

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -  
CURITIBA**

**TEORIA CONSTITUCIONAL**

**PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS**

**RUBENS BEÇAK**

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

#### **Diretoria – CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

**Vice-presidente Norte/Centro** - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

**Secretário Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

**Secretário Adjunto** - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

**Representante Discente** – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

#### **Conselho Fiscal:**

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

#### **Secretarias:**

**Relações Institucionais** – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

**Educação Jurídica** – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

**Eventos** – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

**Comunicação** – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

---

T314

Teoria constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Paulo Roberto Barbosa Ramos, Rubens Beçak – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-375-7

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Teoria Consitucional. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



# XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

## TEORIA CONSTITUCIONAL

---

### **Apresentação**

Em Teoria Constitucional, obra que reúne trabalhos aprovados para essa área do conhecimento jurídico no XXV CONPEDI, constatamos a preocupação de novos e veteranos pesquisadores do direito constitucional com um amplo leque de questões, as quais não somente resgatam as tradicionais temáticas dessa área, a exemplo da mutação constitucional, devido processo legal, poder constituinte e mecanismos de controle de constitucionalidade, como também avança em novas questões, as quais fazem referência ao mínimo existencial, constitucionalismo latino americano e processo de integração e globalização.

Mesmo nas abordagens das temáticas mais tradicionais, percebemos a preocupação dos autores com a construção de análises jurídicas efetivamente emancipatórias, uma vez que marcante, em todos os textos, a percepção de que o direito não possui sentido salvo se encontra comprometido com a dignidade da pessoa humana.

Ora, a dignidade da pessoa humana somente assume status relevante se efetivamente levada a sério por meio da criação das condições necessárias para que todos os seres humanos possam desenvolver os seus potenciais, ao mesmo tempo em que as suas diferenças, que garantem as suas individualidades, sejam respeitadas e asseguradas.

Para consolidar essa percepção de mundo e assegurar a real efetividade dos textos constitucionais democráticos, recomendamos vivamente a leitura de Teoria Constitucional do XXV CONPEDI.

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP

## **POLÊMICA SCHMITT E KELSEN: QUEM DEVE SER O GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO?**

### **SCHMITT AND KELSEN DEBATE: WHO SHOULD BE THE GUARDIAN OF THE CONSTITUTION?**

**Luciana Rosa Becker <sup>1</sup>**  
**Adriana Fasolo Pilati Scheleder <sup>2</sup>**

#### **Resumo**

Este trabalho tem como finalidade a reflexão e discussão referente a um importante debate travado entre Hans Kelsen e Carl Schmitt. A atualidade do debate decorre da noção de que a jurisdição constitucional é a todo o momento colocado à prova. Ainda, é de fundamental importância a compreensão acerca da existência de limites ao Poder Judiciário no tocante às decisões políticas que afetem a coletividade. Nesse sentido, ganha espaço a discussão sobre a legitimidade democrática para o controle de constitucionalidade face o conceito de democracia.

**Palavras-chave:** Constituição, Democracia, Guardião da constituição, Kelsen, Schmitt

#### **Abstract/Resumen/Résumé**

This work aims to reflection and discussion related to an important debate among Hans Kelsen and Carl Schmitt. The relevance of the debate stems from the notion that the constitutional jurisdiction is at all times put to the test. Still, it is fundamental to understanding the existence of limits to the courts with regard to policy decisions that affect the community. In this sense, gains ground the discussion of democratic legitimacy for judicial review against the concept of democracy.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Constitution, Democracy, Guardian of the constitution, Kelsen, Schmitt

---

<sup>1</sup> Mestranda em Direito pela UPF. Bolsista CAPES. Graduada em Direito pela Universidade de Passo Fundo. Pós-graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela IMED. E-mail: lucianarosabecker@hotmail.com.

<sup>2</sup> Doutora em Direito pela UFSC, Mestre em Direito Processual Civil pela PUC, Docente Titular da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo - UPF (1999). E-mail: apilati@upf.br.

## INTRODUÇÃO

O debate intelectual entre o alemão Carl Schmitt e o austríaco Hans Kelsen se deu no entre guerras, mais especificamente entre 1929 e 1932, antes de Hitler ascender ao poder como chanceler na Alemanha e pôr fim à República de Weimar (que durou de 1919 a 1933) e sua Constituição de 1918.

Neste momento histórico, os dois juristas travam um debate sobre quem deve ser o guardião, o defensor, o garantidor da Constituição e dos direitos nela inseridos, ou seja, quem ou que órgão deve ser competente para realizar o controle de constitucionalidade das leis que regem uma nação.

A conclusão a que chegaram sobre quem deve ser o “guardião da Constituição” é pautada por todo raciocínio teórico que cada qual possui em relação à ciência do Direito, à Teoria do Estado, à Teoria Constitucional e que são frutos daquele período histórico.

