


O caráter político da jurisdição constitucional: uma abordagem a partir de Carl Schmitt

The political character of constitutional jurisdiction: a schmittian approach

 10.21680/1983-2109.2022v29n60ID29091

Cláudio Ladeira de Oliveira

Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

 0000-0003-0246-512X

claudioladeiradeoliveira@gmail.com

Resumo. Neste artigo, analiso o modo como Carl Schmitt define a natureza política da jurisdição constitucional a partir de seus trabalhos redigidos nos anos derradeiros da República de Weimar: “O Conceito do Político” e “O Guardião da Constituição”. Tento contrastar suas respostas com abordagens algumas contemporâneas. Em especial, sua tese sobre a diferença entre a “alta política” e “política secundária” são imprescindíveis para compreender sua defesa de uma concepção de Estado de Direito respeitosa à “separação de poderes” e sua posição quanto à criação judicial do direito no âmbito da jurisdição ordinária. Corretamente compreendidas, suas teses são de enorme pertinência em contextos marcados simultaneamente por crises políticas-institucionais e intensa judicialização da política.

Palavras-chave: Carl Schmitt; Jurisdição constitucional; estado de direito; judicialização da política.

Abstract. In this paper, I analyze how Carl Schmitt defines the political nature of constitutional jurisdiction from his works written in the final years of the Weimar Republic: "The Concept of the Political" and "The Guardian of the Constitution". I try to contrast his answers with some contemporary approaches. In particular, his thesis on the difference between "high politics" and "secondary politics" are indispensable to understand his defense of a conception of the Rule of Law respectful of the "separation of powers" and his position on the judicial creation of law within the ordinary jurisdiction. Properly understood, his theses are extremely pertinent in contexts marked simultaneously by political-institutional crises and intense judicialization of politics.

Keywords: Carl Schmitt; judicial review; rule of law; judicialization of politics.

INTRODUÇÃO

Quais são as características de um conflito qualquer que o tornam um conflito especificamente político? Em especial, quando afirmamos que a jurisdição constitucional possui uma natureza intrinsecamente “política”, e não

exclusiva o principalmente “técnico-jurídica”, quais são as informações que queremos transmitir? A resposta à questão está longe de ser óbvia. Na verdade, é notável como a bibliografia contemporânea sobre o tema, especialmente no campo da teoria do direito público, evita fornecer uma definição criteriosa de “político”. Em especial no caso das versões mais idealizadas do princípio da “supremacia da constituição”, para as quais a “Constituição jurídica subordina a política ao Direito” (SAJÒ; UITZ, 2017, p. 23), é flagrante a ausência de uma reflexão – menos ainda uma definição – sobre isso que o Direito alegadamente limita, a política, especialmente quando tal limitação é desempenhada pela jurisdição constitucional.

Neste artigo, analiso o modo como Carl Schmitt define a natureza política da jurisdição constitucional a partir de seus trabalhos redigidos nos anos derradeiros da República de Weimar: “O Conceito do Político” (SCHMITT, 2015) e “O Guardiã da Constituição” (SCHMITT, 2016). Tento contrastar suas respostas com abordagens algumas contemporâneas. Em especial, sua tese sobre a diferença entre a “alta política legislativa” e “política secundária” são imprescindíveis para compreender sua defesa de uma concepção de Estado de Direito respeitosa à “separação de poderes” e sua posição quanto à criação judicial do direito no âmbito da jurisdição ordinária. Corretamente compreendidas, suas teses são de enorme pertinência em contextos marcados simultaneamente por crises políticas-institucionais e intensa judicialização da política.

2 AS CIRCUNSTÂNCIAS (REALISTAS) DA POLÍTICA

As forma como Schmitt abordou o fenômeno político, ou melhor, o “conceito do Político”, tem suscitado desde então intensas polêmicas e muitas incompreensões. Este último caso é representando pelos que o interpretam como uma espécie de “celebração” de atos de violência física e enfrentamento de inimigos, uma “estética do horror” (WOLIN, 1992)¹. Ou ainda, como se suas definições levassem à conclusão de que as práticas políticas de negociação e compromisso partidário-parlamentar constituem “não apenas uma evasão do político, mas uma ameaça direta à sua experiência” (MOYN, 2016, p. 296)². Afinal, estaria no fato bruto da guerra a essência “do político”? Uma análise mais

¹ “O Conceito do Político é o trabalho no qual a propagação de Schmitt da estética revolucionária conservadora do horror se torna mais transparente. Neste texto, a correlação existencial entre a violência e a vida intensa, que Schmitt descobre pela primeira vez nas teorias de Sorel, recebe seu mais completo elaboração.” (WOLIN, 1992, p. 438). “The Concept of the Political is the work in which Schmitt’s propagation of the conservative revolutionary aesthetics of horror becomes most transparent. In this text, the vitalist correlation between violence and intensive life, which Schmitt first discovers in the theories of Sorel, receives its fullest elaboration.”.

² “[...] not just an evasion of the political but downright threatening to its experience.”

cuidadosa e desapaixonada de seu texto é capaz de revelar não apenas o equívoco dessas interpretações, mas também insights úteis ao enfrentamento de certas lacunas e deficiências da teoria constitucional contemporânea. Afinal, entre a definição do conceito do “Político” e os elementos centrais da teoria constitucional de Schmitt não existe apenas uma coincidência “biográfica” quanto ao contexto de redação, mas uma conexão teórica sistemática: o primeiro é a “chave” para compreender o segundo (cf. BÖCKENFÖRDE, 1998). Inicialmente, algumas de suas formulações mais polêmicas:

A distinção especificamente política a que podem reportar-se as ações e os motivos políticos é a discriminação entre amigo e inimigo. Ela fornece uma determinação conceitual no sentido de um critério, não como definição exaustiva ou especificação de conteúdos. (SCHMITT, 1992, p. 51)³

A diferenciação entre amigo e inimigo tem o sentido de designar o grau de intensidade extrema de uma ligação ou separação, de uma associação ou dissociação (SCHMITT, 1992, p. 52)⁴

O antagonismo político é a mais intensa e extrema contraposição e qualquer antagonismo concreto é tanto mais político, quanto mais se aproximar do ponto extremo, do agrupamento amigo-inimigo (SCHMITT, 1992, p. 55-56)⁵

A guerra decorre da inimizade, pois esta é a negação ontológica de outro ser. A guerra é apenas a realização extrema da inimizade. Ela não carece de ser algo de cotidiano, algo normal, nem precisa ser compreendida como algo ideal ou desejável, contudo precisa permanecer como possibilidade real, enquanto o conceito de inimigo tiver sentido. (SCHMITT, 1992, p. 59)⁶

A guerra não é, absolutamente, fim e objetivo, sequer conteúdo da política, porém é o pressuposto sempre presente como possibilidade real, a determinar o agir e o pensar humanos de modo peculiar, efetuando assim um comportamento especificamente político. (SCHMITT, 1992, p. 60)⁷

Schmitt expressamente não pretende fornecer uma “definição exaustiva” ou “especificar conteúdos” capazes de definir o que é político e o que não é. A princípio, qualquer conteúdo, surgido em qualquer âmbito da existência humana, pode ensejar um conflito político. Isso ocorre se, em virtude de uma divergência

³ “Die spezifisch politische Unterscheidung, auf welche sich die politischen Handlungen und Motive zurückführen lassen, ist die Unterscheidung von *Freund* und *Feind*. Sie gibt eine Begriffsbestimmung im Sinne eines Kriteriums, nicht als erschöpfende Definition oder Inhaltsangabe.” (SCHMITT, 2015, p. 25)

⁴ “Die Unterscheidung von Freund und Feind hat den Sinn, den äußersten Intensitätsgrad einer Verbindung oder Trennung, einer Assoziation oder Dissoziation zu bezeichnen” (SCHMITT, 2015, p. 26)

⁵ “Der politische Gegensatz ist der intensivste und äußerste Gegensatz und jede konkrete Gegensätzlichkeit ist umso politischer, je mehr sie sich dem äußersten Punkte, der Freund-Feind-Gruppierung, nähert”. (SCHMITT, 2015, p. 28)

⁶ “Der Krieg folgt aus der Feindschaft, denn diese ist seinsmässige Negierung eines anderen Seins. Krieg ist nur die äusserste Realisierung der Feindschaft. Er braucht nichts Alltägliches, nichts Normales zu sein, auch nicht als etwas Ideales oder Wünschenswertes empfunden zu werden, wohl aber muss er als reale Möglichkeit vorhanden bleiben, Solange der Begriff des Feindes seinen Sinn hat.” (SCHMITT, 2015, p. 31)

⁷ “Der Krieg ist durchaus nicht Ziel und Zweck oder gar Inhalt der Politik, wohl aber ist er die als reale Möglichkeit immer vorhandene *Voraussetzung*, die das menschliche Handeln und Denken in eigenartiger Weise bestimmt und dadurch ein spezifisch politisches Verhalten bewirkt.” (SCHMITT, 2015, p. 33)

surgida sobre alguma matéria qualquer, os indivíduos passam a se organizar para defender interesses e/ou valores comuns, uma forma de vida específica, formando grupos conflitantes. Simultaneamente ao menos duas espécies de relações são formadas: de “associação”, entre os indivíduos que integram um mesmo grupo, e “dissociação”, entre os membros de um grupo determinado e o outro grupo, de forma pública e coletiva.

