



Universidade de Brasília- UnB
Faculdade de Filosofia

PEDRO FERNANDES CURY

**KELSEN X SCHMITT E O PAPEL DA CONSTITUIÇÃO NAS DEMOCRACIAS
CONTEMPORÂNEAS**

BRASÍLIA/DF

2025

PEDRO FERNANDES CURY

**KELSEN X SCHMIITT E O PAPEL DA CONSTITUIÇÃO NAS
DEMOCRACIAS CONTEMPORÂNEAS**

Monografia apresentada como requisito
parcial para obtenção do título de
Bacharel em Filosofia pela Faculdade de
Filosofia da Universidade de Brasília
Orientador(a) Professor(a): Gilberto
Tedeia.

**BRASÍLIA/DF
2025**

PEDRO FERNANDES CURY

**KELSEN X SCHMIITT E O PAPEL DA CONSTITUIÇÃO NAS
DEMOCRACIAS CONTEMPORÂNEAS**

Monografia apresentada como requisito
parcial para obtenção do título de
Bacharel em Filosofia pela Faculdade de
Filosofia da Universidade de Brasília
Orientador(a): Professor(a): Gilberto
Tedeia

BRASÍLIA, 19 DE FEVEREIRO DE 2025

BANCA AVALIADORA

Professor Doutor Gilberto Tedeia

Professor Doutor Lucas Moura Vieira

Professor Doutor Tarcísio Vieira De Carvalho Neto

A GRADECIMENTOS

Gostaria de expressar minha gratidão, em primeiro lugar, ao meu professor de Filosofia do 8º ano. Sua dedicação, ao sacrificar suas merecidas férias para me aplicar uma recuperação por um décimo de nota resultou em um amor pela filosofia materializado nesse trabalho de conclusão de curso.

Expresso também minha profunda gratidão e admiração ao Professor Gilberto Tedeia, cuja a companhia ao longo de quatro semestres foi decisiva para o desenvolvimento do meu pensamento filosófico. Sua abordagem questionadora, unida à suas pitadas de deboche, permitiu-me entender a complexidade da teoria e suas implicações práticas, algo que se refletiu diretamente neste trabalho.

Agradeço à minha família, na figura de minha mãe, pelo apoio e por me incentivar a manter dois cursos nos momentos mais complexos presentes.

Expresso também minha gratidão aos amigos e colegas que estiveram ao meu lado, principalmente aos que não terminaram o curso, oferecendo palavras de incentivo e compartilhando experiências que enriqueceram esta jornada acadêmica.

Por fim, agradeço à Universidade de Brasília, à Faculdade de Filosofia e aos professores que, ao longo do curso, me proporcionaram uma formação sólida e instigaram reflexões que foram fundamentais para que a caminhada universitária um percurso de imenso prazer.

"O estado de exceção apresenta-se como o paradigma original da ordem jurídica no Ocidente."
Agambem

RESUMO

O trabalho analisa o embate teórico entre Hans Kelsen e Carl Schmitt acerca da normatividade e da soberania, explorando as implicações do papel da Constituição nas democracias contemporâneas. Partindo da teoria pura do direito de Kelsen, que enfatiza a Constituição como norma suprema, e do decisionismo de Schmitt, que prioriza o poder soberano em situações de exceção, a pesquisa investiga a relevância e os limites de cada abordagem em contextos de crise democrática. O estudo avalia, ainda, a dialética entre estabilidade normativa e necessidade política, destacando o papel das cortes constitucionais como mediadoras entre o direito e o poder. Ao abordar questões como populismo, autoritarismo e a constitucionalização de estados de exceção, a análise busca fornecer subsídios para a compreensão dos desafios enfrentados pelo constitucionalismo contemporâneo, especialmente no equilíbrio entre ordem e flexibilidade política.

Palavras-chave: Normatividade. Soberania. Hans Kelsen. Carl Schmitt. Constitucionalismo contemporâneo. Crise democrática. Estados de exceção.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	8
1.1 A atualidade do debate sobre normatividade e soberania	8
1.2 O papel da Constituição como eixo central das democracias contemporâneas	9
1.3 Objetivo: investigar as implicações práticas e filosóficas do embate teórico	10
2. HANS KELSEN E O CONSTITUCIONALISMO NORMATIVO	11
2.1. A Constituição como norma suprema: ordem, previsibilidade e racionalidade	11
2.2. A normatividade em tempos de crise: resistência à instrumentalização política.....	15
2.3. Críticas contemporâneas à abstração do positivismo jurídico	19
3. CARL SCHMITT E O DECISIONISMO CONSTITUCIONAL	23
3.1. O poder soberano como fundamento último do direito.....	23
3.2 Estado de Exceção e a Redefinição Dos Limites Constitucionais.....	26
3.3. O decisionismo no contexto das crises democráticas atuais.....	30
4. CONSTITUIÇÃO E CRISE: DIALÉTICA ENTRE NORMATIVIDADE E SOBERANIA	34
4.1. A Constituição é uma norma ou uma decisão política?	34
4.2. Dialética Kelsen x Schmitt: conflito entre estabilidade normativa e necessidade política.....	37
4.3. Aplicações práticas: o papel do Tribunal Constitucional como guardião ou agente político.....	39
5. IMPLICAÇÕES CONTEMPORÂNEAS: DEMOCRACIA E ESTADO DE DIREITO.....	42
5.1. Constitucionalismo em risco: populismo, autoritarismo e exceção permanente	42
5.2. Normas versus decisões: a disputa no judiciário e legislativo atuais	44
5.3. A "constitucionalização" de estados de exceção: uma herança schmittiana?.....	45
5.4. O desafio de Kelsen: como garantir a neutralidade em tempos polarizados?	47
6. CRÍTICA E REDEFINIÇÃO: DESAFIOS DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO	48
6.1. Limites do decisionismo e do positivismo jurídico no cenário contemporâneo	48
6.2. Relevância do debate para redefinir o papel das Constituições modernas	49
6.3. Normatividade e soberania em tempos de crise democrática	51
6.4. A Constituição como um espaço de disputa filosófica e prática	52
7. CONCLUSÕES E REFLEXÕES FINAIS	54

1. INTRODUÇÃO

O debate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt sobre normatividade e soberania representa um dos principais eixos da tênue linha existente entre direito e política. Apesar de suas respectivas abordagens terem sido forjadas no pré-segunda guerra, as tensões que suas concepções revelam acerca do poder soberano e da normatividade jurídica voltam aos holofotes nas estruturas jurídico-políticas contemporâneas.

As contribuições de Kelsen, com sua teoria pura do direito, e as de Schmitt, com a sua ênfase na soberania e na exceção, propõem visões divergentes sobre a função do direito e do Estado em tempos de crise, questões que ainda perpassam os debates políticos e jurídicos contemporâneos. Neste cenário, a análise dessas teorias oferece um arcabouço crítico para compreender as propostas constitucionais opostas no contexto da crise da soberania e da legitimidade estatal.

A oposição entre a normatividade kelseniana e a soberania schmittiana explicita os entendimentos antagônicos que culminam nas crises constitucionais contemporâneas.

1.1 A atualidade do debate sobre normatividade e soberania

A concepção de Kelsen de uma ordem jurídica pura, sólida, reta, autônoma, independente e, que não sofre influências da política, fundada em uma norma fundamental, que confere legitimidade a todas as normas do sistema jurídico, se vê desafiada pelas situações excepcionais em que se exige a suspensão de regras e a tomada de decisões políticas urgentes, frequentemente em desacordo com a normatividade estabelecida.

Kelsen, ao defender a autonomia da norma jurídica em relação aos poderes políticos, é confrontado pela realidade de momentos em que o direito, em sua abstração, parece incapaz de responder adequadamente à urgência política ou à manutenção da ordem pública. Em síntese, nos termos de Ricardo Cunha¹:

Kelsen (1999), ao lançar a sua teoria pura do direito, foi alvo de não poucas críticas, as quais, também não raro, acabavam por contradizerem-se. Como ele mesmo reconheceu, por vezes sua teoria era tachada de fascista, ao passo que os fascistas a viam como liberal-democrata; por sua vez, os comunistas a viam como ideologia de um

¹ CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. *Hermenêutica jurídica em Kelsen*. 4 ago. 2009. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176576/000860624.pdf?isAllowed=y&sequence=3>. Acesso em: 29 nov. 2024.

Estado capitalista, ao mesmo tempo em que os nacionais-capitalistas a desqualificavam. Se no campo político a celeuma não se resolia, melhor sorte não lhe restou entre os religiosos. A teoria Pura era, para alguns, ligada à escolástica católica e, para outros, uma teoria protestante do Estado e do Direito, havendo também quem a visse como marcada por um ideário ateísta (KELSEN, 1999, p. XIII). Kelsen (1999) explica essa crítica multifacetada, que não escapa a qualquer orientação política ou religiosa, exatamente em razão do seu grau de pureza. (CUNHA, 2009, [s.p.])

Por outro lado, a teoria de Schmitt sobre a soberania e a decisão política, centrada na ideia de que o soberano é aquele que decide sobre a exceção, ganha relevância em tempos de crise. Schmitt destaca que, quando as normas falham em garantir a ordem, é o poder soberano que, ao agir fora do marco jurídico regular, garante a continuidade do Estado. Nos seus próprios termos²: "O soberano é aquele que decide sobre o estado de exceção."

Em contextos contemporâneos, com o ressurgimento de líderes inclinados ao autoritarismo, a aplicabilidade e a eficácia das normas constitucionais são novamente colocadas em xeque. Nesse cenário, a tese de Carl Schmitt sobre a suspensão da normatividade e a primazia do soberano ressurge como um marco teórico central, evidenciando a tensão entre a ordem jurídica e o poder político.

A crise da normatividade constitucional diante de situações excepcionais reflete a crescente subordinação das normas ao comando soberano, desafiando a capacidade do Estado de Direito em garantir limites eficazes ao exercício do poder. Este retorno ao pensamento schmittiano destaca a vulnerabilidade das constituições quando confrontadas com a centralização de poder em mãos de líderes que, em nome da estabilidade ou da emergência, reivindicam a prerrogativa de suspender a normatividade, reafirmando a supremacia do soberano sobre o ordenamento jurídico.

1.2 O papel da Constituição como eixo central das democracias contemporâneas

A Constituição, e seus guardiões, como fundamentos das democracias contemporâneas, ocupam posição nuclear no ordenamento e na institucionalização do Estado, estruturando a organização do poder, a proteção dos direitos fundamentais e a

² SCHMITT, Carl. *Teologia política*. Trad. de Luís Sérgio G. de M. Souza. São Paulo: Martins Fontes, 1994. p. 11.

ordem jurídica em geral. Contudo, as diferentes premissas que Kelsen e Schmitt partem e constroem acerca da função da Constituição oferecem visões divergentes sobre sua aplicabilidade e a relação entre o direito e o poder político.

Para Kelsen, a Constituição é a norma suprema³ que estrutura o ordenamento jurídico, devendo ser interpretada e aplicada de acordo com a lógica normativa do sistema. Nesse sentido, a Constituição passa a definir as diretrizes que o território de sua jurisdição deve seguir, devendo a política e os demais seguimentos da sociedade se subordinarem a ela.

Em contraste, para Schmitt, a Constituição não é um mero conjunto de normas jurídicas, mas um instrumento flexível, passível de adaptação às necessidades e desejos⁴. A constituição schmittiana não é imune à suspensão ou à alteração em contextos de crise, quando o soberano decide, segundo seu próprio entendimento da necessidade política, transgredir ou redefinir as normas constitucionais. Em sua visão, a soberania, e não a norma, é o princípio fundamental que sustenta a ordem política e jurídica.

A Constituição, portanto, é vista por Schmitt como um contrato que, embora fundamente o Estado de direito, está sempre subordinada à mercê da decisão do soberano em momentos de exceção, quando a ordem jurídica regular não é mais capaz de garantir a estabilidade política e social.

O século XXI tem evidenciado um enfraquecimento da rigidez constitucional, especialmente em contextos de crise, quando decisões políticas de exceção frequentemente se sobrepõem à normatividade da Constituição. Esse fenômeno questiona a ideia de uma Constituição intocável, revelando a tensão entre a estabilidade normativa e as necessidades emergenciais de governança.

Nesse contexto, a teoria de Schmitt encontra ressonância, ao passo que sua ênfase na exceção e na soberania sugere que, em tempos de instabilidade, as normas constitucionais podem ser adaptadas ou mesmo suspensas, de modo a preservar a continuidade do Estado.

1.3 Objetivo: investigar as implicações práticas e filosóficas do embate teórico

O objetivo deste estudo é examinar as implicações teóricas e práticas do confronto entre as concepções de Kelsen e Schmitt, particularmente no que se refere à normatividade e à soberania. Ao analisar as propostas desses autores, busca-se entender

³ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

⁴ SCHMITT, Carl. *A Constituição de Weimar*. São Paulo: Editora Ática, 1987.

como suas teorias explicam os dilemas enfrentados pelos sistemas jurídicos contemporâneos ante os períodos de crise do modelo ocidental pós-guerra, quando as tensões entre os poderes se tornam mais latentes.

A partir dessa análise, o estudo busca investigar a aplicação das teorias de Kelsen e Schmitt em contextos de crise constitucional, onde a suspensão de normas constitucionais torna-se uma prática cogitável. A reflexão sobre como a teoria da exceção de Schmitt se materializa nas vontades políticas que desejam transgredir a normatividade constitucional, e permite avaliar a tensão entre a necessidade de estabilidade jurídica e a flexibilidade política desejada.

2. HANS KELSEN E O CONSTITUCIONALISMO NORMATIVO

2.1. A Constituição como norma suprema: ordem, previsibilidade e racionalidade

Hans Kelsen é um dos principais expoentes do positivismo jurídico no século XX. Ao seu ver a Constituição deveria ser o ápice do ordenamento jurídico, sendo dotada de status normativo supremo. Essa perspectiva pertence a sua teoria pura do direito, que busca dissociar o direito de elementos externos, como a política, a moral ou a sociologia, conferindo-lhe autonomia científica. Nas palavras do próprio Kelsen⁵:

A Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito Positivo – do Direito Positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial. É teoria geral do Direito, não interpretação de particulares normas jurídicas, nacionais ou internacionais. Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito. (KELSEN, 2006, p. 1)

Sob esse prisma, a Constituição não é meramente um instrumento político, conforme sugerem outros autores, mas a norma fundamental que organiza e confere validade às normas inferiores, sendo, assim, indispensável para a manutenção da ordem jurídica.

A organização hierárquica, no pensamento kelseniano, é um atributo essencial da Constituição, decorrente de sua posição superior no ordenamento jurídico, para Kelsen, o sistema jurídico é estruturado segundo uma escala normativa, na qual cada norma deriva

⁵ Teoria pura do direito. 7. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006. P.1

sua validade de outra superior, culminando na Constituição. Essa estrutura, denominada "pirâmide normativa", assegura que as normas inferiores estejam em conformidade com os preceitos constitucionais, garantindo uma coerência interna ao sistema jurídico. A Constituição, ao ser a norma fundante, atua como o referencial primário de estabilidade e harmonia do ordenamento. Nas palavras de Carlos Henrique Ramiro e Luiz Henrique Herrera ⁶:

Em *A Teoria Pura do Direito*, Kelsen propõe uma análise estrutural de seu objeto, formado por uma série de ordenamentos subordinados a uma hierarquia de graus sucessivos de extensão e eficácia decrescentes (normas que emanam umas das outras) ou escalonamento, desde o ordenamento internacional até o Estado. (RAMIRO; HERRERA, 2015, p. 235)

Tal hierarquia tinha como uma de suas principais funções a previsibilidade. O autor austríaco, de origem judia, sustenta que a supremacia normativa da Constituição desempenha função essencial para a segurança jurídica, permitindo que os cidadãos conheçam antecipadamente as regras que regem suas condutas e naturalmente impeça abusos de pessoas que ocupam cargos de poder.