Schmitt possuía uma teoria denominada decisionista, pois para ele a norma jurídica difere da existência do Estado, pois este último é entendido como a “unidade política” (e não normativa) de um povo. Por isso, faz uma distinção entre Constituição e Lei Constitucional, pois para ele uma Constituição não se apoia em uma norma abstrata como fundamento de validade, mas em uma decisão política, surgida de um ser político concreto.

Já, a teoria de Kelsen é conhecida como um positivismo normativista, a qual parte da premissa de que o Estado e o Direito (ordenamento jurídico) são a mesma coisa, afinal, o ordenamento jurídico é formado pelas leis votadas pelos representantes do povo (soberania popular = soberania normativa), que manifestam a forma de Estado que aquele grupo social pretende formar.

Por isso, a resposta à questão “Quem deve ser o guardião da Constituição?”, irá depender dos componentes que formam a teoria jurídica de cada autor. Baseado no normativismo, Kelsen entende que os Tribunais Constitucionais são um meio idôneo para se garantir a essência da democracia, oferecendo proteção aos direitos, controlando leis, regulamentos, tratados internacionais, todos subordinados e conforme a “lei maior” que é a Constituição. Já Schmitt, que se baseia na tese decisionista, entende que os Tribunais podem até controlar as leis em face dos mandamentos constitucionais, mas não podem defender nem proteger a Constituição, pois o problema da Unidade do

Estado (como decisão política do povo) recai sobre outro representante popular: o Presidente do Reich.

## **1 Carl Schmitt e as possibilidades de proteção da Constituição**

Carl Schmitt nasceu na Alemanha, em 1888. Tornou-se doutor em direito em 1910, momento a partir do qual começa a desenvolver sua crítica veemente ao liberalismo e ao sistema democrático parlamentar alemão, chegando a ser um dos maiores teóricos da ditadura, do regime de exceção e mesmo a integrar os quadros do partido nazista entre 1933 e 1936. Ao contrário da maioria dos intelectuais que aderem ao nazismo, Carl Schmitt não será um político descompromissado com o regime, mas sim reconhecido como um dos mais eminentes teóricos do direito de sua geração.

Segundo Carl Schmitt, a necessidade de um Guardião da Constituição parte do pressuposto de situações constitucionais críticas, em crise, pois, em sentido contrário, não haveria qualquer demanda lógica de que alguém, ou, algum órgão, viesse a defender uma instituição que se encontrasse inviolável e estável. De acordo com Lorenzetto:

Nesse sentido, desde a Constituição de Weimar ressurgiu o interesse sobre as garantias especiais da Constituição e a demanda para que alguém as viesse proteger e, o Tribunal de Justiça do Reich se afirmou, por meio de seu Presidente, portanto, como o protetor da Constituição do Reich. Mas havia outras posições – como a defendida por Schmitt – sobre quem deveria ser o defensor da Constituição, que em determinadas circunstâncias vinham a se contradizer sobre o preenchimento de lacunas ou a delimitação de conteúdos da Constituição. Apesar da referida pluralidade de guardiões, o consenso se colocava sobre quem, ou o órgão que constituía uma ameaça para a Constituição: o legislativo. Ainda que não se possa limitar a questão a uma perspectiva judicial – era justamente o intento de Schmitt, suscitar o plano político ocultado pelo discurso liberal do século XIX. Na defesa contra leis e decretos anticonstitucionais pode-se encontrar o primeiro sinal da produção sobre o já instrumentalizado e aplicado abertamente: “controle de constitucionalidade”, de que dispõe as constituições democráticas. (2015, p. 1927)

Carl Schmitt inicia sua obra *O Guardião da Constituição* destacando que o exame judicial material não se constituía na Alemanha em um guardião da Constituição. Em outras palavras, o poder conferido aos tribunais, por meio da decisão de 4 de novembro de 1925, de examinarem as leis ordinárias em sua coerência material com os

comandos constitucionais e, em caso de conflito, negarem à lei ordinária sua aplicação (SCHMITT, 2007, p. 19). Dessa forma, não obstante o juiz estar vinculado à lei, seria seu dever deixar de aplicar determinada lei ordinária ao caso concreto devido à sua incompatibilidade com a Constituição. Esse exame judicial do tribunal do Reich alemão, todavia, teria uma importância modesta em comparação ao controle judicial de normas exercido pelo tribunal norte-americano. Ele não possuiria como escopo os princípios gerais da Constituição, tais como a boa-fé e a razoabilidade, mas dependeria de normas que possibilitassem uma subsunção correspondente ao fato típico. Tratar-se-ia, portanto, de um controle exercido por qualquer juiz (difuso) e concreto ou incidental (presta-se à solução de determinada lide), exercendo, para as decisões de outras instâncias, um efeito como precedente de certa maneira previsível.

