

FACULDADE DE DIREITO UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
DEPARTAMENTO DE FILOSOFIA E TEORIA GERAL DO DIREITO

ANDRE EGIDIO LAUNIKAS
Nº USP 11264600

QUEM DEVE SER O GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO?:

Um embate teórico entre Hans Kelsen e Carl Schmitt

São Paulo,
2023

FACULDADE DE DIREITO UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
DEPARTAMENTO DE FILOSOFIA E TEORIA GERAL DO DIREITO

QUEM DEVE SER O GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO?:

Um embate teórico entre Hans Kelsen e Carl Schmitt

Tese de Láurea, apresentada ao Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito (“DFD”) da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (“FDUSP”), como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador: Ronaldo Porto Macedo Júnior

Andre Egidio Launikas

Nº USP 11264600

São Paulo,

2023

Nome: LAUNIKAS, Andre Egidio

Título: Quem deve ser o Guardião da Constituição?: um embate teórico entre Hans Kelsen e Carl Schmitt

Tese de Láurea, apresentada ao Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito (“DFD”) da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (“FDUSP”), como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador: Professor Ronaldo Porto Macedo Júnior

Local de Aprovação: _____

Data de Aprovação: _____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Ronaldo Porto Macedo Júnior

Instituição: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Prof.(a): _____

Instituição: _____

AGRADECIMENTOS

Nunca é fácil realizar agradecimentos, pois às vezes perdemos a dimensão exata do quanto certas pessoas foram importantes para nossa jornada. As palavras não são suficientes para expressar o agradecimento e o carinho que sinto por todos aqueles que me ajudaram de qualquer forma a chegar no meu último ano da faculdade de direito.

Feito essa breve consideração, é impossível não começar agradecendo meu pai Rogério e principalmente minha mãe Geovania, que foi provavelmente a pessoa que mais se sacrificou para hoje eu estar onde estou. Aos meus pais espero retribuir todo esforço e carinho despendido em mim na mesma proporção ao longo dos próximos anos que virão. Também agradeço meu irmão Artur pela companhia nesses cinco anos de USP que podemos compartilhar juntos, ele na EACH e eu no Largo de São Francisco.

Agradeço a minha namorada a Giovanna, que me acompanha desde o ensino médio e foi a pessoa com quem escolhi compartilhar não só os momentos de faculdade, mas minha vida inteira. A Giovanna com certeza foi a pessoa mais resiliente, amorosa, e atenciosa comigo nos últimos estágios da minha vida acadêmica e profissional, algo que tenho certeza de que não vou conseguir retribuir da mesma forma e proporção. Tenho certeza de que a Escola Paulista de Medicina está formando uma das melhores, mais dedicadas, e resilientes médicas de todos os tempos, e que o sucesso já está garantido.

Agradeço aos meus amigos que tenho comigo desde o jardim de infância do Colégio Santa Lúcia Filippini e que me acompanham até os dias atuais. Sem eles os momentos de descontração e amizade não seriam os mesmos, e alguns se tornariam mais pesados. Também agradeço os amigos que fiz ao longo dos cinco anos de Arcadas, que me ajudaram e compartilharam momentos muito felizes e tristes, mas sempre com disposição de me ajudar e estar comigo em qualquer um deles.

Por último, e não menos importante, agradeço ao meu mestre, o professor Ronaldo Porto Macedo Júnior, que aceitou meu projeto, além de me inspirar a escrevê-lo com sua tese de mestrado. Além disso, preciso deixar registrado que foram suas aulas de Filosofia de Direito II, infelizmente no meio da pandemia, o momento que consegui encontrar um tópico de estudo pelo qual realmente me identifiquei. Ao professor só tenho de agradecer e pedir que continue

com sua metodologia de aulas, visto que seus seminários e aulas são um momento enriquecedor na vida de qualquer um.

A todos os outros que não foram citados aqui também agradeço, visto que em uma jornada de cinco anos é impossível transmitir meu agradecimento individualmente a cada um que fez parte dela.

Muito obrigado e muito feliz de ter compartilhado minha história com todos vocês.

Resumo

LAUNIKAS, Andre Egidio. **Quem Deve Ser o Guardião Da Constituição?: um embate teórico entre Hans Kelsen e Carl Schmitt**. Tese de Láurea (Bacharelado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023.

Este trabalho pretende analisar de forma substancial o debate travado entre Hans Kelsen e Carl Schmitt sobre quem deverá ser o verdadeiro Guardião da Constituição e os motivos pelos quais tais autores trocaram críticas e análises recíprocas em suas teorias sobre a temática. O trabalho considerará as razões pelas quais Schmitt considera o Führer como legitimado a defender a Constituição, além dos motivos pelos quais Kelsen irá defender o Tribunal Constitucional como o real Guardião da Constituição.

Assim, os principais argumentos dos autores serão trazidos com base em seus textos escritos no século XX, junto com obras e artigos mais recentes que também analisaram o icônico debate, para no final do trabalho ponderar todos os argumentos apresentados e chegar à conclusão de quem é o real Guardião da Constituição, e se houve de fato algum vencedor nesta emblemática disputa no campo da filosofia do direito e do direito público.

Palavras-chave: 1. Filosofia do Direito. 2. Constituição. 3. Guardião da Constituição. 4. Schmitt. 5. Kelsen. 6. Tribunal Constitucional. 7. Führer.

ABSTRACT

LAUNIKAS, Andre Egidio. **Who Should Be the Guardian of the Constitution?: a theoretical clash between Hans Kelsen and Carl Schmitt**. End of Course Thesis (Bachelor of Laws). Law School, University of São Paulo, São Paulo, 2023.

This paper intends to substantially analyze the debate between Hans Kelsen and Carl Schmitt on who should be the real Guardian of the Constitution and the reasons why the authors exchanged criticism and reciprocal analysis in their theories on the subject. The paper will consider the reasons why Schmitt considers the Führer as legitimized to defend the Constitution, in addition to the reasons why Kelsen will defend the Constitutional Court as the real Guardian of the Constitution.

Thus, the main arguments of the authors will be brought based on their texts written in the 20th century, together with more recent works and articles that also analyzed the iconic debate, in order to, at the end of the work, ponder all the arguments presented and reach the conclusion of who is the real Guardian of the Constitution, and if there was in fact any winner in this emblematic dispute in the field of philosophy of law and public law.

Key-Words: 1. Philosophy of Law. 2. Constitution. 3. Guardian of the Constitution 4. Schmitt. 5. Kelsen. 6. Constitutional Court. 7. Führer.

Sumário

1.	Introdução	9
2.	Carl Schmitt e o Guardião da Constituição	11
2.1.	A Negativa do Parlamento como Guardião da Constituição	15
2.2.	A Negativa do Tribunal Constitucional como Guardião da Constituição.	21
2.3.	O Führer como o Guardião da Constituição	26
3.	Hans Kelsen e o Guardião da Constituição	33
3.1.	O Tribunal Constitucional como Guardião da Constituição.....	37
3.2.	A Resposta de Kelsen para Schmitt.....	41
3.2.1.	A Resposta em Relação à Consideração do Führer como Detentor de um Poder Neutro	42
3.2.2.	A Resposta em Relação às Críticas sobre a Questão dos Tribunais como Guardião da Constituição	44
3.2.3.	A Resposta em Relação à Questão do Führer como Guardião da Constituição.	47
4.	Outros Aspectos Relacionados ao Debate Kelsen x Schmitt	52
4.1.	Schmitt e suas Relações com os Regimes Ditatoriais.....	52
4.2.	Kelsen e o Problema do Ativismo Judiciário.....	57
5.	Quem deve ser o Guardião da Constituição?.....	62
6.	Conclusão	68
7.	Referências Bibliográficas.....	69

1. Introdução

O debate entre Carl Schmitt (“**Schmitt**”) e Hans Kelsen (“**Kelsen**”) protagonizado durante o século XX foi um dos mais clássicos na formação e na construção do direito, e em especial no ramo do direito público e da filosofia do direito. Este embate será o objeto do presente trabalho, que terá como recorte principal o questionamento de quem deverá ser o guardião da constituição (“**Guardião da Constituição**”¹), na visão desses autores.

Esse recorte específico é importante, tendo em vista que tanto Kelsen como Schmitt foram autores contemporâneos entre si, logo, é possível retirar de seus textos críticas e comentários recíprocos entre as teorias dos dois autores, sendo esse o principal objeto do presente trabalho. Dessa forma, se propõe a analisar e retirar dos textos clássicos de Schmitt e Kelsen suas concepções sobre quem deverá ser o Guardião da Constituição, além dos motivos pelos quais as partes contrárias pecam em seus pensamentos, segundo esses próprios autores e visões mais atuais do debate.

A discussão apresentada é uma discussão clássica e com diversos pontos já analisados, debatidos e estudados ao longo de quase um século de disputas sobre as motivações e necessidades de estabelecer um Guardião da Constituição. O tema se torna mais caro no momento contemporâneo dos autores, visto que o mundo passava por uma rápida transformação política e social, em virtude da transição dos regimes monárquicos constitucionais para o estabelecimento de democracias constitucionais, além da ascensão do liberalismo, junto com a crise de 1929. Os autores no debate enfrentado então estão preocupados em definir um projeto que gere estabilidade e segurança para as constituições que estão surgindo na Europa ocidental e tentam estabelecer parâmetros claros de sua defesa, em um plano de fundo complexo envolvendo transições políticas e crises mundiais.

Além de se utilizar dos textos clássicos, o trabalho também fará a reconstituição de pontos mais modernos da discussão travada sobre Kelsen e Schmitt, de modo a trazer perspectivas históricas e filosóficas que vão para além do século XX. Ao final do trabalho, com o conjunto

¹ O termo Guardião da Constituição será utilizado no presente trabalho como termo amplo para definir tanto o Guardião da Constituição sob a perspectiva de Hans Kelsen quanto de Carl Schmitt.

de todos os argumentos expostos, se definirá quem tem razão no clássico debate histórico, ou até mesmo definir os pontos que cada autor falhou ou acertou.

Ademais, é importante ressaltar que o trabalho focará nas concepções de Guardião da Constituição dos autores, contudo também explorará os temas subsidiários a discussão que são necessários para entender o racional por trás de cada autor, como o conceito de constituição (“**Constituição**”²), o conceito de povo, o conceito de democracia, e demais conceitos correlatos que ajudarão a entender o embate travado.

Nesse contexto, o certame que será apresentado tentará definir os motivos pelos quais Schmitt acreditava que o Führer deveria ser o Guardião da Constituição e negava qualquer interferência do judiciário (“**Judiciário**”³) e/ou do legislativo (“**Legislativo**”⁴) nesse papel. Em contrapartida Kelsen abordará os motivos e as razões pelas quais defende um tribunal constitucional (“**Tribunal Constitucional**” ou “**Corte Constitucional**”⁵) como Guardião da Constituição e suas críticas a posição de um chefe de estado nesta posição e sua concordância com Schmitt na problemática de considerar o Legislativo como protetor constitucional.

Dessa forma, o trabalho será dividido em quatro grandes blocos com divisões internas. No primeiro bloco, será analisada a teoria de Carl Schmitt, sua posição em relação ao Guardião da Constituição e os motivos pelos quais o autor enxerga problemático a intervenção do Judiciário e do parlamento (“**Parlamento**”⁶) nas questões constitucionais. O segundo grande bloco passará a analisar a posição de Kelsen sobre a questão do Guardião da Constituição, bem como os motivos pelos quais ele enxerga que Schmitt teria errado em sua teoria disposta no primeiro bloco. O terceiro bloco buscará trazer uma perspectiva mais moderna do embate entre Schmitt e Kelsen, definindo pontos que os autores não trouxeram na discussão travada no século XX e se utilizando de experiências ocorridas ao redor da história constitucional sobre o tema. Por fim, no último bloco, o trabalho definirá os pontos altos e baixos de cada autor para estabelecer

² O termo Constituição será utilizado no presente trabalho como termo amplo para se referir a carta magna de maneira geral, não se referindo a nenhuma constituição específica.

³ O termo Judiciário será utilizado no presente trabalho como termo amplo para definir o poder judiciário no contexto da repartição dos três poderes.

⁴ O termo Legislativo será utilizado no presente trabalho como termo amplo para definir o poder legislativo no contexto da repartição dos três poderes.

⁵ O termo Tribunal Constitucional ou Corte Constitucional será utilizado no presente trabalho como termo amplo para definir tribunal especial para lidar com questões constitucionais separado da estrutura geral do Judiciário.

⁶ O termo Parlamento será utilizado no presente trabalho como termo amplo para se referir a estrutura do poder legislativo, sendo o termo utilizado por Kelsen e Schmitt para se referirem a esfera legislativa.

quem tem razão nesse embate clássico, ou, ainda, se nenhum dos dois autores teve razão em seus apontamentos.

2. Carl Schmitt e o Guardião da Constituição

Carl Schmitt foi um dos mais notáveis teóricos do direito do século XX. Nascido e residente na Alemanha, o autor foi um dos mais importantes, se não o mais importante, pensador da corrente do decisionismo jurídico⁷, corrente essa que influenciou diretamente suas concepções sobre o que é a Constituição, e quem deveria ser seu Guardião.

O decisionismo jurídico é inteiramente ligado ao conceito de soberania, sendo possível ver ao longo do trabalho de Schmitt os seus traços decisionistas, pois para o autor pode-se encontrar o fundamento jurídico de todos e quaisquer atos jurídicos em uma decisão soberana, e não em regras jurídicas, logo, a decisão de um soberano, como um monarca, terá maior legitimidade que uma lei qualquer.⁸ Esse importante conceito será fundamental para entender o que vem a ser o Guardião da Constituição para Schmitt.