Uma Constituição sólida, forte e clara estabelece os parâmetros essenciais necessários a organização do Estado e da sociedade, proporcionando segurança nos mecanismos institucionais e na aplicação uniforme das normas. Assim, a supremacia constitucional evita arbitrariedades, e influências de outras áreas da vida humana, conferindo ao direito um caráter impessoal e previsível. Sobre a previsibilidade, os professores Carlos Henrique Ramiro e Luiz Henrique Herrera comparam a um desejo de transformar o direito em algo previsível tal qual são as ciências naturais, *in verbis*⁷:

na pretensão de criar um método de análise das ciências sociais, com características análogas às das ciências exatas e naturais. Isso significa que o positivismo jurídico se vale dos pressupostos da metodologia

⁶ RAMIRO, Caio Henrique Lopes; HERRERA, Luiz Henrique Martim. Hans Kelsen: filosofia jurídica e democracia. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 52, n. 205, p. 235-260, jan./mar. 2015. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/205/ril_v52_n205_p235.pdf. Acesso em: 3 dez. 2024.

⁷ RAMIRO, Caio Henrique Lopes; HERRERA, Luiz Henrique Martim. Hans Kelsen: filosofia jurídica e democracia. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 52, n. 205, p. 235-260, jan./mar. 2015. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/205/ril_v52_n205_p235.pdf. Acesso em: 3 dez. 2024.

filosófica de Augusto Comte, com a pretensão de criar uma ciência jurídica objetivada. (RAMIRO; HERRERA, 2015, p. 235)

Logo, pode se colocar como meta da proposta kelseniana o que se denomina de racionalidade jurídica. Para Kelsen, a primazia da Constituição assegura que o direito seja construído de forma lógica, sistemática e hierárquica, afastando-se de critérios subjetivos ou irracionais. A supremacia da Constituição orienta a interpretação e a aplicação das normas, promovendo decisões fundamentadas em parâmetros objetivos, alinhados e explícitos. Essa racionalidade fortalece a legitimidade do direito e reforça seu papel de instrumento de regulação social. A própria introdução da teoria própria do direito denuncia a visão de Kelsen⁸:

Há mais de duas décadas que empreendi desenvolver uma teoria jurídica pura, isto é, purificada de toda ideologia política e de todos os elementos de ciência natural, uma teoria jurídica consciente da sua especificidade porque consciente da legalidade específica de seu objeto. Logo, desde o começo foi meu intento elevar a jurisprudência, que – aberta ou veladamente – se esgotava quase por completo em raciocínios de política jurídica, à altura de uma genuína ciência, de uma ciência do espírito. Importava explicar, não as suas tendências endereçadas à formação do Direito, mas as suas tendências exclusivamente dirigidas ao estudo do Direito, e aproximar tanto quanto possível os seus resultados do ideal de toda a ciência: objetividade e exatidão (KELSEN, 2006, p. 11)

Ademais, a Constituição, como norma suprema, desempenha um papel estruturante na organização e funcionamento do Estado. Ela define as competências dos poderes legislativo, executivo e judiciário, estabelecendo limites e garantias que preservam o equilíbrio entre essas instituições. Ao mesmo tempo, a Constituição também protege os direitos fundamentais dos indivíduos, funcionando como um baluarte contra abusos de poder. Dessa forma, a supremacia constitucional articula-se com os princípios

⁸ Teoria pura do direito. 7. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006. P.11

da democracia e do Estado de Direito. Tal composição é destacada da seguinte maneira por Kelsen⁹:

São-no precisamente aqueles atos de coação que a ordem jurídica liga aos pressupostos por ela definidos. Como organização política, o Estado é uma ordem jurídica. Mas nem toda ordem jurídica é um Estado. (KELSEN, 1998, p. 200)

Importante destacar que, para Kelsen, a normatividade da Constituição não depende de seu conteúdo material, mas de sua posição no sistema jurídico. A Constituição é válida enquanto norma porque ocupa o topo da hierarquia normativa, independentemente de critérios valorativos. Essa abordagem formalista distingue a teoria kelseniana de outras concepções, que enfatizam aspectos políticos ou substanciais da Constituição. Em seus próprios termos¹⁰:

Se começarmos levando em conta apenas a ordem jurídica estadual, a Constituição representa o escalão de Direito positivo mais elevado. A Constituição é aqui entendida num sentido material, quer dizer: com esta palavra significa-se a norma positiva ou as normas positivas através das quais é regulada a produção das normas jurídicas gerais. (KELSEN, 1998, p. 155)

No entanto, a concepção kelseniana da Constituição como norma suprema não é isenta de críticas. Alguns teóricos argumentam que o enfoque excessivamente normativo de Kelsen negligencia a dimensão política da Constituição, bem como os conflitos sociais que a envolvem. Outros questionam a eficácia prática da supremacia constitucional em sistemas nos quais o direito frequentemente se submete a pressões extrajurídicas. Miguel Reale¹¹ escreve sobre a teoria Kelseniana:

um verdadeiro dualismo ou uma justaposição de perspectivas, como se houvesse um direito para o jurista e um outro para o filósofo, cada um deles isolado em seu domínio, sem que a tarefa

⁹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. P.200

¹⁰ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. P.155

¹¹ REALE, Miguel. Teoria tridimensional do direito. São Paulo: Saraiva, 1986

de um repercutisse, de maneira direta e permanente, na tarefa do outro (REALE, 1986, p. 3).

Em síntese, a visão de Hans Kelsen acerca da Constituição como norma suprema oferece uma base teórica robusta para compreender a ordem, a previsibilidade e a racionalidade no sistema jurídico. Sua abordagem normativista enfatiza a autonomia do direito e sua funcionalidade como um sistema lógico e hierárquico, reafirmando a centralidade da Constituição na estrutura e no funcionamento do Estado de Direito.

2.2. A normatividade em tempos de crise: resistência à instrumentalização política

Como dito, a teoria normativista de Hans Kelsen apresenta o direito como um sistema autônomo, hierárquico e lógico, tendo como guia a Constituição. Em períodos de crise, essa normatividade assume um papel central de buscar a estabilidade do ordenamento jurídico, inclusive para evitar pressões e influências oriundas da política. O direito, segundo Kelsen, não se define por sua utilidade política ou social, mas pela validade formal de suas normas dentro de uma hierarquia que culmina na Constituição como norma fundamental. Explica o próprio autor¹²:

Teoria Pura do Direito, como específica ciência do Direito, concentra – como já se mostrou – a sua visualização sobre as normas jurídicas e não sobre os fatos da ordem do ser, quer dizer: não a dirige para o querer ou para o representar das normas jurídicas, mas para as normas jurídicas conto conteúdo de sentido – querido ou representado. Ela abrange e apreende quaisquer fatos apenas na medida em que são conteúdo de normas jurídicas, quer dizer, na medida e que são determinados por normas jurídicas. O seu problema é a específica legalidade autônoma de uma esfera de sentido.

A instrumentalização política do direito ocorre quando agentes políticos utilizam normas jurídicas como ferramentas para alcançar objetivos que extrapolam a finalidade do ordenamento jurídico. Esses fenômenos, como o *Lawfare*¹³, e a politização do judiciário, são intensificados em momentos de instabilidade, quando o sistema jurídico

¹² KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. P.72

¹³ CAMBRIDGE Dictionary. *Lawfare*. Disponível em: <https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles/lawfare>. Acesso em: 4 dez. 2024.

pode ser pressionado a legitimar decisões políticas. Kelsen argumenta que a separação entre direito e política é essencial para preservar a coerência do sistema jurídico.

A normatividade jurídica, ao dar ao Estado uma capacidade coercitiva, conforme delineado por Kelsen¹⁴, opera como um mecanismo de resistência à instrumentalização ao insistir na autonomia do direito. Essa autonomia não é meramente formal; ela protege o ordenamento jurídico de intervenções externas que possam comprometer sua previsibilidade e uniformidade. Kelsen verticaliza¹⁵:

A identificação de Estado e ordem jurídica é óbvia a partir do fato de que mesmo os sociólogos caracterizam o Estado como uma sociedade 'politicamente' organizada. Já que a sociedade – como unidade – é constituída por organização, é mais correto definir o Estado como 'organização política'. Uma organização é uma ordem. Mas em que reside o caráter político dessa ordem? No fato de ser uma ordem coercitiva. O Estado é uma organização política por ser uma ordem que regula o uso da força, porque ela monopoliza o uso da força. Porém, como já vimos, esse é um dos caracteres essenciais do Direito. O Estado é uma sociedade politicamente organizada porque é uma comunidade constituída por uma ordem coercitiva, e essa ordem coercitiva é o Direito. (KELSEN, 2024)

Em tempos de crise, a força normativa das leis, e o papel do Judiciário como guardião da constituição, limita a atuação de entes políticos que ocupam cargos estatais nos outros poderes. Para Kelsen, o Judiciário era isento de ideologia, e por esse motivo deveria ser o guardião da constituição.¹⁶

manifesta, portanto, a posição de Kelsen contra a eleição quer do Executivo, quer do Legislativo como órgãos legítimos para a defesa da Constituição. Na sua avaliação, os constitucionalistas do século XIX, quando sustentavam a tese de que o defensor da Constituição era o monarca, estavam guiados por uma indifarçável ideologia que buscava compensar a perda de poder do chefe de Estado, por ocasião da

¹⁴ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Disponível em: <https://estudos001.wordpress.com/wp-content/uploads/2014/02/hans-kelsen-teoria-geral-do-direito-e-do-estado.pdf>. Acesso em: 4 dez. 2024.

¹⁵ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Disponível em: <https://estudos001.wordpress.com/wp-content/uploads/2014/02/hans-kelsen-teoria-geral-do-direito-e-do-estado.pdf>. Acesso em: 4 dez. 2024. P. 262

¹⁶ KONKEL, R. L. *O protetor da Constituição: uma revisitação do debate entre Carl Schmitt e Hans Kelsen sobre o controle de constitucionalidade*. 2017. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/103398/protetor_constitucional_konkel.pdf. Acesso em: 4 dez. 2024. P.9

passagem da monarquia absolutista para a constitucional. Tratava-se, por assim dizer, de uma tentativa de impedir uma eficaz garantia da Constituição, ao menos por parte daquele órgão que mais a colocava em perigo, ou seja, o monarca. (KELSEN, 2024)

A contraposição entre Kelsen e Carl Schmitt fornece uma perspectiva analítica para compreender as limitações e os desafios da normatividade em tempos de crise. Schmitt, ao priorizar o elemento decisório na política, argumenta que, em situações de exceção, a aplicação das normas jurídicas é subordinada à decisão soberana, que define as condições de normalidade. Para ele, a crise revela os limites do normativismo ao expor sua incapacidade de lidar com rupturas excepcionais. O próprio Kelsen escreveu da seguinte maneira sobre o tema¹⁷:

Não se pode ignorar a ficção que aqui se esconde, ao fazer aparecer o poder do monarca – a quem a Constituição confere a representação externa do Estado e, em especial, a assinatura dos tratados internacionais, a sanção das leis, o comando supremo do exército e da marinha, a nomeação de funcionários e juízes, e outras tarefas mais – como meramente passivo. (KELSEN, 2024)

O debate entre Kelsen e Schmitt demonstra duas abordagens distintas sobre a relação entre direito e política. Enquanto Kelsen postula que a normatividade jurídica deve permanecer intacta mesmo em momentos de crise, Schmitt afirma que tais períodos demandam decisões que não podem ser contidas pelos limites normativos. Essa oposição levanta questões sobre a efetividade da autonomia jurídica quando confrontada com circunstâncias emergenciais. Explica Konkel¹⁸:

Ou seja, para Schmitt, o Tribunal Constitucional não conhece verdadeiros conflitos constitucionais, nem autênticos litígios, no sentido processual e técnico do conceito. Desse modo, para que

¹⁷ KELSEN, Hans. Quién debe ser el Defensor de la Constitución?. Tradução e notas de Roberto J. Brie. Madrid: Tecnos, 1995. p. 11 (tradução livre)

¹⁸ KONKEL, R. L. *O protetor da Constituição: uma revisitação do debate entre Carl Schmitt e Hans Kelsen sobre o controle de constitucionalidade*. 2017. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/103398/protetor_constitucional_revisitacao_konkel.pdf. Acesso em: 4 dez. 2024. P.7

houvesse conflito constitucional, as partes deveriam estar em certa relação com a Constituição que a transformaria em um contrato, o que não é admitido por ele, que a considera uma decisão fundamental, insuscetível de ser objeto de um processo. (KONKEL, 2017, p. 7)

Nos períodos de crise institucional, o risco de ruptura do ordenamento jurídico acentua-se. A normatividade kelseniana, no entanto, sugere que a resistência à instrumentalização está no reforço do caráter autônomo do direito. A supremacia da Constituição, nesse sentido, atua como uma barreira normativa contra tentativas de flexibilização que possam subverter a lógica hierárquica do sistema jurídico. Konkel se aprofunda¹⁹:

Porém, trata de estabelecer uma premissa que considera a base de qualquer estudo sobre o tema e que considera tão primária que – assim sustenta – quase parece desnecessário destacá-la: a supremacia da Constituição está a exigir um instituto pelo meio do qual seja controlada a constitucionalidade dos atos do Estado, especialmente os atos do Governo e do Parlamento. E mais, assinala que nenhuma outra instância é menos idônea para exercer esse controle do que aquela a quem a própria Constituição confere o exercício total ou parcial do poder, valendo-se de um princípio simples, mas incontornável: o de que ninguém pode ser juiz de sua própria causa. (KONKEL, 2017, p. 8)

Na análise kelseniana, o papel das normas jurídicas em contextos de instabilidade tem como função central a manutenção da normatividade e dependente da aplicação imparcial e uniforme do direito. Para o autor, essa aplicação não está vinculada às necessidades do momento, mas ao respeito às condições de validade que sustentam o sistema jurídico. Isso implica um compromisso institucional com a racionalidade normativa em detrimento de soluções *ad hoc*.

A análise das interações entre normatividade e política também revela o impacto da crise sobre as instituições. A instrumentalização do direito pode enfraquecer a confiança pública no sistema jurídico, criando um ciclo de instabilidade que ameaça a funcionalidade do ordenamento. A resposta normativista de Kelsen destaca a necessidade

¹⁹ KONKEL, R. L. *O protetor da Constituição: uma revisitação do debate entre Carl Schmitt e Hans Kelsen sobre o controle de constitucionalidade*. 2017. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/103398/protetor_constitucional_revisitacao_konkel.pdf. Acesso em: 4 dez. 2024. P.8

de uma abordagem que preserve os fundamentos do sistema jurídico mesmo diante de pressões externas.

A autonomia normativa, conforme proposta por Kelsen, pode ser vista não apenas como um princípio teórico, mas também como uma diretriz que orienta a interpretação e aplicação do direito em cenários de instabilidade. Nesse contexto, a autonomia jurídica busca limitar a influência política direta sobre as normas jurídicas.

A normatividade jurídica, enquanto estrutura hierárquica e autônoma, oferece uma base para explorar os desafios que o direito enfrenta em tempos de crise. O confronto teórico entre as perspectivas de Kelsen e Schmitt traz à tona questões sobre a resistência à instrumentalização política do direito, e sobre como a preservação ou não da autonomia jurídica pode influenciar a relação entre o direito e os interesses políticos.

2.3. Críticas contemporâneas à abstração do positivismo jurídico

O positivismo jurídico, tal como formulado por Hans Kelsen, enfrenta críticas que apontam para os limites de sua abstração em responder às demandas do mundo jurídico atual. A teoria pura do direito de Kelsen busca isolar o direito de influências externas, como a moral e a política, o que permite ao sistema jurídico alcançar racionalidade e previsibilidade sem ter que lidar com influências indesejadas de outras áreas.

No entanto, essa abordagem frequentemente é vista como inadequada para lidar com os contextos complexos e plurais das sociedades contemporâneas, que demandam uma interação mais fluída e adaptativa entre o direito e outras esferas sociais.

Uma das críticas mais comuns à abstração do positivismo jurídico reside na sua incapacidade de abordar de forma satisfatória os problemas de justiça material. Ao priorizar a pureza metodológica, Kelsen delega questões substantivas a outros campos, afastando o direito das aspirações concretas de equidade e justiça social. Para os críticos, essa posição ignora a necessidade de que os sistemas jurídicos contemporâneos incorporem considerações éticas e sociais de maneira mais direta, especialmente em contextos de desigualdade estrutural.

Boaventura de Sousa Santos²⁰ (2007) critica a concepção positivista do direito por sua tendência a reduzir o direito ao direito estatal, desconsiderando a pluralidade de ordens jurídicas presentes na sociedade. Ele argumenta que essa visão estreita e restritiva do direito é fruto de uma ideologia positivista que ignora as diversas formas de

²⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2007.

normatividade existentes, como o direito consuetudinário e o direito indígena. Essa abordagem, segundo Santos, não reconhece a complexidade e a diversidade das práticas jurídicas sociais, limitando a compreensão do direito a um sistema formal e estatal.