Para Schmitt, o fato de que os Tribunais civis, processuais ou administrativos exerçam o direito material de controle judicial não é suficiente para considerá-los protetores da Constituição.

Com respeito ao Tribunal Supremo do Reich, entendido como outro dos protetores, lhe nega esta qualidade já que é diferente ao Tribunal Supremo americano; deste modo, em frente à importância deste último, o direito de controle judicial exercitado pelo Tribunal Supremo do Reich tem uma importância muito moderada, apesar de que a sentença de 4 de novembro de 1925 o declarava competente para estabelecer a concordância existente entre as leis simples e a Constituição do Reich.

Esta sentença limita sua atividade, já que: - Só poderá ser exercitado o direito de controle em frente a simples leis do Reich, mas não com respeito às leis de reforma da Constituição; - Não poderá exercer o direito de controle judicial quando em forma de singela lei se promulga uma ordem ou preceito que não representa materialmente uma lei no sentido desta palavra segundo a acepção própria de um Estado de Direito.

O procedimento da legislação pode ser empregado para outras regulações distintas das jurídicas, o que implicaria uma ameaça para a independência do juiz e, por isto, deveria ser admitido um direito de controle judicial para proteger aos Tribunais dos ataques injustos de outros poderes do Estado.

Assim, há que dividir o direito de controle Judicial em dois âmbitos (SCHMITT, 2007, p. 28): 1. Não aplicação de preceitos legais simples que chocam com preceitos legais formulados na Constituição; 2. Defesa contra os ataques anticonstitucionais de outros poderes públicos, especialmente do legislador.

Dessa forma, a caracterização do direito de controle judicial ao qual recorre o Tribunal do Reich seria a seguinte: - Acessório, isto é, com "concorrência ocasional"; - Exercita-se de modo eventual em uma sentença judicial.

Um segundo problema importante é o relativo à dar, em território de direito privado, liberdade de movimento e margem de ação a um juiz para seu parecer por intermédio de conceitos indeterminados e gerais, por meio de referência à boa fé ou ao uso comum. Schmitt, afirma que:

Condições relativamente estáveis e sólidas concepções sociais podem causar uma suficiente mensurabilidade e vinculação. Também em território de direito público, principalmente em questões de direito administrativo e de direito penal, são possíveis conceitos indeterminados. ( 2007, p.29)

Refere ainda que, “em todos os casos normas determináveis e mensuráveis que possibilitem subsunções têm que permanecer a base do exame judicial e da decisão. A vinculação a uma norma desse tipo é também o pressuposto e a condição de toda a independência judicial” (SCHMITT, 2007, p. 29).

Por tudo isto, Schmitt conclui que “guardiões da constituição não são todas as posições e pessoas que, ocasionalmente pela não-aplicação de leis anticonstitucionais ou pela não obediência a disposições anticonstitucionais, possam contribuir para que a Constituição seja respeitada e não seja violado um interesse protegido constitucionalmente” (SCHMITT, 2007, p. 32). Assim, mesmo quando os Tribunais exerçam o direito de controle judicial, acessório e difuso, não pode ser considerado o guardião da Constituição.

Questão importante é a sobre o que a justiça pode fazer para a proteção da Constituição. O fato de primeiramente não se ter feito essa pergunta no período pós-guerra, tendo-se em vista quase que exclusivamente uma proteção judicial da Constituição, e procurando-se o guardião da Constituição na esfera da justiça, segundo Schmitt, se explica por várias razões ( 2007, p. 33). Devido a falsa e abstrata ideia que se tem do Estado de Direito, é natural conceber a resolução judicial de todas as questões políticas como ideal de Estado e de Direito e, nisso, não ver, como uma expansão da justiça a uma matéria talvez não mais sujeita à ação da justiça - isto não levaria a uma judicialização da Política, senão a uma politização da Justiça. Aspira-se também a conseguir uma defesa precisa – o guardião não deve se proteger abstrata e



simplesmente, mas sim se proteger contra riscos bem definidos e temidos concretamente. Enquanto no século XIX, o risco provinha do executivo, as preocupações atuais centram-se em torno à figura do legislador. Como bem afirma Schmitt:

No século XIX se pensava em uma proteção contra o Governo, mas na atualidade se tem presente a defesa contra a legislação imposta pela maioria parlamentar. Mas se o risco para a Constituição emanar, doravante, da esfera do legislativo, o legislador não pode mais ser o guardião. Agora bem, se o protetor não pertence à esfera do poder legislativo nem à do executivo, parece não restar mais nada a não ser a justiça. (SCHMITT, 2007, p. 38).