Mas como entender a afirmação de que a “guerra” é o “pressuposto sempre presente” que determina o agir humano, ainda que ela não seja o “fim e objetivo” ou mesmo o “conteúdo da política? Este ponto não parece dar razão às interpretações como de Wolin, que identifica nos atos de violência físico típicos da guerra a especificidade da definição schmittiana? Em primeiro lugar, o próprio Schmitt rejeita uma tal interpretação:

A situação não se coloca, de forma alguma, como se a existência política nada mais fosse que uma guerra sangrenta, e cada ação política, uma ação militar de guerra, como se, ininterruptamente, cada povo estivesse constantemente confrontado à alternativa amigo ou inimigo, e como se o politicamente correto não residisse justamente no evitar a guerra. A definição aqui fornecida do político não é belicista nem militarista, imperialista ou pacifista. (SCHMITT, 1992, p. 59)⁸

Mais que isso, essa negativa deveria resultar diretamente das definições anteriormente apresentadas. Para explicar isso, apresentarei um exemplo que desenvolverei nos itens seguintes. Dois cidadãos, vamos chamá-los de “liberal” e “socialista”, divergem sobre a forma como deve ser protegida a propriedade privada no país em que vivem. “Liberal” sustenta que uma proteção mais intensa à propriedade privada é um valor moral que deve ser promovido por uma sociedade que almeja ser considerada razoavelmente justa. Ademais, uma tal proteção estimula os agentes econômicos a investirem seus recursos em atividades produtivas, dado que estarão mais seguros de que poderão usufruir os ganhos eventualmente resultantes desses investimentos, o que gera como consequência o aumento de bens disponíveis para todos. Já “socialista”, afirma que uma sociedade razoavelmente justa deve prever mecanismos para redistribuir de forma mais igualitária a propriedade dos recursos entre seus membros; ademais, sustenta, uma proteção demasiado intensa à propriedade privada em contextos de elevada desigualdade econômica, pode ser um obstáculo ao uso mais eficiente dos recursos econômicos existentes. Como bem sabe qualquer estudante

⁸ “Es ist also keineswegs so, als wäre das politische Dasein nichts als blutiger Krieg und jede politische handlung eine militärische Kampfhandlung, als würde ununterbrochen jedes Volk jedem anderen gegenüber fortwährend vor die Alternative Freund oder Feind gestellt, und könnte das politische Richtige nicht gerade in der Vermeidung des Krieges liegen. Die hier gegebene Definition des Politischen ist weder bellizistisch oder militaristisch, noch imperialistisch, noch pazifistisch.” (SCHMITT, 2015, p. 31-32)

de filosofia ou economia, a bibliografia à qual os dois personagens poderiam recorrer para justificar e refinar seus posicionamentos é hoje virtualmente incomensurável. E por isso o exemplo, embora caricatural, é útil: imagine que “liberal” e “socialista” debatem sobre uma proposta de lei que visa regulamentar a matéria nos termos do art. 1228, § 4º, do vigente Código Civil brasileiro:

O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante. (BRASIL, 2002)

A proposta é rejeitada por “liberal”, que afirma que ela confere uma autoridade demasiado ampla aos tribunais para que interfiram na propriedade privada com fundamento em conceitos extremamente abstratos e controvertidos (“boa-fé”, “considerável número de pessoas”, “interesse social e relevante”), desrespeitando a liberdade individual e criando insegurança jurídica, o que afeta negativamente os investimentos privados. Por sua vez, “socialista” defende a proposta, sob o argumento de que tal possibilidade de intervenção promove o valor de uma distribuição mais equânime dos recursos entre os cidadãos, bem como promove um uso mais produtivo da propriedade privada. Por mais que possamos partir do pressuposto de que objetivamente um dos dois está correto (ou um terceiro, com posição intermediária), o fato é que tal possibilidade será irrelevante num sentido muito importante: se não for possível alcançar um consenso sobre o tema, a simples possibilidade teórica de que um consenso racional seja possível é inútil em termos práticos. E dados os limites de tempo de estudo e capacidade de conhecimento que os debatedores possuem para enfrentar todos os argumentos, o consenso não é uma opção realista. Mesmo se “liberal” e “socialista” estiverem sinceramente dispostos a debater o tema de forma civilizada e intelectualmente primorosa, não é improvável que, ao final de diversas rodadas de discussão, esses dois indivíduos sigam divergindo, se não na mesma intensidade, em algum ponto relevante. E afinal, de que adianta imaginar que um consenso poderia ser obtido se o debate fosse travado sob condições ideais de tempo e informação, se precisamos de uma decisão agora, sob condições que não são ideais? Este é um dos motivos pelos quais as chamadas teorias da “democracia deliberativa” (HABERMAS, 2020, p. 369 e ss) tem pouco ou nada a dizer quando conflitos de tal natureza emergem entre indivíduos e grupos que já estão dispostos a deliberar racionalmente e uma decisão precisa ser tomada “agora”. Na verdade, ainda que um desses dois indivíduos se sinta inteiramente convencido pelos argumentos do interlocutor, seguirão existindo concidadãos de “liberal” e

“socialista” que não se deixaram convencer, alguns dos quais, ao presenciarem o debate, se tornaram ainda mais radicalmente convictos de suas posições iniciais. É isso que Jeremy Waldron denomina de “irrelevância da objetividade moral” (WALDRON, 1999, p. 164-187): ainda que partamos do princípio que existe uma resposta correta às nossas divergências de princípio (e neste caso, também quanto à “ciência” econômica), uma tal possibilidade teórica é irrelevante se não é capaz de sanar a divergência existente entre os cidadãos realmente existentes “aqui e agora”. O fato é que em algum momento será necessária uma decisão que vigore para todos os membros da sociedade em questão: a proposta descrita acima está aprovada ou rejeitada?

Naturalmente, em qualquer sociedade minimamente complexa, as matérias capazes de gerar algum conflito são infindáveis, de modo que uma polarização objetiva entre apenas dois grupos é muito rara. Mesmo assim, esse conflito é útil para ilustrar aquilo que Jeremy Waldron denomina de “circunstâncias da política”: “a necessidade sentida entre os membros de um determinado grupo de uma estrutura ou decisão comum ou curso de ação sobre algum assunto, mesmo em face de desacordo sobre qual deveria ser essa estrutura, decisão ou ação [...]” (WALDRON, 1999, p. 102)^{9,10} São duas as circunstâncias: em primeiro lugar, a necessidade de uma decisão comum, capaz de estabelecer uma forma de ação coordenada; em segundo lugar, a divergência entre os membros do grupo sobre qual é a melhor decisão a ser tomada.

O tipo de conflito que interessa a Waldron caracteriza-se pelo fato de que as divergências entre os cidadãos são intensas quanto ao conteúdo, mas ainda assim não impedem que estejam de acordo em relação a algum procedimento decisório. Em especial, procedimentos que considerem cada cidadão uma “igual fonte de razões”, recebendo portanto um igual peso no procedimento, no qual prevalece alguma espécie regra da maioria. A questão é que, se uma decisão precisa ser tomada e vigorar mesmo diante das controvérsias, seja qual for o procedimento decisório ao menos parte dos indivíduos estará subordinada a regras das quais discorda em maior ou menor grau, seja por considera-las injusta ou pouco eficiente. Afinal, mesmo em democracias, dado o fato intransponível das divergências, ao menos durante algum tempo, os vencedores das eleições governarão de um modo que contraria alguns interesses dos derrotados (cf.

⁹ “the felt need among the members of a certain group for a common framework or decision or course of action on some matter, even in the face of disagreement about what that framework, decision or action should be [...]”.

¹⁰ No mesmo sentido: “a discordância entre os cidadãos quanto ao que devem fazer, como corpo político” acrescida da “necessidade de agir conjuntamente, embora discordemos quanto ao que fazer” (WALDRON, 2003, p. 187).

PRZEWORSKI, 2006; 2011). Mas se os vencedores das eleições promovem alguns de seus valores e interesses contra os perdedores das eleições, então o problema é saber até que ponto essa imposição de interesses contrários será tolerada pelos derrotados. É possível que a partir de determinado momento os derrotados entendam que um limite foi ultrapassado e sintam que o preço a pagar por viver sob as regras é demasiado elevado. Esse é um dos problemas clássicos tratados na literatura sobre a estabilidade das democracias. Por outro lado, também os vencedores, ao invés de exercerem seu poder com moderação e arriscar perder o poder nas eleições seguintes, podem tentar extrair mais poder sob pena de perder eleições, também promover uma ruptura das regras do jogo. Daí que surja a importante questão: o que leva especialmente os derrotados nas eleições, mas também os vitoriosos, a aceitarem os resultados do processo democrático? Por exemplo, em sociedades pobres, de baixa renda per capita, nas quais o volume global de riqueza é escasso, pode ser impossível que um resultado que seja acatado pacificamente por vitoriosos e derrotados: uma minoria de grandes proprietários, diante da vitória de partidos adversários defensores de programas fortemente redistributivistas, ciente de que no curso prazo será diretamente atingida pelas políticas do governo eleito, pode ser desestimulada a acatar as regras do jogo; de forma similar, para os “não proprietários”, se derrotados nas eleições, as políticas implementadas pelo governo adversário podem afetar seus interesses vitais de tal modo que a opção pelo acatamento das regras do jogo se torna irracional. Esta é a questão central da estabilidade das instituições democráticas, as quais podem ser consideradas estáveis quando prevalece uma espécie de “equilíbrio de forças” entre os grupos que, ao menos a princípio, poderiam investir contra as instituições (PRZEWORSKI, 1994): dado que os outros respeitam as regras do jogo, cada um deve preferi-las em detrimento das alternativas possíveis.¹¹ Por isso é incorreto definir as instituições democráticas como o resultado de um “contrato”,