Além disso, a abstração kelseniana é questionada por seu potencial de promover a conformidade normativa em detrimento de reflexões críticas. O positivismo jurídico, ao enfatizar a validade das normas com base na sua conformidade à norma fundamental, pode ser visto como um sistema que legitima *o status quo*. Críticos argumentam que tal enfoque dificulta a resistência normativa a regimes autoritários, uma vez que a validade do direito não depende de seu conteúdo, mas de sua forma. Nesse sentido, o positivismo jurídico poderia ser instrumentalizado como ferramenta de opressão, justamente por sua neutralidade metodológica.

Na obra *Taking Rights Seriously*²¹ (2002), Ronald Dworkin apresenta uma crítica ao positivismo jurídico, destacando sua limitação ao conceber o direito apenas como um conjunto de regras formais. Ele ressalta que essa abordagem negligencia os princípios morais que frequentemente orientam as decisões judiciais.

Além disso, Dworkin²² observa que a ênfase na validade formal das normas pode tornar o positivismo jurídico vulnerável à instrumentalização por regimes autoritários, que utilizam a legalidade como mecanismo para justificar práticas opressivas. Para ele, o direito deve ser compreendido como um sistema integrado de regras e princípios, em que a moralidade desempenha um papel fundamental na definição do que é juridicamente válido.

Outros críticos questionam a capacidade do positivismo jurídico de lidar com a pluralidade jurídica característica das sociedades contemporâneas. Em contextos marcados por múltiplas fontes normativas – como os sistemas de direito indígena, religioso ou transnacional – a ideia de um sistema jurídico único e hierarquizado, tal como proposto por Kelsen, parece insuficiente. Essa crítica se apoia em teorias pós-positivistas, que sugerem a necessidade de reconhecer a coexistência e a interação entre diferentes ordens normativas, sem subordiná-las a uma norma fundamental única.

A exemplo, Bobbio (2004)²³ interpretava que o positivismo jurídico teve e ainda possui grande influência no pensamento jurídico contemporâneo. Porém, critica seu excesso de formalismo, em especial porque historicamente o fracasso de sistemas

²¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

²² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

²³ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Nova Ed. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

garantistas extremamente formais provaram que a consagração positiva de direitos fundamentais não é suficiente para evitar sua violação.

Há também questionamentos quanto à abstração do positivismo jurídico diante dos desafios impostos pela globalização. A emergência de novos espaços jurídicos transnacionais, como os representados por organizações internacionais e regimes econômicos globais, desafia a concepção kelseniana de soberania estatal. A dificuldade de integrar tais fenômenos à teoria pura do direito demonstra, para alguns, os limites da abstração kelseniana em um mundo interconectado, onde as fronteiras entre o direito interno e o externo se tornam cada vez mais tênues. André Kremer²⁴ explica sobre o posicionamento de Habermas:

As críticas de Habermas ao positivismo jurídico são bastante evidentes em sua obra. Porém, para bem avaliar a relação entre a teoria discursiva do direito e o positivismo jurídico há que se ter presente a relação entre direito e moral por ele proposta. Se a tese da separação entre direito e moral puder ser considerada um dos elementos principais da definição do positivismo jurídico, não se poderá, então, obliterar o tratamento da mencionada relação, a qual está no cerne da obra de Habermas sobre o direito. De fato, já no prefácio de FG, ele escreve que a relação complementar entre direito e moral não é mais entendida por ele, na obra em questão, do mesmo modo como o fizera nas Tanner Lectures. Nesse sentido, ele imputa a Apel um acesso à problemática “por demais normativista”⁸, sugerindo, portanto, como sendo sua própria posição, uma ligação menos normativa do direito à moral ou, quiçá, uma ligação simplesmente funcional. A hipótese acalentada neste estudo é a de que Habermas inverte a mencionada relação. Se antes defendia que a moral complementava o direito, agora é este que passa a complementar aquela. Melhor dito, apesar de ele sustentar uma complementação recíproca⁹ entre direito e moral, a complementação jurídica da moral passa a ter franca vantagem sobre esta última, como ver-se-á.

Essa nova configuração jurídica e social exige do direito uma capacidade de adaptação que vai além da estrita observância à norma fundamental. Em um cenário

²⁴ KREMER, André. **Habermas e o positivismo jurídico: crítica, complementaridade e autonomia do direito.** *Revista Dois Pontos*, v. 18, n. 2, 2021. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/doispontos/article/download/72279/42275/309526>. Acesso em: 10 dez. 2024.

globalizado, as interações entre Estados, organizações e indivíduos frequentemente geram conflitos normativos que desafiam as concepções tradicionais de hierarquia e coerência normativa.

Tais conflitos evidenciam a necessidade de modelos teóricos mais flexíveis, capazes de dialogar com a pluralidade de ordens normativas que coexistem no cenário contemporâneo. A abstração do positivismo jurídico, ao se afastar dessas dinâmicas, é frequentemente acusada de ser pouco prática para responder aos desafios reais enfrentados pelos sistemas jurídicos.

Além disso, a abordagem performativa do direito, frequentemente ignorada pelo positivismo jurídico, ganha relevância à medida que os sistemas jurídicos contemporâneos são pressionados a oferecer respostas concretas para questões de impacto social imediato.

O formalismo kelseniano, ao centrar-se na validade das normas e na estrutura hierárquica do sistema jurídico, desconsidera como o direito opera na prática. Estudos empíricos mostram que a aplicação do direito frequentemente envolve interpretações subjetivas, adaptações contextuais e negociações entre diferentes agentes, o que demonstra que o funcionamento do sistema jurídico vai além da simples observância à norma formal.

Outro ponto de crítica é a incapacidade do positivismo jurídico de responder de maneira eficaz às demandas por justiça distributiva em sociedades desiguais. A abstração kelseniana, ao enfatizar a autonomia do direito, é vista como inadequada para incorporar questões que exigem uma abordagem interseccional e sensível às desigualdades estruturais. Em sociedades onde o direito tem papel crucial na promoção da equidade, a ausência de uma perspectiva substantiva que dialogue com esses desafios compromete a relevância prática do positivismo jurídico.

Por fim, os desafios contemporâneos enfrentados pelos sistemas jurídicos indicam que a abstração do positivismo jurídico pode ser insuficiente para abordar as complexidades de um mundo interconectado. Isso não significa que sua metodologia deva ser completamente abandonada, mas sim que necessita ser complementada por abordagens que reconheçam a pluralidade normativa, os contextos sociais e os efeitos performativos do direito. Dessa forma, seria possível alcançar um equilíbrio entre a preservação da autonomia jurídica e a necessidade de que o direito responda às demandas concretas de justiça e equidade das sociedades atuais.

3. CARL SCHMITT E O DECISIONISMO CONSTITUCIONAL

3.1. O poder soberano como fundamento último do direito

Carl Schmitt, importante teórico do direito e da política do século XX, desenvolveu uma abordagem peculiar sobre o decisionismo constitucional, com destaque para o papel central do poder que ele denominaria como soberano. Sua compreensão do direito como algo que emana da decisão soberana desafia paradigmas e dogmas normativistas e evidencia um contraste fundamental com os defensores de uma autonomia plena da norma jurídica. Este capítulo examina a relação entre o poder soberano e o fundamento do direito na teoria decisionista de Schmitt, enfatizando as suas implicações para a compreensão contemporânea da constituição.

Schmitt entende o poder soberano como a capacidade de decidir em situações de exceção. Para ele, a exceção é uma situação extrema que não pode ser regulada previamente pela norma jurídica e, portanto, exige uma decisão concreta que transcenda as regras preexistentes. Nesse contexto, o soberano é aquele que define o que constitui uma situação de exceção e como ela deve ser enfrentada. Essa abordagem revela a importância de uma dimensão prática e concreta no direito, contrastando com as teorias que enfatizam a abstração normativa.

O conceito de soberania em Schmitt é inseparável da ideia de decisão. Diferentemente de abordagens que vinculam a soberania a estruturas formais ou institucionais, Schmitt a define pelo ato de decidir em última instância. O poder soberano, assim, não depende da validade normativa para existir, mas é a condição que possibilita a própria ordem jurídica. Este ponto marca um rompimento com a tradição positivista representada por Hans Kelsen, ao destacar que o direito é um produto da soberania e não o inverso. A síntese desse raciocínio é a ilustre frase de Schmitt "É soberano quem decide sobre o estado de exceção." (Carl Schmitt²⁵, 1922 p.13)

A relação entre soberania e constituição é particularmente relevante para entender o decisionismo constitucional. Schmitt argumenta que a constituição é uma expressão direta do poder constituinte, isto é, da vontade soberana que estabelece a ordem política e jurídica fundamental de um Estado. Nesse sentido, a constituição não pode ser reduzida a um conjunto de normas positivas; ela é, antes, a materialização de uma decisão política

²⁵ SCHMITT, Carl. *Teologia Política: quatro capítulos sobre a doutrina da soberania*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

originária. Essa visão contrasta com as teorias que tratam a constituição como um documento puramente jurídico ou técnico. Em seus próprios termos²⁶ : "A constituição em sentido próprio não é um mero conjunto de normas, mas a decisão política fundamental sobre o tipo e a forma de existência política."

Outro ponto crucial na teoria de Schmitt é a distinção entre constituição e leis constitucionais. Enquanto a constituição reflete a decisão política fundamental de uma comunidade, as leis constitucionais são normas derivadas dessa decisão. Esse enfoque reforça a ideia de que a soberania não está subordinada à norma, mas é a fonte de sua criação e legitimização. Portanto, a constituição é menos uma estrutura formal e mais uma expressão da vontade soberana. Novamente em suas palavras²⁷: "A constituição é a decisão política fundamental que fundamenta uma comunidade política, enquanto as leis constitucionais consistem em normas concretas que derivam dessa decisão."

A ênfase de Schmitt no poder soberano também traz implicações significativas para o conceito de legalidade. Em sua visão, a legalidade é secundária em relação à legitimidade, sendo esta última derivada da decisão soberana. Esse deslocamento de foco cria um contraste evidente com as teorias que colocam a primazia na previsibilidade e na segurança jurídica. No decisionismo de Schmitt, a capacidade de agir em situações de exceção é mais importante do que a adesão estrita a regras predefinidas. Explica o professor Antonio Carlos Wolkmer²⁸:

Carl Schmitt procurou conceber a legitimidade como manifestação da vontade de uma comunidade política soberana. Assim, ao priorizar a comunidade como fonte da existencialidade do Estado e do Direito, Schmitt reforça a ideia do primado do político sobre o jurídico, situando a justificativa do poder pelo critério da 'vontade' ou da 'decisão política'. Naturalmente, o decisionismo do publicista alemão acentua que o político antecede e prevalece sobre o jurídico, ficando claro que a legitimidade resulta diretamente de uma decisão política concreta, soberana e reconhecida, seguindo-se que sua natureza não depende de uma base jurídica maior. Igualmente é a decisão política fixada pela

²⁶ SCHMITT, Carl. *Teoria da Constituição*. Trad. Marcelo Duarte. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

²⁷ SCHMITT, Carl. *Teoria da Constituição*. Trad. Marcelo Duarte. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

²⁸ WOLKMER, Antônio Carlos. *Legitimidade e legalidade: uma distinção necessária*. Brasília: Senado Federal, 2003. Disponível em:

<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176273/000492900.pdf?isAllowed=y&sequence=1>. Acesso em: 11 dez. 2024.

comunidade política que se revelará como pressuposto determinante da legitimidade de uma estrutura legal vigente. (WOLKMER, 2003)

Apesar das críticas que sua teoria recebe, Schmitt oferece um importante contraponto para a reflexão sobre os limites do direito em condições excepcionais. Sua insistência na centralidade da soberania expõe de maneira clara uma tensão fundamental entre ordem e exceção, previsibilidade e decisão. Essa tensão é particularmente relevante em contextos de crise, quando as normas jurídicas existentes podem ser insuficientes para lidar com as demandas emergentes.

Uma das principais críticas à abordagem decisionista de Schmitt é a possibilidade de abuso do poder soberano. A capacidade de decidir em situações de exceção pode levar à concentração excessiva de poder nas mãos de um indivíduo ou de uma instituição. Esse risco é frequentemente apontado como uma limitação prática da teoria de Schmitt, especialmente em regimes democráticos que prezam pela divisão de poderes e pela proteção de direitos fundamentais. Agamben apresenta a posição do soberano nesses termos²⁹: “o soberano está, ao mesmo tempo, dentro e fora do ordenamento jurídico”.

Por outro lado, os defensores de Schmitt argumentam que sua teoria é uma resposta realista aos desafios enfrentados pelo Estado moderno. Em um mundo marcado por crises políticas, sociais e econômicas, a insistência de Schmitt no papel do soberano como última instância decisória é vista como uma maneira de garantir a continuidade e a estabilidade do sistema político. Essa perspectiva sugere que a exceção é uma parte inevitável da vida política. O próprio provoca da seguinte maneira³⁰: “A decisão sobre o estado de exceção é a mais importante das decisões políticas. A exceção, longe de ser algo extraordinário, faz parte da estrutura normal da vida política.”

A teoria de Schmitt também levanta questões sobre a relação entre direito e política. Para ele, o direito é indissociável da decisão política, pois é através desta que a ordem jurídica ganha sentido e efetividade. Essa visão contrasta com as concepções que buscam separar rigidamente o direito da política, destacando a importância de uma interação dinâmica entre esses dois domínios.

Em última instância, o decisionismo constitucional de Carl Schmitt propõe uma abordagem que privilegia o concreto sobre o abstrato, a decisão sobre a norma e a

²⁹ Agamben, Homo Sacer. O poder soberano e a vida nua I, p. 23.

³⁰ SCHMITT, Carl. *Teologia política*. Tradução de André F. T. de Souza. São Paulo: Duas Cidades, 2007. p. 20.

soberania sobre a estrutura institucional. Essa perspectiva tem implicações para a compreensão do direito constitucional e para o papel da constituição como expressão da vontade política. Embora controversa, a teoria de Schmitt permanece relevante como uma provocação intelectual e como um convite à reflexão sobre os limites da teoria e as possibilidades do direito.

3.2 Estado de Exceção e a Redefinição Dos Limites Constitucionais

O conceito de Estado de exceção, segundo Carl Schmitt, desempenha um papel crucial na definição e redefinição dos limites constitucionais, ao destacar a possibilidade de suspensão das normas jurídicas em situações de emergência. A obra de Schmitt, particularmente *O Conceito de Estado de Exceção*, argumenta que a constituição não pode abranger todas as situações possíveis de governança, principalmente em momentos de crise, quando as condições de normalidade são rompidas. Nesses momentos, a decisão política do soberano torna-se central, uma vez que é ele quem decide, em última instância, o que é legal e o que é ilegítimo. Ele mesmo aprofunda da seguinte maneira sobre a legitimidade do soberano³¹:

A ditadura, seja ela comissária ou soberana, implica a referência a um contexto jurídico" (ibidem, p. 139); "O estado de exceção é sempre algo diferente da anarquia e do caos e, no sentido jurídico, nele ainda existe uma ordem, mesmo não sendo uma ordem jurídica" (Schmitt, 1922, p. 18 ss.).