A justiça criminal é uma relevante questão e pode ser rotulada, como proteção da Constituição. Apesar disso, não está resolvido o problema do guardião da Constituição, já que devido à estrutura judicial e judiciária, a proteção da Constituição fica limitada a fatos típicos já finalizados e passados, enquanto os casos verdadeiramente interessantes da proteção constitucional continuam fora o alcance judicial. Tão logo se concretiza de forma consequente a juridicização e se elabora um autêntico processo contendo as devidas partes, essa proteção é, necessariamente, apenas uma correção, sendo que apenas fatos típicos concluídos continuam a ser subsumidos a determinações legais em questão.

Nesse sentido, é relevante o destino dos tribunais para queixas ministeriais. Benjamin Constant, defensor dessa instituição, “ainda era consciente da particularidade e da anormalidade de uma queixa ministerial” (SCHMITT, 2007, p. 40). Em sua obra sobre a responsabilidade ministerial, ele faz menção ao fato de que a lei a respeito da responsabilidade ministerial não pode ser “nem precisa e nem detalhada”, enquanto que, por motivos ligados ao Estado de Direito, se tem que exigir para o direito e processos penais uma clara subsunção. Por isso, também teria que ser competente um tribunal de tipo especial, ou seja, uma câmara de pares, distinguindo-se por sua independência e neutralidade (SCHMITT, 2007, p. 40).

Schmitt, para melhor explicar essa experiência na história constitucional, o faz, mediante o exemplo do conflito prusiano de 1862-1866 e o tratado que faz o professor Anschütz, o qual reclamava a formação de um Tribunal de Estado geral competente para todos os litígios constitucionais, como uma reivindicação do Estado de Direito. No entanto, por um lado, o tribunal do Estado é restrito questões de direito, por outro, o

direito público tem aqui o seu limite. No caso do conflito constitucional prussiano, não provem nenhuma possibilidade de uma decisão judicial. Mas a importância de um tribunal do Estado desse tipo, deve residir justamente no fato de que todos os litígios constitucionais são formalizados e decididos através de sentença judicial (SCHMITT, 2007, p. 41 e 42).

Todo conflito constitucional sério, rege as dificuldades e contradições, devido à natureza, que dificulta uma ligação entre verdadeira justiça e verdadeiro litígio constitucional e que não se repara ao se declarar a corte constitucional como autorizada a estabelecer o sentido duvidoso de uma norma constitucional.

Para responder à importante questionamento da teoria constitucional, Schmitt afirma que:

Não há Estado de Direito sem uma justiça independente e 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. O Estado de Direito civil, baseia-se exatamente na diferenciação objetiva entre diversos poderes. Pode-se rejeitar-se a diferenciação dos poderes devido a tendências absolutistas, como usual na teoria do direito público da monarquia constitucional alemã, e pode-se também, deixar ao juiz uma certa liberdade, mas não se lhe pode outorgar a decisão política, que é assunto do legislador, sem alterar seu posicionamento de direito público. (2007, p. 41 e 42).

Um Estado de Direito civil, sem divisão efetiva entre legislativo, executivo e judiciário, carece de Constituição no sentido de Estado de Direito civil. Assim, no Estado de Direito, só existe Justiça em forma de sentença judicial com base de uma lei. A fórmula “com base em uma lei”, colocada de forma típica em todas as constituições alemãs, desde o século XIX, é de fundamental importância para a organização do Estado de Direito civil. Também é consequência dessa fórmula que se deve diferenciar lei e sentença judicial, e, conseqüentemente, legislador e juiz. Nesse sentido, Schmitt:

Uma lei não é uma sentença judicial, uma sentença judicial não é uma lei, e, sim, decisão de um “caso” com “base em uma lei”. A posição especial do juiz no Estado de Direito (sua objetividade, por exemplo) baseia-se no fato de que ele decide justamente com base em uma lei e de que sua decisão, em seu conteúdo, é derivada de uma outra decisão de modo mensurável já contida na lei. (2007, p. 56 e 57).

E segue afirmando:

Uma lei não pode ser guardiã de outra lei. A lei mais fraca não pode garantir ou guardar a mais forte. Mas, inversamente, por exemplo, deve a lei dificilmente emendável guardar a lei ordinária? Com isso, tudo seria transformado em seu oposto, pois se trata da proteção e da guarda da norma constitucional, mas não da lei ordinária, e o problema é exatamente proteger a lei dificilmente emendável contra alterações por uma lei ordinária. (SCHMITT, 2007, p. 60).

Enquanto tudo decorrer normativamente, será impossível atingir uma proteção e uma garantia ainda mais forte por meio de uma norma suprema e mais forte, ainda que constitucional.

O emprego de uma norma a outra norma é algo qualitativamente distinto do que a aplicação de uma norma a um fato e a subsunção de uma lei a outra lei, algo essencialmente distinto do que subsunção de um tipo legal regulamentado à sua regulamentação.

