

# O embate teórico entre hans kelsen e carl schmitt sobre o guardião da constituição

**Autore:** Ruan Espindola Ferreira

**In:** Diritto civile e commerciale

## Resumo

O presente artigo tem a finalidade de discutir sobre as semelhanças e diferenças do ponto de vista de Carl Schmitt e Hans Kelsen no que tange ao controle de constitucionalidade. Pautado, sobretudo, nas obras dos referidos autores, consegue-se perceber que a diferença do guardião da Constituição, está mais implicitamente ligada à diferença da maneira como se enxerga a Constituição, e a sua consequente ligação com a política e todo o ordenamento jurídico.

## Introdução

Falar em controle de constitucionalidade tem, como pressuposto, o questionamento de que se entende por Constituição. Carl Schmitt e Hans Kelsen estão entre os maiores juristas do século XX e fizeram história ao debaterem sobre qual o melhor método de defender a Constituição.

Carl Schmitt, pautado sobre a tese de que a Constituição é emanada de um poder constituinte, sobrepõe a parte política à jurídica, diferenciando, daí, a existência de Constituição e leis constitucionais, aquelas correspondendo a uma decisão política fundamental. Acredita que o seu guardião deve ser alguém que possua o poder neutro, adotado com base nos ensinamentos de Benjamin Constant, que é capaz de estar

ao mesmo passo e harmonizar todos os demais poderes. A democracia de Schmitt, ainda, é pautada numa ótica homogênea, rebatendo o pluralismo, mais que isso, a democracia para o autor não tem uma relação direta com o parlamentarismo. São esses os pressupostos para enxergar no presidente do Reich o guardião da Constituição, visto que será a pessoa capaz de atender a todos os requisitos.

Para Kelsen, por sua vez, de maneira bem científica o ordenamento jurídico se pauta num escalonamento de normas, estando a Constituição seu topo, abaixo da qual, todas as normas, por questão de coerência, devem estar pautadas. Este, portanto, é o pressuposto do controle de constitucionalidade, que verá em um Tribunal Constitucional o órgão competente a exercê-lo.

## **Carl Schmitt**

O autor discorre sobre o tema, basicamente, nos livros: Teoria da Constituição, Legalidade e Legitimidade e O guardião da Constituição. Sendo o primeiro a sua principal obra jurídica. Deve-se ressaltar que o autor escreve sua teoria constitucional basicamente à época da República de Weimar<sup>2</sup> (1919 - 1933)

É importante lembrar que a teoria jurídica de Carl Schmitt está bastante ligada à sua teoria política, a bem da verdade, está subordinada a esta<sup>3</sup>. A sua teoria política, por outro lado, está ligada à distinção de amigo versus inimigo, levando-se a crer que se pode deduzir que o guardião da Constituição deve estar apto a manter a unidade política (amigo) através de seu poder de decisão.

## **O caráter político da Constituição**

Carl Schmitt acredita ser possível apontar quatro conceitos de constituição: absoluto, relativo, positivo e ideal<sup>4</sup>, sendo o positivo usado em sua teoria. Sob tal argumento, percebe-se que a Constituição é uma decisão política sobre a forma de organização social e política de determinada comunidade<sup>5</sup>. Mais que isso, para o autor, percebemos que “A Constituição só é válida [...] quando proveniente de um poder constituinte e estabelecida por sua vontade. A unidade e a ordenação de uma Constituição residem na existência da unidade política de um povo, ou seja, do Estado<sup>6</sup>.” Portanto, percebe-se que a Constituição deve ser proveniente de um ato de poder constituinte “que, por um único momento de decisão, contém a totalidade da unidade política<sup>7</sup>”, falando-se, portanto, em uma decisão política fundamental. Dessa maneira, ainda, não se vê, no conceito de Constituição para Schmitt, um limitador ao poder estatal.<sup>8</sup>

Embora seja necessária uma decisão política fundamental para se criar a Constituição, o caráter político não se esgota em criá-la, “pois sempre que a sobrevivência da unidade política requerer uma decisão será tomara, uma exceção às normas será realizada<sup>9</sup>”. No Estado de Exceção, portanto, é tão somente o político que prevalece, afastando o caráter jurídico da Constituição. E essa previsão, inclusive, vinha prevista na Constituição de Weimar, no seu art. 48 (2) WRV.

Em relação a esse tema, é importante notar que na Constituição de Weimar, Schmitt percebia duas partes: a primeira fundadas em decisões, pois davam forma ao Reich, como sistema político da Democracia. A segunda parte, por sua vez, freqüentemente criticada pelo autor, previa os direitos e deveres fundamentais dos alemães, que, para Schmitt, não tinha caráter político, mas, meramente, compromissos dilatórios, e “povoada de ‘valores’ dos mais diversos matizes ideológicos, uma vez que a Constituição tinha que atender aos vários partidos que tinham representação na Assembléia Constituinte de Weimar (1919)<sup>10</sup>”. Dessa forma, tão somente a primeira parte tem caráter constitucional, visto que possui caráter decisório.

Acerca da democracia concebida por Schmitt, vale ressaltar que possui um caráter identitário, de modo a

fortalecer a unidade política de uma determinada sociedade, com pouca recepção ao outro. Ouso a dizer, trata-se de uma visão autoritária de democracia.

Dessa forma, guardar a Constituição, significa a um só tempo “(i) mitigar a força do *rechtsstaatlich*, que limita consideravelmente a decisão política fundamental, e (ii) reforçar o elemento político que já existe na República de Weimar, a democracia<sup>11</sup>”.

Decorrente do conceito positivo de Constituição da teoria schmittiana, enxerga-se a diferença, para reforçar a lógica de sua doutrina, entre Constituição e leis constitucionais.

### **Constituição versus leis constitucionais**

Na teoria de Carl Schmitt, como já visto, a Constituição é a expressão política tomada pelo poder constituinte. As leis constitucionais, por sua vez, têm validade decorrente da decisão política existente na Constituição. Vale dizer, sua validade repousa no arcabouço político da Constituição. “A noção de Lei Constitucional é formulada por Schmitt para designar uma anomalia liberal, contra a qual ele se confronta polemicamente.<sup>12</sup>”

Em assim sendo, não é necessária a ligação entre lei escrita e Constituição. Pode, inclusive, haver a dissolução de uma constituição unitária por uma gama de leis constitucionais<sup>13</sup>, tal qual Schmitt acredita ter havido com a segunda parte da Constituição de Weimar.

Assim, Schmitt anota algumas informações úteis ao Direito Constitucional, i - a constituição é intangível,

enquanto as leis constitucionais não, visto que podem ser suspensas por ocasião das medidas de exceção (Estado de sítio); ii - somente as leis constitucionais podem subsistir à mudança de uma constituição, sendo recepcionadas na nova carta, caso que não a contrarie; e iii - a constituição não pode ser reformada, podendo somente ser alterado o texto das leis constitucionais<sup>14</sup>, tendo, portanto, valor de cláusulas pétreas.

## **O poder neutro**

Baseado na Teoria de Benjamin Constant, Schmitt acredita ser útil ao funcionamento do Estado um terceiro poder, neutro, para normalizar as divergências de opinião, assim:

As divergências de opinião e diferenças entre os titulares de direitos políticos de decisão e influencia não poder ser decididas, no geral, judicialmente, caso não seja exatamente o caso de punição por violações constitucionais abertas. Elas são eliminadas ou por meio de um poder político mais forte situado acima das opiniões divergentes, isto é, por intermédio de um terceiro superior - mas isso não seria, então, o guardião da Constituição, e, sim, o senhor soberano do Estado, ou então são conciliadas e resolvidas por meio de um órgão não em uma relação de subordinação, mas de coordenação, isto é, por meio de um terceiro neutro (...) localizado não acima, e, sim, ao lado dos outros poderes constitucionais, mas dotado de poderes e possibilidades de ação singulares<sup>15</sup>.

Schmitt afirma ainda que o papel do poder neutro não seria o de realizar alguma função, mas meramente de proteger a Constituição e equilibrar e harmonizar os demais poderes.<sup>16</sup>

Para Schmitt, Benjamin Constant, ao fazer a diferenciação entre régner e gouverner, estava por se fazer uma das melhores distinções entre auctoritas e potestas, pois o monarca, por meio do poder moderador,

reina, mas não governa, representando, assim, “a continuidade e permanência da unidade estatal e do seu funcionamento uniforme.”<sup>17</sup>

O autor ainda afirma que a atividade do detentor do poder neutro não significa uma atividade de comandar, mas de defender e regular, possuindo um caráter ativo tão somente em caso de emergência.<sup>18</sup>

Insinua Schmitt que

Conforme o direito positivo da Constituição de Weimar, a posição do presidente do Reich, eleito pela totalidade do povo, so pode ser construída com a ajuda de uma teoria mais desenvolvida de um poder neutro, intermediário, regulador e preservador. O presidente do Reich esta munido de poderes que o tornam independente dos órgãos legislativos, embora esteja vinculado, simultaneamente, `a referenda dos ministros dependentes da confiança do parlamento. Os poderes constitucionais a ele destinados (nomeação de funcionários públicos conforme o artigo 46, direito de indulto conforme o art. 49, promulgação de leis, conforme o artigo 70) correspondem tipicamente ao caráter apresentado por Benjamin Constant.<sup>19</sup>

Por tais disposições o Presidente do Reich se encontra independente do Parlamento, podendo ser, portanto, um contrapeso a ele. Afirma ainda que o primeiro-ministro do Reich será o ministro da coalizão, de modo a ser necessário que “seja uma pessoa que tenha o todo em vista.”<sup>20</sup>

A teoria do poder neutro será de grande importância no estudo do guardião da Constituição, pois, ao fazer um poder equidistante e harmônico com os demais, Schmitt utiliza como um dos argumentos (os outros serão vistos adiante) para que seja o guardião da Constituição. Mais que isso, o autor apóia a lógica da Constituição de Weimar sobre este raciocínio. Outrossim, para manter a coesão de seu raciocínio, Schmitt descaracteriza cada um dos demais poderes para ser o guardião da Constituição, como se verá a seguir.

## A Crítica ao parlamento: a visão pluralista

Antes de chegar à conclusão de quem deve ser o guardião da Constituição, Schmitt se preocupa em desqualificar os outros dois poderes, como possíveis guardiões da Constituição.

Em “O guardião da Constituição”, Schmitt se debruça sobre a dicotomia Estado versus sociedade, chegando à conclusão de que a existência do parlamento é decorrente dessa separação.<sup>21</sup> Todavia, após um primeiro momento que fora necessário a presente separação para a criação do parlamento, tal separação deixou de existir, de modo que, à época de seus estudos, o Estado passara uma “auto organização da sociedade”<sup>22</sup>.

Contudo, essa “auto organização da sociedade” não é salutar, visto que tira o principal caráter da relação estado vs. Sociedade: o político:

Se a sociedade se auto-organiza como Estado, se Estado e sociedade devem ser fundamentalmente idênticos, todos os problemas sociais e econômicos tornam-se, então, problemas diretamente estatais e não se pode mais diferenciar matérias político-estatais daquelas de cunho social e apolítico.<sup>23</sup>

Percebe-se, portanto, que não mais haveria a dicotomia estado versus sociedade. Seria, portanto, necessário algo que desse o vínculo de unidade entre Estado e Sociedade: Eis, portanto, a figura dos partidos políticos.

Todavia, critica Schmitt, os partidos políticos, na lógica pluralista à época de Weimar, por estar contido numa estrutura de rigidez institucional, acabariam por fazer as vezes do Estado no que tange à proteção dos cidadãos, bem como na prestação dos serviços prestados. Em outras palavras, os partidos acabariam por fragmentar a sociedade em pequenos grupos, extirpando, portanto, o caráter político. Assim, a lealdade do indivíduo não seria ao Estado, mas ao intermediário dessa relação, qual seja, o partido. Não se pode olvidar, também, que a pelo caráter de “micro-Estado” dos partidos políticos e a sua natural inclinação por determinados ramos da sociedade, v. g., economia, cultura, etc., acabaria por modificar o caráter neutro do Estado, obrigando-o a intervir positivamente.<sup>24</sup>

Dessa forma, o pluralismo acabaria por se demonstrar totalitário “primeiro porque anula todas as delimitações do político, depois porque transfere o monopólio da política do Estado aos partidos.”<sup>25</sup>, dessa forma, então, o pluralismo é antidemocrático, pois impede a identificação entre governante e governado.<sup>26</sup>

Assim,

A essência democrática, que repousa sobre a identidade entre lei e vontade geral, sobre a identidade governante/governados, tem por substância a igualdade, não a liberdade. Mas a igualdade só é possível numa comunidade homogênea, em que o governo forte “expressa plenamente o poder político impedindo qualquer ameaça estrangeira à sua homogeneidade”<sup>27</sup>

Vale nesse momento, mostrar o que Schmitt entende por ao pluralismo:

designa uma maioria de complexos sociais de poder, solidamente organizados e estendendo-se pelo Estado, i. e., tanto pelas vias várias áreas da vida estatal, quanto pelas fronteiras dos Estados e pelas corporações territoriais autônomas, esses complexos de poder como tais se apoderam da volição estatal,



sem deixar de ser um produto social (não estatal).<sup>28</sup>

Por todos os pontos acima demonstrado, Carl Schmitt acredita ser negativa a assertiva de que o Parlamento deva ser o guardião da Constituição, pois “não há nenhuma força política capaz de se colocar acima das forças sociais que se digladiam no Parlamento.”<sup>29</sup> Todavia, vale lembrar que Schmitt revela que o Parlamento só deve estar impedido de ser o guardião da Constituição, pois a tem como premissa que não mais há a separação entre Estado e sociedade. Caso acreditasse que sociedade civil estivesse apartada do Estado, o natural guardião da Constituição seria o parlamento<sup>30</sup>

## **Crítica ao Judiciário**

Em 4 de Novembro de 1925, o Tribunal do Reich abriu precedente para que, ao examinar a compatibilidade de leis ordinárias com a Constituição e, em caso de conflito, negar a sua aplicação, fosse considerado o seu guardião.<sup>31</sup> Schmitt tenta desqualificar a afirmação, visto que não se tratava tal qual o Suprema Corte dos EUA, que, com sua interpretação autoritária de conceitos como propriedade, valor e liberdade, tem uma posição única em toda a história mundial.<sup>32</sup>

Para Schmitt, a prática adotada pelo Reich em 1925, trata-se de prática mais modesta e dentro de limites mais estreitos<sup>33</sup>. Assim,

A fundamentação da decisão de 4 de novembro de 1925 baseia-se na seguinte frase: que o juiz esteja subordinado à lei (art. 102 da Constituição do Reich) “não existe o fato de que ele possa privar de validade uma lei ou suas determinações particulares, contanto que estejam em contradição com outros preceitos que as precedam e a serem observadas pelo juiz”. Com isso se afirma que há determinações da norma constitucional, a cuja regulamentação dos fatos típicos pode-se subsumir o caso à espera de decisão e que, no caso de conflito, essa regulamentação da norma constitucional precede regulamentação legal ordinária do mesmo fato típico.<sup>34</sup>

Schmitt afirma que o juiz, tal como acontece nos EUA, não tem o poder de declarar uma norma nula, tão somente de não aplicá-la ao caso concreto.

Afirma ainda, Schmitt, que o controle de constitucionalidade à época do Reich era feito anteriormente à promulgação da norma (controle preventivo) e de acordo com o art. 76 WRV<sup>35</sup>. O precedente inaugurado pela decisão de 1925, por sua vez, era uma nítida subsunção ao art. 102 do WRV, portanto, a decisão não foi suficiente para se tornar o guardião da Constituição. Mais que isso, o “tribunal do Reich não pretende examinar ordinárias do Reich no tocante a sua concordância com os principais gerais da Constituição”<sup>36</sup>, sendo, portanto, o parâmetro meramente legalista.

Em assim sendo, não poderia o judiciário ser o guardião da constituição, pois não tinha o poder de decretar uma norma nula, logo não havia a proteção à constituição, mas a obediência a um de seus preceitos. Ademais, a averiguação da norma como constitucional não seria o suficiente para fazer frente ao pluralismo jurídico, não conseguindo, também, gerar identidade entre governante e governado<sup>37</sup>

Num segundo momento, falando sobre a prática austríaca, de jurisdição concentrada, elaborada com base na teoria de Kelsen (infra), Schmitt a desqualifica baseado na diferença entre jurisdição e legislação<sup>38</sup>. Pautado na diferença entre Constituição e normas constitucionais (supra), Schmitt acredita que “uma lei

não pode ser guardiã de uma outra lei.”<sup>39</sup>, assim, a solução austríaca “seria equivocada no exato instante em que coloca uma norma como objeto do processo, e não como fundamento da decisão judicial”<sup>40</sup>.