A ideia de soberania, no pensamento de Schmitt, está profundamente ligada à capacidade de decidir sobre o Estado de exceção. Em sua análise, o soberano não é apenas aquele que faz as leis, mas é aquele que pode suspender sua aplicação, deixando claro que as normas constitucionais não são absolutas. O Estado de exceção, portanto, implica a violação temporária da ordem jurídica para restaurar a normalidade, com a justificativa de que é preciso proteger a comunidade política contra ameaças existenciais. Agamben³² destaca em sua interpretação a posição do soberano: "Ele está na margem da ordem

³¹ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução de Iraci D. Poleti. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2004. Disponível em: <https://wp.ufpel.edu.br/crimeacoescoletivas/files/2019/10/AGAMBEN-2004-Estado-de-Exce%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 26 dez. 2024. P.54

³² AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução de Iraci D. Poleti. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2004. Disponível em: <https://wp.ufpel.edu.br/crimeacoescoletivas/files/2019/10/AGAMBEN-2004-Estado-de-Exce%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 26 dez. 2024. P.54

jurídica normalmente em vigor, estando ao mesmo tempo submetido a ela, pois a ele incumbe decidir se a Constituição deve ser suspensa em sua totalidade. ”

No entanto, essa suspensão não é uma mera violação da constituição. Para Schmitt, a constituição é dinâmica e se adapta às necessidades de um Estado em crise. A constituição, em seu modelo, deve ser vista não apenas como um conjunto de regras, mas como um processo que se ajusta à realidade política. A redefinição dos limites constitucionais ocorre justamente quando a ordem constitucional regular não consegue lidar com os desafios impostos pela exceção. A centralidade da função do estado de exceção é explicada da seguinte maneira por Newton Bignotto³³:

Schmitt cria as condições para fazer do conceito de soberania o núcleo de suas considerações sobre a relação entre política e direito e definir o estado de exceção como o grande problema da filosofia política contemporânea. (BIGNOTTO, 2004)

A suspensão das normas constitucionais, longe de ser uma anomia ou arbitrariedade, é, para Schmitt, uma necessidade imposta pela própria lógica de preservação do Estado. A emergência demanda uma atuação que transcende a mera legalidade formal, permitindo ao soberano uma liberdade que ultrapassa os limites normalmente impostos pela constituição. Essa liberdade é o que permite ao soberano agir no interesse do bem comum, mesmo que para isso precise desconsiderar temporariamente a constituição vigente. Newton Bignotto³⁴ aprofunda:

Ancorar o estado de exceção na ordem jurídica é, para Agamben, o passo decisivo dado pelo pensador alemão. Essa afirmação se ilumina, quando recordamos que, para o filósofo italiano, o século XX marcou um momento de virada na tradição política ocidental, pois fez da exceção uma prática normal de governo. Nas palavras de Agamben: "Um dos caracteres essenciais do estado de exceção, -a abolição provisória da distinção entre poder legislativo, executivo e judiciário,-

³³ BIGNOTTO, Newton. *Soberania e exceção no pensamento de Carl Schmitt*. *Kriterion: Revista de Filosofia*, Belo Horizonte, v. 45, n. 109, p. 5-26, 2004. Disponível em:

<https://www.scielo.br/j/kr/a/5T7BMw6SwhyfZ9yJDkQMQRz>. Acesso em: 26 dez. 2024.

³⁴ BIGNOTTO, Newton. *Soberania e exceção no pensamento de Carl Schmitt*. *Kriterion: Revista de Filosofia*, Belo Horizonte, v. 45, n. 109, p. 5-26, 2004. Disponível em:

<https://www.scielo.br/j/kr/a/5T7BMw6SwhyfZ9yJDkQMQRz>. Acesso em: 26 dez. 2024.

mostra sua tendência a transformar-se em uma prática durável de governo. (BIGNOTTO, 2004)

Schmitt observa que a constituição não é um sistema fechado de normas, mas um produto de um processo contínuo de vontades e decisões políticas. Assim, o estado de exceção implica um movimento constante de redefinição dos limites da constituição, conforme as circunstâncias exigem. A flexibilidade da constituição não significa sua dissolução, mas sim sua adaptação a situações extremas, em que a decisão política se sobrepõe à legalidade formal. A suspensão das normas jurídicas, portanto, não anula a constituição, mas a reinterpreta à luz da necessidade do momento.³⁵

Schmitt, como se vem de expor, desvenda a exceção com o intuito de a incorporar ao discurso jurídico e, com isso, romper suas amarras em favor de um poder unitário e homogêneo. A preocupação maior de Schmitt, ao que tudo indica, consiste em chamar atenção para o fato de a decisão ser tem aprioritário, politizando a ordem jurídica, ou talvez, jurisdic平izando a vida. (SANTOS; MOURA, 2011)

A decisão política do soberano em tempos de exceção, portanto, transcende a lógica jurídica. Schmitt defende que, em momentos de crise, a decisão política é o que garante a sobrevivência do Estado, pois a constituição não pode prever todas as possibilidades de governança. A decisão soberana é o que confere legitimidade ao ato de exceção, e, para ele, essa decisão é tanto um exercício de poder quanto uma manifestação de responsabilidade diante da preservação da ordem política. Nesses momentos, segundo ele, "a decisão se libera de toda obrigação normativa e torna-se absoluta em sentido próprio. No caso de exceção, o Estado suspende o direito em virtude de um direito de autoconservação, como se diz"³⁶ (Schmitt, 1922, p.22)

Além disso, Schmitt observa que, na situação de exceção, não há espaço para a neutralidade do direito. A constituição, em sua visão, não é um conjunto de regras que assegura a harmonia social, mas um campo onde a política e o direito se interrelacionam

³⁵ SANTOS, Marilene Martins dos; MOURA, Isabel Cristina Lopes de. **A educação do campo e a formação de professores: um olhar crítico sobre os desafios contemporâneos.** *Revista Diálogo Educacional*, v. 11, n. 38, p. 707-722, 2011. Disponível em:

<https://publicacoes.unigranrio.edu.br/rdugr/article/view/1107/658>. Acesso em: 26 dez. 2024.

³⁶ SCHMITT, Carl. *Teologia política*. Tradução de André F. T. de Souza. São Paulo: Duas Cidades, 2007. p. 20.

de maneira tensa e dinâmica. O Estado de exceção revela essa tensão, pois ele exige que o soberano escolha entre a manutenção da ordem jurídica e a preservação da soberania do Estado. Nos termos de Newton Bignotto³⁷ “A dificuldade para se pensar o lugar da exceção é justamente que ela não pode ser subsumida, nem remetida a nada. Ela é a “decisão em estado puro”, para nosso autor.”

A redefinição dos limites constitucionais também implica, segundo Schmitt, uma reconfiguração da própria relação entre o governante e os governados. Quando a constituição é suspensa, a autoridade do soberano se reconfigura, passando a depender diretamente da sua capacidade de decidir a favor da sobrevivência do Estado. A legitimidade do soberano não provém mais das normas constitucionais, mas da sua aptidão em tomar decisões que preservem a unidade política em tempos de crise.

A legitimidade da decisão do soberano, portanto, não é medida pela conformidade com as normas constitucionais, mas pela sua habilidade em manter a estabilidade do Estado. A constituição, sob essa ótica, torna-se um instrumento flexível, passível de reinterpretação para garantir que a ordem política sobreviva a contextos de exceção. A suspensão das normas constitucionais não significa sua abolição, mas uma pausa na aplicação rígida da legalidade para garantir que o Estado não entre em colapso. Nos termos de Macedo Júnior³⁸:

O lema da "arte pela arte" dos românticos traduz-se, muitas vezes, no interior do pensamento schmittiano no lema da "política pela política", da decisão política sem medidas. O institucionalismo schmittiano será uma tentativa de determinar os critérios de formação de conteúdos na esfera política e jurídica a partir da dinâmica social. (MACEDO JÚNIOR, 2020)

O conceito de estado de exceção em Schmitt exige uma reflexão sobre a fronteira entre a legalidade e a ilegalidade. Em tempos de normalidade, a constituição delimita claramente as fronteiras do legal e do ilegal. No entanto, no Estado de exceção, a decisão

³⁷ BIGNOTTO, Newton. *Soberania e exceção no pensamento de Carl Schmitt*. *Kriterion: Revista de Filosofia*, Belo Horizonte, v. 45, n. 109, p. 5-26, 2004. Disponível em:

<https://www.scielo.br/j/kr/a/5T7BMw6SwhyfZ9yJDkQMQRz>. Acesso em: 26 dez. 2024.

³⁸ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porot. *Constituição, soberania e ditadura em Carl Schmitt*. *Revista de Direito da UNIPAM*, v. 8, n. 1, p. 15-34, 2020. Disponível em:

https://www.scielo.br/j/ln/a/Jhcwj5QQxR7HtYtVK5c7yBv/?utm_source=chatgpt.com. Acesso em: 27 dez. 2024.

soberana altera essa fronteira, permitindo que o soberano decida sobre o que é legal em uma situação extraordinária. A legalidade, portanto, não é um dado absoluto, mas uma categoria que se adapta conforme as necessidades de preservação do Estado.

Por fim, o pensamento de Schmitt sobre o estado de exceção redefine a concepção tradicional de constituição. Para ele, a constituição não é um conjunto estático de regras, mas uma estrutura que pode ser remodelada pela ação política do soberano, especialmente em momentos de crise. A definição dos limites constitucionais, assim, é uma construção política dinâmica, que se ajusta às demandas da realidade, e o estado de exceção é o mecanismo que possibilita essa flexibilidade.

3.3. O decisionismo no contexto das crises democráticas atuais

O decisionismo schmittiano, estabelece a soberania como a capacidade decisional do soberano, particularmente no contexto de crises que exigem a suspensão temporária da ordem jurídica para garantir a preservação da ordem política. Em sua obra *Teoria da Constituição* (1928), Schmitt argumenta que a soberania não reside exclusivamente na conformidade com a norma jurídica, mas sim na capacidade de decidir sobre a norma em situações de exceção. Esse entendimento da soberania, centrado na decisão, ganha relevância quando aplicado à análise das crises democráticas contemporâneas, especialmente em um cenário de crescente polarização política e desafios à legitimidade das instituições democráticas.

As crises democráticas atuais apresentam-se como momentos de fragilidade das estruturas políticas tradicionais, tendo como seus principais vetores a ascensão de movimentos populistas, a erosão da confiança nas instituições e a intensificação de ameaças externas e internas, como os movimentos migratórios e as crises sanitárias. Nessas situações, a normatividade democrática, baseada na deliberação e na mediação de interesses, tem se tornado insuficiente para responder à urgência das demandas. O decisionismo, ao privilegiar a decisão soberana como o meio de lidar com a crise, soa como uma perspectiva sedutora para que os anseios e frustrações políticas sejam mais facilmente resolvidos. Nos termos de Fernando Rodrigues de Almeida e Oswaldo Giacóia Júnior³⁹:

³⁹ ALMEIDA, Fernando Rodrigues de; GIACÓIA JUNIOR, Oswaldo. A crise representativa como conceito limite: normatividade simbólica e o problema do decisionismo em Carl Schmitt. *Revista Jurídica Cesumar*, v. 15, n. 2, p. 353-377, 2015. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/download/4212/2674>. Acesso em: 30 dez. 2024. P.19

Os institutos liberais, sob a perspectiva de Carl Schmitt, como um instrumento de representatividade democrática com o intuito de evitar discussões em nome da representatividade, têm o dever de manutenção do sistema econômico e o desenvolvimento de redução de riscos do tratado social em virtude da axiologia do capital e dos interesses partidários, os ideais e cultura burguesa são mantidos pelo lobby dos institutos liberais, dentre eles o próprio poder legislativo, que necessita da manutenção da produção de verdade capitalista. (ALMEIDA; GIACÓIA JUNIOR, 2015, p. 19)

Para Schmitt, o soberano é aquele que tem a capacidade de decidir sobre o estado de exceção, ou seja, sobre a suspensão das normas constitucionais quando a ordem está ameaçada. A decisão sobre o estado de exceção é, por sua natureza, antinômica, pois se dá à margem da legalidade, com o objetivo de restabelecer a ordem e a estabilidade política. Em contextos democráticos, essa suspensão temporária da ordem jurídica pode ser justificada pela necessidade de preservação da própria democracia, mas também pode ser usada para consolidar o poder executivo de maneira autoritária. A dialética entre a preservação da democracia e a possibilidade de subversão das normas democráticas configura um dilema fundamental no uso do decisionismo nas crises contemporâneas. Nos termos de Antonella Atilli⁴⁰:

Na modernidade liberal, individualista e técnico-procedimental, o fundamental da política, para Schmitt, foi perdendo sua clareza e autonomia. Diante das confusões e abstrações sobre o poder político, o jurista alemão fixa o núcleo central da política no momento fundamental e imprescindível da decisão: além das normas e dos procedimentos, a política encontra seu momento determinante na decisão. (ATTILI, 2003, p. 142)

O decisionismo de Schmitt não implica a simples escolha de uma política de exceção, mas a afirmação de que a soberania reside na capacidade de uma autoridade política em decidir, de forma unilateral, sobre o que constitui uma crise e, portanto, a natureza da ação necessária. Este entendimento revela um aspecto crucial das democracias contemporâneas, onde, muitas vezes, a emergência de uma crise (seja de

⁴⁰ ATTILI, Antonella. La crítica decisionista de Carl Schmitt a la democracia liberal. *Signos Filosóficos*, v. 10, p. 129-148, 2003. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/343/34301008.pdf>. Acesso em: 30 dez. 2024. P. 142

segurança, econômica ou institucional) leva à adoção de medidas excepcionais que podem contornar o processo legislativo ou judicial, suspendendo temporariamente direitos fundamentais em nome da estabilização da ordem política. Para Schmitt, as democracias liberais não tinham capacidade de resolver os momentos de excepcionalidade. Leia-se⁴¹:

Finalmente, para Schmitt, o liberalismo se mostra ineficaz porque não cumpre seu projeto de um governo fundado na discussão racional e, ao se combinar com a democracia de massas, acaba sendo controlado por interesses particularistas e sociais, perdendo de vista a expressão clara da vontade: a unidade política (mantida em algum momento inicial). (ATTILI, 2003, p. 141)

O conceito de estado de exceção, portanto, constitui um ponto de interseção entre o decisionismo e as crises democráticas modernas. A crise, entendida como uma situação de urgência que ameaça a ordem estabelecida, exige que as instituições políticas tomem decisões rápidas e eficazes. No entanto, a forma como essa decisão é tomada e os limites da exceção jurídica permanecem temas de grande controvérsia. A teoria schmittiana oferece um quadro para entender o fenômeno, mas também suscita questões sobre os riscos envolvidos no uso da exceção, particularmente quando ela se torna um meio para justificar o autoritarismo e a centralização do poder.

Em muitos contextos contemporâneos, a ideia de que a democracia precisa ser protegida, mesmo que isso signifique a suspensão temporária de suas normas, se traduz em um paradoxo. Explica Antonella Atilli⁴²:

A recuperação schmittiana do poder político autônomo do soberano, por meio do enfoque decisionista, responde claramente à necessidade e ao interesse de tornar novamente viável um exercício de poder claro e eficaz; que, assim como o soberano hobbesiano —o poder do grande Leviatã—, resolva os conflitos que ameaçam a existência da unidade

⁴¹ ATTILI, Antonella. La crítica decisionista de Carl Schmitt a la democracia liberal. *Signos Filosóficos*, v. 10, p. 129-148, 2003. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/343/34301008.pdf>. Acesso em: 30 dez. 2024. P. 141

⁴² ATTILI, Antonella. La crítica decisionista de Carl Schmitt a la democracia liberal. *Signos Filosóficos*, v. 10, p. 129-148, 2003. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/343/34301008.pdf>. Acesso em: 30 dez. 2024. P. 145

política, tanto interna quanto externamente, e, assim, afirme a paz, a ordem, a verdade e a lei. (ATTILI, 2003, p. 145)

A política de exceção, ao buscar preservar a ordem constitucional, pode, paradoxalmente, colocar em risco os próprios fundamentos da democracia, ao concentrar o poder decisional nas mãos de poucos e reduzir a capacidade de controle das demais instituições. O decisionismo, portanto, não é uma teoria isenta de implicações perigosas, especialmente em regimes democráticos que se veem vulneráveis à manipulação do estado de exceção para fins autoritários. Explica Agamben⁴³:

Diferente é a situação da ditadura soberana que não se limita a suspender uma constituição vigente "com base num direito nella contemplado e, por isso, ele mesmo constitucional", mas visa principalmente a criar um estado de coisas em que se torne possível impor uma nova constituição. O operador que permite ancorar o estado de exceção na ordem jurídica é, nesse caso, a distinção entre poder constituinte e poder constituído. O poder constituinte não é, entretanto, "uma pura e simples questão de força"; é, melhor dizendo, um poder que, embora não constituído em virtude de urna constituição, mantém com toda constituição vigente uma relação tal que de aparece como poder fundador [...] uma relação tal que não pode ser negado nem mesmo se a constituição vigente o negar. (AGAMBEN, 2004, p. 55)

Além disso, a crise de representatividade e a crescente desconfiança nas elites políticas contribuem para a ascensão de lideranças que se posicionam como capazes de tomar decisões rápidas e eficazes em tempos de crise. Tais lideranças, muitas vezes, invocam a necessidade de um "forte comando" para restaurar a ordem e superar a crise, tendo como uma de suas bases a teoria de Schmitt sobre a centralidade da decisão na soberania. Nos termos de Agamben⁴⁴:

O estado de exceção é, nesse sentido, a abertura de um espaço em que aplicação e norma mostram sua separação e em que uma pura força-de-

⁴³ AGAMBEN, Giorgio. Estado de exceção. São Paulo: Boitempo, 2004. P. 55

⁴⁴ AGAMBEN, Giorgio. Estado de exceção. São Paulo: Boitempo, 2004. P. 63

realiza (isto é, aplica desaplicando) uma norma cuja aplicação foi suspensa. (AGAMBEN, 2004, p. 63)

A crítica schmittiana à democracia representativa, por sua vez, ganha relevância ao se considerar a crise da própria ideia de representatividade nas democracias contemporâneas. A incapacidade dos sistemas políticos de responderem de maneira eficaz às demandas populares e a constante fragmentação do sistema partidário criam um vácuo de autoridade, no qual o decisionismo se torna uma solução atraente. A busca por soluções rápidas, muitas vezes à margem do processo legislativo, demonstra como a teoria de Schmitt ainda oferece uma ferramenta para compreender a relação entre exceção e poder na política moderna.