Em qualquer decisão, inclusive na de um tribunal que decide um processo subsumido de maneira correspondente ao tipo, mora um elemento de pura decisão que não pode ser derivado do conteúdo da norma, o chamado decisionismo. Sua função específica é dirimir dúvidas, inseguranças e divergências de opiniões. O elemento decisionista não é apenas uma parte da decisão que se junta ao elemento normativo visando, possibilitar, no geral, uma res judicata. A decisão como tal é, antes o sentido e a finalidade da sentença e seu valor não reside em uma argumentação dominante, mas, na eliminação autoritária da dúvida surgida das argumentações.

### **1.1 O Presidente do Reich como Defensor da Constituição**

Carl Schmitt tem como proposta um organismo que não seja superior aos possíveis litigantes, coordenado por um terceiro neutro que se posicione no mesmo nível dos restantes poderes constitucionais, mesmo que coberto de especiais atribuições e equipado de certa possibilidade de intervenção. Para tanto, organizar uma instância especial que tenha por objeto garantir o funcionamento constitucional dos diversos poderes e da própria Constituição parece oportuno, segundo Schmitt, em um Estado de Direito que diferencia os poderes. Este recorre então a Benjamin Constant em sua teoria do poder neutro, intermediário e regulador. A partir da qual espelha a fundamentação da

posição privilegiada do Chefe de Estado em suas prerrogativas e atribuições, pensadas como elementos e possibilidades de intervenção.

Schmitt apela ao direito positivo da Constituição de Weimar para justificar sua defesa do Presidente do Reich como guardião da Constituição. Este estaria dotado de atribuições que o tornariam independente dos órgãos legislativos e, manteria o equilíbrio entre os elementos plebiscitário e parlamentar e poderia exercer uma defesa da Constituição com base no artigo 48.

A necessidade da criação de uma instância independente e neutra para proteger a Constituição também desembocaria no Presidente do Reich. Pois, mesmo havendo uma grande quantidade de formas de independência, apenas a do Presidente do Estado, em uma democracia constitucional, seria efetivada pela eleição de todo o povo alemão, que também garantiria ao Presidente um mandato de sete anos.

Carl Schmitt afirma que ao se propor a criação de um Tribunal Político Constitucional, não se busca outra coisa que fundar uma instância neutra e política, criando certa estabilidade institucional. Mas o Guardião da Constituição deveria ser independente e politicamente neutro e, haveria uma corrupção dos conceitos de judicialidade e jurisdição quando se buscasse implantar uma judicialidade e um Tribunal constituído por juristas oficiais de profissão. Isto resultaria em uma sobrecarga de obrigações políticas que seriam opostas ao princípio democrático, pois tais pessoas seriam as responsáveis por proteger a Constituição.

Também ressalta que, a Justiça não se voltaria mais contra o monarca, mas contra o Parlamento, questão que haveria resultado em uma significativa transformação da independência judicial. Também nota que haveria sido eliminada a antiga separação entre Estado e Sociedade, de modo que não seria possível transferir a situação política do século XX, para as fórmulas do século anterior.

O Presidente do Reich, pelo contrário, estaria posicionado no centro de todo um sistema de neutralidade e independência sobre fundamentos plebiscitários, ante os partidos políticos. Antes da instituição de um Tribunal para resolução de conflitos de alta política como o Guardião da Constituição e, antes de colocar em perigo a Justiça por meio destas “contaminações” políticas, Schmitt afirma que, caso se buscasse na própria Constituição de Weimar, esta já indicaria o verdadeiro Guardião da Constituição: o Presidente do Reich.

A primeira condição de toda jurisdição ou justiça constitucional, é um conceito determinado da divergência constitucional que torne claramente diferenciável essa espécie

de contenda, pelo menos em seu princípio material e em sua estrutura, diferentemente de outras contendas, ao tornar visível uma relação diretamente objetiva com a Constituição.

Muito impensado seria tomar o caminho inverso, e fazer com que tudo dependa de que o tribunal do Estado ou o constitucional dê a um conceito de divergências constitucionais totalmente indefinido e ilimitado, um conteúdo por meio de meros prejulgamentos, e assim, decida o que seja uma divergência constitucional.

Quem sabe também um tribunal do Estado encontra-se em condições de se desenvolver para além das competências a ele propostas rumo a uma autoridade de grande influência política. Mas uma instância judicial encarregada de decidir hoje na Alemanha contendas da vigente Constituição do Reich encontra-se, sem um conceito de divergência constitucional razoavelmente delimitável, em uma situação singular.

O conceito de constituição rege, aqui, a conceitos consequentes e praticamente úteis de divergências constitucionais e, por interferência deles, também a de jurisdição. Mas também, inversamente, se, sem uma reflexão teórico-constitucional, são admitidos pelo Tribunal do Estado os mais variados grupos sociais como parte, isso leva a uma concepção pluralística do Estado e transforma a Constituição de uma decisão política do detentor do poder legislativo constitucional em um sistema de direitos adquiridos contratualmente, a cuja observância os grupos e organizações interessados podem forçar o Estado por meio de um processo.