¹¹ Os estudos sobre a estabilidade das democracias buscam descrever precisamente as condições nas quais os diversos grupos que integram a “unidade política” optam pelo acatamento das regras do jogo. Por exemplo: “When people are wealthier, they value less whatever they can gain by fighting. And if fighting is costly, as it is, at some income level the potential gain is not worth the sacrifice. Hence, losers accept results of elections and wait for the next one. The effect of income dependence is so strong that [...] no democracy ever fell in a country with per capita income higher than that of Argentina in 1976 [...]. Until now, there have been more than 40 democracies, which lived over a total of 1,200 years with such high incomes. They experienced economic crises, wars, corruption scandals. And yet not a single democracy fell at such levels of per capita income.” (PRZEWORSKI, 2011, p. 175). E ainda: “Quando examinamos alguns padrões empíricos relativos a quase todas as democracias que existiram em qualquer lapso de tempo entre 1950 e 1990, o fato que mais chama a atenção é que democracia alguma jamais foi subvertida neste período num país com uma renda per capita superior à da Argentina em 1976. A probabilidade de sobrevivência da democracia aumenta monotonicamente com a renda per capita. Em países com renda per capita inferior a 1.000 dólares a probabilidade de que a democracia morreria durante um certo ano era de 0,1216, o que implica uma expectativa de vida levemente superior a 8 anos. Entre 1.001 e 2.000 dólares, essa probabilidade era de 0,0556, para uma duração esperada de em torno de 18 anos. Acima de 6.000 dólares, as democracias podiam esperar durar para sempre.” (PRZEWORSKI, CHEIBUB, LIMONGI, 2003, p. 22)

um “pacto” entre os atores sociais relevantes, por que não existem “terceiros imparciais” em relação às partes em conflito capazes de impor a democracia (PRZEWORSKI, 1994: 25 – 75; PRZEWORSKI, 2003; ACEMOGLU e ROBINSON, 2006). Neste caso, a própria estabilidade e efetividade das instituições democráticas definidas juridicamente dependem dos cálculos e escolhas estratégicas dos partidos.

Assim, é possível afirmar que as circunstâncias da política que Waldron descreve expressam uma situação na qual os grupos em conflito estão dispostos a acatar os resultados do processo decisório, mantendo-se no âmbito das regras do jogo. São as circunstâncias que caracterizam as democracias constitucionais consideradas estáveis e “consolidadas”. Isso não justifica afirmar, como faz Carlo Burrelli (2019, p. 5), que Waldron reduz as “circunstâncias da política” apenas às situações nas quais os grupos divergem “de boa-fé”, com concepções razoáveis, estando dispostos a acatar os resultados do processo decisório. Afinal o interesse de Waldron é apenas demonstrar que, mesmo diante de divergências razoáveis e de “boa-fé”, uma decisão não consensual será necessária, e que se desejamos abdicar da violência, a regra majoritária é um procedimento decisório que merece ser adotado, pois é respeitoso às nossas divergências. De modo algum ele pretende reduzir os conflitos políticos às felizes circunstâncias dos debates parlamentares em países de renda elevada (cf. WALDRON, 2003, pp. 42-76).

Mas Burrelli tem razão quanto à necessidade que uma compreensão realista da política deve conferir centralidade ao conflito “não-razoável”, no qual ao menos um dos grupos não apenas “diverge” dos demais, mas deseja impor seus interesses e/ou valores. Neste sentido, sua definição de “conflito” é útil: “uma relação social caracterizada por dois ou mais atores (instituições, indivíduos ou grupos): (1) que têm preferências incompatíveis; e (2) pelo menos um dos quais pretende impor suas preferências aos outros.” (BURRELLI, 2019, p. 5). Afinal, e se o contexto for tal que exclua resultados do processo decisório que sejam aceitáveis pelos grupos em conflito, anda que os membros de cada grupo desejem uma decisão comum? Neste caso, utilizando agora a terminologia de Schmitt, a unidade política estaria comprometida e o antagonismo entre os grupos teria alcançado a intensidade do confronto “amigo-inimigo”. É a isso que Schmitt pretende destacar quando afirma que: “o antagonismo político é a mais intensa e extrema contraposição e qualquer antagonismo concreto é tanto mais político, quanto mais se aproximar

do ponto extremo, do agrupamento amigo-inimigo” (SCHMITT, 1992, p. 55-56)¹². Com isso, Schmitt está afirmando que os conflitos partidários internos à unidade política (Estado) só podem ser classificados como “políticos” no grau máximo quando atingem “o grau extremo na escala política interna” (1992, p. 58), a exemplo do que aconteceu nos anos derradeiros da República de Weimar. E essa ideia pode ser apresentada como a tese de Przeworski sobre a estabilidade das democracias.

Se a unidade política que é o Estado pacifica conflitos internos, a política em intensidade “extrema” permanecerá relegada ao âmbito da política externa, enquanto a política interna (competição partidária) é política secundária.¹³ Mas ainda assim, essa política “secundária” estará relacionada ao conceito do Político, na medida em que os partidos principais aceitam, optam (incentivos etc), por manterem-se dentro das regras do jogo (unidade política preservada) em virtude do fato de que seus projetos políticos, interesses etc estão de alguma forma minimamente preservados pelo status quo. É dizer: acatar as regras não é uma ameaça existencial. Mas isso não significa que mesmo essa luta partidária não esteja organizada sob o pressuposto (ainda que remoto) do conflito amigo-inimigo: essa possibilidade está sempre pressuposta, em maior ou menor intensidade. Os partidos que competem em uma democracia estável estão organizados sob o pressuposto de que certos valores e/ou interesses são fundamentais a tal ponto que aqueles que os ameaçam (verdadeiramente) são considerados inimigos (ainda que essa expressão esteja abolida do contexto da propaganda). Se as condições objetivas favorecem o acatamento das regras do jogo, os partidos adversários podem ser vistos como adversários, não inimigos, dado o contexto concreto. Mas isso não significa que a ideia de inimigo não desempenhe papel constitutivo! Numa democracia constitucional estável, por exemplo, “inimigo” será por exemplo um eventual agrupamento que busca subverter as regras da competição democrática e estabelecer sua própria ditadura. Mas nos casos em que é racional que os partidos optem pela sublevação, a unidade política estará ameaçada. Entre a “alta política” e a “política secundária”, a diferença é apenas de grau, de intensidade. É por isso que diante de um caso extremo de conflito entre amigo-inimigo, a guerra, a comunidade é melhor conduzida por políticos profissionais do que por militares de carreira: “aí repousa a correção da frase pronunciada por um diplomata inglês: o político estaria mais

¹² Der politische Gegensatz ist der intensivste und äußerste Gegensatz und jede konkrete Gegensätzlichkeit ist umso politischer, je mehr sie sich dem äußeren Punkte, der Freund-Feind-Gruppierung, nähert”. (SCHMITT, 2015, p. 28)

¹³ “No interior do Estado, enquanto unidade política organizada que, como um todo, coincide com a distinção amigo-inimigo, e além disso, ao lado das decisões primariamente políticas e sob a proteção das decisões tomadas, produzem-se numerosos conceitos secundários de ‘político’.” (SCHMITT, 1992, p. 56)

preparado para o combate do que o soldado, uma vez que o político lutaria a vida inteira, ao passo que o soldado apenas excepcionalmente”. (SCHMITT, 1992, p. 60). Ou seja, políticos “profissionais”, em virtude de sua experiência quotidiana com a política “secundária”, estão acostumados à lógica da distinção “amigo-inimigo” e psicologicamente preparados para a guerra, mesmo que os conflitos reais nos quais tomem parte essa distinção nunca se efetive no grau extremo.¹⁴

O processo de associação e dissociação, a organização dos indivíduos em agrupamentos, ocorre precisamente em virtude do fato de que a divergência é séria o suficiente que seja racional, sob determinadas circunstâncias, que os indivíduos se reúnam em agrupamentos antagônicos cuja possibilidade extrema é a relação “amigo-inimigo”. Por isso, na interpretação de Böckenförde, “o conceito do político” possui uma mensagem “implícita”, segundo a qual o Estado, aqui entendido como “unidade política de um povo”, significa uma unidade “pacificada”, capaz de manter os conflitos em seu interior “abaixo” do nível extremo dos agrupamentos “amigo-inimigo” (cf. BÖCKENFÖRDE, 1998, p. 39)¹⁵. Isso vale também para um Estado constitucional democrático, uma comunidade política razoavelmente organizada em âmbito territorial, cujas instituições

¹⁴ “contra um mal-entendido generalizado, devo enfatizar que a esfera da política interna dentro de um Estado não está de forma alguma completamente desligada do conceito de político, nem o termo “político” é usado com um significado completamente diferente em tal caso. Pelo contrário, a definição acima de política também se aplica à política interna, ainda que apenas em um sentido derivativo. Por um lado, é apenas em escala menor que o conceito de político se aplica à política doméstica, por outro lado, esta aplicação doméstica é logicamente derivada do critério do político em geral. A razão para isto é a seguinte. Conflitos sobre como moldar a ordem de convivência também ocorrem dentro da unidade política, mesmo que esta unidade esteja protegida da intensidade de um grupo de amigos inimigos. Neste caso, as pessoas formam publicamente grupos com e contra uns aos outros. Dado que o político não constitui uma esfera fechada em si, este agrupamento pode potencialmente ocorrer em várias esferas da vida pública, tais como na política cultural, econômica ou externa, e afins. O ponto decisivo é apenas que este agrupamento não deve atingir a intensidade de uma relação de amizade e inimizade. No entanto, este fenômeno de agrupamento pode ser chamado de político no sentido schmittiano porque, se a política razoável e a gestão de conflitos falharem, possivelmente pode escavar tarde até o grau final de intensidade”. (BÖCKENFÖRDE, 1998, p. 39). “[...] against a widespread misunderstanding, I should emphasize that the sphere of domestic politics within a state is by no means completely detached from the concept of the political, nor is the term “political” used with a completely different meaning in such a case. Rather, the above definition of the political holds also for domestic politics, if only in a derivative sense. On the one hand, it is only on a minor scale that the concept of the political applies to domestic politics, on the other hand, this domestic application is logically derived from the criterion of the political in general. The reason for this is as follows. Conflicts about how to shape the order of coexistence also occur within the political unity, even though this unity is shielded from the intensity of a friend enemy grouping. In such a case people publicly form groups with and against each other. Given that the political does not constitute a closed sphere in itself, this grouping can potentially occur in various spheres of public life, such as in cultural, economic, or foreign policy, and the like. The decisive point is only that this grouping must not reach the intensity of a friend-enemy relationship. Nevertheless, this phenomenon of grouping can be called political in the Schmittian sense because, if reasonable politics and conflict management fails, it possibly can esca late to the ultimate degree of intensity.”

¹⁵ “O político não consiste em uma determinada esfera de objetos, mas é uma relação pública entre as pessoas, uma relação marcada por um grau específico de associação ou dissociação que pode potencialmente levar à distinção entre amigo e inimigo; o conteúdo subjacente a esta relação pode ter origem em qualquer esfera da vida humana. (BÖCKENFÖRDE, 1998, p. 38).” “The political does not consist in a determined sphere of objects, but rather is a public relationship between people, a relationship marked by a specific degree of association or dissociation which can potentially lead to the distinction between friend and enemy; the content underlying this relationship can originate from any sphere of área of human life.”

estabelecem procedimentos democráticos de governo e um rol de direitos fundamentais para seus membros, consiste precisamente numa espécie de “associação” que discrimina entre “amigos” e os “inimigos”, externos ou internos, para os quais a existência desse Estado é algo a ser enfrentado.

3. A CONCEPÇÃO EQUIVOCADA DO ESTADO DE DIREITO

Retornemos ao nosso caso fictício debatido no item anterior. A proposta em discussão foi aprovada e entrou em vigor. Como é sabido, trata-se do art. 1228, § 4º, do vigente Código Civil. Assim, a decisão política tomada em nome da comunidade contemplou os interesses, valores e opiniões de “socialista”, impondo ao derrotado “liberal”, ao menos até que a decisão seja revista pelo Congresso, o ônus de permanecer subordinado a uma lei que ele considera injusta e ineficiente. No entanto, passado algum tempo, “liberal” volta a deparar-se com um conflito envolvendo a mesma matéria quando um imóvel de sua propriedade, ocupado por terceiros há mais de 5 anos, é objeto de uma desapropriação por decisão judicial. No caso, o magistrado entendeu que as dez famílias – cerca de quarenta pessoas – que ocupavam o imóvel haviam nele realizado “obras e serviços [...] de interesse social e econômico relevante” (algumas casas e um pequeno comércio), configurando portanto a hipótese do art. 1228, § 4º, CC. Inconformado, “liberal” afirma que o magistrado se equivocou ao considerar como “relevantes” as poucas “obras e serviços” realizadas no local: o juiz aplicou equivocadamente a lei civil. Mas “liberal” vai além e critica também o fundamento normativo utilizado pelo magistrado: o próprio art. 1228, § 4º: ele contraria, afirma, simultaneamente o “direito fundamental à propriedade” (CF/88, art. 5º, XXII) e o dever de promover a “função social da propriedade” (CF/88, art. 5º, XXIII). O direito à propriedade é afrontado à medida que a lei permite que magistrados, apoiados exclusivamente em suas opiniões pessoais sobre “interesse social e econômico”, ignorem um direito que expressamente protegido pela Constituição. Já a função social da propriedade é contrariada pela lei à medida em que o procedimento que ela estabelece gera como consequência – em função das intervenções judiciais pontuais e imprevisíveis – um uso ineficiente da propriedade, e a eficiência agregada íntegra – afirma ele – qualquer concepção razoável de “função social” da propriedade. Para abreviar o exemplo, imaginemos que passados alguns anos de tramite judicial, finalmente o Supremo Tribunal Federal venha a julgar o Recurso Extraordinário (CF/88, art. 102, III) movido por “liberal”, no qual tenta reverter a decisão de desapropriação mantida pelas instâncias judiciais inferiores. No intuito de subsidiar a tomada de decisão, a corte convoca uma audiência pública

para ouvir opiniões técnicas, políticas, científicas, econômicas e jurídicas relevantes. Que tipo de orientação as reflexões de Carl Schmitt são capazes de fornecer para o enfrentamento deste conflito?

Em *Der Hüter der Verfassung*, Schmitt desenvolve uma crítica já esboçada poucos anos antes em *Verfassungslehre* àquilo que ele denomina “uma ideia abstrata e incompreendida do Estado de Direito”, segundo a qual o ideal de um “governo das leis” (ou “estado de Direito”, “império das leis” etc) exigiria que as decisões dos conflitos políticos pudessem ser, na maior medida possível, submetida ao escrutínio e revisão judiciais. Estaria garantida assim a vigência do “Direito” sobre a “política”. Schmitt rejeita esse ideal, afirmando ser ele duplamente equivocado: não é realista acreditar que a política possa ser eliminada pelo Direito; e as tentativas de promover tal despolitização apenas transferem para o judiciário os riscos inerentes ao processo político, “politizando” o judiciário.

Esse ideal é hoje amplamente dominante na teoria do direito público, segundo a qual “a consequência prática da supremacia da constituição é que matérias que são constitucionalizadas ficam além do âmbito do processo legislativo ordinário, portanto da política ordinária” (SAJÒ; UITZ, 2017, p. 24). Em texto recente no qual discute a relevância atual do debate entre Carl Schmitt e Hans Kelsen acerca da natureza política ou jurídica da jurisdição constitucional, o respeitado constitucionalista Dieter Grimm, após concluir pela pouca relevância de ambos, apresenta sua própria posição sobre o tema. Sua posição, no entanto, é ilustrativa do quão atuais são críticas dirigidas por Schmitt às concepções equivocadas do Estado de Direito:

O que pode ser observado, por outro lado, é que uma mudança de arena ocorre quando uma decisão política é submetida à revisão constitucional. A política então muda de assunto para objeto. Os atores, as normas e os procedimentos mudam. O papel decisivo é agora desempenhado por juízes que estão profissionalmente preparados para reconhecer e aplicar a lei, enquanto os políticos retornam à posição de candidatos, opositores e inquirido. No exame jurídico da decisão política, as normas políticas não se aplicam mais, mas somente as normas constitucionais. Assim, o procedimento é voltado para a cognição, não para a decisão. Trata-se de determinar o significado da norma constitucional relevante para o caso concreto e a consequência legal resultante. Em qualquer caso, o processo não é político no sentido de que debates e votações parlamentares, negociação de tratados internacionais, planos para o gerenciamento de crises são políticos. (GRIMM, 2020, p. 43)¹⁶

¹⁶ “Was man dagegen beobachten kann ist, dass ein Arenenwechsel stattfindet, wenn eine politische Entscheidung zur verfassungsrechtlichen Prüfung gestellt wird. Die Politik wird dann vom Subjekt zum Objekt. Akteure, Maßstäbe und Verfahren ändern sich. Die entscheidende Rolle spielen nun Richter, die professionell auf Rechtserkenntnis und -anwendung vorbereitet sind, während die Politiker auf die Position von Antragstellern, Antragsgegnern und Äußerungsberechtigten zurückfallen. Bei der rechtlichen Prüfung der

Essas afirmações de Grimm são um perfeito exemplo de um estilo argumentativo especialmente voltado a estimular a simpatia do leitor pela jurisdição constitucional. Como afirma Waldron, “construímos [...] um retrato idealizado do julgar e o emolduramos junto com o retrato de má fama do legislar.” (WALDRON, 2003, p. 2). No entanto, contra Grimm e com Schmitt e Waldron, devemos lembrar que “...é um artifício especificamente político apresentar as próprias opiniões como apolíticas e as perguntas e opiniões do adversário como políticas.” (SCHMITT, 2016, p. 3)¹⁷. Afinal, a afirmação de que ao ser transferida dos parlamentos e do executivo para o fórum judicial as questões políticas passa a ser um “objeto” de uma consideração por juristas profissionais “não políticos” e que estes atuam de acordo com um procedimento que não é de “decisão”, mas de “cognição”, expressa na melhor das hipóteses um desejo, mas de forma alguma um fato objetivo. Que integrantes de cortes constitucionais e juízes de carreira na jurisdição ordinária afirmem – e mesmo acreditem de boa-fé – comungar da descrição de Grimm não muda o fato que será tomada uma “decisão”, em nome de toda a comunidade, sobre uma regra que valerá sobre ela, e que tal regra não será o resultado de uma “descoberta técnica”.

Isso tudo é ainda mais grave se aceita outras teses que gozam de considerável reputação no debate acadêmico e na jurisprudência. A primeira, a de que “toda interpretação jurídica é também interpretação constitucional” e que, portanto, “qualquer operação de realização do Direito envolve a aplicação direta ou indireta da Constituição” (BARROSO, 2018, p. 535). A segunda, a tese que tribunal constitucional como “representante político discursivo”. Juntas, pretendem promover uma ampla domesticação judicial da política, sob a justificativa explícita ou implícita de combater o risco de arbitrariedade inerente às instituições responsáveis eleitoralmente. Para isso se apoiam em constructos altamente idealizados das capacidades institucionais dos tribunais, para afirmar que esses podem e devem ser responsivos ao povo. Não por acaso, tal concepção é especialmente popular entre integrantes do sistema judiciário e dos “órgãos de controle” em geral, que com fundamento nessa visão alargada de “supremacia da Constituição”, podem expandir seus próprios poderes políticos de normatização e gestão, protegidos sob a retórica de efetividade da Constituição.

politischen Entscheidung gelten nicht mehr politische Maßstäbe, sondern allein verfassungsrechtliche. Dementsprechend ist das Verfahren auf Kognition, nicht auf Dezision ausgerichtet. Es geht um die Ermittlung der Bedeutung der einschlägigen Verfassungsnorm für den konkreten Fall und die sich daraus ergebende Rechtsfolge. Der Vorgang ist jedenfalls nicht in dem Sinn politisch, wie Parlamentsdebatten und -abstimmungen, Aushandlung internationaler Verträge, Pläne zur Krisenbewältigung politisch sind.”

¹⁷ ...es ein spezifisch politischer Kunstgriff ist, die eigene Auffassung als unpolitisch, die Fragen und Meinungen des Gegners als politisch hinzustellen.

A crítica de Schmitt à falta de realismo desse ideal “despolitizador” de Estado de Direito é realizada com termos que em muito adiantam o debate contemporâneo, sobretudo na ciência política (cf. POSNER; VERMEULE, 2016. Afinal, sobre boa parte das chamadas “doutrinas da efetividade constitucional”, é possível afirmar elas exemplificam à exaustão o dito de Schmitt segundo o qual “hoje, nada é mais moderno do que a luta contra o político” (SCHMITT, 2015, p. 68). De fato, a ideia de um governo “das leis” por oposição a um governo “dos homens” é, num sentido muito importante, objetivamente falsa. Afinal, “as leis, sendo uma criação humana, precisam necessariamente submeter-se à vontade humana. (...) As leis não podem governar. Governar é uma atividade, e leis não podem agir” (SÁNCHEZ-CUENCA, 2003: 62). O mesmo se aplica às exigências rigorosas do ideal de um Estado constitucional. As normas que configuram e limitam o poder político precisam ser criadas, interpretadas e aplicadas: tais atividades exigem, em suma, alguma decisão (cf. OLIVEIRA, 2011). Por isso o que chamamos de um governo das leis é na verdade um governo de homens – como afinal tem de ser todo e qualquer governo – que acatam limitações estabelecidas em leis. Assim, a ideia essencial do “governo das leis” pode ser expressa de um modo mais plausível como uma exigência de que todos os cidadãos e também os governantes estejam submetidos a restrições impostas por normas abstratas e gerais, e assim quem governa não são homens agindo arbitrariamente, mas homens limitados por leis gerais e abstratas. O poder coercitivo do Estado não é aplicado de forma discriminatória ou totalmente imprevisível. Assim, o “erro fundamental de todo o esforço por despolitização” consiste no fato de que ele promove “apenas a eliminação de um determinado tipo de política, a saber, da política partidária” (SCHMITT, 2016, p. 110). O esforço é fadado ao fracasso, uma vez que “a política é inevitável e inextinguível” (SCHMITT, 2016, p. 111). Mas o problema maior não é o fracasso empreitada, mas o fato de que a própria tentativa de “despolitização” gera seus próprios riscos políticos de arbitrariedade:

Portanto, é um mal-entendido e uma linguagem ilusória, se não enganosa, usar a palavra despolitização para implicar que a desconfortável responsabilidade e risco do político pode ser evitada e erradicada. Tudo o que é de alguma forma de interesse público é de alguma forma político, e nada que essencialmente diga respeito ao Estado pode ser despolitizado seriamente. A fuga da política é a fuga do Estado. Onde este vôo termina, e onde o fugitivo pousa, nunca pode ser previsto por ninguém; em qualquer caso, é certo que o resultado será ou a ruína política ou um tipo diferente de política. (SCHMITT, 2016, p. 111)¹⁸

¹⁸ “So ist es ein Mißverständnis und eine trügerische, wenn nicht be trügerische Redensart, mit dem Worte Entpolitisierung anzudeuten, daß die unbequeme Verantwortung und das Risiko des Politischen vermieden und ausgemerzt werden könne. Alles, was irgendwie von öffentlichem Interesse ist, ist irgendwie politisch, und nichts, was wesentlich den Staat angeht, kann im Ernst entpolitisiert werden. Die Flucht aus der Politik ist die

A domesticação da política pelo Direito, a pretensão de substituir a tomada de decisões dotadas de autoridade e capazes de vigorar em meio à divergências de interesses, mantendo no entanto a unidade do corpo político, colocando em seu lugar a interpretação sobre princípios constitucionais de moralidade, não apenas não elimina a política como transfere o risco de arbitrariedade para outra instituição, o judiciário. No entanto, as consequências de tal processo, embora em larga medida imprevisíveis, necessariamente orbitam entre a fragmentação do conjunto de instituições políticas representativas e a substituição da política tal como existe nos parlamentos e no executivo, com seus conhecidos vícios, por uma outra “política” desempenhada no interior das instituições judiciais, com outros vícios sobre os quais possuímos ainda menos conhecimento e mecanismos de controle. É por isso que dentre os riscos da tentativa de “despolitização” pela jurisdição constitucional encontra-se a corrosão, ao invés de promoção, da autoridade constitucional: “se o judiciário se expandir para um assunto que não pode mais ser judicial, o judiciário só poderá ser prejudicado. Porque (...) o resultado não seria uma juridificação da política, mas uma politização do judiciário.” (SCHMITT, 2016, p. 22)¹⁹

O raciocínio de Schmitt neste ponto pode ser entendido como um exemplo de intuitivo de uma abordagem que recentemente foi desenvolvida de forma mais sistematizada por Adrian Vermeule (cf. OLIVEIRA, 2020). Se meu argumento está correto, Schmitt poderia ser entendido como um precursor do chamado “constitucionalismo de otimização”, que Vermeule opõe ao chamado “constitucionalismo de precaução” (VERMEULE, 2014). Uma postura afeita ao “constitucionalismo precaucionário” recomenda que as constituições sejam redigidas e interpretadas com o objetivo de criar precauções máximas contra o risco de arbitrariedades das instituições políticas. O exercício dos poderes políticos de governo passa a ser objeto de profunda desconfiança precaucionária. Um tema essencial é a desconfiança quanto às motivações dos indivíduos que integram maiorias legislativas e o poder executivo de um modo geral. Considera-se que tais agentes buscam sempre maximizar seu poder e promover os interesses de grupos de pressão poderosos em detrimento do conjunto de cidadãos: “se é possível que ocorra abuso de poder, isso ocorrerá” (VERMEULE, 2014, p. 48) Daí a precaução generalizada contra o exercício do poder administrativo discricionário e as interpretações legislativas de princípios constitucionais abstratos. O mesmo

Flucht aus dem Staat. Wo diese Flucht endet, und wo der Fluchtende landet, kann nie mand voraussehen, jedenfalls ist sicher, daß das Ergebnis entweder der politische Untergang oder aber eine andere Art von Politik sein wird.”

¹⁹ TEXTO EM ALEMÃO

raciocínio válido para o nível individual, aplica-se também ao nível institucional: “se as instituições podem expandir seu poder, elas expandirão” (VERMEULE, 2014, p. 48). Em sentido contrário, o chamado “constitucionalismo de otimização” parte do princípio que “minimizar” o risco político é uma tarefa fadada ao fracasso, dado que sempre persistirá algum risco; que o próprio risco de arbitrariedade política é um objetivo que concorre com outros, eventualmente tão relevantes quanto, tais como a redução das desigualdade, o enfrentamento de crises econômicas, emergências sanitárias etc; e mais importante, as medidas de enfrentamento do risco político podem, eventualmente, carregar consigo alguma espécie de risco político. Assim, a fixação exagerada no enfrentamento do risco político oriundo das instituições políticas representativas pode agravar o risco político “agregado” (VERMEULE, 2014, pp. 54 e ss.). Especialmente em O Guardião da Constituição, Schmitt recorre com frequência a argumentos que Vermeule classificaria como exemplos de constitucionalismo “otimizante”: a tentativa de “despolitização” que caracteriza a compreensão equivocada de Estado de Direito (1) é impossível de ser realizada e (2) a tentativa de promove-la possui seus próprios riscos políticos. Vermeule denomina esses argumentos de, respectivamente, “futilidade” e “perversidade”.

Argumentos que Vermule classifica de “futilidade” (cf. VERMEULE, 2014) podem ser exemplificados com algumas das expectativas de “despolitização” mais idealizadas que comumente são levantadas em relação ao controle judicial de constitucionalidade. Por exemplo, contra a expectativa de que o controle judicial possa funcionar efetivamente como “precaução” contra a arbitrariedade política, é possível objetar que os mesmos fatores que explicam a opção dos agentes políticos pela ruptura institucional, serve também para explicar a falta de disposição e/ou capacidade dos órgãos de controle para agirem como “guardiões” da Constituição diante de efetivas ameaças autoritárias. Tribunais e membros do sistema judiciário podem aderir voluntariamente ao novo regime ou mesmo participar atividade na derrubada da ordem democrática, uma vez que seus membros não estão apartados do contexto social no qual o conflito institucional ocorre. Ou podem ser simplesmente incapazes de impedir a ação de forças armadas ou maiorias políticas mobilizadas. Na verdade, como poderia afirmar Schmitt, é o funcionamento ordinário de tribunais constitucionais é dependente da existência de instituições políticas regulares, requer uma “unidade política” já constituída e capaz de decisão (cf. BÖCKENFÖRDE, 1998, p. 45 e ss). Tribunais constitucionais não são o “guardião” da Constituição contra as reais ameaças de

arbítrio político, pelo contrário, sua existência e autoridade depende de uma ordem constitucional cuja existência é politicamente construída.