Entretanto, a utilização do decisionismo nas crises democráticas também exige uma reflexão crítica sobre os limites do poder decisional. O risco de que a exceção se torne a regra é uma constante no pensamento de Schmitt, que alerta para os perigos de uma centralização do poder sem os devidos mecanismos de controle. O decisionismo, ao se distanciar da normatividade jurídica, pode enfraquecer as próprias instituições democráticas, caso não seja utilizado com a devida cautela e consideração pelos princípios fundamentais do Estado de Direito.

Por fim, a análise do decisionismo no contexto das crises democráticas atuais revela a complexidade das escolhas políticas em tempos de emergência. A teoria de Carl Schmitt oferece uma chave interpretativa para entender como os governos, diante de crises, podem optar por suspender a norma para garantir a estabilidade política. No entanto, o uso excessivo dessa abordagem pode resultar em uma erosão dos princípios democráticos, deixando em aberto o dilema entre a necessidade de decisão rápida e a preservação das estruturas democráticas que garantem a liberdade e a participação cidadã.

4. CONSTITUIÇÃO E CRISE: DIALÉTICA ENTRE NORMATIVIDADE E SOBERANIA

4.1. A Constituição é uma norma ou uma decisão política?

A Constituição ocupa um lugar central no pensamento jurídico e político, servindo tanto como uma estrutura normativa que norteia e hierarquiza as ambições legislativas e jurídicas, quanto como uma expressão de decisões políticas fundamentais. Essa dualidade reflete o embate entre concepções que enfatizam sua natureza como norma jurídica, tal

como defendido por Hans Kelsen, e aquelas que a entendem como uma decisão política, como propôs Carl Schmitt.

No entanto, a análise contemporânea da Constituição exige ir além dessa dialética latente, incorporando perspectivas mais amplas que considerem as complexidades das democracias atuais. Por um lado, o normativíssimo de Kelsen coloca a Constituição no ápice da hierarquia jurídica, garantindo previsibilidade e estabilidade ao sistema. Sua "teoria pura do direito" sustenta que a validade da Constituição é derivada de sua posição normativa, e não de seu conteúdo político. Isso confere à Constituição um caráter impessoal e técnico, supostamente imune às disputas de poder. No entanto, críticos apontam que essa abstração frequentemente ignora os conflitos políticos e sociais que moldam a realidade constitucional, especialmente em contextos de crise.

Por outro lado, Schmitt entende a Constituição como uma manifestação direta da soberania, sendo moldada por decisões políticas fundamentais que definem a identidade e os limites de uma comunidade política. Para Schmitt, a Constituição é menos um conjunto de normas e mais um meio que reflete e legitima a vontade do poder constituinte. Essa visão destaca a flexibilidade da Constituição, especialmente em situações de exceção, quando as normas existentes são insuficientes para lidar com ameaças à ordem política. Entretanto, essa abordagem decisionista é frequentemente criticada permitir caminhos que levam a abusos de poder, uma vez que privilegia a decisão soberana em detrimento da estabilidade normativa. Em democracias contemporâneas, esse tensionamento entre norma e decisão torna-se ainda mais relevante diante do aumento de governos autoritários e da manipulação do estado de exceção para justificar a centralização do poder.

Além de Kelsen e Schmitt, autores contemporâneos têm buscado sintetizar essas perspectivas ou propor abordagens alternativas. Jürgen Habermas, por exemplo, argumenta que a Constituição deve ser vista como um espaço de integração entre direito e política, permitindo um diálogo contínuo entre normas jurídicas e valores democráticos. Para ele, a legitimidade constitucional não deriva apenas de sua conformidade normativa, mas também de sua capacidade de incorporar processos deliberativos que envolvam a participação cidadã. Na interpretação de Mesquita⁴⁵:

⁴⁵ MESQUITA, R. G. *A relação entre direito e democracia na teoria de Jürgen Habermas*. 2014. Disponível em: https://www.uricer.edu.br/site/pdfs/perspectiva/134_270.pdf. Acesso em: 9 jan. 2025.

Porém, Habermas sustenta que o Direito não deve ser considerado uma instância externa aos cidadãos. A categoria de destinatários das normas jurídicas leva a supor uma instância distinta, que elabora as leis com autonomia e sem relação direta com o corpo social. Via de consequência, coloca-se o Direito como heterônomo e colonizador do mundo da vida e, assim, sem legitimação. (MESQUITA, 2014)

Já Ronald Dworkin critica a concepção puramente formalista da Constituição, enfatizando a importância dos princípios morais subjacentes que orientam sua interpretação e aplicação. Essas perspectivas apontam para uma visão mais dinâmica da Constituição, que reconhece tanto sua função normativa quanto seu papel como instrumento político. Na interpretação de Meliza Franco e Felipe Melo⁴⁶:

Para a concepção centrada nos direitos, o texto jurídico não é a única fonte de direitos. Em casos difíceis, em que o texto da lei nada diz, ou se as palavras estão sujeitas a interpretações conflitantes, o juiz deve decidir tomando por base os direitos morais de fundo das partes, sem se preocupar em especular o que o legislador teria feito se tivesse feito alguma coisa (DWORKIN, 2005, p. 15). Para Dworkin, diante de um caso concreto, o juiz não deve buscar descobrir o que o autor da lei pretendia dizer, ou então o que ele decidiria naquele mesmo caso. A interpretação da Constituição não deve levar em conta somente o que os constituintes pretendiam dizer, mas também a prática jurídica e política do passado da comunidade (DWORKIN, 2006, p.14).

No contexto das crises democráticas contemporâneas, a dualidade entre norma e decisão torna-se especialmente evidente. A emergência de lideranças populistas e a intensificação de crises institucionais colocam em xeque a capacidade das Constituições de equilibrar estabilidade normativa e flexibilidade política. Por um lado, a rigidez normativa pode ser insuficiente para responder a situações excepcionais e gerar um distanciamento daquilo que é desejado pelo povo; por outro, a ênfase excessiva na decisão pode comprometer os princípios democráticos. Nesse cenário, o papel das cortes constitucionais, frequentemente vistas como guardiãs da Constituição, adquire

⁴⁶ Franco, Meliza & Costa, Débora & Mello, Felipe. (2018). Três modelos da Constituição brasileira de 1988 e a leitura moral proposta por Ronald Dworkin. Revista Agenda Política. 06. 10.31990/agenda.2018.2.9.

importância central. Elas enfrentam o desafio de interpretar a Constituição de maneira a preservar tanto sua autoridade normativa quanto sua relevância e legitimidade prática diante das demandas políticas.

Essa tensão também é refletida na "constitucionalização" dos estados de exceção, um fenômeno analisado por autores como Giorgio Agamben. O autor, dialogando com Schmitt, destaca como a exceção, que deveria ser uma medida extraordinária, tem se tornado uma prática regular em muitas democracias contemporâneas. Isso evidencia a necessidade de repensar os limites constitucionais e o papel da Constituição como mediadora entre normas jurídicas e decisões políticas. Nesse contexto, as Constituições precisam ser suficientemente robustas para resistir a abusos de poder, mas também adaptáveis para lidar com as transformações sociais e políticas cada vez mais constantes.

A análise dessa dialética entre normatividade e soberania também revela implicações práticas para o funcionamento das democracias. A Constituição, enquanto norma, oferece uma base estável para o funcionamento das instituições e a proteção dos direitos fundamentais. No entanto, sua aplicação efetiva depende de decisões políticas que traduzam suas disposições normativas em realidade concreta. Assim, a Constituição não é apenas um conjunto de normas estáticas, mas um campo dinâmico de disputas e interpretações que refletem os conflitos e as aspirações de uma sociedade.

Por fim, compreender a Constituição como simultaneamente norma e decisão política permite uma abordagem mais abrangente de seu papel nas democracias contemporâneas. Essa visão integrada reconhece tanto sua dimensão técnica quanto seu caráter político, destacando sua importância como instrumento de mediação entre estabilidade e mudança. Ao equilibrar esses aspectos, a Constituição pode se afirmar como um pilar fundamental para enfrentar os desafios das democracias em tempos de crise, garantindo a coexistência de ordem e liberdade em sociedades pluralistas.

4.2. Dialética Kelsen x Schmitt: conflito entre estabilidade normativa e necessidade política

A dialética entre Hans Kelsen e Carl Schmitt emerge como uma reflexão essencial e debater o papel constitucional em momento de exceção. Enquanto Kelsen sustenta que a normatividade da Constituição deve prevalecer como um sistema hierárquico e autônomo, que não seja influenciado pela esfera política e pela pressão da situação extraordinária vigente, Schmitt argumenta que, diante de situações excepcionais, a decisão soberana devem ultrapassar os limites da legalidade formal para preservar a

ordem política. Esse contraste não apenas revela as diferenças teóricas entre ambos, mas também lança luz sobre os desafios enfrentados pelas democracias contemporâneas ao tentar equilibrar previsibilidade jurídica e flexibilidade decisória.

Para Kelsen, a estabilidade normativa é um atributo essencial da Constituição, garantindo previsibilidade e ordem em um sistema jurídico. Sua teoria pura do direito rejeita influências externas, como a política ou a moral, propondo que a validade de uma norma decorre exclusivamente de sua conformidade com normas superiores, culminando na Constituição. Essa estrutura busca proteger o sistema jurídico contra arbitrariedades e assegurar que as regras sejam aplicadas de maneira uniforme e imparcial, mesmo em momentos de instabilidade.

Por outro lado, Schmitt critica o formalismo de Kelsen, alegando que a normatividade pura é insuficiente para lidar com crises existenciais que ameacem a sobrevivência do Estado. Em sua perspectiva, o soberano é aquele que decide sobre o estado de exceção, suspendendo temporariamente a normatividade para restaurar a ordem. Schmitt considera que as situações excepcionais revelam os limites do positivismo jurídico, pois as normas não são capazes de prever ou regular todas as contingências políticas. Essa abordagem, embora pragmática, é frequentemente criticada por abrir espaço para abusos de poder.

O conflito entre estabilidade normativa e necessidade política também reflete a tensão entre previsibilidade jurídica e a soberania. Enquanto Kelsen busca construir um sistema jurídico imune às flutuações políticas, Schmitt enfatiza que a soberania não pode ser contida por regras abstratas em momentos de crise. Essa tensão é evidente no papel atribulado das Constituições em democracias contemporâneas, onde crises institucionais e ameaças à estabilidade política exigem respostas que, por vezes, desafiam os limites normativos.

No contexto atual, a dialética entre Kelsen e Schmitt é especialmente relevante para compreender o papel das Constituições em situações de crise. Por exemplo, a ascensão de lideranças autoritárias frequentemente utiliza argumentos baseados na necessidade política para justificar a suspensão de direitos e garantias constitucionais. Em tais cenários, a teoria de Schmitt sobre o estado de exceção oferece uma justificativa teórica para medidas extraordinárias, enquanto a perspectiva de Kelsen alerta para os riscos de subversão da ordem jurídica.

Outro aspecto relevante é o impacto da dialética Kelsen x Schmitt sobre o papel das instituições democráticas, como os tribunais constitucionais. Sob a ótica kelseniana,

essas instituições atuam como guardiãs da normatividade, assegurando que as regras sejam aplicadas de maneira uniforme, mesmo em tempos de crise. No entanto, sob a perspectiva schmittiana, essas mesmas instituições podem ser vistas como instrumentos políticos, incapazes de atuar de maneira eficaz em momentos de excepcionalidade, quando a decisão soberana se torna central.

Apesar de suas diferenças, Kelsen e Schmitt convergem em um ponto: ambos reconhecem a centralidade da Constituição como instrumento fundamental para o funcionamento do Estado. Contudo, enquanto Kelsen enxerga a Constituição como uma norma suprema, Schmitt a entende como uma expressão da vontade política. Essa divergência destaca os desafios enfrentados pelas democracias contemporâneas ao tentar equilibrar ordem jurídica e soberania política.

4.3. Aplicações práticas: o papel do Tribunal Constitucional como guardião ou agente político

O Tribunal Constitucional desempenha um papel central na estruturação das democracias contemporâneas, sendo frequentemente visto como um guardião da Constituição e dos valores democráticos. Contudo, a prática revela que sua atuação nem sempre se limita à interpretação normativa, envolvendo também decisões que impactam diretamente no jogo político. Essa dualidade entre ser guardião da ordem jurídica e atuar como agente político reflete os desafios enfrentados pelos tribunais constitucionais em contextos de instabilidade e crises institucionais.

Sob a perspectiva kelseniana, o Tribunal Constitucional é concebido como o órgão responsável por garantir a supremacia da Constituição, funcionando como árbitro imparcial em disputas jurídicas e políticas.⁴⁷ Essa função é essencial para preservar a estabilidade normativa, assegurando que as normas sejam aplicadas de maneira uniforme e previsível. Em um contexto ideal, o Tribunal atua como uma instituição autônoma, imune às pressões políticas e comprometida com a defesa dos princípios constitucionais.

Por outro lado, Schmitt enxerga os tribunais constitucionais como entes intrinsecamente políticos, cujas decisões refletem interesses e dinâmicas de poder⁴⁸. Para ele, em momentos de crise, a função normativa do Tribunal pode ser secundarizada pela necessidade de atuar como agente político, tomando decisões que transcendam os limites

⁴⁷ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998

⁴⁸ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998

da legalidade formal para garantir a continuidade do Estado. Essa visão levanta questões sobre a neutralidade dos tribunais e sua capacidade de agir de maneira independente em contextos de instabilidade.

Exemplos contemporâneos ilustram essa dualidade. Em diversas democracias, tribunais constitucionais têm desempenhado papéis cruciais na mediação de conflitos políticos, seja anulando atos de governos autoritários, seja legitimando medidas excepcionais em tempos de crise. No entanto, essas intervenções muitas vezes suscitam críticas, sendo vistas como uma politização da justiça constitucional. Essa politização é frequentemente explorada por lideranças populistas, que utilizam ataques ao judiciário para enfraquecer as instituições democráticas e consolidar seu poder.

No Brasil, um caso emblemático envolvendo o Supremo Tribunal Federal (STF) foi o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4650⁴⁹, que discutiu a constitucionalidade do financiamento de campanhas eleitorais por empresas. A decisão, que declarou a prática inconstitucional, teve profundos impactos no sistema eleitoral brasileiro, ao reforçar a necessidade de garantir maior equidade no processo político e reduzir a influência do poder econômico sobre as eleições. Nesse contexto, o STF não apenas exerceu seu papel de guardião da Constituição, mas também assumiu uma postura de agente político ao intervir diretamente em um dos aspectos mais sensíveis da dinâmica democrática.

Outro exemplo paradigmático é o papel desempenhado pela Suprema Corte dos Estados Unidos na decisão do caso *Bush v. Gore* (2000)⁵⁰, que definiu os rumos da eleição presidencial. A decisão, amplamente criticada por sua motivação política, ilustra como os tribunais constitucionais podem se tornar protagonistas em disputas políticas. Por fim, cita-se no contexto da União Europeia, onde tribunais constitucionais nacionais enfrentam o desafio de equilibrar as demandas da legislação supranacional com os interesses soberanos de seus Estados.