## **2 Hans Kelsen – Quem deve ser o guardião da Constituição**

Da análise do seu “Quem deve ser o guardião da Constituição”, verifica-se que para Kelsen, a Constituição é o fundamento jurídico de organização do Estado, é a regra para criação das normas jurídicas essenciais do Estado, da determinação dos órgãos e do procedimento da legislação.

Kelsen diz que a função política da Constituição é a de impor limites jurídicos ao exercício do poder e que a garantia constitucional significa gerar a segurança de que esses limites jurídicos não serão violados.

A jurisdição constitucional tem o papel de proteger as minorias, na medida em que garante a elaboração constitucional das leis, uma vez que a reforma constitucional

depende de maioria qualificada. A democracia para Kelsen é um compromisso constante entre maioria e minorias.

Kelsen afirma que não existe uma natureza política incompatível com a judicial, especialmente porque a política não se restringe ao Parlamento. Ao contrário de Schmitt, entende que a política compõe a própria essência do ato decisório, uma vez que toda sentença é marcada por um exercício de poder e, conseqüentemente, de criação do direito.

Neste contexto, apenas o Tribunal Constitucional poderia ser a instituição capaz de, suficientemente equidistante das esferas legislativa e executiva, decidir acerca de seus atos. Assim, Kelsen sustenta a importância do exercício do controle de constitucionalidade pelo Tribunal Constitucional, cuja imparcialidade derivaria da escolha dos juristas pelo Parlamento.

O primeiro argumento de Schmitt é aquele de que o controle da constitucionalidade deve vir a ser exercido pelo chefe de estado como requisito para a república democrática em geral. Para Kelsen, o mais surpreendente é que Carl Schmitt, professor de Direito do Estado da Escola Superior de Comércio de Berlim, “renove e transfira a teoria do poder neutro de Benjamin Constant, um dos mais antigos e respeitados ideólogos da monarquia constitucional, sem qualquer limitação, para um chefe de estado republicano”, reafirmando, ainda Kelsen, a surpresa com a ideia de Schmitt de que a “situação da monarquia constitucional do século XIX, com sua separação entre estado e sociedade, política e economia não mais existe”. Schmitt prossegue na sua ideia – sempre combatida por Kelsen - de que uma corte constitucional com poderes de declaração de inconstitucionalidade de leis e de suspensão de eficácia de leis inconstitucionais, composta por homens a partir de uma proporcionalidade partidária não pode ser denominada de corte judiciária.

A resposta de Kelsen não é menos surpreendente e reveladora, desde já, da insuficiência da teoria constitucional para, sozinha, explicar toda a complexidade do fenômeno de funcionamento de uma constituição como instrumento político da sociedade. Kelsen afirma que o pensamento de que somente o legislativo, e não o judiciário, é legitimamente político é tão falso, quanto o argumento de que somente o legislativo produz direito e o judiciário, quando da aplicação do direito, apenas o reproduz. Na realidade, quando o legislador investe o juiz, dentro de certas fronteiras, de ponderar sobre interesses contrários e decidir conflitos em favor de alguns e desfavor de outros, repassa para o juiz, este mesmo legislador, o serviço de criação de direito, e

com isso, um poder que confere à função judicial o mesmo caráter político que o legislador possui. Neste sentido, todo conflito jurídico seria, para Kelsen, um conflito político de poder.

Duas reflexões teóricas parecem possíveis. A primeira delas foi aqui anteriormente lembrada: o constitucionalismo necessita da teoria política – e de uma teoria política da democracia, após as experiências catastróficas do século XX – para garantir consistência empírica aos textos que produz (e que significam, em sociedade como as oriundas da redemocratização dos anos 80 na América Latina, a sua razão de ser). Sem o componente da análise política, a aplicação das constituições e a visão possível de seus direitos, garantias e instituições pouco contribuirão para sua própria existência, enquanto referência democrática a ser efetivada.

A natureza política determinante do controle jurisdicional em abstrato da constitucionalidade provoca um outro debate. Segundo as formulações daquele que representaria o positivismo jurídico na sua maior radicalidade, a participação do legislativo no controle da constitucionalidade seria o critério legitimador para sua influência não somente na forma e na definição das competências das cortes controladoras, mas mesmo na sua composição. Este ponto ainda autoriza uma conclusão, por exemplo, sobre aquilo que correntes do pensamento do direito político sustentam modernamente: a existência da jurisdição constitucional não é indicador de “saúde democrática” e deve permanecer nas mãos do legislativo. Afinal, o próprio Kelsen reconhece que a crítica de Schmitt a respeito dos limites da atuação das cortes constitucionais é legítima. Parece claro, dessa forma, que mesmo Kelsen enxergava na solução do controle jurisdicional da constitucionalidade por tribunais constitucionais a solução de um problema importante da teoria do estado ao mesmo tempo em que não esquecia dos outros tipos de indagação que exigiriam resposta dotada de níveis de aceitação democrática razoáveis.