Argumentos que Vermeule classifica como de “perversidade” afirmam que a medida precaucionaria adotada para reduzir ao máximo certo o risco de arbitrariedade política pode agravar o problema que deveria combater. Por exemplo, um poder executivo excessivamente enfraquecido, com o objetivo precaucionário de reduzir ao máximo o risco político, pode promover exatamente o malefício que se buscava coibir, estimulando ações governamentais à margem da Constituição. A adoção excessiva de disposições constitucionais que impedem o poder executivo de agir com vigor, longe de evitar o arbítrio político enfraquecendo o poder presidencial, pode estimular exatamente o oposto, a ruptura institucional. É uma empreitada fadada ao fracasso tentar reduzir a “zero” o risco de arbitrariedade política por parte dos governantes, pois algum risco sempre subsistirá. Um executivo demasiadamente fraco pode ser incapaz de promover o desenvolvimento econômico, o controle da inflação, ser conivente com arbitrariedades privadas, ou sucumbir diante de ameaças externas, incapaz de enfrentar uma emergência como uma pandemia. E as instituições que criamos com a finalidade de fiscalizar e combater as arbitrariedades podem, elas próprias, incorrer em arbitrariedades. Vermeule ilustra sua tese citando a passagem de Madison e Hamilton em “O Federalista” n° 20:

Uma Constituição fraca tem necessariamente que terminar em dissolução, por falta dos poderes adequados, ou na usurpação de poderes indispensáveis para a segurança pública. Que a usurpação, uma vez começada, se detenha no ponto salutar, ou prossiga até o extremo perigoso, deve depender das contingências do momento. A tirania originou-se talvez com maior frequência por ser assumido o poder por alguém a quem se apelou, diante de exigências prementes e por causa de uma Constituição deficiente, do que por serem exercidos plenamente os mais amplos poderes constitucionais. (HAMILTON, MADISON, JAY, 2011, p. 205)

Mas é quanto ao sistema de controle de constitucionalidade das leis e dos atos administrativos que o argumento da “perversidade” oferece argumentos mais interessantes para os casos aqui tratados. Como foi discutido acima, é um argumento frequente em nossa doutrina afirmar que o controle judicial de constitucionalidade é uma decorrência natural da ideia de supremacia da constituição. Mais que isso, a Constituição de 1988 estabeleceu um sistema de controle de constitucionalidade tipicamente “precaucionário”: muitos agentes com poder de ingressar com ações de controle concentrado; diversas ações que permitem controlar a inclusive a omissão legislativa; competências “difusas” de controle, para todo o poder judiciário. Enfim, a intenção da assembleia nacional constituinte parece ter sido a de criar um sistema “robusto e redundante”, sob o

fundamento aparente de que quanto mais instituições e procedimentos judiciais com poder de revisar os atos políticos legislativos e administrativos, mais a efetividade da constituição estaria garantida. Mais controle judicial é igual a mais efetividade constitucional. No entanto, o resultado exemplifica um típico caso de perversidade: no objetivo de “minimizar” o risco de arbitrariedade política (das instituições explicitamente políticas, o legislativo e o executivo) a “maximização precaucionaria” do controle judicial criou as condições para que praticamente qualquer assunto politicamente relevante possa ensejar alguma espécie de revisão judicial. Com isso, o risco de arbitrariedade política não foi anulado, mas transferido de instituição. E potencialmente ampliado. Ao final, essa expansão do judiciário para domínios essencialmente políticos não altera a natureza do conflito. As controvérsias permanecem políticas, só que agora objeto de decisão pelos tribunais. Em tal caso:

Nenhuma formalidade judicial poderia esconder o fato de que tal Tribunal do Estado ou constitucional seria uma instituição altamente política com poderes constitucionais. Do ponto de vista democrático, dificilmente seria possível transferir essas funções para uma *aristocracia da toga*. (SCHMITT, 2016, p. 155-56).

A pretensão de submissão da política à “supremacia da constituição” – a compreensão equivocada de Estado de Direito – estimula ela própria um enorme risco de arbitrariedade, agora não mais praticada por instituições explicitamente políticas (executivo e legislativo), mas pelos integrantes do sistema judiciário. Se cada ato de natureza política pode ser revisto judicialmente para comprovar sua autorização por normas constitucionais “abertas” (princípios), no final das contas os riscos de arbitrariedade da decisão política não estarão afastados. Eles apenas serão transferidos de uma instituição para outra. E como sugere Vermeule, esse risco pode ser ampliado. O excesso de “precaução”, a negação radicalizada da política, pode gerar o efeito colateral de “anestesiá-la” o público quanto à natureza também política das decisões tomadas pelos integrantes do sistema judiciário.

4 A DIVERSIDADE OBJETIVA ENTRE LEI E SENTENÇA

Retornemos ao nosso exemplo fictício. O STF havia convocado uma audiência pública para subsidiá-lo no julgamento do Recurso Extraordinário que trata da suposta afronta, simultaneamente, ao direito fundamental de propriedade privada e à função social da propriedade (CF/88, art. 5º, XXII e XXIII). Após as manifestações dos diversos *amici curiae*, apresentando argumentos os variados – todos razoáveis – sobre a melhor interpretação dos direitos fundamentais mencionados, a questão permanece: afinal, qual deve ser a

decisão do tribunal? Mantém o dispositivo cuja constitucionalidade é contestada ou declara sua inconstitucionalidade?

As considerações apresentadas até aqui são críticas da natureza precaucionária de teorias constitucionais judicializantes e “despolitizadoras”. Elas fornecem algum parâmetro para resposta que no mínimo é negativo: o tribunal deveria se abster de revogar um dispositivo legal que fora aprovado pelo Congresso Nacional de acordo com os tramites regulares do processo legislativo. Agindo de outro modo, segue o argumento, o tribunal estaria agindo como um verdadeiro “legislador constitucional”, em aberta ofensa ao princípio democrático, agindo como uma “aristocracia togada”. Imagine que essa tenha sido a tese defendida pelo personagem “socialista”, agora na condição de *amici curiae*. No entanto, “liberal” apresenta uma objeção à posição de seu debatedor: toda decisão de um tribunal, mesmo no exercício da jurisdição ordinária, é “política” em algum sentido. Afinal, o cotidiano do exercício da jurisdição não se limita a simplesmente reproduzir normas jurídicas em vigor: alguma “criação” é sempre inevitável. No caso específico, seja a manutenção do dispositivo, seja sua revogação, inevitavelmente vai produzir algum impacto no modo como a sociedade em questão regula a distribuição de propriedade. Ademais, segue seu argumento, a crítica aos riscos da politização do judiciário não altera o fato de que o tribunal, uma vez acionado deve proferir uma decisão, em respeito ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto na CF/88, art. 5º XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” Contra essa objeção, as teses de Schmitt podem fornecer uma resposta positiva, que complementa as observações críticas até aqui apresentadas: para evitar transformar o exercício da jurisdição numa instancia de “alta política”, com todos os riscos já apontados, os juízes devem assumir uma postura positiva de vinculação à lei, por oposição a princípios abstratos. E essa é uma decisão política.

Schmitt apresenta essa ideia como uma consequência de uma adequada compreensão do Estado de Direito: “não há Estado de Direito sem uma justiça independente, não há justiça independente sem vinculação material a uma lei e não há vinculação material à lei sem diversidade objetiva entre lei e sentença judicial” (SCHMITT, 2016, p. 36). Com isso esse reformula uma ideia bastante convencional. O ideal de um Estado de Direito é então apresentado não como um princípio abstrato “despolitizador”, no sentido de que controla a política externamente e acima dela. Corretamente entendido, o ideal de Estado de Direito é parte de uma construção de “alta política”: ele exige que seja conferido aos juízes, no exercício da atividade tipicamente jurisdicional, a proteção contra

constrangimentos externos que possam interferir na formação de suas convicções sobre a melhor solução das controvérsias sobre o Direito aplicável ao caso e sobre as provas apresentadas no processo. No entanto, isso não torna o magistrado um “senhor e soberano” (SCHMITT, 2016, p. 132) situado acima dos demais poderes de Estado, capaz de decidir ‘com autoridade sobre as divergências políticas relevantes. Pelo contrário, a independência do juiz para julgar exige a vinculação material à legislação, objeto de decisão pelas instâncias dotadas de autoridade política para tanto. Afinal, é isso que justifica politicamente a independência judicial, o fato de que ela é um bom arranjo institucional capaz de promover a mais fiel aplicação, com menos distorções, das decisões políticas fundamentais já tomadas. Não há tautologia na afirmação, mas uma exigência política: se não há essa vinculação, carece de sentido a existência de uma burocracia especializada no exercício da jurisdição. Por fim, para que exista a vinculação material do juiz à lei é necessário que exista “diversidade objetiva entre Lei (Gesetz) e sentença” (SCHMITT, 2016, p. 36). Por isso é possível afirmar que:

Uma lei não é uma sentença judicial, uma sentença judicial não é uma lei, mas uma decisão sobre um "caso" baseado em uma lei. A posição especial do juiz no Estado de Direito, sua objetividade, sua posição acima das partes, sua independência e inamovibilidade, tudo isso se baseia no fato de que ele decide com base em uma lei e que sua decisão é derivada em termos de conteúdo de outra decisão, mensurável e calculável, já contida na lei.” (SCHMITT, 2016, p. 37-38)²⁰

No entanto, na interpretação da passagem acima é necessário evitar dois mal entendidos: Schmitt apresenta um argumento politicamente construtivo, não uma conclusão que decorre tautologicamente de princípios formais abstratos; e nada disso implica que no exercício da jurisdição ordinária juízes apenas reproduzem mecanicamente o Direito preexistente. Em primeiro lugar, o argumento é “construtivo” – por oposição a “formalista” – pois tais separações são o resultado de uma decisão de “alta política” que estabelece a “unidade política do povo” que é o Estado, uma decisão da qual o arranjo institucional que delega a juízes a autoridade para o exercício da jurisdição é resultado, e não a causa. Esses arranjos são construídos politicamente e precisam ser permanentemente preservados, do mesmo modo que a unidade política que é o Estado precisa ser permanentemente preservada: a dissolução dessa diferenciação entre “lei e sentença” é um aspecto da dissolução da própria autoridade da “unidade política do povo” enquanto instituição capaz de decisão em nome da comunidade