A relação entre os tribunais constitucionais e a soberania também reflete a dialética entre Kelsen e Schmitt. Enquanto Kelsen defende a supremacia da Constituição como um limite à atuação soberana, Schmitt enfatiza que, em situações excepcionais, o Tribunal pode atuar como extensão da soberania, legitimando decisões que rompem com a ordem normativa para assegurar a continuidade do Estado. Essa tensão é particularmente evidente em contextos de crises democráticas, quando tribunais

⁴⁹ <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4136819>

⁵⁰ <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/531/98/>

constitucionais são chamados a decidir sobre a constitucionalidade de medidas excepcionais, como estados de emergência ou decretos presidenciais.

Torna-se em evidência também o chamado *Lawfare*, definido pelo ministro Cristiano Zanin da seguinte forma⁵¹: O neologismo 'lawfare' é uma contração das palavras law (Direito) e warfare (guerra) e um de seus primeiros registros remonta a um artigo de John Carlson e Neville Yeomans publicado em 1975. Nele se afirma que o 'lawfare' substitui a guerra e o duelo é com palavras e não com espadas". Tal ideia naturalmente leva, de maneira explícita, a Constituição e todas as demais normas para o jogo político não apenas como objeto que delimita as regras, mas também como potencial arma a ser usada.

O cenário em que o uso do *Lawfare* fica mais evidenciado é em El Salvador. O presidente, Nayib Bukele que tem na segurança pública sua principal bandeira, decretou o estado de exceção para, em tese, conter o progressivo espaço ocupado pelas gangues. E explicaçāo da pesquisadora Monica Tobar⁵² de como o Regime de Bukele confronta o legislativo lembra muito o modelo constitucional de Schmitt, a ler:

A interação entre o Governo e os legisladores se insere no respeito ao Estado de Direito e no cumprimento de suas respectivas obrigações constitucionais. Em um sistema democrático, a existência de desacordos não implica na ruptura dos canais de diálogo para a construção de acordos; essas diferenças devem ser geridas por meio dos mecanismos institucionais concebidos para este propósito. Contudo, o desenvolvimento deficiente da institucionalidade democrática amplia o espaço para a imposição de processos unilaterais de tomada de decisões que impactam a sociedade, intensificando-se em períodos de crise.

A posse do novo presidente transformou a dinâmica legislativa e reconfigurou a correlação política para a aprovação de iniciativas governamentais. As dificuldades para estabelecer acordos multipartidários, apoiados pelo Executivo, estão associadas principalmente a quatro fatores:

- a) a fraca participação do partido oficial na Assembleia Legislativa;

⁵¹ MARTINS, Cristiano Zanin; ZANIN, Valeska Teixeira. *Lawfare: uma introdução*. São Paulo: Citadel Grupo Editorial, 2021. Disponível em: <https://books.google.com.br>. Acesso em: 17 jan. 2025.

⁵² Tobar, Mónica Gobernabilidad en tiempos de crisis: la relación entre el Ejecutivo y el Legislativo en la gestión del presidente Nayib Bukele en el Salvador Reflexión Política, vol. 22, núm. 45, 2020, pp. 70-79 Universidad Autónoma de Bucaramanga DOI: <https://doi.org/10.29375/01240781.3919>

- b) as decisões arbitrárias e unilaterais por parte do presidente;
- c) o discurso de deslegitimação do Executivo em relação aos partidos tradicionais;
- e
- d) a baixa capacidade de diálogo e consenso entre os atores envolvidos na tomada de decisões. (TOBAR, 2020)

A função de guardião ou agente político também impacta a percepção pública sobre a legitimidade dos tribunais constitucionais. Quando atuam como guardiões da normatividade, sua autoridade é reforçada pela previsibilidade e estabilidade que proporcionam ao sistema jurídico. Contudo, quando suas decisões são percebidas como politicamente motivadas, se abala a confiança pública nas instituições.

5. IMPLICAÇÕES CONTEMPORÂNEAS: DEMOCRACIA E ESTADO DE DIREITO

5.1. Constitucionalismo em risco: populismo, autoritarismo e exceção permanente

O constitucionalismo, enquanto fundamento essencial para a consolidação do Estado de Direito, encontra-se sob ameaça constante em virtude do avanço de práticas populistas e de tendências autoritárias em diversos contextos globais. Líderes populistas frequentemente reivindicam representar de forma direta a "vontade do povo", ao mesmo tempo em que deslegitimam instituições fundamentais, como parlamentos e tribunais constitucionais.

Tal discurso frequentemente retrata a Constituição não como um pacto normativo indispensável à convivência democrática, mas como um obstáculo a ser enfrentado e posteriormente superado em prol de políticas que alegam refletir diretamente os anseios populares. Exemplos paradigmáticos dessa dinâmica podem ser observados na Polônia⁵³ e na Hungria⁵⁴, onde reformas legais têm fragilizado a independência do poder judiciário, colocando em risco a separação dos poderes.

Uma das estratégias mais utilizadas por regimes autoritários contemporâneos é a manipulação do texto constitucional para concentrar poderes em mãos do Executivo. Sob o pretexto de agir em conformidade com a ordem constitucional, reformas são promovidas de maneira a subverter os mecanismos de freios e contrapesos. Um exemplo emblemático é a realização de plebiscitos ou consultas populares que, sob a aparência de

⁵³ <https://www.dw.com/pt-br/reforma-judicial-da-pol%C3%BCnia-%C3%A9-incompat%C3%ADvel-com-direito-da-ue/a-65832709>

⁵⁴ <https://www.jota.info/artigos/como-os-tribunais-morrem-o-caso-da-hungria>

legitimidade democrática, acabam por validar alterações constitucionais prejudiciais à autonomia de instituições como o legislativo ou o judiciário. Essa instrumentalização reforça a relevância do conceito de "exceção permanente", cunhado por Giorgio Agamben, segundo o qual o estado de exceção deixa de ser uma medida emergencial e se torna um elemento estrutural de governança.

O populismo, além de questionar a normatividade constitucional, contribui para o enfraquecimento da confiança nas instituições democráticas. Discursos que deslegitimam decisões judiciais, como os frequentemente dirigidos ao Supremo Tribunal Federal no contexto brasileiro, exemplificam essa tendência, ao alimentar a polarização social e promover uma falsa oposição entre "povo" e "instituições". Esse tipo de retórica implode os pilares do Estado de Direito, ao desvalorizar os princípios de imparcialidade e previsibilidade que devem nortear qualquer sistema jurídico sólido, abrindo caminho para arbitrariedades.

A instrumentalização do estado de exceção como estratégia de governança também evidencia a fragilidade das democracias contemporâneas. Governos autoritários frequentemente utilizam situações extraordinárias para justificar a suspensão de direitos fundamentais e a concentração de poder, subvertendo os princípios constitucionais. Giorgio Agamben (2004) alerta para os riscos dessa prática, destacando que a exceção, em vez de ser temporária, tende a se tornar regra, consolidando o poder de forma irreversível e enfraquecendo os mecanismos de controle democrático.

As ameaças ao constitucionalismo não se limitam a democracias emergentes ou frágeis, mas se estendem a sistemas considerados consolidados. Nos Estados Unidos, o questionamento da legitimidade de processos eleitorais e o ataque ao Capitólio em 2021 revelam como a retórica populista pode mobilizar ataques diretos às instituições democráticas. Tais eventos evidenciam uma crise constitucional latente, onde a autoridade da Constituição é desafiada, promovendo instabilidade política e polarização social.

Outro elemento que contribui para a fragilização do constitucionalismo é a disseminação de desinformação, especialmente em plataformas digitais. A circulação de notícias falsas que atacam a credibilidade de magistrados e outras instituições constitucionais tem gerado um ambiente de desconfiança generalizada. Essa dinâmica é exacerbada pela ausência de regulamentação eficaz para combater a propagação de informações enganosas, o que compromete ainda mais o funcionamento das democracias contemporâneas.

As limitações do sistema jurídico em responder a essas ameaças também merecem destaque. A morosidade da justiça e os constantes ataques dificultam respostas rápidas e eficazes frente à escalada autoritária. Além disso, a politização do judiciário compromete sua capacidade de exercer plenamente o papel de guardião da Constituição, reforçando as vulnerabilidades do Estado de Direito.

5.2. Normas *versus* decisões: a disputa no judiciário e legislativo atuais

A relação entre normas e decisões no Brasil contemporâneo reflete uma crescente tensão entre o judiciário e o legislativo. Enquanto o legislativo é historicamente reconhecido como o *lócus* da elaboração das normas, o judiciário, através de sua interpretação das leis, tem exercido um papel cada vez mais ativo, sendo acusado de interferir em prerrogativas legislativas por meio do ativismo judicial. Essa dinâmica em que o judiciário tem estado cada vez mais em evidência tem levado a acusações de politização do judiciário, seja em casos de grande impacto social e político, seja na própria indicação de membros para o poder.

O ativismo judicial ocorre quando tribunais assumem decisões que tradicionalmente caberiam ao legislador, justificando-as pela proteção de direitos fundamentais. Essa prática ganhou destaque em situações de omissão legislativa ou quando medidas urgentes são necessárias para evitar violações de direitos. No entanto, essa atuação frequentemente atrai críticas, sendo vista como uma forma de "legislação por via judicial", o que levanta preocupações sobre a separação de poderes.

Por outro lado, a politização do judiciário é apontada como um fenômeno em que decisões judiciais passam a refletir posicionamentos políticos, comprometendo a neutralidade e a autonomia institucional. Em contextos de polarização política, os tribunais tornam-se alvos de críticas tanto por parte de líderes governamentais quanto da sociedade, que questionam suas motivações ao julgar casos emblemáticos. Nos termos de Gisele Citadino⁵⁵:

Com efeito, seja nos países centrais, seja nos países periféricos, na origem da expansão do poder dos tribunais, percebe-se uma mobilização política da sociedade. Não é por outra razão que esse vínculo entre democracia e ativismo judicial vem sendo designado como "judicialização da política". (CITTADINO, 2002)

⁵⁵ CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judicial e democracia. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, v. 2, n. 3, p. 135-144, 2002.

Essa oposição entre ativismo judicial e politização evidencia os desafios de equilíbrio entre a neutralidade normativa e a necessidade decisória. Enquanto o ativismo pode ser visto como uma resposta a lacunas normativas, a politização ameaça a credibilidade do judiciário, transformando-o em um agente de disputas políticas. Essa dualidade impacta diretamente a confiança pública nas instituições jurídicas. Em várias ocasiões, a atuação do STF foi interpretada como um avanço em favor de grupos marginalizados, mas também recebeu críticas de setores políticos que alegaram extração das competências judiciais.

A tensão entre normas e decisões se reflete na própria construção constitucional brasileira, que atribui ao judiciário o papel de guardião da Constituição. Contudo, essa prerrogativa amplia a possibilidade de decisões judiciais de alto impacto político, intensificando a percepção de judicialização da política. Nesse contexto, surge o óbvio questionamento sobre até que ponto o judiciário deve intervir em questões políticas sem comprometer sua imparcialidade.

Além disso, a judicialização das políticas públicas coloca os tribunais como protagonistas em decisões que moldam políticas sociais, econômicas e ambientais. Embora essa prática possa ser necessária em contextos de omissão legislativa, ela também suscita questionamentos sobre o papel do judiciário na elaboração e implementação de políticas públicas.

A disputa entre normas e decisões no contexto contemporâneo expõe as múltiplas funções desempenhadas pelo judiciário, que vão desde a interpretação técnica da Constituição até a mediação de tensões políticas. Esse cenário evidencia como a relação entre os poderes se transforma em períodos de maior instabilidade institucional, em que as decisões judiciais frequentemente atuam para preencher lacunas deixadas pelo legislativo. Essas interações ressaltam a complexidade do papel das cortes no equilíbrio entre autonomia normativa e responsividade frente às demandas sociais.

5.3. A "constitucionalização" de estados de exceção: uma herança schmittiana?

A teoria de Carl Schmitt sobre o estado de exceção ganha relevância no debate contemporâneo ao analisar a "constitucionalização" de medidas excepcionais em democracias modernas. Como já explicado, Schmitt argumenta que o soberano é aquele que decide sobre a exceção, suspendendo temporariamente a ordem jurídica para preservar a ordem política. Esse conceito encontra eco em tempos atuais, em que crises

políticas, econômicas ou sanitárias têm levado à implementação de medidas extraordinárias dentro de marcos constitucionais.

A "constitucionalização" dos estados de exceção refere-se ao processo de incorporação de mecanismos de emergência nas constituições, permitindo a suspensão de garantias fundamentais em situações específicas. Enquanto Schmitt via a exceção como uma prerrogativa do soberano, Giorgio Agamben, em sua obra "Estado de Exceção", alerta para os perigos de normalizar essa prática, transformando a exceção em regra. Segundo Agamben, a institucionalização da exceção pode levar à erosão dos limites entre legalidade e arbitrariedade.

A teoria schmittiana encontra terreno fértil em contextos de instabilidade política, onde a ordem jurídica regular é incapaz de lidar com crises. No entanto, sua aplicação prática também expõe vulnerabilidades democráticas. Ao justificar a concentração de poder nas mãos de um líder ou instituição, os estados de exceção podem abrir caminho para abusos de autoridade, comprometendo a separação de poderes e a estabilidade constitucional. Essa tensão entre soberania e normatividade é central para compreender como o estado de exceção se insere no ordenamento jurídico contemporâneo.

Agamben (2004) argumenta que a exceção constitucionalizada pode tornar-se um dispositivo permanente, em que a suspensão da ordem jurídica normal se converte em ferramenta regular de governança. Essa visão questiona a distinção entre períodos de normalidade e exceção, apontando para o risco de que as garantias fundamentais sejam sistematicamente relativizadas em nome da estabilidade política. Para o autor, essa lógica ultrapassa os limites da excepcionalidade para estruturar novas formas de governo que se fundamentam na suspensão constante das normas.

No caso brasileiro, intervenções federais e operações de garantia da lei e da ordem (GLO) oferecem exemplos de como dispositivos de exceção podem ser acionados dentro do marco constitucional. Essas medidas, embora justificadas por circunstâncias específicas, provocam debates sobre seus efeitos de longo prazo, especialmente em relação à militarização da segurança pública e à ampliação do poder executivo. Essa dinâmica intensifica a necessidade de um olhar crítico sobre os impactos da exceção institucionalizada nas democracias.

A análise da "constitucionalização" de estados de exceção reflete ainda o desafio de equilibrar a proteção da ordem pública com a manutenção das liberdades individuais. A existência de dispositivos constitucionais que autorizam a suspensão de direitos em momentos de crise revela tanto a flexibilidade quanto as vulnerabilidades do Estado de

Direito. Esses dispositivos, se usados de maneira recorrente, transformam a exceção em parte estrutural do sistema jurídico, desafiando a capacidade das instituições democráticas de resguardar as garantias fundamentais.

5.4. O desafio de Kelsen: como garantir a neutralidade em tempos polarizados?

Hans Kelsen, em sua "Teoria Pura do Direito", defende a neutralidade do sistema jurídico como um elemento central para sua legitimidade e funcionalidade. No entanto, em sociedades polarizadas, a aplicação estrita das normas enfrenta desafios que questionam a separação entre direito e política, principalmente no que tange a legitimidade da população em relação as leis. Em suma, a análise do papel do judiciário em contextos de forte polarização revela a tensão entre a previsibilidade normativa e as pressões sociais e políticas que demandam respostas imediatas.

A judicialização de questões políticas reflete a complexidade das relações institucionais, em que tribunais frequentemente arbitram conflitos que ultrapassam os limites do domínio técnico-jurídico. Decisões relacionadas à organização dos poderes, ao financiamento público e às disputas sobre a aplicação de normas constitucionais demonstram como o judiciário tem se posicionado como um agente essencial na mediação de interesses que moldam a dinâmica política, ainda que tal atuação seja alvo de críticas por possíveis interferências nas prerrogativas legislativas.

A politização do judiciário é um elemento adicional de tensão, especialmente quando as decisões são interpretadas como reflexos de preferências políticas ou ideológicas. Esse fenômeno desafia a percepção de neutralidade que Kelsen propõe para o sistema jurídico, ampliando debates sobre a autonomia institucional das cortes em tempos de intensa polarização social.

A experiência de sistemas judiciais internacionais também contribui para essa análise. Tribunais constitucionais em países como Estados Unidos e Alemanha têm lidado com questões envolvendo direitos fundamentais e conflitos políticos internos, ilustrando como o direito pode ser interpretado em contextos de pluralidade normativa e pressões institucionais. Tais exemplos reforçam o papel crítico das cortes na manutenção de um equilíbrio delicado entre independência normativa e responsividade política.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal exemplifica o papel das cortes constitucionais na interpretação do ordenamento jurídico em cenários marcados por disputas institucionais. Sua atuação em questões centrais para a definição de competências e na aplicação de preceitos constitucionais demonstra como o tribunal é

convocado a exercer funções que transcendem a mera aplicação normativa, refletindo o peso de sua posição no equilíbrio das instituições democráticas e na mediação das tensões entre os poderes.

As instituições judiciais, ao desempenharem funções de mediação de conflitos estruturais, tornam-se protagonistas em tempos de polarização. Sua atuação é constantemente avaliada à luz de sua capacidade de manter a coesão institucional, de interpretar normas com rigor técnico e de garantir que sua intervenção não comprometa a confiança pública no sistema jurídico.

Esses cenários práticos desafiam o caráter puramente teórico da proposta kelseniana ao evidenciar que a aplicação do direito não se limita à conformidade hierárquica e formal das normas. Em contextos de polarização e crises institucionais, as decisões judiciais frequentemente transcendem a lógica normativa estrita, incorporando elementos de interpretação política e social. Tal dinâmica coloca em questão a ideia de uma neutralidade absoluta do direito, sugerindo que a aplicação prática do ordenamento jurídico demanda uma interação com realidades que Kelsen buscava afastar, como a política e a moral.

6. CRÍTICA E REDEFINIÇÃO: DESAFIOS DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

6.1. Limites do decisionismo e do positivismo jurídico no cenário contemporâneo

A premissa schmittiana de que o soberano decide em momentos de exceção, apresenta implicações preocupantes no cenário contemporâneo. Essa abordagem subverte a previsibilidade normativa ao priorizar a decisão política sobre a estrutura constitucional, justificando medidas autoritárias sob o manto de necessidade e emergência. Tal lógica implode as bases do Estado de Direito ao transferir o poder decisório para instâncias que operam além da normatividade.

No outro polo, o positivismo jurídico de Kelsen, ao enfatizar a normatividade como elemento central do sistema jurídico, enfrenta dificuldades em responder aos desafios de situações extraordinárias. Sua dependência da validade formal da norma, como se demonstrou, é frequentemente criticada por desconsiderar as complexidades sociopolíticas que moldam o direito. Assim, as críticas apontam para a insuficiência do positivismo em lidar com dinâmicas de poder e contextos de ruptura democrática.

Um dos limites do decisionismo reside em sua tendência a minar os controles institucionais, já que a decisão soberana não se submete a critérios previamente

estabelecidos. Isso pode levar a um esvaziamento dos mecanismos de vigia e fiscalização e ao enfraquecimento do sistema de *checks and balances*, caracterizando um cenário de fragilidade institucional. O poder concentrado em mãos de poucos atores tende a deslegitimar a democracia ao reduzir a participação popular e plural.

Ao mesmo tempo, o positivismo jurídico, ao desconsiderar as condições materiais e políticas que influenciam o direito, incorre na falha de abstrair o ordenamento jurídico da realidade concreta. Sua pretensão de neutralidade esconde relações de poder que perpassam a construção das normas, o que enfraquece sua capacidade de assegurar justiça social. O formalismo normativo frequentemente ignora as desigualdades estruturais que configuram as práticas jurídicas.

No contexto contemporâneo, marcado pela crise das democracias liberais, o decisionismo jurídico tem sido empregado como justificativa para medidas autoritárias. Estados de exceção permanentes e a manipulação do discurso da soberania são usados para consolidar poderes discricionários, comprometendo os princípios democráticos. Essa prática agrava as tensões sociais e institucionais, fragilizando o pacto democrático.

Por outro lado, a resposta normativa oferecida pelo positivismo jurídico carece de legitimidade política em decorrência de sua falta de flexibilidade. Sua rigidez, que é uma de suas maiores virtudes em tempos de estabilidade, transforma-se em limitação quando confrontada com a necessidade de adaptação a cenários de ruptura. Assim, o positivismo jurídico encontra dificuldade de se sustentar em períodos de crise.

6.2. Relevância do debate para redefinir o papel das Constituições modernas

O debate sobre as Constituições modernas emerge como um ponto central na compreensão das dinâmicas jurídicas e políticas contemporâneas, especialmente em contextos de instabilidade democrática. A dualidade entre normatividade e soberania, ilustrada no embate teórico entre Hans Kelsen e Carl Schmitt, oferece um referencial teórico para refletir sobre os desafios que as Constituições enfrentam diante das crises atuais. As transformações políticas do século XXI questionam a capacidade das Constituições de se adaptarem sem comprometer os fundamentos do Estado de Direito.

Em um cenário global marcado pelo crescimento de movimentos populistas e autoritários, as Constituições têm sido frequentemente reinterpretadas para atender a interesses de curto prazo. Essa tendência evidencia a relevância do decisionismo schmittiano, que sustenta a supremacia da decisão soberana em situações de exceção. A análise desse fenômeno revela não apenas a vulnerabilidade das Constituições à

manipulação política, mas também a necessidade de repensar os mecanismos que garantam sua eficácia.

Por outro lado, a perspectiva kelseniana, com sua ênfase na autonomia normativa, continua sendo uma referência teórica importante para sustentar a imparcialidade e a previsibilidade jurídica. Para Kelsen, a Constituição não deve ser flexibilizada por pressões externas, pois sua integridade é essencial para preservar a ordem e a estabilidade jurídica. No entanto, sua rigidez limita a capacidade de resposta do mundo jurídico a cenários extraordinários, evidenciando a tensão entre estabilidade normativa e adaptabilidade política.

O debate sobre o papel das Constituições modernas também se conecta à proteção de direitos fundamentais. No século XXI, esses direitos têm sido constantemente desafiados, especialmente em regimes que invocam estados de exceção para justificar medidas de restrição de liberdades. Nesse contexto, a tensão entre normatividade e soberania ganha novos contornos, uma vez que decisões políticas frequentemente transgridem normas constitucionais sob a ótica de um bem maior.

Além disso, as Constituições modernas enfrentam o desafio de se alinhar com o direito internacional e os princípios de direitos humanos. A emergência de organismos internacionais e tratados globais reforça a necessidade de harmonizar normas constitucionais com padrões internacionais, um aspecto que frequentemente entra em conflito com a soberania estatal defendida por Schmitt. Esse conflito ressalta a complexidade do papel das Constituições em um mundo globalizado.

A relevância desse debate se amplia diante da crescente judicialização da política, um fenômeno que atribui aos tribunais constitucionais a tarefa de interpretar e, muitas vezes, reescrever normas constitucionais. Essa prática, embora fundamental para a proteção de direitos, também levanta questões sobre a politização do judiciário e sua legitimidade enquanto guardião da Constituição. A abordagem kelseniana, que enfatiza a neutralidade jurídica, contrasta com a visão de Schmitt, que considera o judiciário como inevitavelmente influenciado por decisões políticas.

Em suma, o debate entre normatividade e soberania desafia a noção de separação de poderes, preceito básico da estruturação das democracias contemporâneas. Enquanto Kelsen defende uma separação rígida para preservar a autonomia do direito, Schmitt argumenta que, em tempos de crise, a decisão soberana transcende essas divisões. Esse embate teórico permanece central para compreender a evolução das Constituições em um mundo em constante transformação. Em suma, a relevância do debate sobre as

Constituições modernas residem em sua capacidade de iluminar os dilemas enfrentados pelas democracias contemporâneas ao equilibrar ordem, direitos fundamentais e adaptabilidade às demandas políticas.

6.3. Normatividade e soberania em tempos de crise democrática

A tensão entre normatividade e soberania alcança um novo patamar de complexidade em tempos de crise democrática, refletindo a fragilidade das democracias contemporâneas frente às crescentes ameaças ao Estado de Direito. A normatividade, como um ideal de previsibilidade e coerência jurídica, encontra seus limites quando confrontada com a realidade da necessidade de decisões políticas emergenciais que desafiam a estabilidade das normas constitucionais. Tal antagonismo é notável na contraposição teórica entre Hans Kelsen e Carl Schmitt, cujas ideias continuam a influenciar a tênue linha entre os mundos jurídicos e políticos.

A teoria pura do direito de Kelsen posiciona a normatividade como a força estruturante do sistema jurídico, capaz de garantir a objetividade e a uniformidade na aplicação das normas. Essa perspectiva, embora fundamentada em uma lógica de estabilidade, enfrenta críticas por seu aparente distanciamento das realidades políticas que emergem em atipicidades, nos quais a rigidez normativa pode se tornar uma barreira para soluções práticas.

Em oposição a essa visão, Schmitt defende a soberania como o elemento nuclear do poder político. A crise democrática, sob a ótica schmittiana, não pode ser resolvida por normas jurídicas preestabelecidas, mas exige uma decisão política que transcenda os limites formais do direito. Essa abordagem levanta questões éticas e políticas sobre os riscos do decisionismo, especialmente quando aplicado em regimes que já apresentam tendências autoritárias.

O conceito de estado de exceção, central na obra de Schmitt, adquire relevância particular em tempos de instabilidade democrática. A suspensão temporária das normas constitucionais, ainda que justificada pela necessidade de preservar a ordem política, frequentemente revela o rarefeito equilíbrio entre a normatividade e a soberania. Em democracias contemporâneas, onde crises são frequentemente invocadas para justificar a concentração de poder, a teoria de Schmitt é tanto uma explicação para os fenômenos em curso quanto uma advertência sobre os perigos de sua aplicação irrestrita.

Um aspecto crucial desse debate é o papel das instituições judiciais, que frequentemente se tornam o palco de disputas entre normatividade e soberania. Tribunais

constitucionais são chamados a interpretar as Constituições em momentos de crise, equilibrando a necessidade de estabilidade normativa com a urgência das demandas políticas. No entanto, essa atuação pode expor a politização do judiciário, comprometendo sua credibilidade como guardião imparcial da Constituição.

A polarização política, fenômeno marcante das democracias contemporâneas, intensifica os dilemas entre normatividade e soberania. Líderes políticos, muitas vezes justificando suas ações como respostas a crises sociais-existenciais, utilizam a retórica da excepcionalidade para minar a independência das instituições e subverter normas constitucionais. Essa instrumentalização do estado de exceção coloca em xeque os fundamentos do Estado de Direito, ao mesmo tempo que reforça a relevância do debate teórico entre Kelsen e Schmitt.

As crises democráticas também revelam as limitações do positivismo jurídico em abordar questões de legitimidade. Enquanto Kelsen privilegia a validade formal das normas, Schmitt argumenta que a legitimidade é um atributo da soberania e da capacidade de decisão. Esse contraste teórico encontra eco em debates contemporâneos sobre a eficácia das Constituições em garantir direitos e resistir a abusos de poder em tempos de instabilidade.

Portanto, a dialética entre normatividade e soberania em tempos de crise democrática não é apenas uma questão teórica, mas um dilema prático que molda o destino das democracias contemporâneas. Ao explorar as contribuições e os limites das teorias de Kelsen e Schmitt, é possível avançar na compreensão dos desafios enfrentados pelas Constituições e identificar caminhos para fortalecer o Estado de Direito em tempos de incerteza política.

6.4. A Constituição como um espaço de disputa filosófica e prática

A Constituição, em sua essência, transcende o conjunto de normas jurídicas que nela se explicita. Ela se apresenta como um campo multifacetado, no qual dimensões filosóficas e práticas convergem e frequentemente entram em conflito. Essa complexidade reflete sua função central nas democracias contemporâneas, mediando as relações entre estabilidade normativa e transformação social. O caráter dual da Constituição – enquanto norma jurídica e expressão política – torna-a um espaço privilegiado de disputas entre diferentes concepções sobre direito, poder e sociedade.

Do ponto de vista filosófico, a Constituição representa um ponto de articulação entre concepções formalistas e decisionistas. No plano prático, a Constituição é um

campo de interação contínua entre múltiplos atores, como legisladores, governantes, tribunais e movimentos sociais. Esses agentes frequentemente disputam o significado das normas constitucionais, buscando moldá-las de acordo com seus interesses, valores e interpretações de mundo. Esse dinamismo ressalta o papel da Constituição como um instrumento de mediação, mas também revela os confrontos de equilibrar a segurança jurídica e as constantes modificações políticas em sociedades marcadas por pluralidade e desigualdade.

O maior e mais cristalino exemplo desse tensionamento, como já mostrado, são os midiáticos e impactantes julgamentos realizados nos tribunais constitucionais, que se veem no centro de controvérsias sobre a interpretação da Constituição. Em termos práticos, as cortes têm assumido uma função política implícita, ao decidir sobre questões de alta relevância social e econômica. Tal atuação, embora em alguma medida necessária para proteger direitos fundamentais, explícita a constante e crescente tensão entre executivo e judiciário, em uma lacuna deixada pelo legislativo.

Além disso, a Constituição também atua como um espaço de confronto entre universalidade e particularidade. Embora codifique princípios universais, como os direitos humanos, ela é, ao mesmo tempo, profundamente influenciada por contextos históricos, culturais e políticos específicos. Esse paradoxo evidencia o papel ambíguo das Constituições em um mundo globalizado, onde normas locais frequentemente entram em conflito com padrões internacionais.

O caráter filosófico-prático da Constituição torna-se especialmente visível em períodos que a tensão entre normatividade e soberania se acirra. As teorias de Kelsen e Schmitt, ao abordarem de maneira distinta a relação entre direito e poder, fornecem instrumentos para analisar como as Constituições respondem a momentos de exceção. Enquanto Kelsen sustenta que a Constituição deve permanecer imune às pressões políticas, Schmitt argumenta que, em tempos de crise, ela é inevitavelmente moldada por decisões soberanas.

Por fim, a Constituição, como espaço de disputa filosófica e prática, reflete os dilemas intrínsecos às democracias contemporâneas. Ela é simultaneamente um mecanismo de estabilidade e uma plataforma para mudanças sociais. Compreender sua dualidade é essencial para garantir que as Constituições permaneçam relevantes e eficazes em um mundo cada vez mais complexo, onde a interação entre normas e práticas define o destino das instituições democráticas.

7. CONCLUSÕES E REFLEXÕES FINAIS

Ambos os autores colocam a constituição numa posição central de suas teorias, entendem a carta magna como engrenagem fundamental para o andamento político e social. No entanto, para compreender a maneira e a construção ideológica que cada um faz, é necessário que se remeta a origem dos autores. Pensa do mesmo jeito Daniel Nunes Pereira⁵⁶:

Falar do embate intelectual de Kelsen e Schmitt é necessariamente falar da vida de ambos os autores. Isto, pois, desde a juventude, trilharam caminhos que inexoravelmente os colocariam em oposição, além de localizá-los em extremos quase opostos da história intelectual do Século XX e da *Iuria* como um todo. Enquanto Kelsen (ou um simulacro simplista de sua obra) prosperou na doutrina e jurisprudência da tradição Romano-Germânica, Schmitt, por sua relação com o nacional-socialismo, se tornou um *auteur-maudit*, sendo resgatado primeiramente pela Teoria Política e, mais atualmente, pela Teoria do Direito (SCHWAB, 1988: 448). Não podemos olvidar nem a real teoria do mestre austríaco, nem os escritos malditos do jurista alemão. No que concerne a este, podemos dizer que, para bem e para o mal, concordemos ou não com suas conclusões, Schmitt mostrou verdades políticas e jurídicas tão importantes e perigosas, que não mais podemos ignorar, pois “abriu estranhas portas, que jamais voltaríamos a fechar. (PEREIRA, 2025)

Hans Kelsen, autor da **Teoria Pura do Direito** (1934), teve papel central na elaboração da Constituição Austríaca de 1920. No entanto, o cenário político da Áustria entre 1932 e 1934 foi marcado por graves crises. O parlamento foi dissolvido, e o poder foi centralizado nas mãos do ditador fascista Engelbert Dollfuss, que impôs uma nova Constituição inspirada no modelo corporativista de Mussolini. Nesse contexto de autoritarismo e perseguições, Kelsen, judeu de ascendência, tornou-se alvo do regime. Forçado ao exílio, ele buscou abrigo na Suíça e, mais tarde, estabeleceu-se nos Estados Unidos.

⁵⁶ PEREIRA, Daniel Nunes. *A criação da jurisdição constitucional na Áustria e sua recepção na República de Weimar: apontamentos epistemológicos e históricos*. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3eb46aa5d93b7a59>. Acesso em: 22 jan. 2025.