### **3 Polêmica Carl Schmitt X Hans Kelsen**

Na tabela abaixo, pode-se observar algumas diferenças entre Carl Schmitt e Hans Kelsen acerca dos conceitos de Constituição, Direito e Política e sobre as ideias sobre as funções da Constituição e sobre quem deve ser o guardião da constituição:

	<b>Schmitt</b>	<b>Kelsen</b>
<b>Conceito de Constituição</b>	A constituição é uma decisão política da totalidade do povo, homogêneo em si.	A constituição é o fundamento jurídico de organização do estado, é a regra para criação das normas jurídicas essenciais do Estado, a determinação dos órgãos e do procedimento da legislação.
<b>Direito/ Política</b>	Entre lei e sentença existe uma diferença objetiva e o próprio Estado de Direito assenta nessa diferença, cabendo a poderes distintos a tarefa de legislar e a de julgar.	Entre legislação e execução existe uma diferença puramente relativa. Cada uma delas é ao mesmo tempo um ato de criação e de aplicação do direito.
<b>Função da Constituição</b>	É o objetivo de toda a constituição sensata dar um sistema organizacional que possibilite uma volição estatal e um governo capaz de governar. É, sobretudo, a intenção consciente e bem refletida da vigente Constituição do Reich alcançar esse objetivo e todos os seus institutos de uma democracia parlamentar e plebicitária devem, em primeiro lugar, criar um governo eficiente“.	A função política da Constituição é a de impor limites jurídicos ao exercício do poder e que a garantia constitucional significa gerar a segurança de que esses limites jurídicos não serão violados.
<b>Quem é o Guardião?</b>	Entende que os Tribunais podem até controlar as leis em face dos mandamentos constitucionais, mas não podem defender nem proteger a Constituição, pois o problema da Unidade do Estado (como decisão política do povo) recai sobre outro representante popular: o Presidente do Reich.	Os Tribunais Constitucionais são um meio idôneo para se garantir a essência da democracia, oferecendo proteção aos direitos, controlando leis, regulamentos, tratados internacionais, todos subordinados e conforme a “lei maior” que é a Constituição.

A crítica de Kelsen a Schmitt a respeito da politização da jurisdição constitucional não se encerra neste argumento. Para Kelsen um outro problema da concepção de Schmitt é o fato de que este concebe o judiciário como um autômato do direito, a quem compete apenas a aplicação do direito de acordo com o fato já determinado pelo legislador. Para Schmitt, o judiciário é vinculado às normas que possibilitam apenas uma “subsunção segundo o fato ocorrido”, onde o conteúdo é pacífico não mais sendo objeto de discussão, uma vez que tal já se deu no parlamento. A politização da justiça significaria para Schmitt uma ameaça à própria justiça.



Um outro ponto importante na discussão entre Kelsen e Schmitt diz respeito ao pluralismo político da sociedade e seu caráter eventualmente nocivo para a consecução dos fins do estado. Muito mais do que uma ligeira discussão sobre a guarda da constituição, é identificável neste momento a visão de estado de Carl Schmitt e sua defesa da totalidade nazista que se instalaria na Alemanha a partir de 31 de janeiro de 1933. Para Schmitt, o estado total faz desaparecer a tensão produzida pelo pluralismo, qual seja, o antagonismo entre sociedade e estado. O espaço do pluralismo é aquele independente do estado, representado pela construção da vontade livre da sociedade, liberta do complexo de poder do estado, e produtora de um outro complexo de poder a se operar mesmo contra o estado, onde, principalmente, os partidos políticos se movimentam. Este seria, segundo Kelsen, o estado legislativo atual moderno, com o qual Schmitt definia o então “Reich” da Alemanha.

Para Kelsen, esta formulação de Schmitt não representa nenhuma novidade, já o estado da Antiguidade, e mesmo o estado absoluto, ou seja, aquele estado policial do século XVIII, era um “estado total”. Na perspectiva de transposição do pluralismo de forma ameaçadora para a estrutura interna do estado (por intermédio do controle jurisdicional da constitucionalidade), Schmitt, de acordo com Kelsen, afirma que a jurisdição constitucional se manifesta como um processo de direitos subjetivos que se faz prevalecer perante a constituição e perante os poderes do estado. O que se torna “completamente sem fundamento”, para Kelsen, é a afirmação de Schmitt de que referida prevalência de direitos significaria a dissolução do conceito de estado.