Schmitt, desde muito cedo, apresentou uma finalidade moral para o Estado em uma posição contrária ao individualismo posto no Estado liberal, posição está muito diferente da encontrada nas obras de Kelsen, e seu positivismo jurídico, que vinham ganhando força na Europa ocidental.⁹

É importante notar que no período que Schmitt passou a desenvolver sua maturidade intelectual, momento este que passou a escrever suas obras mais importantes, o mundo ocidental, principalmente a Europa, passava por uma intensa transformação e instabilidade política e financeira após a crise global que veio atacar o mundo após 1929.¹⁰ Nesse contexto,

⁷ Sobre o decisionismo jurídico em Schmitt: “Carl Schmitt operou uma mudança de compreensão fenomênica do direito: ultrapassou-se uma barreira formal, meramente normativa, para se chegar a um núcleo decisional, que concentra o poder enquanto ato originário de seguir a regra ou de rompê-la, criando a exceção. O direito passa a ser tomado, a partir daí como sendo um fenômeno distinto daqueles previstos pelo caminho jus positivista. A compreensão do direito não está limitada às normas jurídicas: ela se situa no êxito de gravidade do poder.” (MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do Direito*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2021. p 361.)

⁸ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a Fundamentação do Direito*. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 33.

⁹ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a Fundamentação do Direito*. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 22.

¹⁰ HERRERA, Carlos Miguel. La polemica Schmitt - Kelsen sobre el guardian de la constitución. *Revista de Estudios Politicos*, Madri, n. 86, p. 195-227, jun., 1992, p. 195.

o mundo começa a ver se encerrando o ciclo de paz iniciado após a primeira Guerra Mundial e a entrada de um novo contexto de crise política e econômica, tal fato é mais acentuado em uma Alemanha que ainda vinha se recuperando dos efeitos da primeira Guerra Mundial e do Tratado de Versalhes.

Ainda é peculiar na biografia do autor Alemão sua filiação ao partido nazista e sua relação com o Partido Nacional-Socialista alemão. Todavia, é importante salientar que Schmitt sempre desconfiou de Adolf Hitler, seus métodos, suas propostas e seus projetos para livrar a Alemanha de uma crise econômica e interromper o avanço do liberalismo.¹¹ Contudo, com a tomada do poder pelos nazistas ficava quase impossível a não filiação de Schmitt ao partido de Hitler, visto a pressão do próprio regime em sua filiação. Por isso existe o forte imaginário de que o autor teria sido um ferrenho nazista, porém tal afirmação não se mostra verdadeira pelos seus relatos bibliográficos e pelas próprias obras de Schmitt.

É nesse contexto político e social conturbado em que o mundo estava em plena disputa de correntes jurídicas, sociológicas e política, que Schmitt irá se posicionar sobre sua visão do que vinha ser uma Constituição e, o que mais interessa para este trabalho, quem deverá ser o Guardião da Constituição em situações de conflito sobre sua aplicação, interpretação e demais situações de disputa.

Desde logo é de se notar que o conceito de Constituição para Schmitt não se desvincula da corrente decisionista, de forma que a noção de Constituição para o autor se entrelaça com o próprio conceito de política e não de norma como feito por Kelsen¹². A Constituição para o jurista alemão é um conceito amplo que se define em dois espectros, o primeiro sendo Constituição como decisão política fundamental, ou seja, matérias atinentes à organização do Estado, exército, separação dos poderes, por exemplo. E o segundo, sendo a chamada Lei Constitucional, que cuida de temáticas não referentes a decisão política fundamental, sendo matérias secundárias.

¹¹ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Carl Schmitt e a Fundamentação do Direito. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1, p. 23.

¹² “Como já pode ter ficado claro por meio de suas críticas, o que Schmitt busca é uma instância, um lugar fora do texto legal ou das meras normas constitucionais particulares. Esse lugar distinto da mera norma, distinto no sentido de anterioridade e importância, é o que permite a Schmitt argumentar no sentido de um fundamento. Em outras palavras, como toda argumentação sobre fundamento, Schmitt busca uma assimetria. Como veremos, esse lugar assimétrico é dado pela ação da vontade do poder constituinte. Voltemos ao texto.” (BENJAMIN, Cássio Corrêa. O que é uma constituição? Decisionismo como estrutura em Carl Schmitt. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), v. 111, p. 203-224, 2017, p. 212.)

Importante conceituar desde logo o que seria essa decisão política fundamental e sua relação com o decisionismo jurídico. Essa decisão nada mais é do que o ato proveniente do soberano a fim de organizar a realidade social, de modo que a Constituição é formada a partir de uma decisão soberana. Dessa forma, existe um ato político iniciando a Constituição, ato este que já previamente organizou e previu como seria a unidade social, sendo a Constituição apenas uma forma concretizar esse ato soberano. Nesse ponto, explica Schmitt:

“Es necesario hablar de la Constitución como de una unidad, y conservar entre tanto un sentido absoluto de Constitución. Al mismo tiempo, es preciso no desconocer la relatividade de las distintas leyes constitucionales. La distinción entre Constitución y ley constitucional es solo posible, sin embargo, porque la esencia de la Constitución no está contenida en una ley o en una norma. En el fondo de toda normación reside una decisión política del titular del poder constituyente, es decir, del Pueblo en la Democracia y del Monarca en la Monarquía auténtica.”¹³

Logo, a Constituição surge por um ato do poder constituinte que dará unidade política a uma sociedade, não existindo uma norma prévia que será base para criação da Constituição, mas literalmente será uma decisão de unidade política que criará a carta magna. Por isso, a Constituição nada mais é que a consequência de uma unidade política, conceito este que será fundamental para entender os motivos pelos quais se justifica o Guardião da Constituição sendo o Führer, pois somente ele conseguiria representar essa unidade política¹⁴.

A própria noção de povo na concepção de Schmitt é necessária para conceber seu conceito de Constituição, em vista que a Constituição nada mais é que uma decisão coletiva do povo. O povo, por sua vez, é caracterizado não por um grupo de humanos, mas sim pela aferição de relações políticas entre determinados sujeitos, de modo que esses passem a se reconhecer como povo.¹⁵ É nesta reunião política do povo que se cria a Constituição, ou seja, a Constituição de um Estado só pode surgir a partir de uma relação política entre determinados sujeitos.

¹³ SCHMITT, Carl. Teoría de la Constitución. Tradução de Francisco Ayala. 2ª ed., Madri: Alianza Editorial, 1996, p. 47.

¹⁴ BENJAMIN, Cássio Corrêa. O que é uma constituição? Decisionismo como estrutura em Carl Schmitt. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), v. 111, p. 203-224, 2017, p. 212-213.

¹⁵ Nesse sentido: “A homogeneidade se refere a uma característica existencial de um determinado grupo de indivíduos, o que o transforma num grupo político. A homogeneidade é aquilo que faz com que um povo se distinga de outros. Por isso, segundo Schmitt, o conceito central de democracia é “povo” e não “humanidade”. Quanto mais homogêneo o povo, tanto mais ele possui condições de se reconhecer e de estabelecer relações essencialmente políticas, as quais se caracterizam como relações do tipo “amigo-inimigo”, por conseguinte, de manter afastado

Dessa forma, a relação entre o conceito de Constituição e o conceito de Guardião da Constituição não são desvinculados. Como será exposto no capítulo “*O Führer como o Guardião da Constituição*”, o Guardião da Constituição para Schmitt deverá ser o Führer, pois este seria o único sujeito neutro e que conseguiria de fato representar essa noção de unidade e vontade popular que é essencial em seu conceito de Constituição.

É importante ressaltar nessa breve introdução sobre o pensamento constitucional de Schmitt o fato de que muitos de seus conceitos conseguem ser aplicados em qualquer contexto constitucional, contudo grande parte da sua teoria advém da Constituição de Weimar de 1919, limitando sua aplicação à constituição alemã. Schmitt irá entender que a própria Constituição de Weimar, em seu art. 48¹⁶, teria incumbido ao Führer a missão de ser o Guardião da Constituição, por ser o único representante possível da totalidade estatal:

“Consoante o presente conteúdo da Constituição de Weimar, já existe um guardião da Constituição, a saber, o Presidente do Reich. Tanto o elemento relativamente estático e permanente (eleição por 7 anos, difícil revogabilidade, independência de maiorias parlamentares alternantes), quanto o tipo de seus poderes (as competências segundo os artigos 45 e 46 da Constituição, dissolução do parlamento do Reich segundo o artigo 25 e instituição de plebiscito segundo o artigo 73 da Constituição, assinatura e promulgação de leis segundo o artigo 70, execução pelo Reich e proteção da Constituição segundo o artigo 48) têm o objetivo de criar um órgão político-partidariamente neutro devido a sua relação direta com a totalidade estatal, o qual, como tal, é o defensor e guardião da situação constitucional e do funcionamento constitucional das supremas instâncias jurídicas e, em caso de necessidade, está dotado de poderes eficientes para uma proteção efetiva da Constituição.”¹⁷

tudo aquilo que possa comprometer a integridade de sua homogeneidade”. (KLEIN, Joel Thiago. A teoria da democracia de Carl Schmitt. Princípios (UFRN. Impresso), v. 16, p. 139-156, 2009, p. 141.)

¹⁶ Article 48 of The Constitution of the German Reich: “If a Land fails to fulfil the duties incumbent upon it according to the Constitution or the laws of the Reich, the Reich President can force it to do so with the help of the armed forces. The Reich President may, if the public safety and order in the German Reich are considerably disturbed or endangered, take such measures as are necessary to restore public safety and order. If necessary he may intervene with the help of the armed forces. For this purpose he may temporarily suspend, either partially or wholly, the Fundamental Rights established in Articles 114, 115, 117, 118, 123, 124 and 153. The Reich President shall inform the Reichstag without delay of all measures taken under Paragraph 1 or Paragraph 2 of this Article. On demand by the Reichstag the measures shall be repealed. In case of imminent danger the government of any Land may take preliminary measures of the nature described in Paragraph 2 for its own territory. The measures are to be revoked upon the demand of the Reich President or the Reichstag. Details will be regulated by a Reich law.” (The Constitution of the German Reich, August 11, 1919, Translation of Document, Office of U.S. Chief of Counsel, disponível em: <https://digital.library.cornell.edu/catalog/nur01840>.)

¹⁷ SCHMITT, Carl. O Guardião da Constituição. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 45.

Dessa forma, é possível notar desde já como a teoria elaborada por Schmitt terá como base principalmente a experiência alemã, ao contrário de Kelsen, que em sua resposta a teoria de Schmitt tentará construir um conceito de Guardião da Constituição que servirá para todas as realidades, mesmo que sua real aplicabilidade na época se restringia a Áustria.

Após essa breve introdução sobre o pensamento de Carl Schmitt e seus principais aspectos sobre a Constituição, será abordado mais detalhadamente os fundamentos pelos quais o chefe de Estado deverá ser considerado como o Guardião da Constituição, além de esclarecer os motivos e as razões pelas quais o Judiciário e o Legislativo não poderão exercer este importante papel na estrutura do Estado.

2.1. A Negativa do Parlamento como Guardião da Constituição

Schmitt tem como um dos seus principais pontos de interesse o combate à ascensão do liberalismo advindo no século XIX, em que para o autor a neutralidade do Estado Liberal, como consequência a maior autonomia do indivíduo, separaria cada vez mais o Estado e a sociedade¹⁸. É neste cenário de crescimento do liberalismo no Estado alemão que surgiria um Parlamento cada vez mais plural, formado por grupos diversos entre si, ou seja, um Parlamento que buscava principalmente a coalizão de interesses para determinados grupos sociais, econômicos e políticos, e não necessariamente para projeção de toda a Alemanha.

O Parlamento seria um problema em vários sentidos para o controle constitucional, principalmente na baliza de representação dos interesses coletivos do Estado alemão. O Legislativo para Schmitt nada mais era que uma instituição de diversos interesses plurais, em que órgão buscava garantir alguma vantagem para determinada parcela da população, dessa forma, o autor se mostrava um grande crítico da instituição, pois no final do dia, o Parlamento nunca teria como objeto principal a unidade do povo alemão e a valorização da Constituição alemã. Dessa forma, Schmitt esclarece, logo na introdução do seu livro “*O Guardião da Constituição*”, que deveria surgir uma proteção contra a arbitrariedade do Parlamento:

¹⁸ BERCOVICI, Gilberto. Carl Schmitt, o Estado Total e o Guardião da Constituição. Revista Brasileira de Direito Constitucional, São Paulo, v. 1, p. 195-201, 2003, p. 196.

“No todo, a forma hoje comum de tratamento dessa difícil questão constitucional continua sendo fortemente influenciada pela tendência dos "juristas da justiça" para transferir a solução de todos os problemas simplesmente para um processo judicial e desconsiderar por completo a diferença fundamental entre uma decisão processual e a decisão de dúvidas e divergências de opinião sobre o conteúdo de uma determinação constitucional. Sentia-se, sobretudo, a necessidade de uma proteção perante o legislador, ou seja, o parlamento e, conseqüentemente, limitava-se o problema da proteção constitucional arbitrariamente ao problema da proteção contra leis e decretos anticonstitucionais [...].”¹⁹

Este ponto de união do povo com o Estado, como se toda sociedade tivesse alguns interesses em comum, é de extrema importância na estruturação do conceito de Guardiã da Constituição para Schmitt, pois caso o contrário, se não houvesse esse ponto de união entre a população e o próprio Estado, a Constituição e o Estado seriam apenas um acordo contínuo, com características de um contrato privado²⁰.

Schmitt acreditava que o mundo estava passando por um momento de transição na organização de poder, e tais mudanças deveriam ser refletidas no controle da aplicação das normas constitucionais²¹. No século XVIII, o governante era o principal polo de atenção contra seus abusos de poder, enquanto no século XX o foco estava sobre o Parlamento²². Ainda haveria outra problemática na questão da Constituição e na definição de seu guardião, visto que muitas das constituições continham, segundo Schmitt, aspectos remanescentes das monarquias constitucionais, apresentando lógica inversa da atual, ou seja, a Constituição seria um contrato do povo, representado pelo Parlamento e um príncipe. No século XX, essa concepção não

¹⁹ SCHMITT, Carl. O Guardiã da Constituição. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 05.

²⁰ “Mas se o Estado não fosse nada mais do que esse sistema pluralista, ele seria, então, de fato, apenas um acordo contínuo, sua Constituição seria um contrato entre os complexos sociais de poder que formam o sistema pluralista e repousaria na expressão *pacta sunt servanda*, e assim as partes vinculadas pelo contrato conservariam em suas mãos a sua obra [...]” (SCHMITT, Carl. O guardião da Constituição. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 208.)

²¹ HERRERA, Carlos Miguel. La polemica Schmitt - Kelsen sobre el guardian de la constitución. Revista de Estudios Politicos, Madri, n. 86, p. 195-227, jun., 1992, p. 209.

²² BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Controle Concentrado de Constitucionalidade: o Guardiã da Constituição no embate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 164, p. 87-103, 2004, p. 91.

poderia ser mais verdadeira, visto que o Parlamento passou a representar grupos de coalizão, e o chefe de Estado seria o real representante popular na concepção do jurista.²³

Nesse contexto, o autor classificou os Estados por meio da função estatal dominante, e no caso do século XX a função predominante seria a legislativa, assim não podendo o Parlamento ser o Guardião da Constituição, pois caso isso ocorresse haveria um desequilíbrio entre os poderes, e por consequência uma preponderância do Legislativo em relação ao demais poderes:

“Así, de acuerdo con Schmitt, los Estados pueden ser clasificados, de acuerdo a la función estatal que predomina en ellos, en tres tipos: Estado legislativo, Estado ejecutivo y Estado de jurisdicción. Si bien no existen formas puras, cada Estado histórico presenta una forma preponderante. El Estado medieval es un Estado de jurisdicción, y la doctrina anglosajona es su expresión teórico-conceptual, el Estado absolutista es un Estado ejecutivo y el Estado liberal del siglo xix es un Estado legislativo.”²⁴

É importante introduzir essas concepções iniciais sobre o Parlamento na visão de Schmitt pois elas serão a base para entender o motivo pelo qual o Legislativo, segundo o jurista, não poderia atuar como Guardião da Constituição. Novamente, o primeiro receio de Schmitt com o Parlamento é o fato de o órgão não conseguir associar de forma satisfatória o interesse comum da sociedade e do Estado quando estes forem confrontados pela infração da Constituição, seja em uma lei ordinária, seja em atos dos governantes, visto que por trás das decisões parlamentares sempre haverá algum ponto de interesse de parcelas sociais e não do coletivo.

Além do racional do mundo estar transacionando para um Estado chamado de legislativo, pela maior relevância do Parlamento em comparação aos demais poderes, existe também outro ponto para Schmitt que deverá ser levado em consideração para negativa tanto do Parlamento quanto do Judiciário para serem o Guardião da Constituição. O Parlamento, com a transição da monarquia para democracia, abandonava sua antiga neutralidade, em que protegia os interesses de toda população, para passar a intervir em todas as áreas sociais, ou seja, o Legislativo passa

²³ HERRERA, Carlos Miguel. La polemica Schmitt - Kelsen sobre el guardian de la constitución. Revista de Estudios Politicos, Madri, n. 86, p. 195-227, jun., 1992, p. 210.

²⁴ HERRERA, Carlos Miguel. La polemica Schmitt - Kelsen sobre el guardian de la constitución. Revista de Estudios Politicos, Madri, n. 86, p. 195-227, jun., 1992, p. 210.

a agir de acordo com seu interesse ao invés do interesse coletivo, e tal premissa é contada no conteúdo das leis aprovadas.²⁵ Nesse contexto é que surge a necessidade e o clamor para garantias contra o legislador, visto que ao editar leis que iriam ser utilizadas como balizas para decisão do Judiciário, e também de certa forma para o chefe de Estado, ficaria nítido a problemática de conferir ainda mais um poder ao legislador, dessa vez de guardar os valores constitucionais, pois seria quebrado o equilíbrio entre os poderes. Esse inclusive era o posicionamento de outros autores da época, que dispunham que o Parlamento vinha roubando aos poucos a principal característica da Constituição: sua união da população e seu caráter político.²⁶

Dessa forma, tem-se a preocupação de Schmitt com o Parlamento, pois ao seu ver essa instituição passava por uma transição muito perigosa, na qual acumulava mais poder diante do Judiciário e do Executivo, além de não tem mais sua preocupação inicial, que era de proteger a população em geral, e não só grupos específicos.

Além desse aspecto de equilíbrio entre os poderes, é necessário trabalhar um pouco melhor a questão do pluralismo político na visão do autor. O pluralismo comumente se alia à concepção de democracia, contudo, para Schmitt a democracia era sinônimo de homogeneidade, isso significa dizer que a democracia é a existência de uma série de pessoas com objetivos políticos semelhantes e que juntas formam um grupo político, sendo também um pilar de aplicação de sua teoria *amigo-inimigo*.²⁷ Nesse sentido, a democracia só seria possível em uma sociedade homogênea, na qual os indivíduos se identificam politicamente, de modo que a democracia se trata muito mais de um conceito qualitativo do que quantitativo. Todavia, obviamente, Schmitt entendia e conseguia conceber certo grau de heterogeneidade entre os indivíduos, todavia, em uma situação de guerra, por exemplo, aquele determinado povo saberia quem é o verdadeiro

²⁵ 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.

²⁶ Nesse sentido Maurizio Fioravanti em sua obra "*Constitución: de la antigüedad a nuestros días*." irá destacar que não só Schmitt tinha medo do Parlamentarismo acabar com a Constituição e sua característica de povo unitário, como pode ser visto: "Schmitt piensa que los dos grandes filones dominantes en el siglo XIX, el estatal alemán y el parlamentario inglés, habían robado a las constituciones su contenido político, eliminando desde la raíz la referencia al pueblo soberano, al poder constituyente, al principio democrático. Y piensa también que en esta situación terminaba, antes o después, por perder completamente el significado unitario de la constitución, que, sin la necesaria conexión con el principio político democrático, antes o después se habría desmembrado en una serie de leyes constitucionales distintas más o menos reforzadas en el plano formal y, así, más o menos difíciles libremente." (FIORAVANTI, Maurizio. Constitución: de la antigüedad a nuestros días. Madrid: Trotta, 1999, p. 152.)

²⁷ KLEIN, Joel Thiago. A teoria da democracia de Carl Schmitt. Princípios (UFRN. Impreso), v. 16, p. 139-156, 2009. p. 141.

inimigo e quem seria o amigo²⁸, dessa forma o comunismo ou o fascismo não eram vistos como ameaça à democracia para Schmitt, mas o parlamentarismo liberal sim, visto que nos dois regimes citados haveria ainda a homogeneidade popular.

O parlamentarismo pluralista podia ser entendido como um risco, pois formava verdadeiras “*constelações sociais*” e “*complexos de poder*”, que acabavam trazendo uma fragmentação do Estado alemão ao invés de uma democracia homogênea.²⁹ Além disso, esse sistema plural colocaria em risco a própria Constituição, pois sua interpretação, sua atuação e sua aplicação ficariam dependentes de qual grupo parlamentar estaria analisando o ponto questionado da Constituição, nesse sentido Schmitt:

“A Constituição vigente do Reich persevera na ideia democrática da unidade homogênea e indivisível de todo o povo alemão, o qual se outorgou uma Constituição por meio de seu poder constituinte e por meio de uma decisão política positiva, ou seja, por intermédio de ato unilateral. Com isso, todas as interpretações e aplicações da Constituição de Weimar que se esforçam em fazer dela um contrato, um acordo ou algo semelhante, são solenemente rejeitadas como violações do espírito da Constituição.” [...] “O desenvolvimento de alguns grupos sociais, partidos políticos, associações de interesses e outras organizações conduz a complexos solidamente organizados com burocracias próprias e todo um sistema de organizações de ajuda e apoio transpor as fronteiras estaduais, difundindo-se no Reich alemão, e apodere-se da volição estatal, assim como das posições públicas de poder no Reich, nos Estados e nas corporações autônomas.”³⁰

Nesse aspecto, as tais “*constelações sociais*” não são vistas como algo positivo para a política do Reich, dado que iam de confronto com a própria Constituição, pois como explorado acima, o conceito de Constituição para o autor é homogeneidade. Sendo assim, tendo o Parlamento como Guardião da Constituição, a carta magna torna-se apenas um compromisso entre interesses sociais que se adequam e mudam de acordo com a transição do Legislativo,

²⁸ Nesse sentido: “Dessa forma, a democracia seria possível apenas onde existe um povo homogêneo como uma realidade concreta, pois apenas nesse caso dominadores e dominados, governantes e governados se identificam. Não há a suposição de que os primeiros possuam qualidades distintivas que lhes atribuam mérito ou uma superioridade natural para governar. Nem o fato de alguns indivíduos assumirem cargos de comando os transforma em algo essencialmente diferente do povo. Nesse sentido, surge a expressão de que “a democracia é a dominação do povo sobre si mesmo”. (KLEIN, Joel Thiago. A teoria da democracia de Carl Schmitt. Princípios (UFRN. Impresso), v. 16, p. 139-156, 2009. p. 142.)

²⁹ 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. 92.

³⁰ SCHMITT, Carl. O Guardião da Constituição. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 91-92.

nesse cenário não havendo interpretações fixas e seguras de quais atos, leis, ou qualquer outra atividade que seria constitucional.³¹

Cabe por último notar dois problemas relacionados ao Parlamento que chamam a atenção de Schmitt e são empecilhos para colocar o legislativo como Guardião da Constituição. O primeiro é que diante da necessidade de garantir a aplicação da Constituição, seria extremamente complexo haver entre todos os grupos do Parlamento o encontro de um denominador comum de forma rápida e eficiente a fim de proteger a Constituição³². O segundo problema é que deixando as decisões de constitucionalidade para o Parlamento, e por consequência para os grupos de interesse, haveria dificuldade em proteção às minorias, visto que como já demonstrado e exposto anteriormente, a democracia pluralista é feita por grupos com objetivos diversos, e estes grupos em regra representam a maioria da população ou grupos mais poderosos. Por lógica, as decisões do Parlamento terão sempre um viés egoísta, assim podendo prejudicar uma minoria frágil e sem voz, o que seria suprido pelo chefe de Estado sendo o Guardião da Constituição, como será exposto a seguir.

Dessa forma, conclui-se que Schmitt tem em sua teoria um pessimismo bastante acentuado no que diz respeito ao Parlamento de sua época fazer o controle constitucional dos atos e normas do governo. Sua principal preocupação é a divisão de poder, por entender que o século XX era um período de maior acentuação do Legislativo em relação aos demais poderes. Este será o principal ponto da sua crítica, visto que Schmitt acreditava em uma homogeneidade da nação, sendo a Constituição não um contrato, mais uma expressão de toda uma população e seus interesses, por isso o medo do autor em deixar tal instituição, que segundo ele era pluralista, interpretar e guardar a Constituição.

³¹ 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. 92.

³² MAIA, Paulo Sávio Peixoto. O guardião da Constituição na polêmica Kelsen-Schmitt: Rechtsstaat como referência semântica na memória de Weimar. Orientador: Cristiano Paixão Araújo Pinto. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2007, p. 161-162. Bastante ilustrativo também é o seguinte trecho da obra em referência: “A discussão liberal seria uma prova manifesta de um modo de pensar tipicamente conciliatório, incapaz, por isso, de gerar decisões. Por isso, se ao Parlamento é feita a pergunta “Cristo ou Barrabás?”, ela é respondida “com uma moção de adiamento ou com a instalação de uma comissão de inquérito.”” (MAIA, Paulo Sávio Peixoto. O guardião da Constituição na polêmica Kelsen-Schmitt: Rechtsstaat como referência semântica na memória de Weimar. Orientador: Cristiano Paixão Araújo Pinto. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2007, p. 162.)

2.2. A Negativa do Tribunal Constitucional como Guardiã da Constituição.

Cabe também analisar as razões pelas quais Carl Schmitt não consegue enxergar, diferentemente de Hans Kelsen, os motivos pelos quais um Tribunal Constitucional seria a melhor forma de controle constitucional.

Antes de tudo, cabe notar a visão de Schmitt sobre a Suprema Corte Norte - Americana, visto que foi comum o confronto de Schmitt com a experiência já consolidada nos Estados Unidos sobre um Tribunal Constitucional com o papel de Guardiã da Constituição.

O autor irá responder que a experiência americana deve ser analisada com pesares, pois a realidade dos Estados Unidos seria bem diferente da europeia, principalmente em relação ao controle difuso de constitucionalidade.³³ O ponto central para entender os motivos pelos quais o sistema de controle da constituição norte americano funcionaria pelo Judiciário, e a mesma experiência não poderia ser aplicada na Europa, seria o fato dos Estados Unidos submeter toda sua vida política ao controle dos tribunais ordinários, citando como principal exemplo o *leading case* *Madison v. Marbury*.³⁴ Nesse sentido Schmitt:

“Deve-se dizer basicamente que o direito de exame judicial, por si só, apenas toma os tribunais sentenciadores guardiões da Constituição em um Estado judicial que subordina a totalidade da vida pública ao controle dos tribunais ordinários e só quando, por Constituição, forem entendidos, sobretudo, os direitos fundamentais do Estado de Direito civil, liberdade pessoal e propriedade privada, os quais devem ser protegidos contra o Estado pelos tribunais ordinários, i.e. contra legislação, governo e administração.”³⁵

Nesse contexto, Schmitt aponta como defeito do controle de constitucionalidade realizado por um Tribunal Constitucional as decisões da Suprema Corte americana com conteúdo político que já acirraram conflitos raciais, misóginos, entre outras questões consideradas de cunho

³³ FURLAN, Fabio Ferreira. O guardião da Constituição: debate entre Carl Schmitt e Hans Kelsen. A&C. Revista de Direito Administrativo & Constitucional, v. 39, p. 127-146, 2010, p. 132-133.

³⁴ HERRERA, Carlos Miguel. La polemica Schmitt - Kelsen sobre el guardian de la constitución. Revista de Estudios Politicos, Madri, n. 86, p. 195-227, jun., 1992, p. 210.

³⁵ SCHMITT, Carl. O Guardiã da Constituição. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 22.

político e não jurídico pelo autor.³⁶ Todavia, como será explorado no capítulo “*A Resposta em Relação as Críticas sobre a questão dos Tribunais como Guardião da Constituição*”, Kelsen irá observar nessa permissibilidade com a Corte Americana uma verdadeira contradição da teoria formulada por Schmitt, visto que a realidade europeia não se diferencia nesse grau observado por Schmitt da realidade americana.³⁷

Dessa forma, já é possível identificar desde o início que Schmitt não é totalmente contrário ao controle constitucional por Tribunais Constitucionais, mas entende que ele só é possível em determinadas realidades. É importante salientar que, para conceituar para o controle de constitucionalidade o jurista alemão leva em conta a Constituição de Weimar, que continha dispositivos que permitam interpretar este controle pelo Führer ao invés dos Tribunais Constitucionais, podendo explicar a possível contradição indicada por Kelsen.³⁸

Ainda, Schmitt aborda muito abertamente em seu texto que declarar uma lei, um ato, ou qualquer outra ação constitucional ou inconstitucional não é uma questão meramente de interpretação e aplicação de normas, como ocorre com leis ordinárias, mas é uma decisão política, visto que a Constituição não é apenas uma norma superior, mas o Estado em si, uma representação do próprio povo.³⁹ Dessa forma, ao deixar a cargo de um tribunal fazer o papel

³⁶ FURLAN, Fabio Ferreira. O guardião da Constituição: debate entre Carl Schmitt e Hans Kelsen. A&C. Revista de Direito Administrativo & Constitucional, v. 39, p. 127-146, 2010, p. 133. Nesse sentido ainda: “De acordo com isso, deve-se lembrar, em algumas palavras, que o supremo tribunal dos Estados Unidos, por causa de sua interpretação autoritária de conceitos como propriedade, valor e liberdade, tem, como se disse, uma “posição única em toda a história mundial”, justamente em território econômico, que, por conseguinte, não pode ser simplesmente transferida às condições de um Estado continental europeu, condições estas de um tipo, política e socialmente, bem diferente.” (SCHMITT, Carl. O Guardião da Constituição. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 20.)

³⁷ KELSEN, Hans. Jurisdição constitucional. Tradução de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 249.

³⁸ PELEGRINO DA SILVA, Matheus. O debate sobre o Guardião da Constituição: a problemática da legitimidade democrática da decisão final quanto à constitucionalidade das normas. Revista Justiça do Direito, v. 33, p. 28-56, 2019, p. 41.

³⁹ PELEGRINO DA SILVA, Matheus. O debate sobre o Guardião da Constituição: a problemática da legitimidade democrática da decisão final quanto à constitucionalidade das normas. Revista Justiça do Direito, v. 33, p. 28-56, 2019, p. 42. Nesse sentido ainda: “As we will see, Schmitt's theory rests on three virtual, perhaps even exact, identities, between the people, the state, and the constitution. A constitution is no more than the more or less formalized expression of a particular state, and the state itself is no more than the institutionalized expression of the political collectivity of the people, an entity that is “existentially presente” in the special sense we will see Schmitt used. It is in deploying these identities that he attempted to make good his claim that the state of exception is amenable to juristic thought. As long as the ultimate basis of law exists in virtue of the existentially defined presence of the people, then the state of exception is amenable to juristic thought even though by definition it is a normative vacuum.” (DYZENHAUS, David. Legality and legitimacy. Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar. New York: Oxford University Press, 1997. p. 51-52.)

de Guardião da Constituição e definir propriamente o que é constitucional ou não, ele passará a agir como legislador e necessariamente com uma função política.⁴⁰

Schmitt acredita que o controle da constitucionalidade das leis não seria apenas uma mera atividade interpretativa como ocorre com as normas ordinárias, mas é uma escolha que afetaria todo o Estado, visto que as noções de Estado, povo e Constituição se misturam, logo esta escolhas em situações de dúvidas constitucionais é uma decisão de cunho político, uma decisão pura, que não é função do Judiciário, visto que este estaria agindo como legislador, e como já dito, ser legislador é exercer uma função política, que não incube ao magistrado.⁴¹

Nesse ponto Schmitt aborda uma posição única, visto que critica o controle constitucional pelo Judiciário por também acreditar que seja uma solução mais fácil, uma solução intuitiva para um problema complexo, visto que a teoria do Tribunal Constitucional como Guardião da Constituição não pensa ao fundo no maior problema existente no controle constitucional pelo Judiciário, que é o fato do Parlamento ditar as leis que serão aplicadas nos âmbitos jurisdicionais.⁴² Ressalta-se aqui que tal visão de Schmitt do Judiciário como mero aplicador da lei, ou seja, que a função do magistrado seria meramente identificar a lei para fato trazido, sem nenhum tipo de cunho decisório ou político, será um ponto chave da resposta de Kelsen ao autor alemão.⁴³

A possibilidade de controle pelo Judiciário que Schmitt aceitava em relação à Constituição era a não aplicação de uma norma pelo seu caráter inconstitucional. Em último caso, Schmitt aceitaria que um juiz ordinário não aplicasse uma norma, mas nunca que este declarasse ela inconstitucional ou constitucional, pois esse seria um poder decisório, que não estaria nas funções do Judiciário, nesse sentido coloca o autor:

⁴⁰ PEREIRA, Bruno Cláudio Penna Amorim; BARACHO JUNIOR, José Alfredo de Oliveira. O debate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt sobre a custódia da Constituição. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, v. 35.1, p. 317-333, 2019. No mesmo sentido: PALU, Oswaldo Luiz. Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 78.

⁴¹ PELEGRINO DA SILVA, Matheus. O debate sobre o Guardião da Constituição: a problemática da legitimidade democrática da decisão final quanto à constitucionalidade das normas. Revista Justiça do Direito, v. 33, p. 28-56, 2019, p. 16.

⁴² 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. 95.

⁴³ KELSEN, Hans. Jurisdição constitucional. Tradução de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 253.

“Para princípios e máximas gerais, autorizações e simples determinações de competência, o caso é bem diferente do que para subsunções correspondentes ao tipo. Apenas a subsunção ao fato típico do regulamento da norma constitucional possibilita o juiz (não privar a lei ordinária de validade, mas, sim, como se expressa o tribunal do Reich) negar aplicação à lei ordinária ou, mais precisamente, subsumir, em vez de a seus fatos típicos, a aqueles da lei que tem primazia e, assim, decidir o caso presente. Na verdade, isso não é uma abjudicação da validade, mas uma não aplicação da lei ordinária ao caso concreto ocorrida devido à aplicação da norma constitucional.”⁴⁴

Schmitt buscará essa base do magistrado como mero aplicador da lei por uma interpretação da própria Constituição de Weimar no seu art. 102 na qual dispõem: “*Judges are independent and subject only to the law*”⁴⁵. Essa disposição aliada à Jurisprudência Civil do Reich nº 111, eram as armas que Schmitt limitava a possibilidade de controle da Constituição pelo Judiciário, ou seja, apenas para evitar a aplicação de leis contraditórias entre si e com a Constituição.⁴⁶ Em suma, as leis ordinárias poderão ser controladas judicialmente em comparação com a Constituição, mas o Judiciário nunca poderia fazer uma decisão política de validade das normas da carta magna.

Dessa forma, sendo o magistrado o aplicador da lei, Schmitt irá adotar um posicionamento diferenciando uma sentença de uma resolução de um problema constitucional, em que uma decisão só é caracterizada como judicial pois irá derivar de uma lei⁴⁷. Logo a sentença só é um ato jurídico por força de lei, desse modo a sentença não poderia proteger o ordenamento, visto que a lei seria seu fundamento, e não objeto da decisão.⁴⁸

A origem da ideia do controle judicial para problemas constitucionais, segundo o jurista alemão, advém da falsa noção do que é o Estado de Direito⁴⁹. Esse conceito de Estado de Direito

⁴⁴ SCHMITT, Carl. O Guardião da Constituição. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 24.

⁴⁵ Article 102 of The Constitution of the German Reich, August 11, 1919, Translation of Document, Office of U.S. Chief of Counsel, disponível em: <https://digital.library.cornell.edu/catalog/nur01840>.

⁴⁶ “Os motivos da decisão daquela sentença de 4 de novembro de 1925 acentuam ainda que se recorre a um direito de exame *apenas perante leis ordinárias do Reich*, e não para a emenda à Constituição do Reich, ou seja decorrentes do procedimento estabelecido pelo artigo 76 da Constituição do Reich.” (SCHMITT, Carl. O Guardião da Constituição. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 24-25.)

⁴⁷ “Para responder à pergunta fundamental da teoria constitucional deve-se repetir, aqui, mais uma vez que 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, Carl. O Guardião da Constituição. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 56.)

⁴⁸ 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. 97.

⁴⁹ “E natural conceber a resolução judicial de todas as questões políticas como ideal do Estado de Direito e, nisso, não ver, com uma expansão da justiça a uma matéria talvez não mais sujeita à ação da justiça, que está só pode ser prejudicada, pois a consequência seria, como mostrei muitas vezes tanto para o direito constitucional quanto para

nega o Executivo como Guardião da Constituição, muito devido aos abusos da monarquia, e nega também ao Legislativo a esse papel, visto sua maior relevância no início do século XX, sobrando apenas o Judiciário como poder incumbido desta missão, uma vez que guardar a Constituição é visto como proteger de abusos, logo, a experiência histórica teria levado a natural conclusão do Judiciário como representante neutro no Estado de Direito.⁵⁰ Schmitt aponta que este é um raciocínio simplório sobre o que é o Estado de Direito, e que na verdade o Judiciário não tem a atribuição de realizar o controle constitucional, mas na verdade o legitimado a este ato é o chefe de Estado.

Schmitt, além da questão do Estado de Direito, irá apontar que a doutrina formulada por Kelsen sobre o controle de constitucionalidade realizado por um tribunal teria origem na tradicional ideia de separação dos poderes, em que dúvidas relativas à aplicação das leis deveriam ficar com o Judiciário⁵¹. Novamente, esbarra-se na teoria de que questões constitucionais não são meramente questões de legislação, mas principalmente de decisão política. Por isso, um Tribunal Constitucional como proposto por Kelsen só se concretizaria, segundo Schmitt, se o conceito de Constituição se alterasse, passando da forma do próprio Estado para um contrato, ou um compromisso entre a população.⁵² Contudo, toda a proposta apresentada acima seria contra a prática de uma população com espírito único, visto que a Constituição passaria a ser um mero acordo entre diversos grupos, o que se assemelha mais à posição de Kelsen sobre o que é a Constituição.

Por tudo exposto chega-se a algumas conclusões bastante importantes pelas quais um Tribunal Constitucional não poderia ser visto como Guardião da Constituição na visão de Carl Schmitt. A primeira delas, e a mais importante, é o fato de o poder decisório em relação às questões Constitucionais nunca poder ser realizado pelo Judiciário, visto que tais questões têm

o internacional, não, por exemplo, uma juridicização da política, e, sim, uma politização da justiça.” (SCHMITT, Carl. O Guardião da Constituição. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 33.)

⁵⁰ “Abstraindo-se a equivocidade e a comodidade do termo Estado de Direito e, mais, abstraindo-se a difundida necessidade de uma centralização e concentração do direito de exame difuso, aplicado na Alemanha por numerosos tribunais superiores, há talvez ainda uma outra explicação, e mais interessante, para o fato de se querer, hoje, transformar em guardião da Constituição um tribunal que decide judicialmente. Exigindo-se um guardião, espera-se, naturalmente, uma determinada proteção e se parte da ideia de um determinado risco que vem de uma determinada direção. O guardião não deve se proteger abstrata e simplesmente, mas, sim, se proteger contra riscos bem definidos e temidos concretamente. Enquanto antigamente, no século XIX, o risco provinha do governo, ou seja, vinha da esfera do “executivo”, a preocupação se dirige, hoje, sobretudo, contra o legislador.” (SCHMITT, Carl. O Guardião da Constituição. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 36.)

⁵¹ HERRERA, Carlos Miguel. La polemica Schmitt - Kelsen sobre el guardian de la constitución. Revista de Estudios Politicos, Madri, n. 86, p. 195-227, jun., 1992, p. 209.

⁵² HERRERA, Carlos Miguel. La polemica Schmitt - Kelsen sobre el guardian de la constitución. Revista de Estudios Politicos, Madri, n. 86, p. 195-227, jun., 1992, p. 209.

cunho político, logo não seria a função do Judiciário tomar decisões de tais tipos. Isso ocorre pelo fato de o Tribunal Constitucional não ser um representante integral do povo, além de estar diretamente ligado às leis aprovadas pelo Parlamento, de modo que no final do dia o Parlamento seria quem realmente define o que é constitucional ou não. Outra conclusão muito importante de Schmitt é que a noção de Judiciário como solução para qualquer litígio advém de uma ideia errada do que seria o Estado de Direito e a divisão de poderes, contudo este ponto será totalmente refutado por Kelsen, junto com sua resposta sobre o Guardião da Constituição.

2.3. O Führer como o Guardião da Constituição

A questão primordial antes de falar do Führer como Guardião da Constituição é entender o que Schmitt irá definir como *poder neutro*, e sua necessária relação com os demais poderes⁵³, a fim de justificar o chefe de Estado como Guardião da Constituição.

A teoria do poder neutro de Schmitt tem grande relação com a teoria do *pouvoir neutre, intermédiaire e regulateur*, criada por Benjamin Constant, que influenciou a criação do chamado Estado de Direito e a da própria teoria constitucional. Após a queda da monarquia, que foi o principal ponto de abuso de poder durante muito tempo na Europa, o continente ficou refém de diversas fontes de abuso de poder, em que era difícil fazer valer uma constituição, tendo em vista que diversos órgãos se consideram guardiões da constituição e tentavam usurpar o poder.

Neste contexto, Constant tinha muita preocupação em evitar uma sociedade sem poderes limitados e controlados, a fim de garantir a chamada liberdade moderna para o autor. Constant tinha duas perspectivas de liberdade: uma liberdade chamada dos antigos e uma liberdade chamada dos modernos,⁵⁴ sendo de certo Constant buscava em seus estudos a proteção da liberdade moderna, ou seja, aquela relacionada à propriedade privada. Dessa forma, Constant procurou estudar uma forma que a representação política não chegasse ao

⁵³ SCHMITT, Carl. O Guardião da Constituição. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 194.

⁵⁴ Nesse sentido Constant: “O objetivo dos antigos era a partilha do poder social entre todos os cidadãos de uma mesma pátria. Era isso o que eles denominavam liberdade. O objetivo dos modernos é a segurança dos privilégios privados; e eles chamam liberdade as garantias concedidas pelas instituições a esses privilégios. (CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. Discurso pronunciado no Athénoroyal de Paris, 1819. Tradução de Loura Silveira. Disponível em: http://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/Constant_liberdade.pdf.)

autoritarismo da monarquia, além de controlar o medo da soberania popular após os eventos da Revolução Francesa, dessa forma o autor tentou aprimorar a teoria da separação dos poderes de Montesquieu, a fim de evitar tais abusos.⁵⁵

A teoria do poder neutro surge justamente para suprir as lacunas que Constant enxergava na teoria da separação dos poderes, sendo necessário limitar que um poder acumule mais poder em comparação aos demais com o objetivo de sempre garantir a liberdade do indivíduo.⁵⁶ Dessa forma, o ponto central de Constant era equilibrar as liberdades individuais e a criação de um Estado bem estruturado que poderia ser forte mas ao mesmo tempo não ser abusivo com seus cidadãos, surgindo nessa seara a teoria do poder neutro.

O poder neutro nada mais é do que um poder isolado da repartição tradicional dos poderes entre Judiciário, Executivo e Legislativo, a fim de assegurar tanto o Estado quanto a soberania popular em suas decisões, sendo basicamente um poder moderador que controla as atividades dos demais poderes a fim de não haver abusos destes em suas ações.⁵⁷

Foi essa a base teórica utilizada por Schmitt para definir que o Führer é o detentor desse poder neutro, na medida que o chefe de Estado teria, segundo o jurista alemão, prerrogativas e poderes para atuação como se fosse o detentor do poder neutro, segundo inclusive a Constituição de Weimar, que inclui, por exemplo, a assinatura e promulgação de leis; o direito de dar indulto; a nomeação de ministras e funcionários públicos; a dissolução da câmara eleita, entre outros poderes.⁵⁸ Dessa forma, Schmitt enxergava o presidente não apenas como um representante do executivo, mas também como um representante do poder neutro que garanta a estabilidade social e a unidade Estatal. Esse ponto em especial será criticado por Kelsen, que

⁵⁵ DAL PONT LODETTI, Luís Paulo; SOCREPPA RODRIGUES, Rafael. A Influência da Teoria do Poder Neutro de Benjamin Constant no Poder Moderador da Constituição Brasileira de 1824. Revista da ESMESC, [S. l.], v. 29, n. 35, p. 169–191, 2022, p. 174.

⁵⁶ Nesse sentido: “Contemporâneo do Terror jacobino, Constant tem consciência da dificuldade de se manter um governo, calcado na soberania popular, que não apele para medidas arbitrárias – medidas que violem os direitos do indivíduo – quando é agitado pelas opiniões do momento. Para Constant – e para Mme. DeStaël – “a questão que se colocava implicitamente era se seria possível manter o governo independente da opinião dominante, em um regime que admitia o princípio da soberania do povo, sem se recorrer a medidas arbitrárias” (FRELLER, 2019, p. 9). A resposta que o francês dará ao problema se encontra na ideia do poder Neutro. A justificativa para tal, contudo, vai além. O olhar crítico de Constant em relação à obra de Montesquieu também permite uma revisão da teoria da tripartição de poderes.” (CAMPOS, Gabriel Afonso. Poder Neutro e Razão de Estado em Benjamin Constant. Revista de Ciências do Estado, Belo Horizonte, v. 4, n. 1, p. 1-20, 2019, p. 5.)

⁵⁷ DAL PONT LODETTI, Luís Paulo; SOCREPPA RODRIGUES, Rafael. A Influência da Teoria do Poder Neutro de Benjamin Constant no Poder Moderador da Constituição Brasileira de 1824. Revista da ESMESC, [S. l.], v. 29, n. 35, p. 169–191, 2022, p. 169.

⁵⁸ SCHMITT, Carl. O Guardião da Constituição. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 195.

alega que Schmitt faz uma confusão teórica na posição de Constant sobre o que seria o poder neutro e sua aplicação.⁵⁹

O chefe de Estado representaria para Schmitt a continuidade e a permanência da unidade estatal, assim transcendendo as competências de um mero executivo, em vista que o Führer também teria a função de dar continuidade ao Estado e representar a confiança de toda uma sociedade, recaindo a ele a função de exercer o poder neutro diante aos demais poderes.⁶⁰ Importante ressaltar que na teoria de Schmitt sobre o poder neutro, este não vislumbra um exercício contínuo do referido poder, de maneira que em geral o chefe de Estado mantém suas funções de origem do Executivo, contudo em casos de emergência ele se utiliza do poder neutro, mas só o exerce enquanto durar a situação que originou sua utilização⁶¹, como no caso de algum conflito constitucional. A interpretação de Schmitt da teoria de Constant cria, na verdade, o que pode ser chamado de “*pouvoir préserveur*,” ou também chamado de “*poder preservador*”.⁶²

Além do mais, Schmitt considerava que o presidente do Reich tinha sido eleito pela totalidade do povo, logo o chefe de Estado seria um verdadeiro contrapeso aos grupos parlamentares, esses que pensariam apenas em sujeitos isolados, sendo aquele o único centro seguro e com real interesse na proteção da Constituição. O Führer não estaria ligado a ideias, mas representaria de fato a união absoluta do Reich.⁶³ Logo, o único possível para se adequar ao poder neutro é o chefe de Estado, por ter uma posição neutra dentre os interesses do Reich, de modo a poder regular de forma clara as atividades do Estado e sua união.

É nesse contexto que mais uma vez Schmitt destaca o problema do parlamentarismo alemão, que, segundo o autor, teria se tornado um verdadeiro reflexo de complexos sociais de poder que agem de maneira organizada.⁶⁴ O problema dessa organização parlamentar envolve a própria Constituição, visto que Schmitt coloca que:

⁵⁹ Sobre esse ponto consultar o Capítulo deste trabalho: “A Resposta de Kelsen para Schmitt em Relação a sua Posição Sobre o Guardião da Constituição”.

⁶⁰ SCHMITT, Carl. O Guardião da Constituição. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 199.

⁶¹ SCHMITT, Carl. O Guardião da Constituição. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 200.

⁶² SCHMITT, Carl. O Guardião da Constituição. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 200.

⁶³ SCHMITT, Carl. O Guardião da Constituição. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 202.

⁶⁴ SCHMITT, Carl. O Guardião da Constituição. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 207.

“Mas se o Estado não fosse nada mais do que esse sistema pluralista, ele seria, então, de fato, apenas um acordo contínuo, sua Constituição seria um contrato entre os complexos sociais de poder que formam o sistema pluralista e repousaria na expressão *pacta sunt servanda*, e assim as partes vinculadas pelo contrato conservariam em suas mãos a sua obra, a Constituição, permanecendo senhores do pacto constitucional, que poderiam alterar por intermédio de novos acordos da mesma forma como o fecharam, e se defrontariam como grandezas políticas autônomas. O que ainda existe de unidade estatal seria, então, o resultado de uma aliança (como todas as alianças e contratos) fechada com ressalvas existenciais.”⁶⁵

O único que poderia evitar o alargamento dessa situação, o crescimento do Estado pluralista alemão e a transformação da Constituição em um mero contrato entre os complexos sociais, seria o chefe de Estado alemão, pois somente ele não teria interesses egoístas na forma de conduzir os conflitos constitucionais, agindo de acordo com o seu poder neutro de forma a manter a unidade política da sociedade, assim como referia o art. 48 da Constituição de Weimar. O presidente do Reich detinha essa função pois era eleito por todo o povo, e representava verdadeiramente seus interesses.⁶⁶ Nesse contexto, é notório mais uma vez a preocupação de Schmitt com a unidade do povo alemão e com o aspecto político da Constituição, sendo que tais preocupações se envolvem com o próprio conceito de Estado, como explorado nos capítulos anteriores. Novamente, Schmitt irá defender que existem interesses comuns em toda a sociedade, e o presidente sendo eleito integralmente por esta sociedade é o único que poderia defender esses preceitos que já estão dispostos na Constituição e acordados anteriormente pelo poder constituinte.⁶⁷

Além desse aspecto mais específico do parlamentarismo, Schmitt explicará mais objetivamente o problema do Judiciário e de sua independência na hora de realizar decisões, problema este que o Führer não teria, visto que existem vários tipos de independência, e a mais necessária para ser o Guardião da Constituição é aquela possuída apenas pelo chefe de Estado e que não pode ser adquirida por um magistrado.⁶⁸

⁶⁵ SCHMITT, Carl. O Guardião da Constituição. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 208.

⁶⁶ SCHMITT, Carl. O Guardião da Constituição. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 218.

⁶⁷ PELEGRINO DA SILVA, Matheus. O debate sobre o Guardião da Constituição: a problemática da legitimidade democrática da decisão final quanto à constitucionalidade das normas. Revista Justiça do Direito, v. 33, p. 28-56, 2019, p. 44.

⁶⁸ Schmitt sobre a independência do chefe de Estado: “Por fim, há a independência do chefe de Estado, seja do monarca na monarquia constitucional, cuja independência se baseia na hereditariedade da sucessão ao trono e na inviolabilidade de sua pessoa, seja a independência do presidente do Estado em uma democracia constitucional, como a que garante a Constituição de Weimar por meio de eleição por todo o povo alemão (artigo 41 da Constituição do Reich), por seu mandato de sete anos (artigo 43, § 1º, da Constituição do Reich) e sua difícil

O funcionário público seria, de certa forma, independente, uma vez que ele não tem riscos econômicos nem de perda de seu emprego na condução de seu ofício. O magistrado, mais especificamente, tem dois tipos de independência, sendo uma delas essa, que todo funcionário público tem, que é a impossibilidade de demissão, que só ocorre mediante um processo específico, de modo que, em regra, este pode atuar de forma livre; e a outra é a independência judicial de instruções e ordens oficiais no exercício da atividade judicial.⁶⁹

Assim, de certa forma o Judiciário tem um certo aspecto de independência, contudo a independência judicial descrita é na verdade um compromisso de vinculação do magistrado à lei e a Constituição, logo o Judiciário não estaria em posição de ser o Guardião da Constituição,⁷⁰ pois sempre estaria dependente de uma norma. O que Schmitt busca, na verdade, é uma instância neutra e independente para controlar a constitucionalidade, não tendo o Judiciário tais características para realizar o controle da constitucionalidade. Dessa forma, a independência judicial deve ser vista com certa parcimônia, pois sua independência na verdade depende da vinculação do Judiciário à lei e a própria Constituição, de modo que o Judiciário, no fundo, segundo Schmitt, sempre será dependente de outro poder. Sobre o tema, Schmitt:

“No entanto, abusa-se dos conceitos de estrutura judicial e jurisdição, assim como da garantia institucional do funcionalismo de carreira alemão, quando, em todos os casos, nos quais, por motivos, práticos, surgem independência e neutralidade como oportunas ou necessárias, pretende-se logo introduzi um tribunal e uma estrutura judicial lotados com juristas funcionários de carreira.”⁷¹

Em síntese, Schmitt entende que a Constituição de Weimar dá certo grau independência ao Judiciário, contudo não dá ao Judiciário a independência necessária para ser soberano em legislar sobre a Constituição, ficando este vinculado à Constituição. Portanto seria contraditório auferir a um Tribunal Constitucional, o papel de Guardião da Constituição. Além disso, Schmitt via que atribuir tais decisões políticas sobre a Constituição a um Tribunal Constitucional seria um risco iminente, pois o Judiciário acumularia ainda mais funções do que já possui, de modo

revogação (artigo 43 da Constituição do Reich).” (SCHMITT, Carl. O Guardião da Constituição. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 218.)

⁶⁹ SCHMITT, Carl. O Guardião da Constituição. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 224.

⁷⁰ SCHMITT, Carl. O Guardião da Constituição. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 225.

⁷¹ SCHMITT, Carl. O Guardião da Constituição. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 227.

a impedir seu correto funcionamento, algo que também será respondido diretamente por Kelsen.⁷²

Portanto, Schmitt novamente chega à conclusão de que o parlamento não pode ser detentor do poder neutro e o Judiciário não tem a independência necessária para criar o que é chamado de uma volição política, sendo que, para Schmitt, há uma independência relacionada a essa volição política que independe dos métodos do Estado partidário pluralista.⁷³ O objetivo por trás desse raciocínio é sempre achar uma posição de oposição aos agrupamentos plurais, e manter a unidade política do Estado, sendo que o presidente do Reich é a figura ideal e que supre os problemas encontrados no Judiciário e do Executivo.

O Führer estaria no centro de um sistema de neutralidade e independência, que são os requisitos principais para ser um Guardião da Constituição, além de ter para si a aprovação popular. Segundo Schmitt, e como já apontado anteriormente, a própria Constituição de Weimar em seu conteúdo já teria declarado o chefe de Estado como Guardião da Constituição, tanto por ser um cargo estático e de difícil destituição⁷⁴, além dos tipos de poderes que o chefe de Estado possui⁷⁵, e a própria Constituição tinha o intuito de criar um órgão neutro, com relação direta a unidade estatal, sendo perfeitamente compatível com o papel do chefe de Estado como Guardião da Constituição.⁷⁶ Nesse sentido Schmitt:

“É expressamente determinado pelo artigo 42 que por meio de seu juramento o Presidente do Reich "defenderá a Constituição". O juramento político sobre a Constituição faz parte, segundo a tradição do direito constitucional alemão, da "garantia da Constituição" e o texto escrito do regulamento constitucional vigente qualifica o Presidente do Reich, de forma nítida o suficiente, de guardião da

⁷² SCHMITT, Carl. O Guardião da Constituição. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 227.

⁷³ Nesse sentido: “A independência dos juízes não tem, no Estado atual, de forma alguma o objetivo de criar um titular da correta volição política, mas de delimitar e garantir uma esfera da justiça vinculada à lei dentro de um ser estatal ordenado. Outros tipos de independência têm outras funções, entre elas, como mostrado anteriormente, também precisamente a de possibilitar uma forte volição política, independente dos métodos do Estado partidário pluralista, métodos estes de dissolução do Estado.” (SCHMITT, Carl. O Guardião da Constituição. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 229.)

⁷⁴ Na Constituição de Weimar o presidente era eleito a cada 7 anos, com difícil revogabilidade, e independência das maiorias parlamentares alternantes.

⁷⁵ Segundo Schmitt: “[...] as competências segundo os artigos 45 e 46 da Constituição, dissolução do parlamento do Reich segundo o artigo 25 e instituição de plebiscito segundo o artigo 73 da Constituição, assinatura e promulgação de leis segundo o artigo 70, execução pelo Reich e proteção da Constituição segundo o artigo 48 [...]” (SCHMITT, Carl. O Guardião da Constituição. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 233.)

⁷⁶ SCHMITT, Carl. O Guardião da Constituição. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 233.

Constituição. Não se pode ignorar essa autêntica palavra constitucional, não importando como se avalia, de resto, o significado do juramento político.”⁷⁷

Schmitt ainda colocará que o presidente do Reich, por ser eleito pela totalidade do povo alemão, tem seus poderes políticos perante o legislativo como um apelo popular, logo, seria um modo de combate a falta de união do Parlamento e seus grupos plurais, sendo um verdadeiro contrapeso e a defesa do povo como totalidade política.

A Constituição de Weimar, segundo Schmitt, é ponto principal de justificativa para o chefe de Estado se tornar o Guardião da Constituição, pois suas diretrizes de unidade do povo alemão só poderiam ser realizadas pelo presidente do Reich, encerra Schmitt em “*O Guardião da Constituição*”:

“Em todo caso, a Constituição de Weimar empreende sua 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 só mediada 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.”⁷⁸

Assim, fica claro que, na concepção de Schmitt, o Führer seria a única figura possível de ser detentora de um poder neutro e com possibilidade de decidir sobre a questão da constitucionalidade das normas de uma maneira democrática, visto que seria o único em posição de defender o povo.⁷⁹

⁷⁷ SCHMITT, Carl. *O Guardião da Constituição*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 233.

⁷⁸ SCHMITT, Carl. *O Guardião da Constituição*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 234.

⁷⁹ PELEGRINO DA SILVA, Matheus. O debate sobre o Guardião da Constituição: a problemática da legitimidade democrática da decisão final quanto à constitucionalidade das normas. *Revista Justiça do Direito*, v. 33, p. 28-56, 2019.

3. Hans Kelsen e o Guardião da Constituição

Hans Kelsen é com certeza um dos autores mais influentes e importantes para a ciência jurídica da atualidade. O autor nasceu em Praga em 1881 e impactou diretamente o que conhecemos hoje por direito, normas e controle constitucional.

Ao contrário de Schmitt, Kelsen busca retratar o direito longe de uma perspectiva política, assim tentando assemelhar a ciência jurídica como uma ciência natural, com cunho exato. Dessa forma, em sua obra basilar, “*Teoria Pura do Direito*”, Kelsen tem como objeto principal diferenciar o que seria *fenômeno jurídico* e a *ciência jurídica*. Nesse sentido, o autor irá desvincular o direito como fenômeno social do direito como fenômeno científico. Kelsen não nega o fato do direito ser uma manifestação necessariamente social e misturar-se com outras ciências e fenômenos sociais, como a política, a econômica e a história, contudo, existe outro direito, aquele científico, que é não afetado pelas demais ciências, mas que busca apenas explicar e aplicar as normas Estatais, como dispõem o autor:

“De um modo inteiramente acrítico, a jurisprudência tem-se confundido com psicologia e a sociologia, com ética e a teoria política. Esta confusão pode porventura explica-se pelo fato de estar ciências se referirem a objetos que indubitavelmente têm uma estreita conexão com o Direito. Quando a Teoria pura empreende delimitar o conhecimento do Direito em face destas disciplinas, fá-lo não por ignorar ou, muito menos, por negar essa conexão, mas porque intenta evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os Coroa tchecalimites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto.”⁸⁰

Nesse contexto, deve-se analisar o direito de duas formas totalmente distintas na visão do autor, a primeira é levando em conta os fatos imediatos que são considerados como direito pela existência de uma norma estatal dizendo que o ato se enquadra como direito, e a segunda forma é a própria compreensão da norma estatal para definir o que pode ser considerado ou não como direito. Logo, não é uma sentença prolatada pelo juiz que realmente mostra a forma pura do direito, nem perto disso, mas sim uma interpretação a partir de normas que mostrariam o que é realmente a ciência jurídica.⁸¹

⁸⁰ KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 01.

⁸¹ MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do Direito*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2021. p. 299.

Kelsen é o principal representante do positivismo jurídico, de modo que toda sua obra se baseia nessa corrente de pensamento. O positivismo é uma corrente de estudo jurídico que molda o direito de forma que ele se torne praticamente uma ciência exata, na medida que exclui aspectos externos, incluindo outras ciências, que muitas vezes são diretamente ligadas a ciência jurídica, a finalidade é transformar o direito em uma ciência pura, como bem nota Kelsen.⁸²

Dessa forma, sendo Kelsen um adepto do juspositivismo, seu intuito sempre foi separar o direito das raízes fáticas e sociais, afastando o direito de ser um fenômeno social, filosófico ou antropológico, e entender o direito partir da a norma, ou seja, a norma irá demonstrar a ciência jurídica em si. Logo, os fatos jurídicos podem ser, e são, embebidos de outras ciências e fenômenos, contudo para se falar da ciência do direito, é necessário se falar em norma. Desse modo, o fato só se torna um fato jurídico se passado pelo crivo da norma. Assim, o autor reconhece que o direito não é puro, nem teria como ser, sendo a decisão do magistrado influenciada pelo seu modelo de criação, sua feição política, entre outros, contudo a ciência do direito em si é pode ser lida com uma ciência pura.

Para se entender como funcionaria a base teórica, é necessário entender que o direito científico se modula a partir da norma, o dito *dever-ser*. Isso significa que a ciência do direito não existe com base nas ações, manifestações, ou operações do direito, isso se resumiria a outro campo, o do chamado *ser*. A norma é o que constitui a base do *dever-ser*, que é emanada pelo Estado. Analisar de forma científica é analisar com base na normatividade, esse é o objeto da análise do Kelsen, fugindo de reflexões morais do direito e de seu papel na sociedade.⁸³

⁸² Nesse sentido: “O positivismo jurídico nasce do esforço de transformar o estudo do direito numa verdadeira e adequada ciência que tivesse as mesmas características das ciências físico-matemáticas, naturais e sociais. Ora, a característica fundamental da ciência consiste em sua a valor atividade, isto é, na distinção entre juízos de fato e juízos de valor e na rigorosa exclusão destes últimos cio campo científico: a ciência consiste somente em juízos de fato. O motivo dessa distinção e dessa exclusão reside na natureza diversa desses dois tipos de juízo: o juízo de fato representa uma tomada de conhecimento da realidade, visto que a formulação de tal juízo tem apenas a finalidade de informar, de comunicar a um outro a minha constatação; o juízo de valor representa, ao contrário, uma tomada de posição frente à realidade, visto que sua formulação possui a finalidade não de informar, mas de influir sobre o outro, isto é, de fazer com que o outro realize uma escolha igual à minha e, eventualmente, siga certas prescrições minhas.” (BOBBIO, Norberto. O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Morra. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 135.)

⁸³ Nesse sentido: “O que Kelsen fará com mais clareza é apresentar essa mesma dicotomia ontológica entre o ser e o dever-ser, num segundo sentido, a saber, como diferença entre o ato de vontade que instaura a norma jurídica, e a sua significação objetiva. Com efeito, segundo a Teoria Pura do Direito, a norma jurídica é a “significação de um ato de vontade” através do qual uma determinada conduta é ordenada, autorizada, habilitada ou derogada. A norma jurídica não se confunde, portanto, com o ato de vontade que a instaura. Ela é, pois, um dever-ser (Sollen), enquanto tal ato de vontade é apenas um ser (Sein)” (ABENHORST, Eduardo Ramalho. Ser e dever ser na teoria kelseniana do direito. Revista de Direito e Liberdade, Mossoró - RN, v. 1, n.1, p. 94-103, 2005, p. 124.)

O ponto da teoria kelseniana é analisar qualquer fato a partir das normativas estatais, definindo se tal ação é ou não direito, sendo uma teoria basicamente analítica.⁸⁴ O direito como ciência não se ocupará da efetividade da norma perante a sociedade, ou algo nesse sentido, o que ele busca é a validade da norma e com base em normas superiores. Por isso, é que Kelsen faz uma análise analítica, pois se preocupa apenas com uma parcela do direito, e não com o todo, no caso a parcela científica, por isso, a teoria do autor encontra várias falhas, inclusive apontadas pelos próprios positivistas, visto o incrível grau de reducionismo que passa sua análise jurídica.

É nesse contexto que Kelsen irá definir o que é a Constituição e quem deverá ser o Guardião da Constituição em sua visão. Novamente, por mais que existam características fáticas na representação da constituição, não é este o foco da atribuição kelseniana para o instituto. Em uma visão estrita, ou seja, cientificamente jurídica, a Constituição deve ser interpretada como uma norma, mas não uma norma qualquer, mas uma norma validadora de outras normas.

Importante notar que a ciência jurídica, para o autor, é baseada em lastros de validade, de modo que para uma norma ser válida é necessário existir uma outra norma de hierarquia superior que traga validade para esta norma. Assim, a norma X só será válida se norma Y, hierarquicamente superior, definir que X cumpriu todos os requisitos para ser considerado uma norma. No fim desta cadeia existe uma norma chamada de norma fundamental, que é uma norma validadora para criação de todas as outras as outras normas.

Nesse contexto, pode-se acreditar que a norma fundamental poderia ser a Constituição, visto que em regra a Constituição é a norma validadora das demais normas jurídicas. Isso não se mostra verdadeiro, sendo o tema discutido inclusive pelo próprio autor, declarando que a norma fundamental é um fato pressuposto, ou seja, um fato base para validade do sistema, como dispõe Kelsen:

“Neste sentido, a norma fundamental é a instauração do fato fundamental da criação jurídica e pode, nestes termos, ser designada como constituição no sentido lógico jurídico, para a distinguir da Constituição em sentido jurídico-positivo. Ela é o ponto de partida de um processo: do processo da criação do Direito positivo. Ela própria não

⁸⁴ “A analítica, como ferramenta filosófica kelseniana, advém dessa postulação puramente normativa do direito. Não se trata de fazer valorações do direito, relacionando-o à moral, nem tampouco de estabelecer apreciações políticas, se é justo ou útil, e muito menos empregar a sua reconstituição histórico-sociológica como forma de explicar cientificamente o fenômeno jurídico. Trata-se de uma ciência que opera como a lógica. Seus pressupostos não são passíveis de verificação empírica. Acima disso, são verificáveis enquanto guardem vínculo de coerência”. (MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia Do Direito*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2021. p. 302.)

é uma norma posta, posta pelo costume ou pelo ato de um órgão jurídico, não é uma norma positiva, mas uma norma pressuposta, na medida em que a instância constituinte é considerada como a mais elevada autoridade e por isso não pode ser havida como recebendo o poder constituinte através de uma outra norma, posta por uma autoridade superior.”⁸⁵

Tal definição de norma fundamental se mostra complexa em um contexto de produção científica reducionista, buscando incessantemente fugir de fatos sociais, pois no fundo toda a ciência jurídica depende de um fato. Esse foi um ponto de crítica enorme sobre a teoria construída por Kelsen, pois mostraria certa incongruência de toda sua teoria pura do direito, mostrando uma impossibilidade de distanciamento entre o direito e fatos sociais.⁸⁶

A Constituição, nesse contexto, é uma norma de hierarquia superior das demais normas do sistema, visto que a Constituição possui uma característica muito peculiar se comparada a outras normas, que são dispositivos que permitem e criam os parâmetros adequados para serem criadas outras normas. É a Constituição que irá permitir surgir novas normas nos sistemas e dará a competência para essa criação.⁸⁷

Além disso, Kelsen diferencia a Constituição em sentido material e a Constituição em sentido formal. A Constituição em sentido material, como já supracitado, são as normas que

⁸⁵ KELSEN, Hans. Teoria pura do Direito. Tradução de João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 139.

⁸⁶ Um ponto extremamente interessante de se perceber é que norma fundamental, como exposto, não é Constituição, mas sim um fato, deve-se tentar buscar esse fato. Kelsen dá um exemplo extremamente interessante se tratando do fato gerador e a Constituição, no qual o fato que dará a origem a Constituição será considerado a norma fundamental. De maneira não muito específica Kelsen coloca como exemplo de norma fundamental o processo constitucional, como se segue: “São normas postas, quer dizer, positivas, elementos de uma ordem positiva. Se por Constituição de uma comunidade se entende a norma ou as normas que determinam como, isto é, por que órgãos e através de que processos - através de uma criação consciente do Direito, especialmente o processo legislativo, ou através do costume - devem ser produzidas as normas gerais da ordem jurídica que constitui a comunidade, a norma fundamental é aquela norma que é pressuposta quando o costume, através do qual a Constituição surgiu, ou quando o ato constituinte (produtor da Constituição) posto conscientemente por determinados indivíduos são objetivamente interpretados como fatos produtores de normas; quando - no último caso - o indivíduo ou a assembleia de indivíduos que instituíram a Constituição sobre a qual a ordem jurídica assenta são considerados como autoridade legislativa.” (KELSEN, Hans. Teoria pura do Direito. Tradução de João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 139.)

⁸⁷ Nesse sentido Kelsen: “A Constituição é aqui entendida num sentido material, quer dizer: com esta palavra significa-se a norma positiva ou as normas positivas através das quais é regulada a produção das normas jurídicas gerais. Esta Constituição pode ser produzida por via consuetudinária ou através de um ato de um ou vários indivíduos a tal fim dirigido, isto é, através de um ato legislativo.” (KELSEN, Hans. Teoria pura do Direito. Tradução de João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 155.)

regulam a produção de outras normas, enquanto a Constituição em sentido formal regula a criação de normas de cunho político.⁸⁸

Dessa forma, o conceito de Constituição para Kelsen se molda a partir da ciência jurídica, na qual o direito assume o papel de uma cadeia de normas tendo em sua ponta final a norma fundamental. Não se pode achar que a Constituição seja a norma fundamental, mas sim uma norma hierarquicamente superior e que serve de base para demais normas. Por isso, Kelsen irá acreditar fielmente que as normas constitucionais devem ser cumpridas, a fim de se garantir a seguridade de uma democracia. Logo, dar este controle para o Executivo ou o Legislativo é um risco eminente, pois isso fortaleceria muito mais um poder frente a outro, assim a situação ideal para Kelsen é criar um instituto apartado do Judiciário ordinário, o Tribunal Constitucional, em que este será o verdadeiro Guardião da Constituição.

3.1. O Tribunal Constitucional como Guardião da Constituição

Kelsen foi um dos primeiros juristas a considerar que a melhor saída para proteger a Constituição seria o seu controle através de um Tribunal Constitucional. Segundo o autor, todos os meios de proteção a Constituição contêm alguma falha, mas dentre os meios possíveis o menos falho seria o controle constitucional através de um tribunal próprio para esta função.⁸⁹ Kelsen terá sua inspiração para o controle concentrado de constitucionalidade principalmente na Constituição da Áustria de 1920, na qual o próprio autor ajudou a formular e teorizar.

Desde logo, é notável que tanto Kelsen quanto Schmitt têm um certo denominador comum se tratando do Parlamento como Guardião da Constituição, à medida que ambos negam esta possibilidade, ainda que sob aspectos diferentes. O principal objeto do controle de constitucionalidade é evitar o abuso de poder, principalmente do Legislativo, visto que este tem

⁸⁸ Nesse sentido Kelsen: “Da Constituição em sentido material deve distinguir-se a Constituição em sentido formal, isto é, um documento designado como “Constituição” que - como Constituição escrita – não só contém normas que regulam a produção de normas gerais, isto é, a legislação, mas também normas que se referem a outros assuntos politicamente importantes e, além disso, preceitos por força dos quais as normas contidas neste documento, a lei constitucional, não podem ser revogadas ou alteradas pela mesma forma que as leis simples, mas somente através de processo especial submetido a requisitos mais severos. Estas determinações representam a forma da Constituição que, como forma, pode assumir qualquer conteúdo e que, em primeira linha, serve para a estabilização das normas que aqui são designadas como Constituição material e que são o fundamento de Direito positivo de qualquer ordem jurídica estadual.” (KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Tradução de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 155.)

⁸⁹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 247.

a importante tarefa de criação de leis. Assim, para Kelsen, um Tribunal Constitucional supriria esta falha, visto que este não teria uma competência em criar normas, logo sendo lógico suas condições para garantir a constitucionalidade das normas e ações do governo, pois ninguém poderá ser juiz dos próprios interesses.⁹⁰

A questão da separação dos poderes é um ponto crítico para Kelsen, porém, além disso, o autor também sentia que o Tribunal Constitucional seria o meio mais adequado para dar efeito a essência da democracia, pois protegeria as minorias contra as decisões da maioria. Além do que a criação deste Tribunal Constitucional seria uma forma de escapar do Judiciário ordinário que tinha ainda muitos membros ligados à estrutura da monarquia do século anterior.⁹¹

Além da questão do acúmulo do poder e a questão da democracia, como destacado acima, a criação do Tribunal Constitucional está muito relacionada ao exercício da jurisdição para o autor. A jurisdição para Kelsen não é nada mais que a garantia de aplicação da Constituição e o exercício regular dos poderes no âmbito delimitado pela própria Constituição.⁹² Dessa forma, a jurisdição constitucional deveria ser confiada a um tribunal, contudo, um tribunal específico que só cuidaria das questões relacionadas à jurisdição constitucional, o chamado Tribunal Constitucional.

O controle jurisdicional para o autor também era uma forma de se proteger as minorias contra a aprovação de leis e a atos estatais abusivos dos Legislativo e do Executivo, mas principalmente do Parlamento.⁹³ O que o autor enxerga como mais problemático é o fato do Parlamento por vezes ficar preso mais ao aspecto sobre o procedimento do processo da criação das leis previsto na Constituição, enquanto ignora comumente o aspecto material da Constituição, fato este que seria corrigido por um Tribunal Constitucional, que agiria como verdadeiro legislador negativo, tendo em vista que ele nega a existência de leis que não seguem os paradigmas materiais e formais estabelecidos na Constituição. Kelsen irá expor:

⁹⁰ PELEGRINO DA SILVA, Matheus. O debate sobre o Guardião da Constituição: a problemática da legitimidade democrática da decisão final quanto à constitucionalidade das normas. Revista Justiça do Direito, v. 33, p. 28-56, p. 32.

⁹¹ HERRERA, Carlos Miguel. La polemica Schmitt - Kelsen sobre el guardian de la constitución. Revista de Estudios Politicos, Madrid, n. 86, p. 195-227, jun., 1992, p. 204.

⁹² KELSEN, Hans. Jurisdição constitucional. Tradução de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 123.

⁹³ Nesse sentido Kelsen: “No que concerne em especial ao controle de constitucionalidade das leis, seria extremamente importante conceder também legitimação a uma minoria qualificada do Parlamento. E isso tanto mais que a jurisdição constitucional, como mostraremos mais adiante, deve necessariamente servir, nas democracias parlamentares, à proteção das minorias.” (KELSEN, Hans. Jurisdição constitucional. Tradução de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 176.)

“A livre criação que caracteriza a legislação está aqui quase completamente ausente. Enquanto o legislador só está preso pela Constituição no que concerne a seu procedimento - e, de forma totalmente excepcional, no que concerne ao conteúdo das leis que deve editar, e mesmo assim, apenas por princípios ou diretivas gerais a atividade do legislador negativo, da jurisdição constitucional, é absolutamente determinada pela Constituição.”⁹⁴

Logo, ficaria claro que a produção de qualquer norma dependerá de seguir outra norma.⁹⁵ Essa base também é importante para notar a plena aplicação do positivismo de Kelsen em sua teoria, pois enquanto para Schmitt a proteção da Constituição tem como objetivo a proteção da unidade do povo, Kelsen não enxergará essa unidade, inclusive dizendo que tal unidade seria fictícia, portanto o seu foco será o respeito de uma norma superior em detrimento de uma norma inferior ou atos estatais.⁹⁶

Assim, fica claro que a Constituição para Kelsen é a norma hierarquicamente superior no sistema jurídico, que deve ser respeitada, e quando tal respeito não ocorrer, uma instância deve ser acionada para o controle do ato incoerente com o sistema, essa deve ser, para o autor, o Tribunal Constitucional. Todavia, Kelsen não acreditava unicamente no Tribunal Constitucional como forma de controle da Constituição, era de fato a principal forma de controle, contudo, poderia haver também o controle preventivo, que diz respeito a políticas de responsabilização pessoal do órgão que promulgou a lei, junto ao repressivo, feito pelo Tribunal Constitucional, o que é basicamente a aplicação da lei.⁹⁷

Nesse âmbito ainda cabe mais uma distinção proposta por Kelsen, a diferença entre ato nulo e ato anulável, a chamada *teoria das nulidades*. O ato nulo pode ser considerado aquele que qualquer um pode averiguar sua regularidade, enquanto o ato anulável depende da declaração de um Tribunal Constitucional. Ora, novamente volta-se ao ponto de quem deveria anular a norma que não está de acordo a Constituição, e mais uma vez Kelsen chegará que o órgão mais adequado será a Corte Constitucional, pois:

⁹⁴ KELSEN, Hans. Jurisdição constitucional. Tradução de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 153.

⁹⁵ FURLAN, Fabio Ferreira. O guardião da Constituição: debate entre Carl Schmitt e Hans Kelsen. A&C. Revista de Direito Administrativo & Constitucional, v. 39, p. 127-146, 2010, p. 137.

⁹⁶ FURLAN, Fabio Ferreira. O guardião da Constituição: debate entre Carl Schmitt e Hans Kelsen. A&C. Revista de Direito Administrativo & Constitucional, v. 39, p. 127-146, 2010, p. 138.

⁹⁷ 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. 93.

“A anulação do ato inconstitucional representa a principal garantia e o meio mais eficaz de preservação da Constituição. Entendeu Kelsen que não era o Parlamento o órgão competente para a verificação da constitucionalidade. Deveria ser um órgão diferente, independentemente de qualquer outra autoridade estatal. Era preciso encarregar a anulação dos atos inconstitucionais a uma jurisdição ou Tribunal constitucional. Cumpre à jurisdição constitucional pronunciar-se, puramente, da interpretação da Constituição.”⁹⁸

Importante salientar que, para Kelsen, no sistema jurídico não há atos nulos, ou seja, não existem normas nulas, visto que a nulidade só é declarada por pessoa competente para tal ato. Dessa forma, uma norma que não segue previamente os requisitos constitucionais para sua criação terá validade até a Corte Constitucional declarar que tal norma é nula, assim ela produzirá efeitos.

Por tais razões a criação de um Tribunal Constitucional é vista como essencial para Kelsen, visto que deixar para qualquer tribunal decidir sobre a constitucionalidade de uma norma seria problemático, visto que estes tribunais ordinários não teriam a força necessária para fazer valer suas decisões, resolvendo no máximo o caso que estão enfrentando.⁹⁹ Logo, seria necessário a criação de um Tribunal Constitucional, com competência para declarar nulas leis e atos que fugissem dos aspectos constitucionais, e dessa unanimidade na aplicação das decisões e força. Nesse sentido Kelsen:

“La Constitución austriaca de 1920 en los artículos 137-148, estableció esta centralización, reservando el control constitucional de las leyes a una corte especial, el llamado Tribunal Constitucional (Verfassungsgerichtshof). Al mismo tiempo, la Constitución confirió a este Tribunal el poder de anular la ley que hubiera encontrado inconstitucional. No siempre era necesario anular la ley completa, si la provisión inconstitucional podía ser separada del resto del articulado de la ley; en esta hipótesis, el Tribunal podía anular sólo esta provisión. La decisión del Tribunal invalidando la ley o una parte de ella, lo era no sólo para el caso concreto, sino en general para todos los casos futuros. Tan pronto como la resolución judicial entraba en vigencia, la ley anulada dejaba de existir. La resolución judicial del Tribunal de anular era efectiva en principio sólo ex nunc; no tenía -con una excepción de la cual hablaré más adelante- fuerza retroactiva. Esta fuerza retroactiva difícilmente podría ser justificada,

⁹⁸ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do processo constitucional. Revista da Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte, v. 2, n. 3-4, p. 70- 169, 2004, p. 89.

⁹⁹ Nesse sentido Kelsen: “La desventaja de esta solución consiste en el hecho que los distintos órganos que aplican las leyes, pueden tener diferentes opiniones respecto a la constitucionalidad de una ley, y que, por tanto, un órgano puede aplicar la ley porque la considera constitucional, mientras que otro puede negarse a aplicarla basándose en su alegada inconstitucionalidad. La ausencia de una decisión uniforme en torno a la cuestión sobre cuándo una ley es constitucional -por ejemplo, si es que la Constitución es violada o no- es un gran peligro para la autoridad de la Constitución.” (KELSEN, Hans. El control de la constitucionalidad de las leyes. Estudio comparado de las constituciones austriaca y norteamericana. IUS ET VERITAS, v. 4, n. 6, p. 81-90, out. 1993, p. 83.)

no sólo por las consecuencias críticas de todo efecto retroactivo, sino especialmente porque la decisión concernía a un acto del legislador (constitucional), y el legislador también estaba autorizado para interpretar la Constitución, aun cuando estuviese sometido en este aspecto al control judicial. Mientras el Tribunal no declare inconstitucional una ley, la opinión del legis-lador, expresada en su acto legislativo, tiene que ser respetada.”¹⁰⁰

É curioso também notar como Kelsen define o modo de escolha dos representantes do Tribunal Constitucional, pois como dito, ele deveria ser independente do Executivo e do Legislativo. Todavia, à medida que a função da Corte Constitucional era justamente realizar o papel de legislador negativo, os membros desta corte eram escolhidos pelo Parlamento, em que Kelsen inclusive fez parte de tal corte.¹⁰¹

Logo, o órgão responsável pelo monitoramento da Constituição deveria ser distinto e independente do Parlamento e do Executivo, pois estes na verdade são os principais sujeitos a serem monitorados.¹⁰² Em suma, fica claro que a intenção de Kelsen na colocação de um Tribunal Constitucional como Guardião da Constituição vem muito advindo do caráter jurisdicional do poder Judiciário, assim aproveitando um mecanismo de aplicação legislativa já existente e adaptando-o de forma substancial para um tema tão importante quanto a Constituição.

3.2. A Resposta de Kelsen para Schmitt

A resposta de Kelsen para Schmitt sobre a discussão de quem deveria ser o Guardião da Constituição veio em seu texto “*Quem deve ser o guardião da Constituição?*” publicado originalmente em 1931. Nesse texto, Kelsen irá analisar praticamente todos os pontos do “*O Guardião da Constituição*”, tentando abordar de forma direta quais os pontos ele considera que Schmitt erra, seja em sua conceituação ou seja na própria interpretação da teoria de Kelsen.

¹⁰⁰ KELSSEN, Hans. El control de la constitucionalidad de las leyes. Estudio comparado de las constituciones austriaca y norteamericana. IUS ET VERITAS, v. 4, n. 6, p. 81-90, out. 1993, p. 83-84.

¹⁰¹ 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. 94.

¹⁰² HERRERA, Carlos Miguel. La polemica Schmitt - Kelsen sobre el guardian de la constitución. Revista de Estudios Politicos, Madri, n. 86, p. 195-227, jun., 1992, p. 205.

O texto claramente é uma forma de Kelsen mostrar que sua teoria do Tribunal Constitucional tem maior embasamento teórico e prático quando comparado com os escritos de Schmitt, que por vezes se utiliza de posições divergentes entre si ou mesmo se contradiz em alguns aspectos em seu texto.

Nos próximos capítulos estão agrupadas algumas das principais críticas sobre a teoria de Schmitt feita por Kelsen, a fim de entender tanto os motivos pelos quais o Guardião da Constituição deve ser o Tribunal Constitucional, complementando o capítulo “*O Tribunal Constitucional como Guardião da Constituição*” do presente trabalho, além de apontar algumas falhas no Führer como órgão que deve guardar a constituição na visão de Kelsen.

3.2.1. A Resposta em Relação à Consideração do Führer como Detentor de um Poder Neutro

Como já bem exposto nos capítulos anteriores, a teoria de Kelsen foi objeto, em grande medida, para construção da crítica de Schmitt à criação de um Tribunal Constitucional como Guardião da Constituição. Todavia, o autor austríaco responde sobre a questão do Guardião da Constituição para Schmitt de forma direta em seu texto “*Quem deve ser o guardião da Constituição?*” publicado originalmente em 1931.

Esse texto contém uma resposta direta e elaborada para justificar os pontos pelas quais a concepção de Schmitt sobre quem seria o Guardião da Constituição se mostram erradas na visão do jurista austríaco. O texto será a base para construção do presente capítulo, a fim de poder analisar os pontos de Kelsen, e nos capítulos seguintes analisar mais detalhadamente os pontos positivos e negativos de cada autor.

Kelsen se enxerga como um democrata, e demonstra que o Estado de Direito sempre buscará pela efetividade das garantias constitucionais, sendo este um dos principais princípios de um Estado de Direito. Neste diapasão é que surgem as disputas para saber quem seriam as instituições para controlar e dar validade aos atos do Estado e seus poderes conforme a Constituição.¹⁰³

¹⁰³ KELSSEN, Hans. Jurisdição constitucional. Tradução de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 239-240.

Schmitt, desde logo, imputa a Kelsen um erro na sua própria forma de interpretação da Constituição de Weimar, pois o autor alemão tinha como pressuposto que o art. 48 da referida carta magna dava ao Führer os poderes constantes a dúvidas e conflitos Constitucionais¹⁰⁴. Kelsen, contudo em análise ao mesmo texto legal aborda que Schmitt se esquece do art. 19 da Constituição de Weimar, que seria este o principal dispositivo constitucional referente ao Guardião da Constituição¹⁰⁵:

“Article 19. Constitutional disputes arising within any Land in which there is no court competent to settle the same, of disputes not governed by private law, arising between different Lands or between the Reich and any Land shall be decided by the Constitutional Court of the German Reich on the application of one party, unless some other court of the Reich is competent to decide such dispute. The President of the Reich executes the judgment of the Constitutional Court of the Reich.”¹⁰⁶

Como já visto, Schmitt aceita um Tribunal Constitucional feito pelos tribunais de forma limitada, apenas não aplicando a legislação duvidosa em seu quesito constitucional, mas não teria o Judiciário poderes efetivamente decisórios sobre questões constitucionais, visto o caráter político de tal decisão.¹⁰⁷ Dessa forma, o autor alemão entende que o real artigo de aplicação para definir quem será o Guardião da Constituição será o art. 48 da Constituição de Weimar.

Todavia, Kelsen não irá limitar sua análise a Schmitt em uma análise meramente baseada na Constituição de Weimar. O autor austríaco rebate também a falsa noção de poder neutro que Schmitt aplica,¹⁰⁸ pois sua concepção seria baseada em uma interpretação errônea do que seria o poder neutro em Benjamin Constant. Kelsen irá esclarecer que para a teoria de Constant ser aplicada são necessários dois tipos de executivos, o primeiro chamado de “passivo” e o segundo chamado de “ativo”. O executivo passivo, teria como funções de

¹⁰⁴ SCHMITT, Carl. O Guardião da Constituição. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 45.

¹⁰⁵ KELSEN, Hans. Jurisdição constitucional. Tradução de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 245.

¹⁰⁶ The Constitution of the German Reich, August 11, 1919, Translation of Document, Office of U.S. Chief of Counsel, disponível em: <https://digital.library.cornell.edu/catalog/nur01840>.

¹⁰⁷ PELEGRINO DA SILVA, Matheus. O debate sobre o Guardião da Constituição-: a problemática da legitimidade democrática da decisão final quanto à constitucionalidade das normas. Revista Justiça do Direito, v. 33, p. 28-56, 2019, p. 41.

¹⁰⁸ Para Kelsen a teoria do poder neutro de Constant só poderia ser válida em um contexto muito específico em que o executivo se dividiria em dois, o executivo passivo e o executivo ativo, algo que não ocorria na Alemanha de Schmitt. Nesse sentido consultar: KELSEN, Hans. Jurisdição constitucional. Tradução de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 243-248.

representação do Estado no exterior, sanção de leis, o comando do exército, a nomeação de funcionários e juízes, enquanto o executivo ativo ficaria encarregado das demais funções. O poder chamado neutro, só existiria se o chefe de Estado alemão possuísse apenas a função do executivo passivo, visto que o poder passivo não teria poder decisório.¹⁰⁹

Desse modo, o ponto essencial é que tanto Kelsen como diversos autores colocam é que Schmitt irá se utilizar de uma teoria de monarquia constitucional para o chefe do Executivo alemão deter poder acima dos demais poderes, de forma a torná-lo novamente um monarca.

3.2.2. A Resposta em Relação às Críticas sobre a Questão dos Tribunais como Guardião da Constituição

A questão das funções dos tribunais também é um ponto central na teoria proposta por Schmitt e que Kelsen irá tecer algumas considerações. De início é importante salientar que o autor austríaco irá concordar em parte com as críticas de Schmitt, pois de fato reconhece que um Tribunal Constitucional possui falhas, contudo, mesmo com falhas, um Tribunal Constitucional tem uma função jurisdicional, ao contrário do Executivo¹¹⁰. Logo, para Kelsen um Tribunal Constitucional falho ainda é mais seguro do que o poder executivo.

Além disso, Kelsen irá estranhar de certa forma a posição contraditória de Schmitt sobre a permissibilidade do controle constitucional pelos tribunais americanos e a negativa desse fato para os tribunais europeus. A justificativa dessa relação é que Schmitt, como posto anteriormente¹¹¹, considera que a guarda da constituição envolve um caráter político, que não é função do Judiciário, mas sim do Legislativo e do Executivo no sistema europeu. Nesse diapasão, o Judiciário se caracteriza como um mero aplicador da lei.

Nesse aspecto, Kelsen aponta a confusão que Schmitt faz com o que seria uma função jurisdicional, visto que o juiz também seria instrumento do poder político, pois é ele que aplica

¹⁰⁹ KELSEN, Hans. Jurisdição constitucional. Tradução de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 245-246.

¹¹⁰ KELSEN, Hans. Jurisdição constitucional. Tradução de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 248.

¹¹¹ Nesse sentido consultar o capítulo: “A Negativa do Tribunal Constitucional como Guardião da Constituição.”.

a vontade do legislador.¹¹² Dessa forma, o que existe é uma inversão de perspectiva, pois o que para Schmitt é mera aplicação da lei, para Kelsen será uma continuação do poder político. Existe, na verdade, uma autorização do legislativo para o Judiciário utilizar de seu poder político, na medida que o magistrado dá em maior ou menor grau poderes a uma parte do litígio, ou seja, cria um direito *inter partes*, sendo este poder político semelhante daquele aplicado pelo legislador, nesse sentido Kelsen:

“A opinião de que somente a legislação seria política - mas não a "verdadeira" jurisdição - é tão errônea quanto aquela segundo a qual apenas a legislação seria criação produtiva do direito, e a jurisdição, porém, mera aplicação reprodutiva. Trata-se, em essência, de duas variantes de um mesmo erro. Na medida em que o legislador autoriza o juiz a avaliar, dentro de certos limites, interesses contrastantes entre si, e decidir conflitos em favor de um ou outro, está lhe conferindo um poder de criação do direito, e portanto um poder que dá à função judiciária o mesmo caráter "político" que possui - ainda que em maior medida - a legislação. Entre o caráter político da legislação e o da jurisdição há apenas uma diferença quantitativa, não qualitativa.”¹¹³

O Tribunal Constitucional defendido por Kelsen não será nada que um tribunal com o caráter político acentuado em relação aos demais tribunais¹¹⁴, visto que o Judiciário em si contém um caráter político que foi ignorado por Schmitt.

Contudo, fica a pergunta do que é jurisdição para Schmitt, se neste conceito para o autor não existirá caráter político. É neste contexto que Kelsen entenderá que Schmitt não conceituou, pelo menos não de forma clara, o que é a jurisdição, de modo que Kelsen considerará que a jurisdição para Schmitt são normas que permitem a subsunção de um fato material, e que além disso não sejam nem duvidosas ou polêmicas¹¹⁵. Dessa forma, de maneira contrária às leis

¹¹² Kelsen, Hans. Jurisdição constitucional. Tradução de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 251.

¹¹³ Kelsen, Hans. Jurisdição constitucional. Tradução de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 251.

¹¹⁴ Kelsen, Hans. Jurisdição constitucional. Tradução de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 253.

¹¹⁵ Nesse sentido Schmitt: “A aplicação de uma norma a uma outra norma é algo qualitativamente diferente do que a aplicação de uma norma a um fato e a subsunção de uma lei a uma outra lei (se é que é imaginável) algo essencialmente diferente do que subsunção de um tipo legal regulamentado à sua regulamentação. