cf. ainda Bochenski. *op. cit.* p. 98.

¹⁵⁵ Hans Cornelius muito influenciou Max Horkeheimer e Theodor Adorno. Kazimierz Ajdukiewicz, *Problemas e teorias da filosofia*. Trad. Pablo Rubén Mariconda e Regina Correa Rocha. São Paulo: Livraria Editora Ciências Humanas, 1979. p. 64. Michele Federico Sciacca. *História da Filosofia*. Trad. Luís Washington Vita. São Paulo: Mestre Jou, 1968. p. 168. Giovanni Reali. Dario Antiseri. *História da Filosofia*. v. 3. Trad. Álvaro Cunha. São Paulo: Paulinas, 1991. *passim*. Bochenski. *op. cit.* p. 124.

¹⁵⁶ Wilson de Souza Campos Batalha. Sílvia Marina L. Batalha de Rodrigues Netto. *Filosofia jurídica e história do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 171. Kazimierz Ajdukiewicz, *Problemas e teorias da filosofia*. Trad. Pablo Rubén Mariconda e Regina Correa Rocha. São Paulo: Livraria Editora Ciências Humanas, 1979. p. 15. Miguel Reale. *Filosofia do direito*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. xxx Romano Galeffi. *A filosofia de Immanuel Kant*. Brasília: Universidade de Brasília, 1986. p. 191. A. Fouillée. *Novissimo concepto del derecho*. Trad. Eduardo Gómez de Baquero. Madri: La España Moderna, 1909. p. 17. Massimo La Torre. *La crisi del novecento: giuristi e filosofi nel crepuscolo di Weimer*. Bari: Dedalo, 2006. p. 15.

movimento no Direito é Rudolf Stammler que, por meio das suas conhecidas *categorias fundamentais do Direito*, possibilitou o grande e derradeiro suspiro do Neokantismo logicista da Escola de Marburgo.¹⁵⁷

¹⁵⁷ Bochenski, *op. cit.* p. Giovanni Reali. Dario Antiseri. *História da Filosofia*. v. 3. Trad. Álvaro Cunha. São Paulo: Paulinas, 1991. *passim*. Rudolf Smend. *Costituzione e diritto costituzionale*. Trad. F. Fiore e J. Luther. Milão: Giuffrè, 1988. Ingo Muller. *Los juristas del horror*. Trad. Carlos Armando Figueredo. Bogotá: Álvaro Nora, 2009. Roger Bonnard. *Le droit et l'État dans la doctrine national socialiste*. 2ª ed. Paris: Librairie Générale de Droit, 1939. *passim*. Veja-se ainda, do mesmo autor Roger Bonnard, *La guerre de 1939-1940 et le droit public*. Paris: Librairie Générale de Droit e Jurisprudence, 1940. Nelson Saldanha. *Da Teologia a metodologia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. Rudol Stammler. *Tratado de filosofia del derecho*. México: Coyoacán, 2008. Massimo La Torre. *La crisi del novecento: giuristi e filosofi nel creposcolo di Weimar*. Bari: Dédalo, 2006. p. 15. Paulo Jorge de Lima. *Dicionário de filosofia do direito*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1968. p. 238.

Capítulo V

Schmitt e o Direito Livre

O conhecimento veraz do Direito Livre não podia afirmadamente se inclinar ante às autoridades acadêmicas e às opiniões e representações envelhecidas e obsoletas, que se limitavam a marchar na linha histórica dessa forma de pensamento jurídico.¹⁵⁸ O avanço do conhecimento das linhas mestras da literatura tradicional pareceria para os defensores do Direito Livre algo mais assentado em premissas caricaturais do que, propriamente, nos seus métodos e princípios dogmáticos.¹⁵⁹

Baseava-se a Escola do Direito Livre nas seguintes orientações:¹⁶⁰

- (a) a libertação do Direito legislado;
- (b) a de que existe um Direito da sociedade, independente do Direito legislado, constituído por instituições básicas anteriores a toda função legislativa, como o matrimônio, a família, posse, contrato e a sucessão;
- (c) esse Direito da sociedade deve prevalecer sobre o Direito do Estado, nas decisões judiciais.

¹⁵⁸ Pedro Hermíllio Villas Bôas Castelo Branco. *op. cit.* pág. 55. Eduardo García Máynez. *Introducción al estudio del derecho*. 62ª ed. México: Porrúa, s/d. p. 347

¹⁵⁹ Eugen Ehrlich. *Fundamentos da sociologia do direito*. Trad. René Ernani Gertz. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986. *passim*. Marcos Augusto Maliska. *Introdução à sociologia do direito de Eugen Eherlich*. Curitiba: Juruá, 2001. p. 75. A crítica à dogmática jurídica não passou em branco no final do século XIX. Cf. por todos a conhecida crítica de Julius Hermann von Kirchmann. *Il valore scientifico della giurisprudenza*. Trad. Giacomo Perticone. Milão: Giuffrè, 1964. *passim*.

¹⁶⁰ Paulo Jorge de Lima. *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1968. p. 71.

A fonte de todo o pensamento da Escola do Direito Livre era a contraposição à diretriz clássica, que limitava, demasiadamente, os poderes do aplicador das leis e o conduzia a uma obediência servil à norma jurídica. O conhecimento da Teoria do Direito e, especialmente, do Código Civil alemão, seguiam a orientação técnica e ordenada marcadamente pandectista. O Direito Livre era vocacionado, justamente, a se contrapor a essa orientação. Assim como outras reações aos efeitos da Escola da Exegese na França, o Direito Livre reagia contra seus efeitos, mas, também, não se limitava a um Positivismo Sociológico, que encantou os franceses; na verdade, o Direito Livre ia além, pois também não aceitava o que se poderia classificar de Positivismo Utilitarista da Jurisprudência dos Interesses. O Direito Livre rompia com a *Teoria das Fontes do Direito* ao dizer que lei e costume não criavam o Direito, já que ele nasceria da convicção individual do aplicador, segundo sua consciência. O Direito Livre via o Direito Positivo como um balizador da convicção do juiz e que, para além dessa barreira, ele poderia formar livremente o Direito.¹⁶¹

O Direito Livre não era uma orientação exclusiva, portanto não chegou a formar uma *escola*, embora possa ser reconhecido como um *movimento*. Assentava-se muito mais como um movimento de reação aos mais basilares dos dogmas, relacionados à aplicação do Direito: o de que o juiz aplica, simplesmente, o Direito Positivo. Ou, em outra perspectiva, o Direito Livre pregava contrariamente à premissa de Montesquieu de que o juiz é a boca da lei, tal como estampa aquela que seria a sua mais conhecida obra: *O espírito das leis*. Suas ideias fundamentais tomaram corpo a partir de várias críticas e propostas de diferentes juristas. Bülow reacendeu a discussão sobre a força criativa do Direito ao reconhecer um Direito Judiciário, ao sustentar que a lei não passava de um plano do ordenamento jurídico que é realizado somente pelo juiz. Em trabalho diverso, Kohler, ao estudar a interpretação, põe à luz a força criadora da Jurisprudência. Kantorowicz entendia que o juiz deve decidir a seu livre arbítrio e chega ao ponto de dizer que

¹⁶¹ Franz Wiacker. *História do Direito Privado Moderno*. Lisboa: Fundação Karl Larenz. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação. Eduardo García Máynez. *Introducción al estudio del derecho*. 62ª ed. México: Porrúa, s/d. p. 347. Phillip Heck. *Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses*. Trad. José Osório. Coimbra: Américo Amado Editor, 1947. p.

sequer a sentença haveria de ser motivada, a fim de conservar a liberdade do juiz, ou seja: o Direito entra numa fase voluntarista. Além disso, sustenta que há divergências sobre a amplitude da livre criação do Direito. Alguns autores seguem essa orientação somente nos casos de silêncio da lei e com a solução da analogia. Outros há que defendem a criação do Direito em qualquer hipótese, dentre os quais destaca-se a figura de Ernst Fuchs, que defendia a ideia de uma ampla liberdade de ação judicial, na qual a atividade do juiz ou tribunal não está restrita às normas jurídicas editadas pelo Estado, mas leva em conta a tendência de se orientar pelas necessidades sociais e as circunstâncias de cada caso concreto.¹⁶²

Finalmente, com o ataque cada vez maior às concepções da época, associado ao ataque ao caráter normativo do Direito - e nesse aspecto está ligado, por exemplo, às ideias da escola do Realismo Jurídico – é que surge a concepção do *Direito Vivo* do autor austríaco Eugen Ehrlich, a fim de desqualificar o Direito do Estado aplicado às decisões judiciais e em certa medida associá-lo ao Institucionalismo de Hauriou, especialmente nas suas convicções contra o Estado e o Direito. Ehrlich se baseia na ideia de que o Direito não reside nos postulados das leis, senão em uma ordem (instituições), que se cria na vida dos diferentes grupos da sociedade, como as fábricas e os bancos, que criam seu Direito.¹⁶³

A contribuição de Ehrlich foi muito mais sociológica do que jurídica, pois considerava tão somente aquilo que, de fato, emergia, que era vivo e que deveria ser tomado como Direito. As conclusões de Ehrlich estavam aparentemente relacionadas aos casos de silêncio da lei, que

¹⁶² Josef Kohler. *Filosofía del derecho e historia universal del derecho*. Madri: Victoriano Suarez, 1910. *passim*. Wilhem Sauer. *Filosofía jurídica y social*. Madri: Labor, 1933. Hermann Kantorowicz. *La lotta per la scienza del diritto*. Oskar von Bülow. *La teoria de las exepciones y los presupuetos procesales*. 2008. Gustav Boehmer. *El derecho a través de la jurisprudencia su aplicación y creación*. Trad. José Puig Brutau. Barcelona: Bosch, 1959. Montesquieu. *O Espírito das leis*. Trad. Gabriela de Andrada Dias Barbosa. São Paulo: Edições e Publicações Brasil Editora S. A., 1960. *passim*. Sobre Ernst Fuchs, cf. Juan Antonio Garcia Amado. *Ensayos de filosofia juridica*. Bogotá: Temis, 2003. p. 42. Georges Ripert *Les forces créatices du droit*. Paris: L.G.D.J., 1955. p. 33. Paulo Jorge de Lima. *Dicionário de filosofia do direito*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1968. p. 112.

¹⁶³ O. Zhidkov, V. Chirki, e Y. Yudin. *Fundamentos de la teoría socialista del Estado e del derecho*. Trad. Marta González. Moscou: Editorial Progreso. p. 24. Eugen Ehrlich, Hans Kelsen e Max Weber. *Verso un concetto sociologico di diritto*. Milão: Giuffrè, 2010. Eduardo García Máynez. *Introducción al estudio del derecho*. 62ª ed. México: Porrúa, s/d. p. 347. Carlos-Miguel Herrera. *Le droit, le politique autour de Max Weber, Hans Kelsen, Carl Schmitt*. Paris: Éditions L'Harmattan, 1995. p. 66. Edgar Bodenheimer. *Ciência do direito Filosofia e metodologia jurídicas*. Trad. Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p. 150.

autorizariam o juiz a aplicar o Direito livremente descoberto consoante sua época, mas, na verdade, vislumbrava a existência de um Direito na sociedade, independente do legislado. E propunha que o Direito fosse classificado no Direito da sociedade, pelas regras de decisão, em caso de conflito, e nas proposições abstratas do Direito, que costumam ser chamadas de *lei*.¹⁶⁴

A Escola do Direito Livre tinha, em comum com os movimentos da França, a reação aos efeitos da Escola da Exegese, mas foi na Áustria-Hungria (Ehrlich) e na Alemanha (Kantorowicz, Bülow, Kohler e Fuchs) que surgiu e se desenvolveu. Em seu irracionalismo gnosiológico sustentava a desvinculação do juiz perante a lei no momento de decidir, pois deveria buscar antes o sentido de Justiça, mais do que aplicar a sua *letra fria*. Era eminente voluntarista (Kantorowicz), pois o Direito é a vontade do juiz. E, na sua aplicação ao caso concreto, o que deve prevalecer é a ideia do Direito enquanto justiça. A Ciência do Direito deveria desenvolver-se de forma totalmente autônoma da lei, com liberdade, criando as suas próprias definições, e atuando por um procedimento integralmente livre. O Direito deveria adaptar-se à constante mutação do fenômeno social, afastando-se da ideia tradicional dos silogismos e construções lógicas, que seriam insuficientes, além de afirmar a inexistência da plenitude da Ordem Jurídica.

165

Na Escola do Direito Livre, critica-se conceitos que são dogmas, como o fetichismo da lei e o dogma da completude da lei. A tese de que há um espaço livre de atuação jurisdicional somente é percebida na visão tradicional por ocasião de uma lacuna, na qual o juiz atuará *praeter*

¹⁶⁴ Eugen Ehrlich. *Fundamentos da sociologia do direito*. Trad. René Ernani Gertz. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986. *passim*. Eduardo García Máynez. *Introducción al estudio del derecho*. 62ª ed. México: Porrúa, s/d. p. 348. A. Castanheira Neves. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica – I*. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 215.

¹⁶⁵ Karl Larenz. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3ª ed. Lisboa: J.M. Delgado Ocando. *Lecciones de Introducción al derecho*. Maracaibo: Instituto de filosofía del derecho, 1987. p. 197. A. L. Machado Neto. *Compêndio de Introdução à Ciência do direito*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 20. Eduardo García Máynez. *Introducción al estudio del derecho*. 62ª ed. México: Porrúa, s/d. p. 333. Julien Bonnet. *L'Ecole de l'exégèse en droit civil: les traits distinctifs de sa doctrine et de ses méthodes d'après la profession de foi de ses plus illustres représentants*. Paris: E. de Boccard, 1919. *passim*. Eugen Ehrlich. *Fundamentos da sociologia do direito*. Trad. René Ernani Gertz. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986. *passim*. Angelo Pagani. *Antologia di Scienze Sociali*. Bolonha: Mulino, 1963. Paulo Jorge de Lima. *Dicionário de filosofia do direito*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1968. p. 112.

legem. A monopolização jurídica pelo Estado preconiza a necessidade de o juiz ser criativo no desempenho de suas atribuições, colmatando as lacunas existentes no ordenamento jurídico. A Escola do Direito Livre é contra o Direito como Direito do Estado. E afirma que um Direito do Estado é, além de tudo, lacunoso, e tais lacunas somente poderiam ser preenchidas por intermédio do Direito Livre. Partindo do princípio de que na lei há tantas lacunas como palavras, acentua essa escola a função criadora do Direito. E considera que tem de haver um Direito Livre, um Direito extralegal, que se manifestaria para além do Direito legislado, pois a lei é defeituosa e insuficiente.¹⁶⁶

A premissa fundamental é a de que o juiz deve corrigir e completar a lei. Nessa função integradora, ele pode guiar-se por momentos subjetivos, por apreciações de interesses, pelo próprio sentimento, pondo de lado o Direito Positivo, de modo a alcançar o patamar de Direito Judiciário livre.¹⁶⁷

Muitas das concepções relacionadas à função criadora do Direito assentam-se nas críticas dos adeptos do Direito Livre ao legislado. Assim como o Direito Livre, Carl Schmitt atribuía uma anterioridade ao poder decisório soberano, de modo que suas críticas se movem em torno de uma desvinculação da norma jurídica, dissociação essa que fica no centro das mesmas discussões dos defensores do Direito Livre. A característica comum a todos eles é uma falta de compreensão do mundo da lei e, em última instância, reduzem a problemática da aplicação do Direito como maneira real e concreta de substituir as funções do Direito legislado. O resultado

¹⁶⁶ Eugen Ehrlich. *Fundamentos de sociologia do direito*. Trad. René Ernani Gertz. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1986. Eugen Ehlich. *Verso un concetto sociologico di diritto*. Milão: Giuffrè, 2010. *passim*. É oportuno lembrar que também Hauriou figura, com seu Institucionalismo, contrariamente a um Direito formal. Cf. Maurice Hauriou. *Principios de derecho público y constitucional*. Trad. Carlos Ruiz del Castillo. Granada: Colmares, 2003. p. 61. Georges Ripert. *Les forces créatrices du droit*. Paris: L.G.D.J., 1955. p. 33.