Patente é a luta pela implementação da jurisdição constitucional como elemento que possibilita o fortalecimento da democracia, na medida em que se entende como requisito de democracia a possibilidade real de os diferentes atores sociais enfrentarem o estado numa arena onde o peso do poder do estado esteja relativizado. O adversário dessa ideia é aquele do conceito de estado vinculado à tarefa de realização totalitária do bem comum, assim definido quase como uma “razão de estado”. Por este segundo entendimento, inexistiria parâmetro autorizador da construção da vontade do povo por outro canal que não aquele representado pela força estatal totalizada.

Sem dúvida que não há como deixar de ver maior proximidade com a democracia em Kelsen do que em Schmitt. Kelsen admite mesmo que o principal mérito de um tribunal constitucional consiste exatamente no detalhe de que não é esse tribunal interessado no exercício do poder, estando assim devidamente autorizado a exercer o

controle da constitucionalidade. O controle jurisdicional da constitucionalidade foi concebido como elemento de garantia da própria constituição.

#### **4 O guardião da Constituição na realidade brasileira e sua influência na Jurisdição Constitucional**

O Brasil recebeu forte influência das ideias de Hans Kelsen sobre como gerir o controle de constitucionalidade, buscando dotar de maior efetividade a Constituição Federal de 1988.

Com esse modelo teórico, o Brasil entregou nas mãos do Supremo Tribunal Federal o controle da constitucionalidade, fazendo com que o poder Judiciário viesse a tomar a ponta sobre a questão, não sendo em absoluto aquilo que Kelsen planejava, pois este gostaria que o controle ora referido fosse efetivado por um Tribunal que não fosse parte de nenhum dos poderes, o que não se deu no Brasil que tem uma vivência e realidade de mundo totalmente distinta da de outros locais.

Assim, todo o direito constitucional brasileiro foi influenciado por essas concepções do legislador que preferiu Kelsen a Schmitt, reservando a pequena alteração no entendimento do autor ao entregar ao Judiciário esse dever e atribuições.

Nesse sentido percebe-se no Brasil a clara superação da ideia e teoria defendida por Carl Schmitt de que o guardião da Constituição deveria ser o chefe do Estado, sendo amplamente aplicada a teoria de Kelsen onde um Tribunal foi criado, mas que, diferente do que apregoava Kelsen, entregou o controle da constitucionalidade e, naturalmente, a guarda da Constituição ao Poder Judiciário.

#### **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Tão instigante quanto complexa, no âmbito do Direito Constitucional, é a questão da legitimidade democrática do sistema de controle de constitucionalidade das leis, chamado de jurisdição constitucional. Afinal, como pode um corpo reduzido de magistrados declararem inválidas as leis editadas pelos representantes do povo, sem ferir o princípio democrático?

A questão do controle de constitucionalidade pressupõe o estudo de quem seria o verdadeiro guardião da Constituição, isto é, aquele responsável pela análise de sua eventual violação pela edição de leis e atos normativos. Com base no caráter contramajoritário da jurisdição constitucional, Carl Schmitt defendia que o controle judicial abstrato das leis pelas Supremas Cortes guardaria grave tensão com a democracia, eis que atribuído a um reduzido número de indivíduos. Percebe-se que Schmitt procurava opor o político ao jurisdicional, como o exercício do poder em face o exercício do direito.

Por outro lado, Hans Kelsen defendia a existência de um Tribunal Constitucional que assumiria a função de guardião da Constituição. Para o autor, o legislador autorizaria o juiz a utilizar uma espécie de poder legiferante, permitindo que os magistrados criassem o direito dentro de limites. Dessa forma, o judiciário exerceria uma função política, diferenciando-se do legislativo apenas quantitativamente, não qualitativamente.

Da disputa existente entre Kelsen e Schmitt elementos importantes foram obtidos, lembrando que a tese de Kelsen foi a adotada pelo Brasil, atribuindo ao Supremo Tribunal Federal, a Corte Constitucional do Brasil, o poder de dizer o que seja ou não (in)constitucional, elementos que serviram de base para formulação do modelo de jurisdição constitucional e especificamente do controle de constitucionalidade, onde normas de menor hierarquia são debatidas frente a Carta Política, gerando um maior sentimento de segurança constitucional.

## **REFERÊNCIAS**

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004.

ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. São Paulo: Perspectiva, 2007.

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

\_\_\_\_\_. **Quién Debe ser el Defensor de la Constitución?** Madrid: Tecnos, 1995.

\_\_\_\_\_. **Teoria geral do direito e do estado**. São Paulo: Martins Fontes; Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1990.

\_\_\_\_\_. **Teoria pura do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LORENZETTO, Bruno Meneses. **O debate entre Kelsen e Schmitt sobre o guardião da constituição.** Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

MARRAMAIO, Giacomo. **Poder e Secularização: as categorias do tempo.** São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1995.

SCHMITT, Carl. **La Defensa de la Constitución.** Madrid: Tecnos, 1998.

\_\_\_\_\_. **O conceito do 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, 1992.