Diante desse cenário, marcado pela forte influência nazista na política, Kelsen reconheceu na Constituição o único instrumento capaz de conter e declarar ilegítimos os avanços autoritários. Para alcançar esse objetivo, ele defendeu que a Constituição fosse sólida, pragmática, clara e, sobretudo, independente de qualquer influência política, garantindo sua neutralidade e eficácia como fundamento do Estado de Direito, e de sua manutenção.

Em suma, Kelsen propõe a autonomia do direito em relação à política não apenas como um pilar para proteger as instituições democráticas e a ordem jurídica, mas também como uma forma de proteção pessoal contra as investidas autoritárias. Em um contexto de crescente ameaça nazista, Kelsen compreendeu que desvincular o direito de interesses políticos era essencial não apenas para a preservação das bases do Estado de Direito, mas também para garantir a sua própria segurança diante de regimes que buscavam instrumentalizar o direito para fins ideológicos e perseguições.

Já Schmitt segue caminho oposto, haja vista que se tornou um entusiasta das ideias do partido Nazista Alemão. O autor se filia ao partido em 1933, junto a Martin Heidegger⁵⁷, e teve rápida ascensão em sua carreira por sua boa relação com o partido. Explica Daniel Nunes Pereira⁵⁸:

Nesta função, Schmitt, de maneira aparentemente entusiasmada, dedicou-se a tarefas deveras condenáveis, como a justificação jurídica dos assassinatos dos opositores políticos de Hitler durante a chamada “Noite das Facas Longas” (SCHMITT, 1987: 32) e a purgação da jurisprudência alemã da influência judia (MEHRING, 2009: 358). Embora tenha se esforçado para mostrar-se verdadeiramente nazista, Schmitt sofreu forte oposição de influentes membros do partido, como Kroellreutter e Eckardt, que apontaram sua posição pretérita avessa ao nacional-socialismo, bem como as denúncias de seu adesismo, feitas por inimizades que emigraram da Alemanha, como o cientista político de origem judia Waldemar Gurian (MACHADO, 2013: 10). Neste cenário, delinearam-se, primeiramente, duas opções para Carl Schmitt:

⁵⁷ MACHADO, Felipe Daniel Amorim. “Arendt e Schmitt – Diálogos Sobre a Política”. Belo Horizonte. Arraes Editores. 2013. P. 8

⁵⁸ PEREIRA, Daniel Nunes. **A criação da jurisdição constitucional na Áustria e sua recepção na República de Weimar: apontamentos epistemológicos e históricos**. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3eb46aa5d93b7a59>. Acesso em: 22 jan. 2025.

emigrar, ou permanecer e ser levado à campo de concentração. Se a segunda opção era obviamente assustadora, a primeira não seria tão diferente, pois Schmitt havia coletado inimizades suficientes alhures para que fosse preso também em terras estrangeiras. Com o apoio de Goering, o jurista conseguiu permanecer na Alemanha em liberdade, ao custo de seu silêncio no que concernia à política interna do Reich. Debate-se ainda hoje sobre as causas da associação de Schmitt aos nazistas. Alguns autores apontam para uma forte ambição de Schmitt e seu caráter oportunista, sem negar afinidade ideológica (BENDERSKY, 1983: 195). Por outro lado, argumenta-se que a Teoria do Direito antiliberal de Schmitt, bem como seu antisemitismo, o tornaram disposto a apoiar o regime nazista (DYZENHAUS 1997a, 85). (PEREIRA, 2025)

As ideias antiliberais de Schmitt se sustentam no conceito hegeliano de *zeitgeist*⁵⁹. O autor entende como um erro a separação entre a constituição e direito constitucional. Para ele a constituição seria uma unidade existencial derivada da decisão política fundamental do "*pouvoir constituant*" (poder constituinte). Ela é concebida como algo que transcende a mera codificação de normas escritas, sendo um reflexo das condições existenciais e da forma de vida política do Estado. Schmitt critica a ideia de que a Constituição possa ser reduzida a um simples documento ou conjunto de estatutos escritos, apontando que sua verdadeira essência está em sua base política e decisória, que antecede e fundamenta as normas codificadas.

Já o direito constitucional, para Schmitt, é uma metonímia ou sinédoque que acaba confundindo partes com o todo, isto é, reduzindo a Constituição a um conjunto de detalhes normativos e teorias positivistas. Ele considera essa abordagem uma forma de mistificação que desvia o foco da unidade existencial da Constituição, transformando-a em um conglomerado de normas empíricas, desvinculado da decisão política que a origina.

⁵⁹ O *Zeitgeist*, ou espírito do tempo, pode ser entendido como o conjunto de ideias, valores e tendências culturais predominantes em um dado momento histórico, moldando a mentalidade e a percepção coletiva da sociedade" (RITTER, 2002, p. 487). RITTER, Joachim. *Histórico de Conceitos Filosóficos*. São Paulo: Editora Unesp, 2002.

Então, para Schmitt, quando se confunde a constituição e o direito constitucional, basicamente se há uma substituição da legitimidade pela legalidade. Explica o posicionamento schmittiano Daniel Nunes Pereira⁶⁰:

O menosprezo de Schmitt acerca da constituição escrita, semelhante a uma desconstrução derridiana, detectará o proposital esquecimento do corpo significante da informação presente na Carta Magna, o qual tem sido repetidamente desconsiderado na história da filosofia ocidental, em especial na Modernidade (MARDER, 2010: 113). Schmitt despreza a escrita, mas sim, ele está interessado nas condições existenciais de possibilidade para a produção textual da Constituição, graças à decisão sobre a forma de vida política do Estado e, em geral, o poder decisório da constituição que é irredutível, difuso, e empiricamente inacessível. É impossível descobrir o que estrutura a constituição como uma unidade, sem reduzir, fenomenologicamente, o estatuto escrito fundacional ao estrato da decisão política pressuposta (MARDER, 2010: 113). Para a sua validade como uma regulação normativa, cada estatuto, até mesmo o Direito Constitucional, em última análise, precisa de Trata-se uma decisão política, que seria anterior a ela, uma decisão que oriunda de um poder ou autoridade que existe politicamente a priori (Schmitt, 1996: 76).

Quem mais se assemelha a função unitária de vontade política que moldava a constituição no modelo schmittiano seria o chefe do executivo, e por isso, na constituição de Weimar, defendeu ampla da autoridade presidencial, que, na prática, sujeitaria todos os direitos constitucionais à interferência discricionária do Executivo sob a liderança do presidente (SCHMITT, 1994: 212)⁶¹. Logo, permitir que um tribunal constitucional decidisse sobre a identidade política do povo seria uma usurpação ilegítima do poder constituinte.

Para Schmitt, os direitos liberais e as liberdades individuais, ainda que assegurados em uma constituição de caráter liberal, não eram absolutas, mas

⁶⁰ MACHADO, Felipe Daniel Amorim. “Arendt e Schmitt – Diálogos Sobre a Política”. Belo Horizonte. Arraes Editores. 2013. P. 4

⁶¹ SCHMITT, Carl. “Die Diktatur des Reichspräsidenten nach Artikel 48 der Weimarer Reichsverfassung”. In SCHMITT, Carl. Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf. Berlin: Duncker und Humblot. 1994

condicionadas à manutenção da ordem pública e da segurança. Esses direitos deveriam ser vistos como concessões do Estado ao indivíduo, passíveis de suspensão diante de situações excepcionais, mediante uma decisão soberana. Assim, a garantia dessas liberdades estava subordinada à necessidade de preservar a estabilidade política e a unidade do Estado.

Por mais que os nazistas posteriormente conseguissem ascender ao poder através do tipo de abuso de processo constitucional para o qual o próprio Schmitt tinha advertido (KENNEDY, 2004: 183)⁶², posteriormente ele oferece seus serviços ao partido. Rapidamente adaptou sua teoria identitária da democracia ao discurso nazista, passando a defender uma visão institucionalista da lei que refletisse a suposta essência autêntica da vida do povo alemão, algo que os nazistas afirmavam restaurar (SCHMITT, 2004b: 89)⁶³. Para Schmitt, o movimento nacional-socialista teria realizado um exercício do poder constituinte ao estabelecer uma nova constituição, comprometendo-se a fazer distinções rígidas entre os verdadeiros alemães e seus inimigos, tanto internos quanto externos.

Em síntese, Schmitt ajusta sua teoria, fundamentada na ideia de legitimidade do povo e para o povo, aos objetivos e demandas do regime nazista. Ao afirmar que o nacional-socialismo foi capaz de criar uma constituição, Schmitt compromete historicamente sua própria teoria, que se propunha a criticar os pontos frágeis da teoria constitucional liberal.

Tanto que Kelsen refuta o argumento de Schmitt sobre o "*pouvoir neutre*" e sua relação com a guarda constitucional, afirmando que sua obra (*Der Hüter der Verfassung*) resgata uma ideia antiquada do cenário constitucional. Nesse contexto, Kelsen esclarece a Schmitt e a seus defensores o verdadeiro propósito do Constitucionalismo Clássico em relação ao monarca, que antes detinha um poder absoluto.

A ideia de legitimidade do povo baseada em uma unidade, conforme proposta por Schmitt, revela-se sedutora, especialmente em tempos de crise. Diante de dinâmicas de poder que provocam insatisfação popular e, consequentemente, deslegitimização, sua teoria surge como um mecanismo de reestabelecimento da conexão entre o povo e poder, promovendo a legitimidade política como fundamento da ordem estatal.

Observa-se que ambos os autores reconheceram a relevância da Constituição no binômio legitimidade-legalidade para a estruturação do poder e do direito, embora cada

⁶² KENNEDY, Ellen. "Constitutional Failure. Carl Schmitt in Weimar". Durham: Duke University Press. 2004.

⁶³ SCHMITT, Carl. "On the Three Types of Juristic Thought". Westport: Praeger Publishers. 2004b.

um tenha enfatizado um extremo dessa relação. Contudo, é essencial que a Constituição conteemplace tanto a limitação do poder quanto a legitimidade proveniente do povo, elementos indispesáveis para que permaneça como elo e materialização do direito e da política.

Conforme analisado, Hans Kelsen e Carl Schmitt trouxeram visões profundamente contrastantes, mas igualmente indispesáveis, e quiçá complementares, sobre o papel da Constituição. Kelsen defendeu uma concepção normativa, tendo como objeto principal a busca pela legalidade, que busca isolar o direito das pressões políticas, promovendo a neutralidade e a estabilidade das instituições democráticas, especialmente em tempos de autoritarismo. Por outro lado, Schmitt compreendeu a Constituição como uma manifestação da soberania política, enfatizando a centralidade da legitimidade oriunda do povo e sua ligação com decisões existenciais que moldam o Estado. Esse embate não é apenas teórico, mas reflete as tensões entre a rigidez da legalidade e a necessidade de legitimidade em momentos de crise.

Essas perspectivas destacam como as Constituições não são meros textos legais, mas instrumentos que materializam momentos históricos, políticos e sociais. Ao mesmo tempo em que limitam o poder, as Constituições também se sintetizam como um espaço de disputa política, onde ideias de estabilidade e transformação convivem em constante tensão. O confronto entre Kelsen e Schmitt revela que a Constituição é, ao mesmo tempo, um limite ao poder e um reflexo de sua legitimidade. Como ferramenta viva e ambígua, ela condensa tensões entre estabilidade e transformação, ordem e exceção. Preservar tal ambiguidade é garantir que as constituições mantenham a sua eficácia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

GIORGIO, AGAMBEN et al. Estado de exceção. **Boitempo Ed**, 2004.

DE ALMEIDA, Fernando Rodrigues; JUNIOR, Oswaldo Giacóia. A Crise Representativa como Conceito Limite: Normatividade Simbólica e o Problema do Decisionismo em Carl Schmitt. **Revista Jurídica Cesumar-Mestrado**, v. 15, n. 2, p. 353-377, 2015.. Acesso em: 30 dez. 2024.

ATILLI, Antonella. La crítica decisionista de Carl Schmitt a la democracia liberal. **Signos filosóficos**, n. 10, p. 129-148, 2003.

BIGNOTTO, Newton. Soberania e exceção no pensamento de Carl Schmitt. **Kriterion: revista de filosofia**, v. 49, p. 401-415, 2008.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus. 2004.

CAMBRIDGE Dictionary. *Lawfare*. Disponível em: <https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles/lawfare>. Acesso em: 4 dez. 2024.

CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judicial e democracia. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, v. 2, n. 3, p. 135-144, 2002.

CUNHA, R. Hermenêutica jurídica em Kelsen. **Revista de informação legislativa**, 2008. DWORKIN, Ronald; FAEDRICH, Nelson Boeira. **Levando os direitos a sério**. Martins Fontes, 2002.

CARVALHO, Meliza Marinelli Franco; DOS SANTOS COSTA, Débora Laís; DE MELLO, Felipe Demian Siqueira. Três modelos da Constituição brasileira de 1988 e a leitura moral proposta por Ronald Dworkin. **Revista Agenda Política**, v. 6, n. 2, p. 220-239, 2018.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução de João B. Machado. 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Martins Fontes, 2005.

KELSEN, Hans; GASIÓN, Guillermo. *¿ Quién debe ser el defensor de la Constitución?*. Tecnos, 1995.

KENNEDY, Ellen. **Constitutional Failure: Carl Schmitt in Weimar**. Duke University Press, 2004.

KONKEL, R. L. **O protetor da Constituição: uma revisitação do debate entre Carl Schmitt e Hans Kelsen sobre o controle de constitucionalidade**. 2017.

KREMER, André. Habermas e o positivismo jurídico: crítica, complementaridade e autonomia do direito. **Revista Dois Pontos**, v. 18, n. 2, 2021.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Constituição, soberania e ditadura em Carl Schmitt. **Lua Nova: revista de cultura e política**, p. 119-144, 1997.

MARTINS, Cristiano Zanin; MARTINS, Valeska Teixeira Zanin; VALIM, Rafael. **Lawfare: uma introdução**. Editora Contracorrente, 2019.

MESQUITA, R. G. **A relação entre direito e democracia na teoria de Jürgen Habermas**. 2014.

PEREIRA, Daniel Nunes. A criação da jurisdição constitucional na Áustria e sua recepção na República de Weimar: apontamentos epistemológicos e históricos. ***Revista Brasileira de Direito Constitucional***.

RAMIRO, Caio Henrique Lopes; HERRERA, Luiz Henrique Martim. Hans Kelsen: filosofia jurídica e democracia. **Revista de informação legislativa**, v. 52, n. 205, p. 235-260, 2015.

REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. São Paulo: Saraiva, 1986.

RITTER, Joachim. **Histórico de Conceitos Filosóficos**. São Paulo: Editora Unesp, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2007.

SANTOS, Marilene Martins dos; MOURA, Isabel Cristina Lopes de. A educação do campo e a formação de professores: um olhar crítico sobre os desafios contemporâneos. **Revista Diálogo Educacional**, v. 11, n. 38, p. 707-722, 2011.

SCHMITT, Carl. **Teologia política**. Tradução de Luís Sérgio G. de M. Souza. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

SCHMITT, Carl. **Teoria da Constituição**. Tradução de Marcelo Duarte. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SCHMITT, Carl. **A Constituição de Weimar**. São Paulo: Editora Ática, 1987.

SCHMITT, Carl. *On the Three Types of Juristic Thought*. Westport: Praeger Publishers, 2004b.

TOBAR, Mónica. Gobernabilidad en tiempos de crisis: la relación entre el Ejecutivo y el Legislativo en la gestión del Presidente Nayib Bukele en El Salvador. **Reflexión política**, v. 22, n. 45, p. 70-79, 2020.

WOLKMER, António Carlos. Legitimidade e legalidade: uma distinção necessária. **Revista de informação legislativa**, v. 31, n. 124, p. 179-184, 1994.

CIP - Catalogação na Publicação

FC982k Fernandes Cury , Pedro .
KELSEN X SCHMITT E O PAPEL DA CONSTITUIÇÃO NAS
DEMOCRACIAS CONTEMPORÂNEAS / Pedro Fernandes Cury ;

Orientador: Gilberto Tedeia . -- Brasília, 2025.
62 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação - Filosofia)
-- aqui Universidade de Brasília, 2025.

1. Constitucionalismo contemporâneo. 2. Hans Kelsen . 3. Carl Schmitt. 4. Crise democrática. 5. Soberania . I. Tedeia , Gilberto , orient. II. Título.