¹⁶⁷ Marcos Augusto Maliska. *Introdução à sociologia do direito de Eugen Eherlich*. Curitiba: Juruá, 2001. p. 75. J.M. Delgado Ocando. *Lecciones de Introducción al derecho*. Maracaibo: Instituto de filosofía del derecho, 1987. p. 315. E. Zitemann. *Las lacunas em el derecho em la ciência del derecho*. Buenos Aires: Losada, 1949. *passim*. Eduardo García Máynez. *Introducción al estudio del derecho*. 62ª ed. México: Porrúa, s/d. p. 347. Eugen Ehrlich. *Fundamentos de sociologia do direito*. Trad. René Ernani Gertz. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1986. Eugen Ehlich. *Verso un concetto sociologico di diritto*. Milão: Giuffrè, 2010. *passim*. Gregório Robles Morchón. *Ley e derecho vivo. Método jurídico y sociologia del derecho en Eugen Ehrlich*. Madri: Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 2002. *passim*.

final é que, tal como sucede com os adeptos do Direito Livre, a busca de soluções para questões concretas e agudas, diante de um complexo legislativo, revela, acima de tudo, verdadeira incompreensão do Direito. E daqui se segue um paralelismo entre as concepções do Direito Livre e o Decisionismo, que não escapou ao comentário de Jellinek ao traçar críticas e conceber as relações entre uma e outra como conexão de aceitação. Georg Jellinek via nas concepções de Ehrlich e Schmitt mais proximidade que distância. Jellinek estava convencido da existência de um sentido comum e de uma convergência entre elas, de modo que poderiam ser reconhecidas como manifestações diferentes de uma mesma atitude ou realidade decionista. E Ehrlich e Schmitt dirigiam igualmente uma crítica comum à visão de conjunto do Direito, baseada em conceitos jurídicos mais gerais e abstratos, comuns e permanentes, em todos os sistemas de Direito Positivo e nas diversas disciplinas jurídicas. Essa concepção, geralmente aceita pela designação de Teoria Geral do Direito e que foi desenvolvida principalmente na Alemanha, sob o nome original *Allgemeine Rechtslehre*, era defendida por Jellinek e por autores de seu tempo e ainda hoje exerce uma influência inegável sobre os juristas de todo o mundo.¹⁶⁸

¹⁶⁸ Para um exame sobre Carl Schmitt e o direito livre, cf. Pedro Hermíllio Villas Bôas Castelo Branco. *op. cit.* pág. 55. Gisele Silva Araújo. Rogério Dutra dos Santos. *O constitucionalismo antiliberal de Carl Schmitt: democracia substantiva e exceção versus liberalismo kelseniano* in *Curso de Ciência Política*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. Georges Ripert. *Les forces créatrices du droit*. Paris: L.G.D. J., 1955. p. 67. Georg Jellinek. *La dottrina generale del diritto dello Stato*. Milão: Giuffrè, 1949. *passim*. Bernd Rüthers. *Carl Schmitt en el Tercer Reich*. Buenos Aires: Struhart & Cia., s/d. p. 77. Antonio Armando Ulian. *Sociologia jurídica de Eugen Ehrlich e sua influência na interpretação constitucional*. Carl Schmitt. *Teoria de la constitución*. Trad. Francisco Ayala. Buenos Aires: Struhart & Cia., s/d. p. 37.

Capítulo VI

Schmitt e o Positivismo Normativista

Em um breve capítulo, não é possível oferecer a análise completa do pensamento de Schmitt sobre o Positivismo. Para tal empreitada, seria necessário um estudo específico, que contemplasse a época e, mais especificamente, cada obra do autor. O que aqui se escreve não tem pretensão maior do que a de dar a conhecer alguns dos aspectos da crítica de Schmitt e da visão de seus intérpretes, que parecem tomar a crítica ao Positivismo em chave única.¹⁶⁹ A crítica de Schmitt dirigia-se ao Neopositivismo, especificamente, ao Positivismo Normativista, e ao seu maior representante: Hans Kelsen.¹⁷⁰

Para defender suas ideias no ambiente em que floresciam aquelas outras teorias, as dos seus adversários, especialmente Hans Kelsen, era necessário a Schmitt responder às questões suscitadas pelo desenvolvimento das concepções que mais fluíam em seu tempo. Apoiando-se no longo esforço de embate com seus adversários teóricos, culminam os pensamentos de Schmitt na

¹⁶⁹ Pedro Hermílio é enfático na análise crítica de Schmitt ao positivismo. Cf. *Secularização Inacabada*, de Pedro Hermílio Villas Bôas Castelo Branco, Curitiba: Appris, 2011. O seu primeiro capítulo, é o melhor indicador da crítica ao Positivismo em Schmitt. A. L. Machado Neto. *Compêndio de Introdução à Ciência do direito*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 42. Agustín Squella Narducci. *Filosofia del derecho*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003. p. 352.

¹⁷⁰ Cf. Santi Romano. Curso de direito constitucional. Trad. Maria Helana Diniz. São Paulo: RT, 1977. p. 61. Santi Romano. Lorenza Córdova Vianello. *Derecho y poder*. México: Fondo de cultura economica. 2010, *passim*. Marco Caserta. *Democrazia e costituzione in Hans Kelsen e Carl Schmitt*. Roma: Aracne, 2005. *passim*. A. L. Machado Neto. *Compêndio de Introdução à Ciência do direito*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 42. Gisele Silva Araújo. Rogério Dultra dos Santos. *O constitucionalismo antiliberal de Carl Schmitt: democracia substantiva e exceção versus liberalismo kelseniano* in *Curso de Ciência Política*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. Jerome Hall. *Razón y realidad en el derecho*. Trad. Pedro R. David. Buenos Aires: Roque Depalma, 1959. p. 52. Jean-Cassien Billier. Aglaé Maryioli. História da filosofia do direito. Trad. Maurício de Andrade. São Paulo: Manole, 2005. p. 237. J. F. Kervégan. *La critique schmittienne du normativisme, in Le droit, le politique. Autour de Max Weber, Hans Kelsen, Carl Schmitt*. C.M. Herrera. Paris: L'Harmattan, 1995. p. 231.

teorização muito mais marcada pelo que nega, do que pelo que afirma. Ao fundamentar suas ideias, lança mão Schmitt de argumentos que são fruto das críticas que ele dirige¹⁷¹:

- (a) ao Positivismo Normativista de Hans Kelsen; e
- (b) à concepção liberal de Estado de Direito.

O Positivismo Normativista de Hans Kelsen não exsurge de um vácuo teórico. Ao contrário, consiste em um desenvolvimento de uma atitude de pretensão rigorosamente científica, formulada a partir de sucessivas etapas, relacionadas à concepção de enunciados lógicos de que os neopositivistas se valeram ao deixar de lado a experiência pura de que se valiam os positivistas clássicos.¹⁷²

O Neopositivismo, como conjunto de pensamento filosófico puro, emergiu de uma variante do Positivismo, o Positivismo Neutro (e autoenunciativo) de Mach. Entretanto, ao longo de seu desenvolvimento, seus defensores abandonam a posição original e, em seguida, assumem uma atitude realista quanto aos objetos de percepção. Essa virada afastou o Neopositivismo de tal maneira do Positivismo, que poderia mais ser uma revolução da forma de pensar do que, propriamente, uma variação do pensamento original ou do conjunto de ideias positivistas. Do Positivismo clássico, mantiveram a atitude antimetafísica e a ideia de que o conhecimento da realidade estaria contido nas Ciências Empíricas, como a Física, a Astronomia e mesmo a História. Os neopositivistas identificam as asserções científicas com enunciados e, desse modo, com certas expressões linguísticas, por meio das quais essas asserções são expressas.¹⁷³

¹⁷¹ Jean-Cassien Billier. Aglaé Maryioli. História da filosofia do direito. Trad. Maurício de Andrade. São Paulo: Manole, 2005. p. 237. J. F. Kervégan. *La critique schmittienne du normativisme*, in *Le droit, le politique. Autour de Max Weber, Hans Kelsen, Carl Schmitt*. C.M. Herrera. Paris: L'Harmattan, 1995. p. 231.

¹⁷² Kazimierz Ajdukiewicz, *Problemas e teorias da filosofia*. Trad. Pablo Rubén Mariconda e Regina Correa Rocha. São Paulo: Livraria Editora Ciências Humanas, 1979. p. 69. I.M. Bochenski. *A filosofia contemporânea ocidental*. Trad. Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo: Herder, 1962. p. 98.

¹⁷³ Kazimierz Ajdukiewicz, *Problemas e teorias da filosofia*. Trad. Pablo Rubén Mariconda e Regina Correa Rocha. São Paulo: Livraria Editora Ciências Humanas, 1979. p. 69. Giovanni Reali. Dario Antiseri. *História da Filosofia*. v. 3. Trad. Álvaro Cunha. São Paulo: Paulinas, 1991. *passim*. A. L. Machado Neto. *Compêndio de Introdução à Ciência do direito*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 20.

A Ciência Jurídica se descobre com os neopositivistas num mundo no qual nem a Metafísica (entenda-se: o Jusnaturalismo), nem o Empirismo (entenda-se: o Juspositivismo), deve se manifestar na esfera da realidade. E na primeira premissa, a antimetafísica, é que o Positivismo se torna estreitamente interligado ao Neopositivismo e, por isso, que é classificado como um novo Positivismo ao negar a Ética e a Moral. A revelação antimetafísica é uma premissa indispensável para a classificação do Neopositivismo como do Positivismo, especialmente porque os neopositivistas não apenas recusam a experiência e a observação necessária dos positivistas clássicos, mas afirmam que a Metafísica é construída de expressões sem significado, algo como uma conversa improfícua, sem nenhum sentido.¹⁷⁴

O aprofundamento dos estudos relacionados ao empirismo recebeu dos Neopositivistas um tratamento moderado, mas nem por isso distante da ideia de que a experiência seria indispensável, embora se apresente como uma forma de revelação complementar da necessidade de firmar suas premissas. Sustentam os neopositivistas que os enunciados denominados por Kant de sintéticos, não poderiam ser confirmados, nem refutados pela experiência, e, diante disso, seriam desprovidos de sentido.¹⁷⁵

Os neopositivistas afastam-se da Metafísica e, juntamente com ela, da Ética, assim como dos elementos psicológicos, ou seja: é antipsicologista. Para eles, a Teoria do Conhecimento é o seu único campo de investigação e, tal como outras vertentes do pensamento da época, da qual a Fenomenologia seria exemplo, o Neopositivismo é uma verdadeira *Teoria do Conhecimento*. Por serem antipsicologistas, integram as fileiras dos adversários do Psicologismo dominante no final do século XIX – como ocorreu com os fenomenólogos, que também são arrolados como um grupo positivista. Para a consecução das suas ideias, os neopositivistas identificam as asserções

¹⁷⁴ Agustín Squella Narducci. *Filosofia del derecho*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003. p. 352. Erich Schwinge. *Metodologia delle scienze giuridiche*. p. 213-214. Empirismo e Positivismo não se confundem. Cf. I.M. Bochenski. *A filosofia contemporânea ocidental*. Trad. Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo: Herder, 1962. p. 98. Jerome Hall. *Razón y realidad en el derecho*. Trad. Pedro R David. Buenos Aires: Roque Depalma, 1959. p. 52.

¹⁷⁵ Kazimierz Ajdukiewicz, *Problemas e teorias da filosofia*. Trad. Pablo Rubén Mariconda e Regina Correa Rocha. São Paulo: Livraria Editora Ciências Humanas, 1979. p. 65. A. Fouillée. *Novísimo concepto del derecho*. Trad. Eduardo Gómez de Baquero, La España Moderna, 1922. p. 22. Alf Ross. *Sobre el derecho y la justicia*. Trad. Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1963. p. 66.

científicas com enunciados e, desse modo, com certas expressões linguísticas. Através de expressões linguísticas, as asserções são expressadas e assim cultivam a linguagem científica, que se torna idêntica à Lógica, e nesse campo lógico floresce o Neopositivismo.¹⁷⁶

À primeira vista, pode parecer que o Neopositivismo, tal como o Positivismo, nenhuma contribuição deu à forma de conhecermos a realidade. Entretanto, é bom lembrar que a ideia de *lei* como verdade libertadora e resultante da vontade dos homens significou o Direito como algo palpável e observável, em detrimento da especulação e do conhecimento oculto. Foram a observação e atividade antiespeculativa uma contribuição decisiva do Positivismo Jurídico, e talvez sua maior contribuição. Elas ainda hoje são a base do convencimento do juiz ao apreciar os fatos. Por sua vez, a distinção de *ser* e *dever ser* ou, ainda, a ideia da *validade da norma, sob um ponto de vista estritamente formal*, foi, igualmente, uma contribuição do Neopositivismo para o Direito.¹⁷⁷

A ideia natural de Direito e de Moral é recusada pelos positivistas, porque não passam pela observação e pela experiência. Já pelos neopositivistas, é rechaçada porque não está integrada no significado de expressões lógicas e, conseqüentemente, não se expressa em enunciados analíticos, nos quais deveria estar baseada.¹⁷⁸

O pensamento de Carl Schmitt sobre a *instituição* é expressamente reconhecido por ele como sendo norteado pela obra do antiformalista Maurice Hauriou, especialmente em sua ideia geral, na qual são as instituições que fazem as regras de Direito e não as regras de Direito que

¹⁷⁶ Hans Kelsen. *La giurisprudenza come scienza normativa o culturale. Studio di critica metodologica. In Metodologia della scienza giuridica.* Trad. Agostino Carrino. Nápoles: ESI, 1989. p.104. O próprio Husserl declarava-se positivista cf. I. M. Bochenski. *A filosofia contemporânea ocidental.* Trad. Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo: Herder, 1962. p. 132. Martin Diego Farrell. *La metodología del positivismo logico – su aplicación al derecho.* Buenos Aires: Astrea, 1979. *passim*.

¹⁷⁷ A. L. Machado Neto. *Compêndio de Introdução à Ciência do direito.* 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 42. Alf Ross. *Sobre el derecho y la justicia.* Trad. Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1963. p. 66.

¹⁷⁸ Erich Schwinge. *Metodologia della scienza giuridica.* Trad. Agostino Carrino. Nápoles: ESI, 1989. p. 211. Alf Ross. *Sobre el derecho y la justicia.* Trad. Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1963. p. 66.

fazem as instituições. Schmitt rejeita, entretanto, o termo *instituição* e prefere o de *ordem concreta* ou *organização concreta*, para acentuar um certo grau dinâmico em seu pensamento. E, também, porque *ordem concreta* seria apenas uma microcomunidade, no sentido de uma comunidade orgânica, distinta da ideia de sociedade, pois é plena de significados ao circundar o indivíduo, e por se assentar no acordo celebrado entre indivíduos livres e autônomos. Numa comunidade, no entanto, o indivíduo seria dotado de identidade pelo simples fato de pertencer a uma coletividade transcendente e, nesse caso, a substância orgânica e racial do povo alemão poderia ficar caracterizada. Além disso, as ordens concretas estariam subordinadas a uma unidade política encarnada pelo Führer, que a assegura, mediante plebiscitosa mediação entre o Estado e o povo. As próprias ordens concretas estariam estruturadas em torno do chefe, visto assentarem-se na ideia de uma direção e vontade única para o Reich, a partir dos princípios de origem prussiana da fidelidade, obediência, disciplina e honra.¹⁷⁹

Schmitt rejeitava, de igual modo, o desenvolvimento neotomista, no qual a Teoria Institucionalista de Hauriou culminou, especialmente na obra de seu discípulo Georges Renard, que acolhe a ideia de uma *natureza objetiva das coisas*, incompatível com a figura do *Volksgeist* da germanidade, na qual o elemento vontade era decisivo para determinar o rumo a ser tomado pelo Reich.¹⁸⁰

Ao mesmo tempo em que afirmava algumas das teses apreendidas em Hauriou, especialmente a de que as instituições fazem as regras, e não o contrário, negava Schmitt o

¹⁷⁹ Jean-Cassien Billier. Aglaé Maryioli. *História da filosofia do direito*. Trad. Pedro Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 2001. 212-213. O. Zhidkov, V. Chirkin, Y. Yudin. *Fundamentos de la teoría socialista del Estado y del Derecho*. Trad. Marta González. Moscou: Progreso, 1987. p. 39-40. Roger Bonnard. *Le droit et l'État dans la doctrine national socialiste*. 2ª ed. Paris: Librairie Générale de Droit, 1939. *passim*. Massimo La Torre. *Norme, istituzioni, valore. La teoria istituzionalistica del diritto*. Bari: La Terza, 2002. p. 25.

¹⁸⁰ Georg Renard. *L'Institution*. Paris: Flammarion, 1933. *passim*. Maurice Hauriou. *A teoria da instituição e da fundação*. Trad. José Ignácio Coelho Mendes Neto. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009. Leon Duguit. *Las transformaciones del derecho público y privado*. Trad. Adolfo Posada y Ramón Jaén. Granada: Comares, 2007. León Duguit. *Manual de derecho constitucional*. Trad. José Luis Monereo Pérez y José Calvo González. Granada: Comares, 2005. Carl Schmitt. *Sobre os três tipos de pensamento jurídico*. 2ª ed. Trad. Ronaldo Porto Macedo Junior. São Paulo; Saraiva, 2011. Santi Romano. *O ordenamento jurídico*. Florianópolis: Fundação Boitaeux, 2008. Georges Renard. *L'institution*. Paris: Flammarion, 1933. Maurice Hauriou. *A teoria da instituição e da fundação*. Trad. José Ignácio Coelho Mendes Neto. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009. Roger Bonnard. *Le droit et l'État dans la doctrine national socialiste*. 2ª ed. Paris: Librairie Générale de Droit, 1939. *passim*.

prolongamento da tese institucionalista, que se estendia até os Direitos do Homem, algo impensável, a não ser numa ordem concreta, e jamais como naturais e imprescritíveis. Carl Schmitt não era, de fato, um defensor do Positivismo Jurídico, mas alguns fatos são tomados como determinantes em sua teoria, como o *espírito do povo*, o *Volksgeist*, que poderia ser identificado como elemento de um Positivismo Sociológico. Embora crítico do Positivismo Normativista ou Neopositivismo, não há, em sua obra, oposição a alguns dos elementos do chamado Positivismo Sociológico, como o *Volksgeist*, que parece funcionar como *exemplum primum*.¹⁸¹

Não obstante o problema do Positivismo reinar nas considerações de Schmitt, a alma de pensador proporcionou o desenvolvimento de ideias que significaram uma virada objetivista além de seu realismo. Uma resposta estava a depender da solução de outras questões relativas à concepção de mundo. E essa solução objetivista parece ter sido apresentada na obra *Nomos da Terra*, que significou um novo marco no pensamento de Schmitt e, também, um novo paradigma para o conhecimento do Direito. Em um mundo então bipolar, após o fim da Segunda Guerra Mundial, devido aos extremos dos sistemas propostos pelos Estados Unidos da América e pela União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, Schmitt parece vaticinar, a despeito do ambiente parcial e restrito dessa época, um novo tipo de espaço para a Ciência Jurídica, que bem poderíamos traduzir na seguinte palavra, atual e corrente: *globalização*.¹⁸²

Ao consideramos Schmitt um adepto do Realismo, o fazemos porque, ao postular na autoridade soberana seu principal estudo para sustentar a norma jurídica, desenvolve uma teoria

¹⁸¹ Jean-François Kervégan. Hegel, Carl Schmitt. *O político entre a especulação e a positividade*. Trad. Carolina Huang. São Paulo: Manole, 2006. p. 42. Eduardo García Máynez. *Algunos aspectos de la doctrina kelseniana. Exposición y crítica*. México: Fondo de Cultura Económica, 2011. *passim*. Gisele Silva Araújo. Rogerio Dultra dos Santos. *O constitucionalismo antiliberal de Carl Schmitt: democracia substantiva e exceção versus liberalismo kelseniano* in *Curso de Ciência Política*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. Carl Schmitt. *Teoría de la constitución*. Trad. Francisco Ayala. Buenos Aires: Struhart & Cia., s/d. p. 389.

¹⁸² José Luis Villacañas. *Poder y conflicto. Ensayos sobre Carl Schmitt*. Madri: Biblioteca Nova, 2008. p. 261. Carl Schmitt. *El nomos de la terra*. Trad. Dora Schilling Thon. Buenos Aires: Struhart & cia. 2005. *passim*.¹⁸² Julien Freud. *Vista em conjunto sobre la obra de Carl Schmitt*, 2ed. Trad. Maria Victoria Rossler, Buenos Aires: Struhart & Cia., 2006. pág. 62. Caterina Resta. *Stato mondiale o nomos della terra*. Régio Emilia: Diabasis, 2009. *passim*. Gianluca Bonaiuti. Vittore Collina. *Storia delle dottrine politiche*. Milão: Mondadori, 2010. p. 261. Bernd Rüthers. *Carl Schmitt en el Tercer Reich*. Buenos Aires: Struhart & Cia., s/d. p. 81.

racional que reflete leis objetivas. O poder para Schmitt infunde uma ordem racional na preponderância da Política sobre o Direito e se assume como um dado universalmente válido. A Política é autônoma e sua esfera de atuação afetará a ordem jurídica. O poder é objetivo e não emocional, e reflete o controle do homem sobre o Direito. Embora não tenha a Moral como seu objeto de estudo, não busca uma tensão entre a Moral e as exigências da ação política para ditar a ordem jurídica.¹⁸³

Partindo do Decisionismo para criticar o Normativismo Sistemico de Hans Kelsen, diz Schmitt que é a *autoridade* e não a *norma jurídica* que alicerça uma *decisão*. Para Schmitt, é inconcebível que uma norma gere, por si mesma, as condições de sua própria realização. E mais do que isso, que afaste o elemento humano, o sujeito, a autoridade, e o substitua pelo Direito como sustentação da ordem jurídica. A condição última para a norma ter validade é o poder de afirmação da autoridade soberana, e não uma outra norma. É por meio da vontade política do soberano que a decisão global e concreta dá existência à norma e assume caráter jurídico instaurador, independente do Direito.¹⁸⁴

¹⁸³ Jean-François Kervégan. *Hegel-Carl Schmitt*. Trad. Carolina Huang. São Paulo: Manole, 2006. p. 22. Jean-Cassien Billier. Aglaé Maryioli. *História da Filosofia do Direito*. Trad. Pedro Henriques. Lisboa: Insituto Piaget, 2001. 212. Sandrine Baume. *Carl Schmitt, penseur de l'État*. Paris: Presses de Sciences Politiques, 2008. p. 14. Carlos-Miguel Herrera. *Le droit, le politique*. Paris: Éditions L'Harmattan. p. 66. Carlos-Miguel Herrera. *op. cit.* Julien Freund. *Vista em conjunto sobre la obra de Carl Schmitt*, 2ed. Trad. Maria Victoria Rossler, Buenos Aires: Struhart & Cia., 2006. pág. 56. Gianluca Bonaiuti. Vittore Collina. *Storia delle dottrine politiche*. Florença: Lê Monnier, 2010. p. 257. Luis Recasens Siches. *Introducción al estudio del derecho*. 15ª ed. México: Porrúa, 2006. p. 226. Luis Recasens Siches. *Filosofia del derecho*. 20ª ed. México: Porrúa, 2010. p. 433. Pedro Lafont planetta. *Manual de derecho privado contemporáneo. Parte general*. Bogotá: Librería Ediciones del profesional Ltda., 2006. p. 23. Bruno Montanari. *Profili e letture di teoria generale del diritto*. Turim: G. Giappichelli, 1990. p. 6.

¹⁸⁴ Jean-François Kervégan. *Hegel-Carl Schmitt*. Trad. Carolina Huang. São Paulo: Manole, 2006. p. 22. Jean-Cassien Billier. Aglaé Maryioli. *História da Filosofia do Direito*. Trad. Pedro Henriques. Lisboa: Insituto Piaget, 2001. 212. Sandrine Baume. *Carl Schmitt, penseur de l'État*. Paris: Presses de Sciences Politiques, 2008. p. 14. Carlos-Miguel Herrera. *Le droit, le politique*. Paris: Éditions L'Harmattan. p. 66. Carlos-Miguel Herrera. *op. cit.* Julien Freund. *Vista em conjunto sobre la obra de Carl Schmitt*, 2ed. Trad. Maria Victoria Rossler. Buenos Aires: Struhart & Cia., 2006. pág. 56. Sobre o Normativismo de Hans Kelsen como Normativismo Sistemico cf. Denis Alland. Stéphane Rials. *Dicionário de cultura jurídica*. Trad. Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. p. 1246. Carl Schmitt. *Teoria de la constitución*. Trad. Francisco Ayala. Buenos Aires: Struhart & Cia., s/d. p. 84.

Capítulo VII

O Decisionismo

A Carl Schmitt, atribui-se o mérito de haver criado uma teoria jusfilosófica do Decisionismo, com a qual se assentam as bases do conhecimento dos estudiosos nessa vertente de pensamento, e que oferece a melhor estrutura para o debate e para a reflexão, especialmente pelas características mais marcantes de sua vida: a contrariedade ao Liberalismo e ao Positivismo (normativista).¹⁸⁵

Um estudo das circunstâncias históricas do pensamento de Carl Schmitt mostra realmente a sua oposição ao que havia de dominante no Direito alemão de sua época. Esse período notável da Alemanha, e de importância vital para o engrandecimento das Ciências Jurídicas, era parte de um grande movimento que buscava a formação de um Direito propriamente alemão, que forçasse um movimento unificador dos múltiplos e balcanizados Estados germânicos. Muitos dos mais conhecidos juristas eram partidários dessa orientação original e unificadora do povo alemão, embora com a matriz romana, assim como outros eram seus opositores, pois julgavam ser necessário o viés germânico tradicional. Carl Schmitt não era o único, mas destacava-se dentre os mais cultos e eruditos de sua época e capaz, acima de tudo, de forjar ideias próprias e verdadeiramente genuínas. O fato é que, ao nascer, Schmitt já testemunhou uma Alemanha unificada pela ação de Bismarck e o Direito alemão vigoroso e em

¹⁸⁵ Bruno Iorio. *Análise del decisionismo*. Nápoles: Giannini, 1987. Gabriel L. Negretto. *El concepto de decisionismo en Carl Schmitt*. México: S.O.S, 2000. Gabriel L. Negretto. *El concepto de decisionismo en Carl Schmitt*. México: Ultimo Reduto, 2000. *passim*. Gisele Silva Araújo. Rogerio Dultra dos Santos. *O constitucionalismo antiliberal de Carl Schmitt: democracia substantiva e exceção versus liberalismo kelseniano* in *Curso de Ciência Política*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. Carl Schmitt. *Teoría de la constitución*. Trad. Francisco Ayala. Buenos Aires: Struhart & Cia., s/d. p. 84.

franco desenvolvimento. O Direito unificador, entretanto, continuava a preponderar em todo o país, inspirado no Idealismo, que convergia para um conceptualismo que ficou agregado a um conjunto de ideias, sob o rótulo comum de Jurisprudência dos Conceitos, e alimentou uma variante de feições únicas, sob o nome geral de Pandectismo. A Schmitt coube o verdadeiro rompimento com esse Direito em vigor e propor novos parâmetros teóricos e metodológicos ao não usar a raiz romana – justamente a base do Pandectismo!¹⁸⁶

Kelsen e seu Normativismo Sistemático não deixavam de ser, em certa forma, igualmente opositores ao Direito em vigor na Alemanha, tal qual Schmitt. As premissas sustentadas pelo Positivismo Normativista de Kelsen chocavam-se, entretanto, com as mais profundas e sensíveis convicções de Carl Schmitt. Não obstante os neo-hegelianos e os neokantianos da Escola Logicista, de Marburgo, e da Escola Axiológica, de Baden, perfilharem um eixo kantiano e, a rigor, Schmitt, tal como Kelsen, esboçar certos contornos de viés kantiano em suas teorias, é necessário deixar claro que a compreensão de certos elementos comuns ou coincidentes outra coisa não fazia senão acentuar as distintas concepções de cada autor.¹⁸⁷ A principal forma de pensamento na Alemanha, o Conceptualismo Pandectista, também não se poderia enquadrar como um tipo específico de Positivismo Jurídico, porque continha elementos metafísicos fragmentados e bem definidos, nos quais a figura chave do direito subjetivo seja, talvez, o melhor exemplo de Metafísica no Direito na época. O que seria também o caso do Positivismo Normativista de Hans Kelsen, com a figura da *norma jurídica fundamental*, algo que se poderia reputar verdadeiramente metafísico, como uma ilha isolada, banhada por um oceano normativista. A formação de conceitos jurídicos, especialmente do Conceptualismo e do Pandectismo (amalgamados ou não), de ampla perspectiva metafísica, era a grande demonstração

¹⁸⁶ Carlo Galli. *Genealogia della politica*. Bolonha: Il mulino, 2010. José E. Lorca Navarrete. *Temas de teoría y filosofía del derecho*. Madri: Pirâmide, 1993. p.222. Bernd Rüthers. *Carl Schmitt en el Tercer Reich*. Buenos Aires: Struhart & Cia., s/d. p. 81.

¹⁸⁷ São neo-hegelianos, dentre outros, Julius Binder e Karl Larenz. Julius Binder, *La fondazione della filosofia del diritto*. Turim: Einaudi, 1945. *passim*. Karl Larenz. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, Cf. Wilson de Souza Campos Batalha. Sílvia Marina L. Batalha de Rodrigues Netto. *Filosofia jurídica e história do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.p. 220. São Neo-kantianos Gustav Radbruch e Wilhelm Sauer. Wilson de Souza Campos Batalha e Silva Marina L. Batalha de Rodrigues Netto. *op. cit.* p. 185 e 194. Carlos Eduardo López Rodríguez. *Introdução ao pensamento e à obra jurídica de Karl Larenz*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994. p. 27.

do poder dos dogmas e seus fundamentos derivados de uma mera especulação teórica. A par da construção de um conceito jurídico, caminhava o conceptualismo pandectista *a latere* do pensamento do Direito num percurso cientificista que, a despeito de com ele não se confundir, foi chamado, impropriamente, de positivista, tal qual ocorreu no Brasil com a figura genial de Pontes de Miranda – possivelmente o maior cientificista brasileiro.¹⁸⁸

Ao tempo em que apreciava as razões de seu pensamento, Schmitt forjava o Decisionismo pelo encontro de pensamento de autores que não se limitam ao plantel dos mestres franceses. Em Jean Bodin, extrai diretamente a concepção de *soberania* como poder. E, a partir da obra de Thomas Hobbes, desenvolve a fórmula (hobbesiana) de que é a *autoridade*, e não a verdade, que faz a lei (*auctoritas non veritas facit legem*). E são a *soberania* e a *autoridade*, verdadeiramente, o que há de mais puro no pensamento decisionista formulado por Carl Schmitt.¹⁸⁹

O alcance do binômio *soberania-autoridade*, nas premissas fundamentais do Decisionismo, transcende à posição filosófica tradicionalmente aceita no Direito, lastreada em uma perspectiva exclusivamente *realista* ao pensamento de Schmitt, para se tornar um verdadeiro ponto de vista *metafísico*. É que a ideia de *exceção* suscita a dúvida de se saber o que seria a *fonte* (formal) *do Direito* e, também, a sua *validade*, dado que não existe norma que seja aplicada ao

¹⁸⁸ Nelson Saldanha. *Teológico, metafísico e positivo. Filosofia e epistemologia no ocidente moderno*. Rio de Janeiro: Academina Brasileira de Letras, 2010 .p. 37. Dante Braz Limongi. *O projeto político de Pontes de Miranda*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 26. Jean-François Kervégan, *Hegel, Carl Schmitt, O político entre a especulação e a positividade*. Trad. Carolina Huang. São Paulo: Manole, 2006.p. XXXI. Lorenza Córdova Vianello. *Derecho y poder*. México: Fondo de cultura economica. 2010, *passim*. Marco Caserta. *Democrazia e costituzione in Hans Kelsen e Carl Schmitt*. Roma: Aracne, 2005. *passim*. Gisele Silva Araújo. Rogerio Dultra dos Santos. *O constitucionalismo antiliberal de Carl Schmitt: democracia substantiva e exceção versus liberalismo kelseniano in Curso de Ciência Política*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. Karl Larenz. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. Leon Duguit reconhecia o direito subjetivo como metafísico. Cf. *Lecciones de derecho público general*. Trad. Javier García Fernández. Madri: Marcial Pons, 2011. p. 20. Sobre a concepção de Normativismo Sistemico de Hans Kelsen cf.

¹⁸⁹ Jean-Carrien Billier, Aglaé Maryioli. *História da filosofia do direito*. Trad. Pedro Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 2001. p.212. Adalgiso Amendola. *Carl Schmitt tra decisione e ordinamento concreto*. Nápoles: ESI, 1999. p. 7. Diogo Freitas do Amaral. v. I, Coimbra: Almedina, 1999. p. 317. Jean Bodin. *Os seis livros da República*. Trad. José Ignácio Coelho Mendes Neto. São Paulo: Ícone, 2011. Gisele Silva Araújo. Rogerio Dultra dos Santos. *O constitucionalismo antiliberal de Carl Schmitt: democracia substantiva e exceção versus liberalismo kelseniano in Curso de Ciência Política*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. *Auctoritas non veritas facit legem* em tradução livre seria: É a autoridade, não a verdade, que faz as leis. É a máxima extraída do Leviatã, de Hobbes.

caos, ou seja, em uma *excepcionalidade*. Para Schmitt, o jurista decisionista toma a *excepcionalidade* como base de seu raciocínio, que não é o mandamento enquanto tal, mas o que leva a autoridade soberana à última *decisão*. Tomada a excepcionalidade como o mandamento, constituirá a fonte de todo Direito, seja de normas, seja de ordens que dele decorrem. E essa excepcionalidade, não obstante tratada simplesmente pelos estudiosos como realista, de um realismo de cariz conceitual, volitivo ou emocional por Schmitt, assume, em verdade, não um realismo, com propriedade empírica e “corpórea”, mas um vigor metafísico que se explicaria por se tratar a *excepcionalidade* como uma essência inexperimentável, imutável e, de algum modo, espiritual. A feição schmittiana da excepcionalidade, por sua essência e propriedade, não rejeita a Metafísica, mas, ao contrário, é a sua mais pura realização.¹⁹⁰

Na compreensão schmittiana, a decisão soberana é o começo absoluto, e o começo nada mais é que uma decisão soberana, que toma a excepcionalidade como mandamento. Como não há uma norma para se aplicar ao caos, é preciso que a ordem seja estabelecida por meio de uma decisão. Ela, a decisão, é que fará com que a ordem tenha sentido. E é no teórico da soberania, Jean Bodin, que encontra Schmitt a premissa de que na soberania estaria a fonte do poder. Junto com Hobbes, do qual extrai a ideia de que basta, apenas, a vontade do soberano para conferir autoridade ao seu poder, toma a *summa potestas* e a *auctoritas* numa fusão, numa unidade de autoridade e vontade.¹⁹¹

De um outro autor, Hugo Grócio, utilizado, também, como fonte de inspirações nas leituras de Schmitt, fica claro que Schmitt considera que o soberano tem a obrigação de respeitar e fazer respeitar um Direito pré-estatal dotado de um determinado conteúdo. Nesse particular, identifica Schmitt a divergência de Grócio com Hobbes, porque Grócio parte do interesse ligado

¹⁹⁰ Carl Schmitt, *Os três tipos de pensamento jurídico*. p. 81. Gisele Silva Araújo. Rogerio Dultra dos Santos. *O constitucionalismo antiliberal de Carl Schmitt: democracia substantiva e exceção versus liberalismo kelseniano* in *Curso de Ciência Política*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

¹⁹¹ Gianfranco Poggi. *A evolução do Estado moderno*. Trad. Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar, 1981.p. 21. Jean-Carrien Billier, *op. cit.* p.213. José Luis Villacañas. *Poder y conflicto. Ensayos sobre Carl Schmitt*. Madri: Biblioteca Nova, 2008. p. 27. Gisele Silva Araújo. Rogerio Dultra dos Santos. *O constitucionalismo antiliberal de Carl Schmitt: democracia substantiva e exceção versus liberalismo kelseniano* in *Curso de Ciência Política*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. Bernd Rùthers. *Carl Schmitt en el Tercer Reich*. Buenos Aires: Struhart & Cia., s/d. p. 119.

a certas concepções de justiça, ou seja, do conteúdo de uma decisão, ao passo que, para Hobbes, somente interessa que se tome uma decisão.¹⁹²

Ao elaborar as premissas de sua teoria, Schmitt considera que a vontade soberana põe termo à desordem e assegura, por meio dos seus mandamentos, a lei, a segurança e a paz. Nesse contexto, é que surge a ideia de *exceção* (do latim *excipere*, ou seja, tirar de ou tomar de) e de que a decisão soberana consiste em abstrair-se da desordem e subtrair-se ao nada normativo para passar a uma ordem de Direito. Por temor à desordem e para assegurar, por meio de seus mandamentos, a obediência à lei, à segurança e à paz, o juiz recebe a autoridade de agir sobre todos de forma legítima.¹⁹³

A base das decisões judiciais não é reduzida às suas considerações ou deduzida de uma norma jurídica, porque o elemento decisionista de toda decisão não deve ser dedutível, como tradicionalmente parece se entender, de maneira normativa. E esse elemento decisionista, inerente à aplicação do Direito a um caso concreto, está contido na competência do juiz.¹⁹⁴

O Direito está assentado na decisão, a decisão política do soberano, e é ela que fundamenta a validade do Direito. A exceção indica a essência da autoridade e, por ser a última decisão, a que garante a ordem jurídica na sua totalidade. A decisão separa-se, então, da norma,

¹⁹² Jean-Carrien Billier, *idem*. p.214. Diogo Freitas do Amaral. *História das idéias políticas*. v. I. Coimbra: Almedida, 1999. p. 351. Raymond G. Gettell. *História das idéias políticas*. Rio de Janeiro: Alba, 1941. p. 252. A. L. Machado Neto. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 16. Diogo Freitas do Amaral. *História das idéias políticas*. v. I. Coimbra: Almedina, 1999.p.351. Gisele Silva Araújo. Rogerio Dultra dos Santos. *O constitucionalismo antiliberal de Carl Schmitt: democracia substantiva e exceção versus liberalismo kelseniano* in *Curso de Ciência Política*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. Hugo Grotius. *O direito da guerra e da paz*. Unijuí, 2004. Bernd Rüthers. *Carl Schmitt en el tercer Reich*. Buenos Aires: Struhart & Cia. P. 81.

¹⁹³ Jean-Carrien Billier, *Ibidem*. p.214. Gabriel L. Negretto. *El concepto de decisionismo em Carl Schmitt*. México: Ultimo Reduto, 2000. *passim*. Gisele Silva Araújo. Rogerio Dultra dos Santos. *O constitucionalismo antiliberal de Carl Schmitt: democracia substantiva e exceção versus liberalismo kelseniano* in *Curso de Ciência Política*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. Bernd Rüthers. *Carl Scmitt en el Tercer Reich*. Buenos Aires: Struhart & Cia., s/sd. P. 119.

¹⁹⁴ Carl Schmitt. *Teologia política*. Trad. Francisco Javier Conde. Buenos Aires: Struhart & Cia., 1998. p. 40. Jean-Carrien Billier, Aglaé Maryioli. *História da filosofia do direito*. Trad. Pedro Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 2001. p.211. Jean-François Kervégan. Hegel, *Carl Schmitt*. Trad. Carolina Huang. São Paulo: Manole, 2006. 7.

sem que essa circunstância implique tornar a decisão exterior ao Direito. O Direito assenta-se na norma e a decisão assegura a sua existência – eis a síntese do Decisionismo.¹⁹⁵

¹⁹⁵ Jean-Carrien Billier, Aglaé Maryioli. *História da filosofia do direito*. Trad. Pedro Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 2001. p. 215. Antonio Negri. P. 11. José F. Lorca Navarrete. *Temas de teoría y filosofía del derecho*. Madrid: Pirâmide. 1993. p. 222. Bruno Iorio. *Análise del decisionismo*. Nápoles: Giannini, 1987. Gabriel L. Negretto. *El concepto de decisionismo en Carl Schmitt*. México: S.O.S, 2000. Gisele Silva Araújo. Rogerio Dultra dos Santos. *O constitucionalismo antiliberal de Carl Schmitt: democracia substantiva e exceção versus liberalismo kelseniano* in *Curso de Ciência Política*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

Parte IV

Análise de uma decisão correta

Capítulo I

A ordem psicológica, sociológica e institucional

A apreciação feita por Schmitt no livro *Lei e juízo* compreende, por classes ou ordens, os grandes grupos de questões que ocupam o lugar crítico do Positivismo. Eis porque os elementos psicológicos, sociológicos e institucionais, tão caros aos estudiosos da crítica ao Positivismo, são reconhecidos na obra de Schmitt.¹⁹⁶

Ao se examinar as noções de Estado e de Direito, desestimam os autores em geral os vínculos decisórios determinantes na estrutura interna de poder na sociedade. Ainda que alguns desses autores reconheçam o importante papel que a base decisória desempenha para a compreensão da natureza do Estado e do Direito, diluem-se suas linhas teóricas, *grosso modo*, no conjunto de fatores e influências diversas, considerados na sua complexidade, e não se pautam no direcionamento principal dado por Schmitt à decisão. Ocupa o lugar central na obra de Schmitt a decisão na estrutura interna do poder e, na estrutura de formas decisórias, incluem-se as ordens

¹⁹⁶ Para um estudo sobre o Positivismo de Schmitt na leitura constitucional cf. Maria Lucia Amaral, Carl Schmitt e Portugal – *O problema dos métodos em direito constitucional português. op. cit.* p. 181. Pedro Hermírio Villas Bôas Castelo Branco. Uma leitura da obra *Secularização Inacabada*. Curitiba: Appris, 2011. *passim*.

que constituem. É nessas estruturas de formas de decisão que se incluem as ordens psicológicas, sociológicas e institucionais.¹⁹⁷

As teorias jurídicas tradicionais negam, abertamente, a essência do Estado e do Direito, como instrumentos de domínio político da sociedade. Os autores mais tradicionais do Direito normalmente ignoram os fatores sociológicos na formação das premissas clássica do Direito - ao menos se considerarmos do ponto de vista não antiformalista originário da França.¹⁹⁸

O progresso e a multiplicação das escolas jurídicas parecem ter alterado a posição tradicional e dominante da desconsideração dos fatores sociológicos determinantes, e sofreram modificações verdadeiramente marcantes e profundas ao longo dos tempos. Mas, sempre se abstraiu, de modo intencional, as condições sociais do Direito, notadamente pelas ordens psicológicas, sociológicas e institucionais, além de não proporcionar, com seus instrumentos, a construção das funções sociais do Direito, procurando dar-lhes interpretações jurídicas próprias.¹⁹⁹

As correntes sociológicas promoveram o debate e a formação de conceitos jurídicos, além de salientar o papel político das instituições na sociedade. A juízo dos partidários dessa linha sociológica de raciocínio das instituições do Estado, decorre a necessidade de não se abandonar a sua análise teórico-abstrata, de modo a buscar os contornos da generalidade e das formas empíricas visíveis de seus movimentos. O Estado é o órgão de centralização da vida política e social da nação. E Schmitt, ao não fazer uma distinção entre Estado e sociedade, ressaltava a necessidade de a sociedade governar-se a si mesma. Deve-se subentender, igualmente, que Schmitt, de modo claro e incontestável, retoma os aspectos mais característicos

¹⁹⁷ Carl Schmitt. *Teoría de la constitucion*. Madri: Revista de Derecho Privado, 1914. Julien Freund. *Vista em conjunto sobre la obra de Carl Schmitt*, 2ed. Trad. Maria Victoria Rossler, Buenos Aires: Struhart & Cia., 2006. p. 56. Bernd Rüthers. *Carl Schmitt en el Tercer Reich*. Buenos Aires: Struhart & Cia., s/d. p. 81. Carl Schmitt. *Teoria de la constitución*. Trad. Francisco Ayala. Buenos Aires: Struhart & Cia., s/d. p. 77.

¹⁹⁸ Eugen Ehrlich. *Verso um concetto sociológico di diritto*. Milão: Giuffrè, 2010.

¹⁹⁹ Hermann U Kantorowicz. *Idem*. Massimo La Torre. *La crisi del novecento: giuristi e filosofi nel creposcolo di Weimar*. Bari: Dédalo, 2006. Angelo Pagani. *Antologia di Scienze Sociale*. Bolonha: Il Mulino, 1963.

do antiformalismo. Trata-se, na verdade, da mesma propensão antiformalista, que se destaca na literatura que o inspirou em suas leituras institucionalistas.²⁰⁰

O desenvolvimento das correntes sociológicas e a envergadura da Ciência Política, longe de forjarem um esquema geral, parecem rebaixar o marco da Ciência do Estado a domínios opostos. Tal como estudado tradicionalmente pelos juristas, que encontram em Jellinek a grande figura, o objetivo sociológico e político do Estado, que constitui objeto, respectivamente das Ciências Sociais e da Ciência Política, não é aproveitado pelo jurista. Os estudos sociológicos e políticos, que resultam de atividade tendente a desvincular a sociedade do processo político, não são nem mesmo parcialmente aproveitados. Seriam exemplos, basicamente, os sistemas políticos, os partidos, os grupos de pressão, e outras instituições correlatas.²⁰¹

As questões de Estado eram estudadas no plano político em vários países e o Institucionalismo, de certa forma, já assinalava algumas das preocupações de Schmitt. Mas a essência dos estudos jurídicos do Estado estava assentada em princípios fundamentais, que repudiavam a realidade objetiva tão cara a Schmitt e ao seu realismo. Como já salientado, o Institucionalismo ocupa uma posição intermediária entre as correntes jurídicas formal, sociológica e política. O maior representante francês do Institucionalismo Jurídico, Hauriou, a quem Schmitt considerava um mestre, desenvolveu ativamente essas ideias e deu início à ruptura com o pensamento jurídico clássico tradicional, especialmente aquele em vigor na Alemanha. Schmitt abeberava-se ainda de outras fontes, em sua múltipla e variada formação acadêmica, e parecia sentir-se autorizado a empreender incursões não-jurídicas àquelas jurídicas, tal como na cartilha institucionalista de Hauriou.²⁰²

²⁰⁰ Hermann U. Kantorowicz. *Metodologia della scienza giuridica*. Trad. Agostino Carrino. Nápoles: 1989. p. 57. Georg Jellinek. *La dottrina generale di diritto dello Stato*. Milão: Giuffrè, 1949. *passim*. Angelo Pagani. *Antologia di Scienze Sociali*. Bolonha: Il Mulino, 1963.

²⁰¹ Oscar Correias. *Crítica da ideologia jurídica*. Trad. Roberto Bueno. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995. Georg Jellinek. *La dottrina generale di diritto dello Stato*. Milão: Giuffrè, 1949.

²⁰² Rudolf Smend. *Costituzione e diritto costituzionale*. Trad. F. Fiore e J. Luther. Milão: Giuffrè, 1988. A. L. Machado Neto. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 32. André Hauriou. *Derecho constitucional e instituições políticas*. Barcelona: Ariel, 1971. p. 153.

O estudo do Institucionalismo no Estado compagina, em certo grau, elementos das posições sustentadas por Schmitt, mas não lhe confere a qualidade de institucionalista, embora o tenha despertado para os horizontes não jurídicos. De um lado, Schmitt emprega o enfoque de elementos dessa escola jurídica (institucionalista), mas, de outro, constrói conceitos de diferentes concepções, considerando-as materialização comum, ou causa comum do Estado ou do Reich.²⁰³

Ao seu juízo, a instituição de uma organização jurídica busca um estudo do Estado em uma inter-relação com outras instituições. Portanto, a base do Institucionalismo de Hauriou estaria presente, embora o Estado não fosse, para Hauriou, outra coisa que não uma própria instituição. Essa circunstância de contato do Estado com o Institucionalismo e a corrente político-sociológica, a partir do conceito francês de instituição, marca decisivamente a amplitude do tema na formação e definitivamente na obra de Schmitt, já que lhe dá seus contornos e novas direções.²⁰⁴

O Institucionalismo não separa o conceito *jurídico* de Estado do conceito *social* de Estado. O Decisionismo de Schmitt, de igual modo, não separa o conceito *jurídico* de Estado do conceito *político* de Estado. O Institucionalismo procura dar um conceito sintético, que inclui todos os aspectos jurídicos como históricos e sociais. Do ponto de vista dessa corrente, o Estado é a personificação jurídica da nação e a conseqüente centralização de sua vida. Ao caracterizar a instituição como causa comum, na qual o Estado estaria integrado, o Institucionalismo estaria a desvirtuar-se da realidade, ao menos da realidade alemã que tanto o intrigava, pois o Estado não poderia ter, na visão de Schmitt, o papel diminuto que o Institucionalismo francês legou. No Decisionismo, parece que o espírito germânico de Schmitt sobressaiu-se, pois as teorias jurídicas e políticas do Estado fundem-se realmente com o elemento social, mas não deixam de reconhecer e apresentar o Estado em situação proeminente. E, ao pôr em relevo o Estado, não deixará de

²⁰³ A. L. Machado Neto. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 32. André Hauriou. *Derecho constitucional e instituições políticas*. Barcelona: Ariel, 1971. p. 153. Massimo La Torre. *Norme, Istituzioni, Valore. La teoria istituzionalistica del diritto*. Bari: La Terza, 2002. *passim*. Carl Schmitt. *Teoria de la constitución*. Trad. Francisco Ayala. Buenos Aires: Struhart & Cia., s/d. p. 43.

²⁰⁴ A. L. Machado Neto. *op. cit.* Georges Burdeau. *Derecho constitucional e instituciones políticas*. Madri: Editora Nacional, 1981. 29. Massimo La Torre. *La crisi del novecento: giuriste e filosofi nel creposcolo di Weimer*. Bari: Dedalo, 2006.

lembrar a ideia mais profunda do Estado como defensor de certos interesses, que convergirão para uma ordem jurídica única e necessária: o Reich.²⁰⁵

²⁰⁵ A. L. Machado Neto. *op.cit.* Gisele Silva Araújo. Rogerio Dultra dos Santos. *O constitucionalismo antiliberal de Carl Schmitt: democracia substantiva e exceção versus liberalismo kelseniano* in *Curso de Ciência Política*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. André Hauriou. *Derecho constitucional e instituições políticas*. Barcelona: Ariel, 1971. p. 153.

Capítulo II

A legalidade como legitimação da decisão judicial

Dentre os problemas mais agudos do texto *Lei e juízo*, aflora a observância da lei na decisão judicial, sem que a legalidade se torne forma de legitimação *a posteriori* ou mesmo fonte de busca de um melhor conteúdo *a priori* para uma sentença.²⁰⁶

A necessidade de orientarmos o trabalho numa noção única ou convergente faz com que a ideia de Estado de Direito, na sua complexidade ou multiplicidade de sentidos, seja tomada simplesmente como o Estado a agir segundo a lei. O próprio Schmitt assim o considera ao tratar do Estado liberal por três critérios:²⁰⁷

- (a) a primazia da lei;
- (b) a supremacia da constituição;
- (c) a independência judiciária.

A legalidade tomada pelo Estado e pela sua administração deve, sobretudo, ser tratada ao atingir a esfera de liberdades individuais e coletivas, de modo a sempre apoiar-se numa norma

²⁰⁶ Uma primeira noção poderá ser alcançada na obra de Julien Freund. Cf. *Vista em conjunto sobre la obra de Carl Schmitt*, 2ªed. Trad. María Victoria Rossler, Buenos Aires: Struhart & Cia., 2006. pág. 56

²⁰⁷ Carl Schmitt. *Teoria de la constitucion*. Buenos Aires: Struhart & Cia., s/d. p. 181.

jurídica. A máxima de Duguit bem esclarece essa noção de legalidade: *legem patere quam fecisti* (suporta a lei que fizeste).²⁰⁸

A constitucionalidade, na qual os poderes do Estado se assentam, e as instâncias que o compõem são limitadas por um sistema fechado de normas, com um conjunto de competências explicitamente definidas.²⁰⁹

A independência da magistratura permite o controle *a posteriori* dos atos administrativos e mesmo aqueles praticados pelos Poder Legislativo. Sob o crivo do controle jurisdicional dos atos administrativos e do controle da constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário, ficam preservados os Direitos que confrontem as decisões do Poder Público, prejudiciais aos interesses que o Estado deveria tutelar.²¹⁰

É significativo o grande valor dado ao Estado de Direito e, em particular, pelo fato de a Constituição ostentar a referência ao Estado democrático de Direito. O próprio Schmitt tem nesses três pontos as distinções entre Estado e sociedade, desenvolvida pelos estudiosos da Política e pelos juristas do século XIX, especialmente depois do surgimento do Direito Administrativo como ramo do Direito, pela sistematização de Paul Laband e pelos estudos e lições de Lorenz von Stein.²¹¹

O interesse vivo pelos graus de legalidade dos atos do Estado motivou um número variado de classificações que medem, numa certa ordem, o grau fraco ou forte, a fim de se

²⁰⁸ Leon Duguit. *Lecciones de derecho público general*. Trad. Javier García Fernández. Madri: Marcial Pons, 2011. p. Leon Duguit. *Manual de derecho constitucional*. Trad. José G. Acuña. Granada: Comares, 2005. Diogo de Figueiredo Moreira Neto. *Curso de Direito Administrativo*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. J. H. Meirelles Teixeira. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 80. Sandrine Baume. *Carl Schmitt, penseur de l'État*. Paris: Presses de Sciences Politiques, 2008. p. 14.

²⁰⁹ Mario Justo López. *Manual de derecho político*. 2ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1994. p. 363.

²¹⁰ Alain Ranaut. *A filosofia*. Trad. Armando Pereira da Silva. Lisboa: Instituto Piaget, 2005. p. 558

²¹¹ *Movimientos sociales y monarquía*. Trad. Enrique Tierno Galván. Madri: Civitas, 1957. Paul Laband. *Le droit public de l'empire allemand*. Trad. G. Gandihon. Paris: V. Giard et E. Brière, 1970. Lorenz von Stein. *Movimentos sociales y monarquía*. Trad. Enrique Tierno Galván. Madri: Civitas, 1967. *passim*. Carl Schmitt. *Teoría de la Constitución*. p. 7. Carl Schmitt. *Teoría de la constitución*. Trad. Francisco Ayala. Buenos Aires: Struhart & Cia., s/d. p. 77.

chegar, ao menos, a um grau intermediário para a expressão *legalidade*. De qualquer modo, identificar o Estado com o governo das leis serviu para distinguir aqueles que adotam suas decisões, por meio de leis, daqueles subordinados às leis, especialmente à Constituição. Daí, então, a clássica distinção entre governo *per lege*, ou seja, por meio de leis, e governo *sub lege*, ou seja, subordinado às leis, hoje preconizados como base do Estado de Direito e texto do primeiro artigo da Constituição da República Federativa do Brasil.²¹²

²¹² Art. 1º da CRFB – “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:” Agustín Squella Narducci. *Filosofía del derecho*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2001. p. 404. Carl Schmitt. *Teoría de la constitución*. Trad. Francisco Ayala. Buenos Aires: Struhart & Cia., s/d. p. 202.

Capítulo III

A decisão como atividade autônoma

O objetivo da análise de conhecimento da obra de um autor é chegar a uma ideia que torne possível compreender, de modo mais acertado, sobre algumas e específicas afirmações. Então, indagamos: o que se entende por *atividade autônoma* no texto de Schmitt?²¹³

A redução do Decisionismo à soberania da última decisão da autoridade afasta qualquer outra fonte (formal) do Direito. Desse modo, a ausência de correspondência entre a norma jurídica e a decisão faz com que uma e outra se separem, e retornem autônomas. A decisão do soberano é que garante a ordem jurídica, em toda a sua totalidade. A sua vez, o Direito se assenta na decisão, a mesma que lhe confere sustentação imanente. A decisão é que constitui a fonte do Direito, a partir de um nada normativo, de modo que basta a vontade do soberano para conferir autoridade e poder.²¹⁴

Ao generalizar a fonte normativa dos atos do Estado, o pensamento tradicional - ao qual se insurge Schmitt - resguarda a origem legislativa dos atos do poder público. O Estado edita a lei e ela deve ser aplicada na tradicional forma do Direito e do Estado. Para Schmitt, a necessidade de se estabelecer a ordem é a vontade do soberano a conferir autoridade ao seu poder, de modo

²¹³ Utilizamos as impressões de Julien Freund. *Vista em conjunto sobre la obra de Carl Schmitt*, 2ª ed. Trad. Maria Victoria Rossler, Buenos Aires: Struhart & Cia., 2006. pág. 56. Cf. *Secularização Inacabada*, de Pedro Hermílio Villas Bôas Castelo Branco, Curitiba: Appris, 2011.

²¹⁴ Jean-Carrien Billier, Aglaé Maryioli. *História da filosofia do direito*. Trad. Pedro Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 2001. p.215. José F. Lorca Navarrete. *Temas de teoría y filosofía del derecho*. Madri: Pirâmide. 1993. p. 222. Gisele Silva Araújo, Rogerio Dultra dos Santos. *O constitucionalismo antiliberal de Carl Schmitt: democracia substantiva e exceção versus liberalismo kelseniano* in *Curso de Ciência Política*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. Carl Schmitt. *Teoría de la constitución*. Trad. Francisco Ayala. Buenos Aires: Struhart & Cia., s/d. p. 197.

que, sem a decisão, a norma seria impensável. A decisão é, para Schmitt, exterior ao Direito que lhe é inerente, de modo que a decisão tem precedência à norma, ou seja, a norma é resultado da decisão.²¹⁵

Schmitt concebe a decisão válida somente por força do ato do poder soberano, independente de um ordenamento jurídico legislado. A ordem jurídica é, essencialmente, um sistema de atos preceptivos de vontade, um sistema de decisões. A Constituição seria a decisão política fundamental. A norma é assegurada pela decisão, a fim de impor a ordem sem a qual o Estado não encontra elementos de formação e organização. E uma decisão judicial, em paralelismo com a racionalidade decisionista, alcançaria seu objetivo ao levar uma sentença que fosse adequada à ideia de unidade e vontade do Estado, ou seja, a decisão que outro juiz também proferiria do mesmo modo.²¹⁶

O soberano decide, e perfilar a excepcionalidade é pressuposto para a existência da decisão. A qualidade de soberano é pressuposto da validade da decisão. Essa decisão excepcional do soberano é uma *exceção*, mas toda normatividade reside numa decisão política do titular do poder, que assegura a ordem e a paz. E elas são encontradas por uma unidade operante na base do Estado, a unidade de decisão correta, a que outro juiz decidiria do mesmo modo.²¹⁷

A afirmação da norma a pressupor a decisão é o extremo oposto da ordem sequencial norma-decisão da literatura tradicional, seja nos tempos de Weimar, seja nos tempos atuais. Situar-se no moderno Estado de Direito é praticar as leis segundo um amplo princípio de legalidade, do qual o Estado não poderia se afastar. De forma contrária, a decisão professada por

²¹⁵ Jean-Carrien Billier, Aglaé Maryioli. *História da filosofia do direito*. Trad. Pedro Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 2001. p.214. Gisele Silva Araújo. Rogerio Dutra dos Santos. *O constitucionalismo antiliberal de Carl Schmitt: democracia substantiva e exceção versus liberalismo kelseniano* in *Curso de Ciência Política*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. Carl Schmitt. *Teoria de la constitución*. Trad. Francisco Ayala. Buenos Aires: Struhart & Cia., s/d. p. 202.

²¹⁶ Jorge Miranda. Lisboa: 2002. p. 343. *Gesetz und Urteil*. p. 71. Carl Schmitt. *Teoria de la constitución*. Trad. Francisco Ayala. Buenos Aires: Struhart & Cia., s/d. p. 84.

²¹⁷ José F. Lorca Navarrete. *Temas de teoría y filosofía del derecho*. Madri: Pirâmide. 1993. p. 222. Carl Schmitt. *Teoria de la constitución*. Trad. Francisco Ayala. Buenos Aires: Struhart & Cia., s/d. p. 84.

Schmitt é a condição última da validade normativa, assentada na autoridade soberana. E a decisão correta é a que deveria encontrar existência na situação de unidade e ordenação no Estado.²¹⁸

²¹⁸ Juan Fernando Badía. *Estudos de ciência política*. Madri: 4ª ed. Madri: Tenos, 1992. p. 551. Rudolf Smend. *Costituzione e diritto costituzionale*. Trad. F. Fiore e J. Luther. Milão: Giuffrè, 1988. Carl Schmitt. *Teoría de la constitución*. Trad. Francisco Ayala. Buenos Aires: Struhart & Cia., s/d. p. 84.

Capítulo IV

A decisão e sua explicação pela prática jurídica

A originalidade da tese de Schmitt consiste muito mais em sustentar uma legitimação da prática jurídica do que propriamente uma crítica ao praxismo judiciário. O livro foi dispensado de cumprir a função de tratar do *significado* de uma decisão ou de pretensão (ou justo) juízo correto. Coerentemente com seus esforços de exposição de ideias, as bases do Decisionismo utilizam um resultado ou uma fundamentação (de uma decisão), com o propósito de, sem expor as razões da decisão, adotar os mesmos resultados obtidos, para submetê-los a um tipo de juízo em relação às suas concepções e conclusões de identidade volitiva e unidade substancial de julgamento.²¹⁹

As particularidades históricas e nacionais de cada povo dão a forma concreta da prática jurídica, e alguns contornos são suficientes para permitir a conclusão de que as decisões judiciais não são uniformes ou similares. Os casuísmos e a variação dos juízos na solução das controvérsias levadas aos tribunais são uma verdade inabalável e inquestionável. Para Schmitt, desdenhar essas particularidades é necessário, pois elas podem engendrar contradições e dificuldades internas, que não são fáceis de destrinchar, e retirar o caráter verdadeiro de unitariedade da solução das controvérsias. Apoiando-nos na teoria e prática comuns a todos os brasileiros, e adaptando-as às condições específicas que um estudo exige, tomamos o sentido geral de decisão, na perspectiva decisionista, segundo a qual trata-se de um pensamento que faz repousar o sistema de normas sobre uma pura e simples decisão de autoridade. E essa perspectiva de sentido jurídico-político rompe com toda a cadeia fundadora de um Estado legislador, que

²¹⁹ Cf. *Vista em conjunto sobre la obra de Carl Schmitt*, 2ªed. Trad. Maria Victoria Rossler, Buenos Aires: Struhart & Cia., 2006. pág. 56. Carl Schmitt. *Teoria de la constitución*. Trad. Francisco Ayala. Buenos Aires: Struhart & Cia., s/d. p. 169.

fundamenta (e, portanto, sustenta) com a norma jurídica uma decisão judicial. Para o Decisionismo, não é a norma que fundamenta a decisão, mas, ao contrário, é a decisão que, inversamente, sustenta a norma. E o resultado, na prática judiciária, será uma decisão com resultados uniformes, unitários e sem as contradições dentro do Estado.²²⁰

O estudo, a difusão e a elaboração de um legado teórico desempenharam um imenso papel no desenvolvimento da prática do Direito e na formação de uma linha de pensamento, que mais se afastava do chamado Praxismo Jurídico.²²¹ Essa perspectiva é diversa da corrente jurídica que vê as instituições existentes, em uma dada sociedade, como resultado de alguma decisão. Portanto, a melhor síntese destas premissas teóricas schmittianas é a de que o *Direito é decisão*. E essa é a fórmula jusfilosófica sintética e simplificada do Decisionismo.²²²

O panorama global da Ciência Jurídica baseia-se na noção de que o conteúdo do Direito é predeterminado pela própria técnica jurídica, numa disciplina que tenha por objetivo fixar os limites do que virá a ser aplicado. Para que esse conteúdo jurídico possa converter-se em normas jurídicas, como regras de conduta, é imprescindível que os órgãos competentes deem formas jurídicas a esses conteúdos, mediante a edição de *leis*, pelo Poder Legislativo, e pela sua aplicação, por meio de *atos*, pelo Poder Executivo e pelo Judiciário.²²³

Uma das linhas fundamentais do pensamento de Schmitt é o político, que se parece converter, de maneira plástica, à ideia de uma sujeição: a do Direito à Política. A diferença entre a técnica da prática jurídica e a política parece ser, *mutatis mutandis*, a mesma entre as chamadas, tradicionalmente, *fontes formais* e as *fontes materiais* do Direito. Nas *fontes formais* ou de

²²⁰ Alain Ranaut. *A filosofia*. Trad. Armando Pereira da Silva. Lisboa: Instituto Piaget, 2005. p. 714. Jean-Cassien Billier. Aglaé Maryioli. *História da filosofia do direito*. Trad. Pedro Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 2001. Gisele Silva Araújo. Rogerio Dultra dos Santos. *O constitucionalismo antiliberal de Carl Schmitt: democracia substantiva e exceção versus liberalismo kelseniano* in *Curso de Ciência Política*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. Carl Schmitt. *Teoria de la constitución*. Trad. Francisco Ayala. Buenos Aires: Struhart & Cia., s/d. p. 77.

²²¹ José Frederico Marques. *Manual de direito processual civil*.v. I. São Paulo: Saraiva, 1990. p.54.

²²² Andrés Serra Rojas, *Dicionário de ciência política*. México; Fundo de Cultura Econômica, 2001.p. 308. Carl Schmitt. *Teoria de la constitución*. Trad. Francisco Ayala. Buenos Aires: Struhart & Cia., s/d. p. 84.

²²³ Frederick Schauer. *Las reglas en juego*. Trad. Claudina Orunesu e Jorge L. Rodríguez. Barcelona: Marcial Pons, 2004. Carl Schmitt. *Teoria de la constitución*. Trad. Francisco Ayala. Buenos Aires: Struhart & Cia., s/d. p. 77.

cognição, encontraríamos a origem da técnica jurídica; enquanto nas *fontes materiais* ou de *produção*, encontraríamos o que na política seriam suas *fontes materiais* ou *reais*, os embates, suas condições ou circunstâncias de tipo político e, porque não dizer, de tipo econômico, religioso, moral e social, que são recolhidas pelo órgão competente para dar-lhes formas jurídicas e para convertê-los em normas de conduta, ou seja, em regras de caráter obrigatório.²²⁴

Um sentido rigoroso da técnica jurídica é o procedimento ou conjunto de procedimentos de que se vale o órgão competente para converter em normas jurídicas um conteúdo subministrado pela Política. Ao menos isso, a técnica jurídica seria o canal, pelo qual as fontes reais ou materiais do Direito recorrem para alcançar a dignidade impositiva. Por isso, a técnica jurídica é o procedimento formal de que se vale o órgão competente para plasmar em normas jurídicas, em regras de conduta de conteúdo pré-jurídico, que a política subministra.²²⁵

A aplicação da técnica decisionista significará, sempre, a técnica da autoridade soberana a decidir o destino da ordem jurídica. E assim converte o conteúdo da Política em normas jurídicas. As formas e métodos desenvolvidos por Schmitt tomam a decisão judicial como o ponto no qual o subjetivismo e o voluntarismo não devem ser utilizados para resolver tarefas importantes, e que poderiam se traduzir em decisões concretas. Suscetíveis de se dispersarem em uma multiplicidade infinita, o subjetivismo e o voluntarismo são formas de desajustar o conceito unitário e integral que se pretende imprimir a um Estado. A busca da decisão unitária e integral é o objetivo encontrado por Schmitt para a decisão correta. E a procura de métodos eficazes de controle de decisão não parece suficiente para uma atividade que se pretende adequar à realidade e ao desenvolvimento de uma dada sociedade. Se um dos aspectos mais importantes e de maior envergadura era a formação de unidade e força, com uma base integrada, num ambiente de

²²⁴ J.M. Delgado Ocando. *Lecciones de Introducción al derecho*. Maracaibo: Instituto de filosofía del derecho, 1987. p.157. Héctor Orestes Aguilar. *Carl Schmitt, Teólogo de la política*. México: Fondo de Cultura Económica. 2004. Eduardo García Máynez. *Introducción al estudio del derecho*. 62ª ed. México: Porrúa, s/d p. 47. Gisele Silva Araújo. Rogerio Dutra dos Santos. *O constitucionalismo antiliberal de Carl Schmitt: democracia substantiva e exceção versus liberalismo kelseniano* in *Curso de Ciência Política*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. Carl Schmitt. *Teoría de la constitución*. Trad. Francisco Ayala. Buenos Aires: Struhart & Cia., s/d. p. 202.

²²⁵ J.M. Delgado Ocando. *op.cit.* p. 158. Eduardo García Máynez. *Introducción al estudio del derecho*. 62ª ed. México: Porrúa, s/d p. 129. Luis Recasens Siches. *Introducción al estudio del derecho*. 15ª ed. México: Porrúa, 2006. p. 195.

interesses contrapostos, opiniões e tendências contrárias, a forma mais eficiente que Schmitt concebeu manter essa integração seria a decisão que outro juiz tomaria como decisão correta.²²⁶

²²⁶ Carl Schmitt. *Teoria de la constitucion*. Buenos Aires: Struhart & Cia., s/d. p. 6. Julien Freund, *Vista en conjunto sobre a obra de Carl Schmitt*. 2ª ed. Trad. de Maria Victoria Rossler. Buenos Aires: Struhart & Cia., 2006. p. 56. *Gesetz und Urteil*. p. Gisele Silva Araújo. Rogerio Dultra dos Santos. *O constitucionalismo antiliberal de Carl Schmitt: democracia substantiva e exceção versus liberalismo kelseniano* in *Curso de Ciência Política*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

CONCLUSÕES

As premissas fundamentais do pensamento de Carl Schmitt afastam, claramente, as concepções tradicionalmente dominantes no quadro geral de sistemas e regimes jurídicos contemporâneos, geralmente assentadas naquilo que o próprio Schmitt denominava de Estado liberal-burguês. Essa situação reconhecida, *grosso modo*, é a do Estado de Direito, noção criada pela Ciência Política alemã, na segunda metade do Século XIX, na qual o Estado é submetido às leis que cria, num sistema de repartição de poderes. E segue a orientação de que, baseado em leis, o Estado age e decide. Longe de significar uma mera crítica de natureza política a esse *status* do Estado e das leis, propõe Carl Schmitt a necessidade de interferência no Direito pelo político e, mais do que isso, o primado do político sobre o jurídico. Ao legitimar sua concepção no elemento político, acaba por denunciar falhas ou debilidades das escolas e concepções tradicionalmente estudadas, enquadradas, *lato sensu*, no Liberalismo e, de uma forma especial, no Positivismo Normativista.

No plano de formulação, o texto segue as etapas principais do caminho histórico de Schmitt: o surgimento, o desenvolvimento, a afirmação teórica e a realização prática, que redonda na formulação do Decisionismo. Essa forma de pensar segue a matriz Institucionalista, pela qual são as instituições que fazem as regras do Direito, e não as regras de Direito que fazem as instituições, mas desvincula-se da orientação original de Hauriou, em razão do perfil neotomista que esse último toma, e segue por dar um caráter natural e imprescritível à figura da *instituição*, que Schmitt também considera pouco dinâmica. Voltado para a *ordem concreta*, e para o elemento vontade que a expressão *Volkgeist* (espírito do povo) possa dar, especialmente por causa do caráter orgânico e racial do povo alemão, segue Schmitt com a orientação de que não há ordem jurídica sem a intervenção de uma autoridade que decida.

A teoria de Schmitt firma-se na ideia de que a decisão tomada por uma autoridade possibilita a própria existência de uma norma jurídica. É a expressão mais exata da real influência da Teoria Decisionista de Carl Schmitt nos destinos dos tribunais e no significado de decisão correta.

O prognóstico das vicissitudes do Estado moderno está longe de ser encontrado na forma de pensamento de Carl Schmitt, pois a noção de Estado de Direito, autolimitado por suas leis, não encontra sustentação na visão de Schmitt, que considera não ser possível que uma decisão de um juiz seja mero produto de uma norma jurídica. No processo de obtenção de elementos coerentes com seu pensamento, afasta-se da noção de justiça, tradicionalmente utilizada como norte nas soluções jurídicas, e apresenta-se como solução a de que decisão correta é a que outro juiz proferiria, de igual modo.

E a história não conheceu igual pensador, com teoria e prática associadas, especialmente pelas controvérsias que sua associação com o Nazismo trouxe aos estudiosos do Brasil e do mundo. Uma grande importância, entretanto, surge, nos estudos de seus escritos, pela crítica ao Liberalismo e por sua censura epistemológica mais contundente, aquela contra o Positivismo Normativista, encabeçado por Hans Kelsen.

O pensamento de Carl Schmitt não é reputado onipotente e nem justo para a concepção imprimida no Brasil no seu percurso democrático, além de muitas das teses de Schmitt explicarem alguns dos momentos mais sensíveis da história do autoritarismo no Brasil, quando, por exemplo, atos da ditadura sustentaram constituições e leis autoritárias

Não está estagnada, mas, ao contrário, parece avançar a teoria de Schmitt, seja porque a autoridade, de fato, sustentou a lei ao longo da história, seja porque, cada dia mais, os tribunais do Brasil afastam-se das leis que o Estado de Direito brasileiro promulgou e decidem por critérios próprios, no mais das vezes, amparados em outra decisão judicial. Pode-se constatar, na

jurisprudência dos tribunais superiores, que mais do que uma diretriz, as decisões proferidas seguem com uma força de caráter normativo, nas suas relações com outras cortes.

A estrutura do trabalho mostra o conjunto de discussões teóricas que marcaram o período no qual Schmitt desenvolveu suas ideias, e aquelas outras que, *a latere*, encontraram intercessões nos textos e obras do autor. E ao se estudar as várias teorias que se inter-relacionam com os trabalhos de Schmitt, pode-se aferir sua integração e, também, sua crítica aos acontecimentos do seu tempo, como seria exemplo o embate entre os germanistas e romanistas.

Todas as tentativas de se estudar Carl Schmitt, sob uma óptica exclusivamente jurídica, parecem fadadas ao insucesso. É que a relação substantiva e epistemológica de Schmitt com a Política não permite uma análise do Direito dela dissociada. E, mais do que isso, desenvolver um estudo sem perceber que o sistema do pensamento de Carl Schmitt é unitário e unicompreensivo do Direito e da Política torna impossível a leitura do texto *Lei e juízo*, por um viés exclusivamente jurídico.

O alcance de um método fenomenológico não vai além do que o texto permite conhecer e deixa intacta a força bruta do pensamento de Carl Schmitt. Não pode subsistir dúvida, entretanto, do caráter decisivo das circunstâncias que marcaram o texto *Lei e juízo*, e que não se revelam na obra original do autor. É um imperativo que o conhecimento do texto una-se à complexidade de outros elementos capazes de exercer influência sobre as percepções de Schmitt, nos fundamentos de sua práxis decisionista.

BIBLIOGRAFIA

- ACKERMAN, Bruce A. *Del realismo al constructivismo jurídico*. Trad. Juan Gabriel López Guix. Barcelona: Ariel, 1998.
- ADORNO, F. GREGORY, T. VERRA, V. *Storia della filosofia*. V. III. Bari: Laterza, 1979,
- AGUILAR, Héctor Orestes. *Carl Schmitt, Teólogo de la política*. México: Fondo de Cultura Económica, 2001.
- ALVAREZ TURIBIO, Fernando. *El proceso contencioso-administrativo*. Havana: Martí, 1954.
- ALVIM, Décio Ferraz. *Concepção institucional do direito*. São Paulo: Liberdade, 1934.
- AMARAL, Diogo Freitas do. *História das ideias políticas*. v.I. Coimbra: Almedina, 1999.
- AMARAL, Maria Lúcia. *Carl Schmitt e Portugal – O problema dos métodos em direito constitucional português. Perspectivas Constitucionais Nos 20 anos da Constituição de 1976*. V. I. Organização de Jorge Miranda. Coimbra: Coimbra, 1996. p. 167-194.
- AMENDOLA, Adalgiso. *Carl Schmitt tra decisione e ordinamento*. Nápoles: ESI, 1999.
- ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra, 1987.

ANDREOTTINETO, Nello. *Direito civil e romano*. São Paulo: Ed. do autor, s/d.

ANGELINO, Carlo. *Carl Schmitt sommo giurista del Führer*. Gênova: Il melangolo, 2006.

ARAUJO, Gisele Silva. SANTOS, Rogério Dultra dos. *O constitucionalismo antiliberal de Carl Schmitt*. In Lier Pires Ferreira, Ricardo Guanabara, Vladimir Lombardo Jorge, *Curso de Ciência Política. Grandes autores do pensamento político moderno e contemporâneo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2010. p. 371-400.

ARRUDA Jr. Edmundo; L. GONÇALVES, Marcus Fabiano. *Fundamentação ética e hermenêutica: alternativas para o direito*. Florianópolis: Cesus, 2002.

ATIAS, Chistian. *Épistémologie juridique*. Paris: Dalloz, 2002.

BARBE, Raoul-P. *Droit administratif canadien et québécois*. Ottawa: Éditions de L'Université D'Ottawa, 1969.

BARRACLOUGH. Geoffrey. *Introdução à história contemporânea*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1976.

BAUME, Sandrine. *Carl Schmitt, penseur de l'État. Genèse d'une doctrine*. Paris: Presses de la FNSP, 2008.

BECKER, Idel. *Pequena história da civilização ocidental*. 6ª. Ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1973.

BECKER, Jean-Jacques. *O tratado de Versalhes*. Trad. Constancia Egrejas. São Paulo: Unesp, 2010.

BERNAREGGI, Ernesto. *L'Attività legislativa e la volontà popolare nel regime democratico*.
Milão: Giuffrè, 1949.

BERNUZ BENEITEZ, Maria José. *François Geny y el derecho. La luta contra el método
exegético*. Bogotá: Universidad Externato de Colombia, 2006.

BERTÍN, Hugo D.; CORBETTA, Juan Carlos. *La noción de legitimidad en el concepto de lo
político de Carl Schmitt*. Buenos Aires: Struhart & Cia, 1997.

BOCHENKI, I. M. *A filosofia contemporânea ocidental*. 2ª ed. Trad. Antônio Pinto de Carvalho.
São Paulo: Herder, 1968.

BODENHEIMER, Edgar. *Ciência do direito. Filosofia e metodologia jurídicas*. Trad. Enéas
Marzano. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

BODIN, Jean. *Os seis livros da República*: Trad. José Ignácio Coelho Mendes Neto. São Paulo:
Ícone, 2011.

BOEHMER, Gustav. *El derecho a través de la jurisprudencia su aplicación y creación*. Trad.
José Puig Brutau. Barcelona: Bosch, 1959.

BONNARD, Roger. *Le droit et l'Etat dans la doctrine national socialiste*. 2ª. Paris: Librairie
Générale de Droit, 1939.

BOSOER, Fabián. *Maquiavelo, Schmitt, Gramsci y el decisionismo de los años 90: viejos y
nuevos principios. Fortuna y virtud en la República democratica*. Buenos Aires: Clacso,
2000.

BUELA, Alberto. CUMIN, David. PIETROPAOLI, Stefano. *Carl Schmitt Diritto e concretezza*. Parma: Veltro, 2011.

BURDEAU, Georges. *A democracia*. Trad. Paulo António dos Anjos. Lisboa: Publicações Europa-América, 1962.

O liberalimo. Trad. J. Ferreira. Lisboa: Publicações Europa-América. 1979.

Derecho constitucional e instituciones políticas. Trad. Ramón Falcón Tello. Madri: Editora Nacional, 1981.

CAMPOS, Carlos. *Hermenêutica tradicional e direito científico*. Belo Horizonte: Imprensa Oficial de Minas Gerais, 1970.

CARRÉ DE MALBERG, Raymond. *Teoria General del Estado*. Trad. José Lión Depetre. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

La legge espressione della volontà generale. Trad. Marina Calamo Specchia. Milão: Giuffrè, 2008.

La teoria gradualistica del diritto. Trad. Anna Chimenti. Milão: Giuffrè, 2003.

CASERTA, Marco. *Democrazia e costituzione in Hans Kelsen e Carl Schmitt*. Roma: Aracne, 2005.

- CASSIRER, Ernst. HÄGERSTRÖM, Axel. *Filosofia moral, derecho y metafísica. Un diálogo con Axel Hägerström*. Barcelona: Herder, 2010.
- CASTANHEIRA NEVES, A. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica – I*. Coimbra: Coimbra, 2003.
- CASTELO BRANCO, Pedro Hermílio Villas Bôas. *Secularização inacabada. Política e Direito em Carl Schmitt*. Curitiba: Appris, 2011.
- CLAVIER, Paul. *Le concept de monde*. Paris: PUF, 2000.
- COLLOTTI, Enzo. *A Alemanha Nazi*. Trad. J. Santos Chambinho. Lisboa: Arcádia, 1965.
- CORBETTA, Juan Carlos; PIANA, Ricardo Sebastián. *Política y orden mundial Ensayos sobre Carl Schmitt*. Buenos Aires: Prometeo, 2007.
- CÓRDOVA VIANELLO, Lorenzo. *Derecho y poder Kelsen y Schmitt frente a frente*. México: Fondo de Cultura Económica, 2009.
- COSTA, Moacyr Lobo da. *Três estudos sobre a doutrina de Duguit*. São Paulo: Ícone, 1997.
- CUETO RUA, Julio. *El common Law*. Buenos Aires: Tucuman, 1956.
- DABIN, Jean. *El derecho subjetivo*. Granada: Comares, 2006.
- DAHL, Robert A. *A democracia e seus críticos*. Trad. Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1986.

DELGADO OCANDO, J. M. *Exposición de la metodología del derecho de Reinhold Zippelius*. Maracaibo: Centro de Estudios de Filosofía del Derecho, 1975.

DUARTE, Écio Oto Ramos. POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico*. São Paulo: Landy, 2006.

DUGUIT, Léon. *Fundamentos do direito*. 2ª ed. Trad. Eduardo Salgueiro. Lisboa: Inquérito, s/d.

Las transformations del derecho público y privado. Trad. Adolfo Posada y Ramón Jaén. Granada: Comares, 2007.

Manual de derecho constitucional. Trad. José Luis Monereo Pérez y José Calvo González. Granada: Comares, 2005.

ETCHEVERRY, Juan B. SERNA, Pedro. *El caballo de troya del positivismo jurídico*. Granada: Colmares, 2010.

EHRlich, Eugen. *Fundamentos da Sociologia do Direito*. Trad. René Ernani Gertz. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986.

FARRELL, Martin Diego. *La metodología del positivismo lógico – su aplicación al derecho*. Buenos Aires: Astrea, 1979.

FERNANDES Jr., Adriano Augusto. PEREGALLI, Enrique. *Evolução do pensamento de Hans Kelsen: um estudo por tópicos*. São Paulo: Faculdades Capital, 1998.

FERARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. 4ª ed. Trad. Manuel A. Domingues de Andrade. Coimbra: Coimbra, 1987.

- FERREIRA, Bernardo. *O risco do político. Crítica ao liberalismo e a teoria política no pensamento de Carl Schmitt*. Belo Horizonte: UFMG, 2004.
- FOUILLÉE, A. *Novísimo concepto del derecho*. Trad. Eduardo Gómez de Baquero. Madri: La España Moderna, 1909.
- FRANCISCI, Piero de. *Síntesis histórica del derecho romano*. Trad. Ursicino Alvarez. Madri: Revista de derecho privado, 1954.
- FREUND, Julien. *Vista en conjunto sobre la obra de Carl Schmitt*. 2ª ed. Trad. Maria Victoria Rossler. Buenos Aires: Struhart & Cia, 2006.
- FULBROOK, Mary. *História concisa da Alemanha*. Trad. Bárbara Duarte. São Paulo: Edipro, 2012.
- GALEFFI, Romano. *A filosofia de Immanuel Kant*. Brasília: Universidade de Brasília, 1986.
- GALLI, Carlo. *Genealogia della política. Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno*. Bolonha: Il mulino, 2010.
- GÉNY, François. *François Gény. Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*. Trad. José Luis Monereo Pérez. Granada: Comares, 2000.
- GENNARO, Antonio de. *Introduzione alla teoria del pensiero giuridico*. Turim: Giappichelli, 1979.
- GIANNANTONI, Gabriele. *Le filosofie e le scienze contemporanee*. Turim: Loescher, 1996.

GIORDANO, Renato. *La motivazione della sentenza e l'istituto del dissenso nella pratica della Corte Suprema degli Stati Uniti*. Nápoles: Eugenio Jovene, 1950.

GIRALDO ÁNGEL, Jaime. *Metodología y tecnica de la investigación jurídica*. Bogotá: Temis, 1980.

GOMBRICH, E. H. *Uma pequena história do mundo*. Trad. Raquel Moura. Lisboa: Tinta-da China, 2006.

GORLAS, Gino. *Studio storico-comparativo della common Law e scienza del diritto*. Milão: Giuffrè, 1962.

HAMELIN, Jean. PROVENCHER, Jean. *Breve historia de Quebec*. Trad. Glenn Gallardo. México: Fondo de Cultura Economica, 2003.

HAURIOU, André. *Derecho constitucional e instituciones políticas*. Trad. José Antonio González Casanova. Barcelona: Ariel, 1971.

HAURIOU, Maurice. *A teoria da instituição e da fundação*. Trad. de José Ignácio Mendes Neto. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.

HECK, Phillip. *Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses*. Trad. José Osório. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1947.

El problema de la creación del derecho. Trad. José Puig Brutau. Barcelona: Ariel, 1961.

HERNANDEZ GIL, Antonio. *Metodología de la ciencia del derecho*. Madri: Espasa-Calpe, 1988.

HERRERA, Enrique. *Práctica metodológica de la investigación jurídica*. Buenos Aires: Astrea, 1998.

HIRSCHBERGER, Johannes. *História da filosofia moderna*. Trad. Alexandre Correia. 2ª ed. São Paulo: Herder, 1967.

HOFMANN, Hasso. *Legittimità contro legalità. La filosofia política di Carl Schmitt*. Trad. Roberto Miccú. Nápoles: ESI, 1999.

Introduzione alla filosofia del diritto e della politica. Trad. Luca Basso e Massiminiano Tomba. Bari: Laterza, 2003.

IORIO, Bruno. *Analisi del decisionismo*. Nápoles: Giannini, 1987.

ITURRALDE SESMA, Victoria. *El precedente en el common law*. Madri: Civitas, 1995.

Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial. Valencia: Tirant lo blanch, 2003.

JANKÉLÈVIICH, Vladimir. *Georg Simmel, filósofo de la vida*. Trad. Antonia Carcia Castro. Madri: Gedisa, 2007.

JELLINEK, Georg. *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*. Trad. Gaetano Vitagliano Milão: Societé Editrice Libreria, 1912.

Fragmentos de Estado. Trad. Michael Forster, Miguel Herrero de Miñón e José Carlos Esteban. Madri: Civitas, 1981.

La dottrina generale di diritto dello Stato. Milão: Giuffrè, 1949.

LANGE, Friedrich Albert. *Storia del materialismo.* Trad. Angelo Treves. Milão: Monanni, 1932.

LA TORRE, Massimo. *La crisi del novecento: giuristi e filosofi nel crepuscolo di Weimar.* Bari: Dedalo, 2006.

Norme, istituzioni, valore. La teoria istituzionalistica del diritto. Bari: La Terza, 2002.

LASK, E., KANTOROWICZ, H.U., RADBRUCH, G. REINACH, E. KELSEN, H. SCHWING, E. *Metodologia della scienza giuridica.* Trad. Agostino Carrino. Nápoles: ESI, 1989.

LONGO, Oddone. JONA, Mario. *Le leggi razziali antiebraiche fra le due guerre mondiali. Atti del convegno.* Florença: Giuntina, 2009.

KELSEN, Hans. *Autobiografia.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.

Teoria pura do direito. 3ª ed. Trad. José Cretella Junior e Agnes Cretella. São Paulo: 2003.

Jurisdição constitucional. Trad. Alexandre Krug, Eduardo Brandão e Maria Emantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

- KERVÉGAN, Jean-François. *Hegel, Carl Schmitt O político entre a especulação e a positividade*. Trad. Carolina Huang. São Paulo: Manole, 2006.
- KOCK, W.J. *Historia da África do Sul*. Pretória: Heer Printing Co., 1972.
- LAMEGO, José. *Hermenêutica e jurisprudência*. Lisboa: Fragmentos, 1990.
- LIMONGI, Dante Braz. *O projeto político de Pontes de Miranda*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- LÓPEZ RODRÍGUEZ, Carlos Eduardo. *Introdução ao pensamento e à obra jurídica de Karl Larenz*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.
- LAFONT PIANETTA, Pedro. *Manual de derecho privado contemporâneo*. Bogotá: Librería Ediciones de profesional Ltda., 2006.
- LARENZ, Karl. *La filosofía contemporánea del derecho y del Estado*. Trad. E. Galán Gutiérrez e A. Truyol Serra. Madri: s/d.
- MACEDO Jr., Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a fundamentação do direito*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MACHADO NETO, A. L. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1984.
- MACRIDIS, Roy C. *Ideologias políticas contemporâneas*. Trad. de Luís Tupy Caldas de Moura e Maria Inês Caldas de Moura. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.
- MAGALHÃES, José Calvet de. *Breve história diplomática de Portugal*. Lisboa: Europa-América, 1990.

- MAGGIORE, Giuseppe. *Arturo Rocco e il método técnico-giuridico* in *Studi in memória di Arturo Rocco*. v. I. Milão: Giuffrè, 1952.
- MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. v. I. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 1990.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- MÁYNEZ, Eduardo Gracia. *Algunos aspectos de la doctrina kelseniana. Exposición y crítica*. México: Coyoacán, 2011.
- MEIRELLES TEIXEIRA, J. H. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Forense Universitária, 1991.
- MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- MORALES, Diego Medina. *El derecho subjetivo em Hans Kelsen*. Córdoba: Universidade de Córdoba, 2005.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- MORTON, Desmond. *Breve história do Canadá*. Trad. Luiz Roberto de Godoi Vidal. São Paulo: Alfa-Omega, 1989.
- MÜLLER, Ingo. *Los juristas del horror*. Trad. Carlos Armando Figueredo. Bogotá: Alvaro Nora, 2009.

NEGRETTO, Gabriel L. *El concepto de decisionismo en Carl Schmitt*. México: S.O.S., 2000.

NEGRI, Antonio. *O poder constituinte*. Trad. Antonio Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

NEVINS, Allan. COMMAGER, Henry Steele. *Breve História dos Estados Unidos*. Trad. Luiz Roberto de Godoi Vidal. São Paulo: Alfa-Omega, 1986.

NICOLETTI, Michele. *Trascendenza e potere*. Brescia: Morcelliana, 1990.

La politica e il male. Brescia: Morcelliana, 2000.

LAMEGO, José. *Hermenêutica e jurisprudência*. Lisboa: Fragmentos, 1990.

LIMA, Ruy Cirne. *A relação jurídica no direito administrativo*. Porto Alegre: Edição do Autor, 1952.

LIPSON, Leslie. *Historia y filosofia de la democracia*. Trad. Lorenzo W. Garcia. Buenos Aires: Tipografica Editora Argentina, 1969.

OGLSBY, J. C. M. *Breve historia de Canada*. Trad. Roberto Gabaldón. Caracas: El libro menor, 1985.

OLIVECRONA, Karl. *Linguagem jurídica e realidade*. Trad. Edson L. M. Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

OLIVEIRA LIMA. *História da civilização*. 10ª ed. São Paulo: Edições Melhoramentos, s/d.

PRADE, Péricles. *Duguit, Rousseau, Kelsen e outros ensaios*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1997.

PASQUIER, Claude du. *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du Droit*. 4ªed. Neuchatel: Delachaux et Niestlé, 1967.

PELLINGRA, Benedetto. *La motivazione della sentenza penale*. Milão: Giuffrè, 1974.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. I. 23ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PERGOLESI, Feruccio. *Sistema delle fonti normative*. 3ª Ed. Bolonha: Dott. Cesare Zuffi, 1949.

PINTO, Roger. *Éléments de droit constitutionnel*. 2ª ed. Lille: Morel & Corduant, 1952.

POGGI, Gianfranco. *A evolução do Estado moderno*. Trad. Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar.1981.

POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. *Conceito jurídico de Império*. Brasília: Consulex, 2009.

PORTALIS, Jean-Etienne-Marie. *Discurso preliminar del projecto de código civil frances*. Trad. Manuel de Rivacoba y Rivacoba. Valparaíso: Edeval, 1978.

POUND, Roscoe. *Lo spirito della Common Law*. Trad. Giuseppe Buttia. Milão Giuffrè, 1970.

PRADE, Péricles. *Duguit, Rousseau, Kelsen & outros ensaios*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1997.

RATHENAU. Walter. *Walter Rathenau a través de sus obras*. Trad. Catalina Grossmann e Alfredo Cahn. Buenos Aires: Editorial del Instituto Americano de Investigaciones Sociales y Económicas. Buenos Aires, 1942.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

RENARD, Georges. *L'Institution*. Paris: Flammarion, 1933.

Introducción filosófica al estudio del derecho. Trad. Santiago Cunchillos Manterola. Buenos Aires: Dedebec, 1947.

RESTA, Caterina. *Stato mondiale e nomos della terra. Carl Schmitt tra universo e pluriverso*. Reggio Emilia: Diabasis, 2009.

RIPERT, Georges. *Les forces créatrices du droit*. Paris: L.G.D.J., 1955.

ROSENBERG, A. *Storia della Repubblica di Weimar*. Trad. Leonardo Paggi. Roma: Sansoni, 1972.

ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2000.

ROSSI, Guido. *Il gioco delle regole*. Milão: Adelphi, 2006.

RÜTHERS, Bernd. *Carl Schmitt em el Tercer Reich*. Trad. Luis Villar Borda. Buenos Aires: Struhart & Cia., s/d.

SALDANHA, Nelson. *Da teologia a metodologia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

Teológico, metafísico e positivo. Filosofia e epistemología no ocidente moderno. Rio de Janeiro: Academia Brasileira de Letras, 2010.

SANTA-PINTER, J.J. *Elementos de introducción al common law y civil law*. Buenos Aires: Depalma, 1963.

SANTI ROMANO. *Princípios de direito constitucional geral*. Trad. Maria Helena Diniz. São Paulo: RT, 1977.

.....*Ordenamento jurídico*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

SANTOS, Rogério Dutra dos. *Carl Schmitt, direito e juízo*. Cadernos de Sociologia e Política. Rio de Janeiro, V. 7, p. 99-110 – 2004.

Direito e decisão judicial: Carl Schmitt e os fundamentos normativos da homogeneidade política. In Cademartori, Luiz Henrique. Temas de política e direito constitucional contemporâneos. Florianópolis: Momento Atual, 2004. p. 21-31.

SANTOS, Rogério Dutra dos, *et alii*. *A crítica da indeterminação da decisão judicial: o diálogo entre Duncan Kennedy e Carl Schmitt*. Cadernos Adenauer – O terceiro poder em crise: impasses e saídas, Rio de Janeiro, nº 6, p. 119-151, 2003.

SAUTU, Ruth *et alii*. *Manual de metodologia*. Buenos Aires: Clacso, 2005.

SCHMITT, Carl. *Terra e mar*. Trad. Alexandre Franco de Sá. Lisboa: Esfera do Caos, 2008.

A crise da democracia parlamentar. São Paulo: Página Aberta, 1996.

Catolicismo romano e forma política. Trad. Alexandre Franco de Sá. Lisboa: Huguin, 1998.

Concepto de lo político. Trad. Francisco Javier Conde. Buenos Aires: Struhart & Cia., 2002.

Diálogo sobre el poder y el acceso al poderoso. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2008.

Legalidade y legitimidad. Trad. José Díaz García. Madrid: Aguilar, 1971.

El nomos de la terra. Trad. Buenos Aires: Struhart & Cia, 2005.

El Leviathan En la Teoría del Estado de Tomás Hobbes. Trad. Javier Conde. Buenos Aires: Struhart & Cia., s/d.

Escritos de política mundial. Trad. Horacio Cagni. Buenos Aires: Heracles, 1995.

Ex captivitate salus. Buenos Aires: Struhart & Cia., s/d.

Gesetz und Urteil. Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis. Berlín: Verlag von Otto Liebmann, 1912.

Interpretación europea de Donoso Cortés. Trad. Francisco de Asís Caballero. Buenos Aires: Struhart & Cia., 2006.

La tiranía de los valores. Trad. Anima Schmitt. Granada: Colmares, 2010.

O guardião da constituição. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar – Genf – Versailles, 1923-1939.
Berlim: Duncker und Humblot GmbH, 1994.

Risposte a Norimberga. Bari: Laterza, 2006.

Sobre os três tipos do pensamento jurídico. In Carl Schmitt e a fundamentação do direito. Trad. Ronaldo Porto Macedo Jr. São Paulo: Saraiva, 2011.

Teologia política. Trad. Francisco Javier Conde. Buenos Aires: Struhart & Cia., 1998.

Teoria de la constitución. Buenos Aires: Editorial Struhart & Cia., s/d.

Un giurista davanti a se stesso. Vicenza: Neri, 2005.

SCHERER, M.G.V. *Principales différences entre le Code Napoléon (1804) e le Code Guillaume II (1900).* Paris: Recuel Sirey, 1922.

SERRA, Carlos. *História de Moçambique.* Maputo: Livraria Universitária, 2000.

SMEND, Rudolf. *Costituzione e diritto costituzionale.* Trad. F. Fiore e J. Luther. Milão: Giuffrè, 1988.

SOUTO MAIOR, A. *História geral.* 15ª Ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1974.

STAMMLER, Rudolf. *Tratado de filosofia del derecho.* México: Coyoacán, 2008.

TARDE, Gabriel. *Les transformation du droit.* Paris: Berg International, 1994.

TAUBES, Jacob. *In divergente accordo scritti su Carl Schmitt*. Trad. Gianni Scotto e Eletra Stimilli. Macerata: Quodlibet, 1996.

THEIMER, Walter. *História das idéias políticas*. Trad. Dinorá Freitas e Sampaio Marinho. Liboa: Arcádia, 1970.

THOMSON, David. *Pequena história do mundo contemporâneo*. 5ª ed. Trad. J. C. Teixeira Rocha. Rio de Janeiro: Zahar, 1979.

TORNAGHI, Hélio Bastos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo; RT, 1974.

TOWNSON, Duncan. *Breve historia de Inglaterra*. Trad. Paloma Tejada Caller. Madri: Alianza Editorial, 2004.

TRUC, Gonzague. *História da filosofia*. Trad. Ruy Flores Lopes e Leonel Vallandro. Porto Alegre: Globo, 1958.

VILLACAÑAS, José Luis. *Poder y conflicto. Ensayos sobre Carl Schmitt*. Madri: Biblioteca Nueva, 2008.

WESENBERG, Gerhard. WESENER, Gunter. *Historia del derecho privado moderno en Alemania y en Europa*. Valadoli: Lex Nova, 1998.

WOODWARD, E. L. *Uma história da Inglaterra*. Trad. Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar, 1964.

ZARKA, Yves Charles. *Un dettaglio nazi nel pensiero di Carl Schmitt*. Gênova: Il melangolo, 2005.

ZHIDKOV, O. CHIRKIN, V. YUDIN. Y. *Fundamentos de la teoría socialista del Estado y el Derecho*. Moscou: Progreso, 1987.

ANEXO