²⁰ “Ein Gesetz ist kein Richterspruch, ein Richter spruch kein Gesetz, sondern Entscheidung eines, Falles” auf Grund eines Gesetzes. Die besondere Stellung des Richters im Rechtsstaat, seine Objektivität, seine Stellung über den Parteien, seine Unabhängigkeit und Unabsetzbarkeit, alles das beruht nur darauf, daß er eben auf Grund eines Gesetzes entscheidet und seine Entscheidung inhaltlich aus einer anderen, meßbar und berechenbar im Gesetz bereits enthaltenen Entscheidung abgeleitet ist.”

e pacificadora de conflitos. Trata-se, portanto, de uma defesa da “separação de poderes” que resulta de uma consideração de realismo político, e não uma derivação a partir de postulados teóricos abstratos, do “verdadeiro” significado de “Estado de Direito”. Em segundo lugar, o argumento não reduz a atividade jurisprudencial a uma atividade “mecanicista” de aplicação de um direito totalmente pré-existente. Pelo contrário, é inegável que há um “momento criador” no exercício da jurisprudência e Schmitt é expresso ao reconhecê-lo: “[...] pode-se também deixar uma certa liberdade ao juiz, mas não se pode entregar-lhe a decisão política, que é um assunto para o legislador, sem mudar sua posição no Direito do Estado (SCHMITT, 2016, p. 37)”²¹. A legislação pode permitir – ou mesmo exigir – que juízes, no exercício da jurisdição, exerçam alguma “liberdade” de criação normativa. É precisamente isso o que faz o art. 1228, § 4º, do CC, ao exigir que magistrados analisem o interesse social e econômico em preservar as obras e serviços realizados na área cuja desapropriação analisa. Mas neste ponto, estamos diante de juízes que constroem argumentos, decidem, inovam, mas que o fazem “com base em uma lei reconhecida e determinável” (SCHMITT, 2016, p. 114), objeto de decisão pelo legislador competente, e por isso os juízes atuam “sem mudar sua posição no Direito do Estado”, isto é, na estrutura constitucional que caracteriza a unidade política, o que seria ilegítimo. Neste caso, certamente magistrados apoiados em convicções “liberais” ou “socialistas” interpretarão o dispositivo de forma distinta. Ainda assim, o juiz que decide o caso poderá ocupar a posição de “terceiro imparcial”, sem interesse ou vinculação pessoal com as partes. Algo inteiramente distinto ocorre se o juiz ou o tribunal afasta a aplicação do art. 1228, § 4º, sob o argumento de que ele ofende princípios constitucionais abstratos. Embora também aqui juízes decidam com base em alguma convicção política – ao menos implícita - trata-se nitidamente de uma decisão de natureza geral e abstrata sobre qual norma deve vigorar sobre toda a comunidade. É neste sentido que devemos entender a afirmação de que “toda justiça (justiz) está vinculada a normas e termina quando o conteúdo das próprias normas se torna duvidoso e controverso” (SCHMITT, 2016, p. 18). Em suma: há uma diferença política relevante entre a criação jurisprudencial de direito a partir de uma lei existente e a pura atividade legislativa, ainda que disfarçada sob a forma de jurisdição. E uma jurisprudência parcialmente criadora de Direito nos casos de jurisdição ordinária pode ser compatível com o Estado de Direito e a independência judicial. Na verdade, como o exemplo do art. 1228, § 4º sugere, pode ser mesmo uma exigência. Mas o mesmo não pode ser dito, ao menos não na

²¹ [...] man kann auch dem Richter eine gewisse Freiheit lassen, aber man kann ihm nicht die politische entscheidung, die Sache des Gesetzgebers ist, übergeben, ohne seine staatsrechtliche Stellung zu ändern.

mesma dimensão, de uma jurisprudência que revoga a legislação e assume ela própria função legislativa, alterando ilegitimamente sua posição na estrutura do Direito do Estado. E é por isso que Schmitt para interpretação constitucional um princípio de rigorosa autorrestrição judicial:

[...] ou há uma violação óbvia, indiscutivelmente detectável, da constituição, e a Corte exerce um tipo de judiciário repressivo e vingativo [...] ou o caso é incerto e duvidoso [...] e não haverá "questão legal pura" e a decisão o tribunal de justiça é diferente de uma decisão judicial, algo diferente de justiça. (2016, p. 31-32)

[...] ou existe uma contradição óbvia e inquestionável às disposições constitucionais, então o Tribunal pune essa violação, [...]; ou as dúvidas sobre o conteúdo de uma norma são tão justificadas e o conteúdo da norma em si não é tão claro que não pode ser afirmado que há violação, mesmo que o tribunal tenha uma opinião diferente da legislatura ou do governo, cujas ordens estão em conflito com o direito constitucional dúbio. (2016, p. 45)

Neste ponto, Schmitt apenas endossa um conhecido princípio de autorrestrição judicial, com sedimentada reputação na teoria constitucional²². E a decisão pela autorrestrição é também uma decisão. A “prestação jurisdicional” não foi afastada. Ao recusar substituir a decisão política legislativa adotada pelo Congresso pela sua própria valoração particular, o juiz ou tribunal está decidindo que a melhor interpretação do Direito vigente inclui a compreensão de que sua posição no âmbito das estruturas do Direito do Estado não é a de um legislador.

Nisso consiste o equívoco de Hans Kelsen em sua crítica contundente à distinção entre “interpretação” e “legislação” que Schmitt realiza. Kelsen acredita possuir um argumento demolidor quando insiste no fato de que qualquer decisão judicial será inevitavelmente “criativa” em alguma intensidade, uma vez que a diferença entre interpretação e legislação é apenas de “grau”, não de “natureza”. (KELSEN, 2003, pp. 250 e ss). Isso ocorre uma vez que tanto o juiz quanto o legislador, quando sentenciam e legislam respectivamente, decidem no âmbito de uma “moldura” normativa que lhes é delegada por normas hierarquicamente superiores. Assim, ambos “interpretam” o direito previamente existente, identificando os limites estabelecidos pela moldura normativa que não podem transpor, a “criam” novo direito, preenchendo a moldura normativa com um

²² Vide por exemplo Thomas Charlton, em 1808: “Essa violação de um direito constitucional deve ser tão óbvia para a compreensão de todos quanto uma verdade axiomática (...). O judiciário seria autorizado, sem hesitação, a declarar inconstitucional a lei. Mas quando permanece duvidoso que o legislador tenha ou não invadido a constituição, um conflito deve ser evitado, porque existe uma possibilidade de, nesse caso, a Constituição estar ao lado do legislador.” (apud THAYER, 1893, p. 141). Uma forma argumento similar pode ser encontrada em Vermeule: “[...] os juízes devem (1) seguir o significado claro e específico dos textos legais, onde esses textos têm significados claros e específicos; e (2) deferir às interpretações oferecidas pelos legisladores e agências, quando os textos legais carecem de significados claros e específicos.” (VERMEULE, 2006, p.1) “[...] judges should (1) follow the clear and specific meaning of legal texts, where those texts have clear and specific meanings; and (2) defer to the interpretations offered by legislatures and agencies, where legal texts lack clear and specific meanings.”

conteúdo específico. O poder legislativo, ao aprovar uma nova lei, “preenche” uma moldura que é estabelecida pela norma positiva superior, a Constituição; o juiz, ao proferir uma sentença, “preenche” uma moldura normativa que é estabelecida pela norma superior, a legislação. Naturalmente, a moldura normativa de que dispõe o legislador é consideravelmente mais ampla que a do juiz, mas isso não altera o fato de que ambos simultaneamente aplicam direito pré-existente e criam direito novo. Mas como foi visto acima, Schmitt não ignora o fato de que, no exercício da jurisdição, algum grau de “criação” de Direito pela via da decisão judicial é inevitável. Esse é, aliás, o tema de um de suas primeiras obras, *Gezets und Urteil* (“Lei e Juízo”), originalmente publicada em 1912, que pretende fornecer um “exame sobre o problema da práxis judicial” (Cf. SCHMITT, 2016b). Neste texto, Schmitt parte do fato, em sua opinião incontestável, de que “a noção de ‘legalidade’ de todas as decisões foi superada hoje em dia” (SCHMITT, 2016b, p. 11)²³. Daí a “questão decisiva”: “quando uma decisão judicial é correta?” (SCHMITT, 2016b, p. 1)²⁴, uma questão que ele responde do seguinte modo: “Uma decisão judicial hoje é correta se for possível supor que outro juiz teria decidido da mesma forma. ‘Outro juiz’ aqui significa o tipo empírico do jurista moderno” (SCHMITT, 2016b, p. 68)²⁵. A resposta contrasta com aquela que foi ofertada por Kelsen: no interior da moldura normativa, qualquer decisão é correta. Mais importante que isso no entanto, é observar que a tese de Schmitt sobre a interpretação jurisprudencial da legislação infraconstitucional em “Lei e Juízo”, de 1912, é compatível sua tese sobre a interpretação constitucional apresentada em “O Guardião da Constituição”, duas décadas depois: na interpretação da legislação, juízes devem desenvolver argumentos que aspiram aceitação pelos membros da comunidade jurídica dedicada institucionalmente à tarefa de interpretação e aplicação das leis; já na interpretação constitucional, devem adotar uma postura de intensa autorrestrição, evitando ao máximo negar aplicação à legislação com fundamento em suas interpretações particulares de princípios abstratos, pois isso seria “alta política” e “legislação constitucional”. O problema é que, politicamente, é inteiramente diferente afirmar a “criatividade judicial” no âmbito da aplicação da legislação infraconstitucional, como no caso do art. 1228, § 4º, do CC/02, e a “criatividade judicial” no exercício da jurisdição constitucional, interpretando diretamente disposições constitucionais como o inciso XXII, do art. 5º, da CF/88.

²³ “Die Vorstellung von der ‘Gesetzsmässigkeit’ aller entscheidungen kann heute als überwunden bezeichnet werden.”

²⁴ “wann ist eine richterliche Entscheidung richtig?”

²⁵ “Eine richterliche Entscheidung ist heute dann richtig, wenn anzunehmen ist, daß ein anderer Richter ebenso entschieden hätte. ‘Ein anderer Richter’ bedeutet hier den empirischen Typus des modernen rechtsgelehrten Juriste”

No primeiro caso, a “criação” judicial pode ser eventualmente contida ou inviabilizada mediante decisão do poder legislativo, revendo a autorização conferida através dispositivo do Código Civil. No segundo caso, um tribunal estará livre para “legislar” sem possibilidade de revisão por instituições politicamente representativas. O que Kelsen parece ignorar é que se um tribunal é competente para, em última instância, não apenas negar aplicação a atos legislativos que de forma flagrante afrontam o texto da Constituição (uma competência com a qual Schmitt estava de acordo), mas para revogar legislação com fundamento em princípios abstratos, então o tribunal não estará apenas “preenchendo uma moldura normativa” fixada em norma superior. Na verdade, o tribunal estará definindo qual é o limite da própria moldura. No final das contas, deixa de haver propriamente uma “moldura” enquanto limitação normativa. Argumento similar pode ser encontrado entre os críticos contemporâneos do controle judicial de constitucionalidade, que rejeitam um argumento que era dado por Kelsen como uma verdade autoevidente: o argumento de que uma das razões que justificam delegar a tribunais constitucionais a competência para a última palavra sobre o controle da legislação aprovada por parlamentos é que, sem o controle judicial, o parlamento estaria agindo como um “juiz em sua própria causa”, já que somente o próprio parlamento seria competente para revogar legislação constitucional. Jeremy Waldron (2016, p. 195 e ss), por exemplo, rejeita argumentos dessa natureza como falaciosos, uma vez que qualquer instituição que decida por último sobre alguma controvérsia envolvendo a validade da legislação decidirá simultaneamente “em sua própria causa”, visto que decidirá também sobre quais são os limites de sua competência para revisar atos dos demais poderes.

CONCLUSÃO

Afinal, que lições podem ser extraídas a partir de Carl Schmitt para a compreensão da natureza política da jurisdição constitucional? A despeito das imagens idealizadas dos tribunais constitucionais celebradas majoritariamente pela literatura, trata-se de uma atividade que exige uma “decisão” sobre qual norma geral e abstrata deverá valer por sobre toda a comunidade, representativa da “unidade política do povo”. E por isso tal atividade é inevitavelmente “política” no sentido potencialmente primário do termo: trata-se de uma decisão que, ao contrário das controvérsias muitas vezes enfrentadas no âmbito da jurisdição ordinária, não se limita à “política secundária”, que pressupõe um ambiente no qual as decisões políticas fundamentais já foram publicamente adotadas e

possuem autoridade reconhecida. É isso que justifica que no âmbito da jurisdição constitucional tribunais e juízes se limitem a negar aplicação apenas à legislação manifestamente inconstitucional, para além da dúvida razoável. Neste ponto, é preciso lembrar o contexto no qual Schmitt se opunha à proposta de reforma constitucional para criação de um tribunal constitucional: a despeito da Constituição de Weimar não prever expressamente alguma espécie de controle de constitucionalidade difuso, os tribunais exerciam essa competência, mas com enorme auto restrição, ao contrário do que ocorria à época com a Suprema Corte norte-americana, da intensamente ativista “era Lochner”. E Schmitt receava que no ambiente já extremamente polarizado e fragmentado da República de Weimar, a criação de um Tribunal Constitucional expressamente autorizado à revisão de constitucionalidade poderia estimular a maior “politização da justiça”, acrescentando um problema ao invés de uma solução.

Isso não deve significar porém que de suas teses impliquem numa rejeição universal de qualquer arranjo institucional ao estilo de um “tribunal constitucional”. Seu objetivo era enfrentar a partidarização da justiça, não um modelo abstrato de tribunal constitucional. Com isso, uma questão que permanece em aberto é se, por paradoxal que possa parecer, seria possível apresentar argumentos “schmittianos” para a defesa um tribunal constitucional. Tenhamos em mente o modelo de uma Corte com competências concentradas e exclusivas para a revisão de constitucionalidade das leis, uma corte cujos membros possuísem mandato fixo e estivessem limitados à revogação de leis por supermaioria dentre seus membros, cabendo ao restante do sistema judiciário o exercício da jurisdição ordinária. Passadas mais de três décadas da Constituição democrática de 1988, e observando friamente a enorme expansão das competências políticas do sistema judiciário exercidas cotidianamente a título de promover a “efetividade” da Constituição, talvez a resposta à questão seja positiva.

REFERÊNCIAS

- ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James A.. *Economic Origins of Dictatorship and Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. The Concept of the Political: a Key to Understanding Carl Schmitt's Constitutional Theory, in DYZENHAUS, David (org). *Law as Politics: Carl Schmitt Critique of Liberalism*. London: Duke University Press, 1998, pp. 37-55.

BRASIL. *Código Civil: Lei 10406 de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406.htm. Acesso em 15/07/2021.

BURELLI, Carlo. A realistic conception of politics: conflict, order and political realism, *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, 2019, pp. 01-23

GRIMM, Dieter. 2020. *Recht oder Politik? Die Kelsen-Schmitt-Kontroverse zur Verfassungsgerichtsbarkeit und die heutige Lage*. Berlim: Duncker & Humblot, 2020.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidade e Validade*. São Paulo: Unesp, 2020.

HAMILTON, Alexander. MADISON, James. JAY, John. *O Federalista*. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003

MOYN, Samuel. Concepts of the Political in Twentieth-Century European Thought, in MEIERHENRICH, Jens. SIMONS, Oliver (orgs). *The Oxford Handbook of Carl Schmitt*. New York: Oxford University Press, 2016, pp. 291-312.

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. Direito e Política, in LACERDA, B. A.; FERREIRA, F. H. S. F.; FERES, M. V. C. (orgs) *Instituições de Direito*. Juiz de Fora: UFJF, 2011, pp. 65-84.

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. Judicialização da Política, Auto-restrição judicial e a Defesa da Constituição: algumas lições de Carl Schmitt em *Der Hüter der Verfassung. dois pontos*; Curitiba, São Carlos, volume 17, número 2, p. 63-84, dezembro de 2020.

POSNER, Eric. VERMEULE, Adrian. Demystifying Schmitt, in MEIERHENRICH, Jens. SIMONS, Oliver (orgs). *The Oxford Handbook of Carl Schmitt*. New York: Oxford University Press, 2016, pp. 612-626.

PRZEWORSKI, Adam. CHEIBUB, José Antônio. LIMONGI, Fernando. Democracia e Cultura: uma visão não culturalista. *Lua Nova*, n 58, pp. 09-36. 2003.

PRZEWORSKI, Adam. *Democracia e Mercado: reformas políticas e econômicas no Leste Europeu e na América Latina*. Trad. Vera Pereira. São Paulo: Relume Dumará, 1994.

PRZEWORSKI, Adam. *Democracy and the limits of self-government*. New York: Cambridge University Press, 2010.

PRZEWORSKI, Adam. MARAVALL, José Maria (orgs). *Democracy and the Rule of Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

PRZEWORSKI, A.; ALVAREZ, M.; CHEIBUB, J. A.; LIMONGI, F.. *Democracy and Development. Political Institutions and Economic Performance in the World, 1950-1990*. Cambridge University Press, 2000.

SAJÒ, András. UITZ, Renáta. *The Constitution of Freedom: an Introduction to legal constitutionalism*. New York: Oxford University Press, 2017.

SÁNCHEZ-CUENCA, Ignácio. 2003. Power, Rules and Compliance. In PRZEWORSKI e MARAVALL, 2003: 62-93

SCHMITT, Carl. *O Conceito do Político*. Trad. Alvaro L. M. Valls. Petrópolis: Vozes, 1992.

SCHMITT, Carl. *Der Begriff des Politischen*. 9ª ed. Berlim: Dunkel & Humblot, 2015.

- SCHMITT, Carl. *Der Hüter der Verfassung*. 5ª ed. Berlin: Duncker & Humblot, 2016
- SCHMITT, Carl. *Gesetz und Urteil: eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis*. 2ª ed. München: Verlag C. H. BECK, 2016b.
- VERMEULE, Adrian. POSNER, Eric. Demystifying Schmitt, in MEIERHENRICH, Jens. SIMONS, Oliver (orgs). *The Oxford Handbook of Carl Schmitt*. New York: Oxford University Press, 2016, pp. 612-626.
- VERMEULE, Adrian. *The Constitution of Risk*. New York: Cambridge University Press, 2014.
- WALDRON, Jeremy. *A Dignidade da Legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003
- WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. New York: Oxford University Press, 1999.
- WALDRON, Jeremy. *Political Political Theory: essays on institutions*. Cambridge: Harvard University Press, 2016.
- WOLIN, Richard. Carl Schmitt: The Conservative Revolutionary Habitus and the Aesthetics of Horror. *Political Theory*, Vol. 20, No. 3. (Aug., 1992), pp. 424-447.