Para Schmitt, também,

Sempre resulta a mesma e óbvia alternativa, de que ou existe uma contradição manifesta e indubitável contra determinações de norma constitucional, em que, então, o tribunal pune essa infração com comprová-la, formal e expressamente, no molde de uma justiça penal vindicativa, ou a dúvida sobre o conteúdo de uma norma é tão justificada e a norma em sua matéria é tão obscura, que também não pode ser falado em uma violação quando o tribunal tem uma outra concepção sobre o legislador ou sobre o governo, cuja prescrição se encontram em contradição com a duvidosa norma constitucional (...) [isso seria, portanto] ‘ser vista e seguida como interpretação autêntica’<sup>41</sup>

Portanto, pelos argumentos acima demonstrados, não deve o Judiciário, ou qualquer outro tribunal, ser o guardião da Constituição para Carl Schmitt.

## **O presidente do Reich como guardião da Constituição**

Como dito acima, a Constituição, para Schmitt, tem uma conotação fortemente política. Mais que isso, o caráter político se sobressai ao jurídico. Assim, o guardião da Constituição deveria ser um órgão capaz de manter o caráter político da Constituição de Weimar, notadamente, a democracia.

Schmitt acredita, então, ser o presidente do Reich o responsável pelo guardião da Constituição.

Obviamente que não se trata de uma argumentação por exclusão aos demais poderes, pelo contrário, trata-se do fechamento de uma cadeia de idéias extremamente coerentes, que passa desde o caráter autoritário de Constituição coadunando na sua idéia de democracia plebiscitária.

Num primeiro ponto, deve-se ressaltar o fato de que o Presidente do Reich possuía o poder neutro, conforme dito acima. Tal poder lhe conferia uma série de prerrogativas e independência perante o parlamento, tal como, conforme o art. 73 WRV, submeter a referendium lei aprovada pelo reichstag. A bem da verdade, o art. 73, é uma grande prerrogativa ao presidente do Reich, visto que, para Schmitt, a ligação da democracia com o parlamentarismo, não é uma ligação necessária. O plebiscito, portanto, conferido ao presidente do Reich, será a chave para manter o caráter político defendido na Constituição do Reich, sem necessariamente haver a presença do parlamento, desfigurado pelo pluralismo. Será a figura plebiscitária, ademais, que garantirá ao presidente “conduzir a política independentemente dos partidos”<sup>42</sup>

Assim, pautado no art. 41 WRV, Schmitt verá que o povo que escolhe o presidente do Reich e encontra nisso uma decisão política fundamental, ou seja, uma expressão política, que será contraposta à pluralidade do parlamento<sup>43</sup>. “Ora, se constituição para ele é a decisão do poder constituinte do povo que dá forma a uma totalidade política, nada mais justo que o presidente do Reich, que é eleito pelo povo, proteja a Constituição.”<sup>44</sup> o presidente do Reich, ademais, terá a legitimidade para fazer a distinção entre amigo e inimigo, pressuposto da democracia identitária schmittiana.

Por fim, merece destaque as palavras de Schmitt em síntese a todo o seu pensamento:

O fato de o presidente o Reich ser o guardião da Constituição corresponde, porém, apenas também ao princípio democrático, sobre o qual se baseia a Constituição de Weimar. O presidente do Reich é eleito pela totalidade do povo alemão e seus poderes políticos perante as instancias legislativas (especialmente dissolução do parlamento do Reich e instituição de plebiscito) são, pela natureza dos fatos, apenas um

“apelo ao povo”. Por tornar o presidente do Reich o centro de um sistema de instituições e poderes plebiscitários, assim como político partidariamente neutro, a vigente Constituição do Reich procura tornar, justamente a partir dos princípios democráticos, um contrapelo ao pluralismo dos grupos sociais e economicos de poder e defender a unidade do povo como uma totalidade política. (...). Em todo caso, a Constituição de Weimar empreende a tentativa de maneira muito consciente, mais precisamente com meios especificamente democráticos. Ela pressupõe todo o povo alemão como uma unidade capaz de ação direta, não mediada só por organizações sociais em grupos, que pode expressar sua vontade e que, no momento da decisão, despreza as divisões pluralistas, possa se exprimir e se fazer respeitar. A constituição busca, em especial, dar à autoridade do presidente do Reich a possibilidade de se unir diretamente a essa vontade política da totalidade do povo alemão e agir, por meio disso, como guardião e defensor da unidade e totalidade constitucionais do povo alemão. A esperança de sucesso de tal tentativa é a base sobre a qual se fundam a existência e a continuidade do atual Estado alemão.<sup>45</sup>

## **Hans Kelsen**

Logo após Schmitt escrever “O guardião da Constituição”, Kelsen, professor da Universidade de Colônia, escreve o artigo “Quem deve ser o guardião da Constituição?”, também em 1931, em caráter provocativo e em resposta a Carl Schmitt<sup>46</sup>. O artigo do austríaco trata-se de uma obra extremamente fiel a seus pensamentos sobre Constituição e a separação do direito ante as demais áreas do conhecimento.

Vale lembrar, ainda, que é de Kelsen a grande contribuição para o controle concentrado de constitucionalidade como ramo da ciência jurídica, vez que lhe reveste de caráter científico<sup>47</sup>.

Ressalta-se, ainda, que Kelsen não fora o criador do modelo austríaco e, sim, tornou mais científico e

adequado à sua teoria do direito o que já era proposto alguns anos antes<sup>48</sup>

Para se compreender melhor a teoria de Kelsen sobre quem deve ser o guardião da Constituição, é preciso tecer alguns comentários sobre seus escritos, como se verá nos itens a seguir.

### **A separação entre política e direito**

Kelsen tenta evitar que o direito seja uma “interpretação de particulares<sup>49</sup>”, portanto, envereda seus esforços no sentido de tratá-lo como ciência, para que garanta um conhecimento apenas dirigido ao direito.<sup>50</sup> Em assim sendo, como parece lógico, há também a separação entre o direito e a política.

Em muitas passagens implícitas de sua obra, Kelsen utiliza dessa distinção para desqualificar a obra de Schmitt<sup>51</sup>, sobretudo classificando-a como política do direito, não como ciência.

Na obra de Schmitt, depreende-se que ele questiona a função do judiciário como garante da Constituição, ter, realmente, uma função jurisdicional<sup>52</sup> (supra). Kelsen não acredita que essa afirmação está carregada de ideologia, situando-se, portanto, como “política do direito<sup>53</sup>”. O autor acredita que “Schmitt não pode desmentir que um tribunal, quando rejeita a aplicação de uma lei inconstitucional, suprimindo assim sua validade para o caso concreto, funciona na prática como garante da Constituição<sup>54</sup>”, de modo que renuncia as tendências ideológicas contrárias a ela<sup>55</sup>. Assim, Kelsen vê o caráter político do raciocínio do Schmitt, o que é pressuposto para críticas e chega, assim, à conclusão de que se trata de jurisdição constitucional.

Em contexto fático, acredita Kelsen não ser possível atribuir uma qualidade diferente da jurisdicional quando um tribunal deve decidir sobre a aplicação de uma norma de conteúdo duvidoso, isso pois precisa, antes, definir o conteúdo da referente norma.<sup>56</sup>

Mais que isso, de acordo com Kelsen, os argumentos de Schmitt partem do pressuposto que há contradição essencial entre a função jurisdicional e função política.<sup>57</sup>, continua Kelsen,

Pois bem, tudo que se pode dizer do ponto de vista de m exame de orientação teórica é que a função de um tribunal constitucional tem um caráter político de grau muito maior que a fundão de outros tribunais - e nunca os defensores da instituição de um tribunal constitucional desconhecaram ou negaram o significado eminentemente políticos deste - mas não que por causa disso ele não seja um tribunal, que sua função não seja jurisdicional; e menos ainda: que tal função não possa ser confiada a um órgão dotado de independência judiciária<sup>58</sup>.

E aqui merece uma explicação: Kelsen vê na atividade do tribunal Constitucional uma função política. Todavia, não se reduz a ela, e é aí a discordância entre os dois escritores. Somente pela separação entre direito e política que é possível fazer a crítica a Schmitt, isso porque o tribunal apresentaria a função dupla, de acordo com Kelsen - política e jurídica - enquanto, no ponto de vista de Schmitt, a função jurídica subsistiria à política.

## **A idéia de Constituição para Kelsen**

Kelsen vê na Constituição uma norma capaz de escalonar todas as demais normas do sistema jurídico,

dando-lhe unidade<sup>59</sup>. Assim, portanto, a Constituição é o fundamento do Estado.,<sup>60</sup> capaz de exprimir o equilíbrio das forças políticas no momento considerado.<sup>61</sup>

De acordo com o autor, a Constituição é a base de todas as normas produzidas.<sup>62</sup> Ela limita e garante não somente a forma de sua criação, mas também o conteúdo da mesma.<sup>63</sup> Portanto, já daí conseguimos notar a diferença entre constituição formal e constituição material. “Esta significa-se a norma positiva ou a normas positivas através das quais é regulada a produção das normas jurídicas gerais<sup>64</sup>”. Já a formal é meramente “um documento designado Constituição<sup>65</sup>”. A constituição, no sentido de escalonamento das normas em kelsen, deve ser vista do ponto de vista material<sup>66</sup>.

Não obstante, a forma de confecção da Constituição, exige uma maneira mais elaborada e complexa do que uma outra lei usual.

É aí, portanto, que se fundamenta o controle de constitucionalidade para Kelsen<sup>67</sup>, pois, em caso de conflito entre ambas as normas, a norma hierarquicamente superior, derrogará a norma inferior.<sup>68</sup>

Desse modo, percebe-se que, para Kelsen, o controle de constitucionalidade se fundamenta na preservação da constituição. Mais que isso, fundamenta-se na manutenção do Estado de Direito (Rechtsstaat)<sup>69</sup>



## O Controle de Constitucionalidade para Kelsen

Num segundo momento, após estabelecido o conteúdo da Constituição e a conseqüente necessidade de sua manutenção, surge, para Kelsen, caso não mantida essa ordem - ou seja, caso não respeitada a hierarquia entre as normas, o fenômeno da inconstitucionalidade, a qual pode ser formal, quando desrespeitada a forma de sua confecção ou material, quando tiver conteúdo divergente com o disposto na constituição.<sup>70</sup>

Para Kelsen, a importância do controle de constitucionalidade se dá tanto por pressupostos teóricos, como jurídico-políticas. Às primeiras, é o arcabouço que dá sustentação à sua teoria do escalonamento das normas, como visto acima. Às razões jurídico políticas, sustenta-se a idéia da constituição como limite, que é um marco do constitucionalismo moderno, por não ter havido no regime constitucional monarca<sup>71</sup>. Sustenta-se na idéia de que não pode ser tão somente o legislador o criador do direito, visto que o juiz, ao aplicar, também o cria ao caso concreto.<sup>72</sup> nesse ponto, chega a afirmar que uma Constituição, sem a anulabilidade das normas com ela incompatíveis, equivaleria a “anseio sem forç<sup>73</sup> a obrigatória”

Dessa forma, seriam duas as maneiras de se fazer o controle de constitucionalidade: preventiva ou repressiva, pessoais ou objetivas<sup>74</sup>. As primeiras, para o autor, tendem a impedir que o ato seja produzido<sup>75</sup>, já a repressiva, após a sua confecção, tende a impedir que produza efeitos no futuro, reparar o dano causado e substituí-lo por ato regular<sup>76</sup>. As garantias objetivas, por sua vez, referem-se à nulidade ou anulabilidade de uma norma<sup>77</sup>, sendo nulo o ato que não goza de qualquer suporte jurídico, não sendo necessário, para retirá-lo de cena, outro ato jurídico, sendo que qualquer pessoa ou juiz pode não aplicá-lo ao caso concreto, portanto, o que garante tal característica ao controle difuso de constitucionalidade; e anulável, quando o ordenamento jurídico reserva a certas instancias a competência para analisar e decretar a inconstitucionalidade de uma norma<sup>78</sup>. Vale ressaltar, que a anulação de uma norma, pela lógica jurídica, poderá produzir efeitos tanto ex tunc, quanto ex nunc. Todavia, por questões de segurança

jurídica, é conveniente que produza<sup>79</sup> efeitos ex nunc, isso é, pro futuro. As garantias, por fim, referem-se às garantias da responsabilização pessoal do órgão que aplicou a lei. Em relação a todas as garantias apresentadas, Kelsen afirma que a “anulação do ato inconstitucional é a que representa a principal e mais eficaz garantia da Constituição”<sup>80</sup>

Kelsen passa, a um segundo momento, a discorrer sobre quem deveria ser o órgão responsável por anular os atos em desconformidade com a Constituição. Acredita não ser o parlamento, visto que “seria ingenuidade política contar que ele [parlamento] anularia um ato votado por ele próprio pelo fato de outra instancia a ter declarado inconstitucional”<sup>81</sup> Por outro lado, Kelsen negava aos juízes a possibilidade de realizar esse controle, pois seria dar muito poder aos magistrados. Kelsen, então, defende a idéia de um órgão autônomo, com a tarefa exclusiva de realizar o controle de constitucionalidade: um Tribunal Constitucional.

Portanto, faz-se a necessidade de um órgão independente, não vinculado a qualquer outro poder, criado diretamente da Constituição, que tivesse o poder de anular as normas incompatíveis com o sistema constitucional. Os seus membros, de acordo com Kelsen, deveriam ser nomeados pelo legislativo, após apresentação pela Administração<sup>82</sup>, havendo grande importância da presença do parlamento na escolha dos membros, com o fito de manter a lógica de que como funcionariam como legislador negativo, teriam certa relação com o órgão do Parlamento, embora independente. Ademais, tal prática separava o tribunal Constitucional dos demais órgãos de jurisdição, em que os seus membros eram nomeados pela Administração<sup>83</sup>.

Para finalizar, ressalta-se que, na opinião do professor austríaco, o controle de constitucionalidade terá grande importância pra as repúblicas democráticas, uma vez que “a elaboração constitucional das leis e em particular sua constitucionalidade material, ela é um meio de proteção eficaz da minoria contra os atropelos da maioria. A dominação desta só é suportável se for exercida de forma regular.”<sup>84</sup>, de modo que a maioria impor as suas vontades contra as minorias, pressupõe certos limites materiais, os quais estão

contidos na Constituição. Em assim sendo, como a maioria é mais amplamente representada no parlamento, em tese seus representantes estarão de acordo com seus anseios. Portanto, um guardião da Constituição em órgão autônomo é a garantia de que todas as parcelas da sociedade serão respeitadas. É de grande importância, também, à manutenção da federação, visto que, à época, a Constituição Austríaca delimitava a competência de atuação em matéria legislativa, dos poderes estaduais e da União. Em assim sendo, a inconstitucionalidade correspondia à usurpação do poder ao órgão conferido constitucionalmente<sup>85</sup>. Anular, portanto, um ato eivado de inconstitucionalidade é preservar os limites do poder destinado a cada estado e à União.

## Conclusão

Como se percebeu, Schmitt e Kelsen, embora em lados díspares do conceito de democracia, tem em comum a extrema coerência de seus raciocínios. O fato é que, embora num primeiro momento, a teoria de Schmitt tenha prevalecido, sobretudo pelo contexto histórico-político da época, posteriormente à Segunda Guerra Mundial, houve a prevalência da Teoria de Kelsen, muito embora vários países, tal qual o Brasil, adotam o sistema misto, que incorpora os ensinamentos de Kelsen, com um controle concentrado, e a prática americana, de controle difuso de constitucionalidade.

Pode-se perceber, ademais, que a divergência entre os autores, se baseia no ponto inicial da discussão: o conceito da Constituição. Para Kelsen, como todo da pirâmide do ordenamento jurídico de um ponto de vista científico; enquanto para Schmitt, a consequência de um poder político instituinte. Assim sendo, para criticar qualquer uma das teorias, tem-se, antes, que criticar o conceito de Constituição dos autores, pois o seu guardião é uma decorrência lógica do seu conceito inicial.

A grande crítica a Kelsen foi no sentido de não permitir que houvesse o controle de constitucionalidade

em um caso concreto.<sup>86</sup> Em assim sendo, o controle de constitucionalidade pressupõe ser somente para a Administração pública, não tangendo, de maneira direta, a esfera particular do indivíduo. Paralelamente, o recurso contra violação de direito constitucionalmente garantidos, por ato da Administração, e contra, art. 144, e, o recurso individual art. 140 (1), só foram criados com a Emenda Constitucional de 7 de Dezembro de 1929<sup>87</sup>, data em que os ministros da Corte Constitucional passaram a ser nomeados pela Administração à época dominada pelos nazistas e, por sua ascendência judia, Kelsen deixa o Tribunal Constitucional e vai, primeiramente para a Alemanha e, posteriormente, para os EUA.

Embora sofre muitas críticas quanto ao seu posicionamento com a política nazista, deve-se ressaltar que a teoria de Schmitt é de profunda coerência com sua crítica à modernidade e ao liberalismo. Peca, todavia, por pressupor uma extrema identidade no que tange à democracia e negar o pluralismo político. Para compreender seu pensamento e a lógica nele existente, deve-se ater à Alemanha de Weimar, de modo que nos dias atuais, mostra-se completamente prejudicada a análise de sua lógica, pela simples questão de que é praticamente impensável que no auge da globalização se conceba uma sociedade que não seja plural.

## **Bibliografia**

ALEXY, Roberto. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**: o Guardião da Constituição no embate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 164, p. 87-103, 2004.

BARROSO, Luis Roberto. **Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 4º ed. São Paulo,

Saraiva, 2009.

**Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** São Paulo: Saraiva, 2009.

**Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil).** Disponível em:  
<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%202007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>.  
Acesso em: 13/05/2010

**Retrospectiva 2008 - judicialização, ativismo e legitimidade democrática.** Disponível em:  
<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-18-ABRIL-2009-LUIS%20BARROSO.pdf>. Acesso em:  
12-05-2010.

BERCOVICI, Gilberto. **Carl Schmitt, o Estado Total e o Guardião da Constituição.** In: Revista Brasileira de Direito Constitucional. N. 1. Jan/Jun 2003. p. 196

BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Orgs.) **Legitimidade da Jurisdição Constitucional.** Rio de Janeiro: Lumen Júris. 2009

**Limites do Controle de Constitucionalidade.** Rio de Janeiro: Lumen Júris. 2009

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico.** 10 ed. Brasília: Editora da Universidade de Brasília. 1997

CANTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2 ed. Coimbra editora: Coimbra, 2001.

**Direito Constitucional**. 5 ed. Livraria almedina: Coimbra, 1992.

DYMETMAN, Annie. **Benjamin & Schmitt: uma arqueologia da exceção**. In: Lua Nova: revista de cultura e política. N. 53. São Paulo: Cedec, 2001. pp. 115-134

HERRERA, Carlos Miguel. **La polemica Schmitt-Kelsen sobre El guardián de la Constitución**. In: Revista de Estudios Políticos. N. 86 - nueva epoca. Madrid: Centros de estudios constitucionales, outubro-dezembro de 1994

HESSE, Konrad. **A Força normativa da Constituição**. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1991

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

**Teoria geral do Direito e do Estado**. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

**Teoria pura do Direito**. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LASSALE. Ferdinand. **A essência da Constituição**. 9 ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Sobre as influências de kelsen para o controle de**

**constitucionalidade:** da teoria pura do direito à idéia de tribunal constitucional e suas perspectivas em face do estado democrático de direito - uma análise. Disponível em: [http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/campos/monia\\_clarissa\\_hennig\\_leal.pdf](http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/campos/monia_clarissa_hennig_leal.pdf). Acesso em: 31/07/2010

MAIA, Paulo Sávio N. Peixoto. **O guardião da constituição na polêmica Kelsen-Schmitt: Rechtsstaat como referência semântica na memória de Weimar.** 2007. In: Faculdade de Direito Universidade de Brasília. (Dissertação de mestrado).

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. **O pensamento político-constitucional de Carl Schmitt no contexto histórico-político da república de Weimar.** 1996. Faculdade de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (Dissertação de Mestrado)

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de Constitucionalidade: Aspectos políticos e jurídicos.** São Paulo: Saraiva, 1999.

**Jurisdição Constitucional:** O controle abstrato das normas no Brasil e na Alemanha. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

**Direitos fundamentais e controle de Constitucionalidade:** Estudos de Direito Constitucional. 2 ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à lei 9868, de 10-11-1999.** 3 ed. São Paulo, Saraiva, 2009

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano; ARAÚJO, Luiz Alberto David. **Curso de direito constitucional**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SCHMITT, Carl. **O Conceito de político**. Petrópolis, Vozes, 1992.

**O guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007

**Teologia política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006

**Teoría de la constitución**. Madrid: Alianza editorial. 2001

VIANA, Luiz Werneck (et. al.). **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

2 Flickinger, Hans Georg. **A luta pelo espaço autônomo do político** (Apresentação). In: SCHMITT, Carl. **O Conceito de político**, Petrópolis, Vozes, 1992. p. 9-26. MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. **O pensamento político-constitucional de Carl Schmitt no contexto histórico-político da república de Weimar**. 1996. Faculdade de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (Dissertação de Mestrado). p. 76



3 MAIA, Paulo Sávio N. Peixoto. **O guardião da constituição na polêmica Kelsen-Schmitt: Rechtsstaat como referência semântica na memória de Weimar.** 2007. In: Faculdade de Direito Universidade de Brasília. (Dissertação de mestrado).p. 144-238

4 O conceito absoluto possui dois entendimentos: o primeiro diz respeito à constituição entendida como “concreta situação de conjunto” de uma determinada unidade política e social, aqui a constituição confunde-se com o próprio modo de ser (a existência mesma) da comunidade concreta. O segundo significado diz respeito à tese que põe a constituição como “lei fundamental” de cuja existência dependem todas as demais normas jurídicas que integrem a vida do Estado, bem como o próprio Estado. O conceito relativo é o que caracteriza a constituição apenas por seu aspecto formal, ou seja, é constituição todo o conjunto de leis cuja supressão ou mesmo alteração dependam de uma maioria qualificada no parlamento, dificultando assim a sua reforma. A constituição em seu sentido ideal diz respeito a um modelo ideal do que seja ou deva ser uma constituição, respondendo, assim, a um determinado modelo abstrato de constituição. Por fim, no conceito positivo de constituição é a decisão quanto ao modo e à forma de existência de uma determinada comunidade ou unidade política. Cf. MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. **O pensamento político-constitucional de Carl Schmitt no contexto histórico-político da república de Weimar.** 1996. Faculdade de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (Dissertação de Mestrado). MAIA, Paulo Sávio N. Peixoto. Op. cit. p. 189-206. SCHMITT, Carl. **Teoria de la constitución.** Madrid: Alianza editorial. 2001. p. 33 ss.

5 MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. Op. cit. p. 77.

6 BERCOVICI, Gilberto. **Carl Schmitt, o Estado Total e o Guardião da Constituição.** In: Revista Brasileira de Direito Constitucional. N. 1. Jan/Jun 2003. p. 196

7 SCHMITT, Carl. **Teoria** Cit.... p. 20-22. BERCOVICI, Gilberto. Op. Cit. p. 196

8 Ibidem. p. 50.

9 MAIA, Paulo Sávio N. Peixoto. Op. Cit. p. 194

10 Ibidem. p. 198. n. 880

11 MAIA, Paulo Sávio N. Peixoto. Op. cit. p. 206

12 Ibidem. Op. cit. p.193

13 SCHMITT, Carl. Teoria Cit.... p. 39.

14 Ibidem. p. 29-33. No mesmo sentido, MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. Op. cit. p. 79

15 SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 193

16 Ibidem. p. 194

17 Ibidem. p. 199

18 Ibidem. p. 200

19 Ibidem. p. 201

20 SCHMITT, Carl. **O guardião...** Cit. p. 202

21 Ibidem. p. 109

22 Ibidem. p. 116

23 Ibidem. p. 115

24 SCHMITT, Carl. **O guardião...** Cit. p. 116

25 KERVEGÁN, Jean-François. Hagel, Carl Schmitt: o político entre a especulação e a positividade. Apud: MAIA, Paulo Sávio N. Peixoto. Op. Cit. p. 222

26 Ibidem. p. 222.

27 DYMETMAN, Annie. **Benjamin & Schmitt: uma arqueologia da exceção. In: Lua Nova: revista de**

**cultura e política.** N. 53. São Paulo: Cedec, 2001. pp. 115-134

28 SCHMITT, Carl. **O guardião...** cit. p. 105

29 BERCOVICI, Gilberto. Op. cit. p. 196

30 SCHMITT, Carl. **O guardião...** Cit. p. 114.

31 Ibidem. p. 19

32 Ibidem. p. 20

33 Ibidem. p. 23

34 Ibidem. 23-24

35 Ibidem. p. 25

36 Ibidem. p. 27 (destaque no original)

37 MAIA, Paulo Sávio N. Peixoto. Op. cit. p. 224.

38 Ibidem. p. 224

39 SCHMITT, Carl. **O guardião**... cit. p. 60

40 MAIA, Paulo Sávio N. Peixoto. Op. cit. p. 224

41 SCHMITT, Carl. **O guardião...** cit. p. 66-67

42 BERCOVICI, Gilberto. Op. cit. p. 197

43 Ibidem.

44 MAIA, Paulo Sávio N. Peixoto. Op. cit. p. 234-235

45 SCHMITT, Carl. **O guardião...** cit. p. 233-234

46 Cf. tb. MAIA, Paulo Sávio N. Peixoto. Op. cit. p. 23. HERRERA, Carlos Miguel. **La polemica Schmitt-Kelsen sobre El guardián de la Constitución.** In: Revista de Estudios Políticos. N. 86 - nueva epoca. Madrid: Centros de estudios constitucionales, outubro-dezembro de 1994. p. 195.

47 BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. **Controle Concentrado de Constitucionalidade: o Guardião da Constituição no embate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt.** Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 164, p. 87-103, 2004. p. 87-88

48 Assim também se posiciona MAIA, Paulo Sávio N. Peixoto. Op. cit. 243-245

49 KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 1

50 Ibidem. p. 1

51 A esse respeito, Maia, Paulo Sávio. N. Peixoto. Op. cit. p. 249

52 KELSEN, Hans. **Quem deve ser o guardião da Constituição?** In:  
**Jurisdição constitucional**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.p. 248

53 Ibidem. p. 248

54 Ibidem. p. 249-250.



55 Ibidem. p. 250

56 Ibidem. p. 255

57 Ibidem. p. 250

58 Ibidem. p. 253

59 Id. **Teoria...** cit. p. 247; Id. **A garantia jurisdiccional da Constituição (Exposições e debates na sessão de outubro de 1928 do Instituto Internacional de Direito Público)** In: *Jurisdição ... cit.* p. 130,131. Id. **Teoria geral do direito e do Estado.** 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.. p. 161-165

60 Id. **A garantia cit....** p. 130

61 Ibidem. p. 130

62 Ibidem. p. 131

63 Ibidem. p. 131

64 Id, **Teoria pura...** cit. p. 247

65 Ibidem. p. 247

66 Id. Teoria geral... cit. p. 182

67 LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Sobre as influências de kelsen para o controle de constitucionalidade:** da teoria pura do direito à idéia de tribunal constitucional e suas perspectivas em face do estado democrático de direito - uma análise. Disponível em: [http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/campos/monia\\_clarissa\\_hennig\\_leal.pdf](http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/campos/monia_clarissa_hennig_leal.pdf). Acesso em: 31/07/2010

68 KELSEN, Hans. **Teoria pura...** cit. 228-231;  
**Teoria geral** ... cit. 232-233.

69 MAIA, Paulo Sávio N. Peixoto. Op. cit. p. 341

70 KELSEN, Hans. **Jurisdição...** cit. p. 132

71 BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Op. cit. p. 93

72 KELSEN, Hans. **Jurisdição...** cit. p. 251-252. Cf. tb. BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. cit. p. 93

73 Ibidem. p. 179

74 Ibidem. p. 139

75 Ibidem. p. 139

76 KELSEN, Hans. **Jurisdição...** cit. p. 139

77 Ibidem. p. 140

78 Ibidem. p. 141

79 Ibidem. p. 145

80 Ibidem. p. 148

81 Ibidem. p. 150

82 Ibidem. p. 154

83 BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Frando. Op. cit. 95

84 KELSEN, Hans. **Jurisdição...** cit. p. 181

85 Ibidem. p. 183

86 MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de Constitucionalidade:** Aspectos políticos e jurídicos. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 135

87 MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Controle concentrado de constitucionalidade:** Comentários à lei 9868 de 10-11-1999. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 02

<https://www.diritto.it/o-embate-teorico-entre-hans-kelsen-e-carl-schmitt-sobre-o-guardiao-da-constituicao/>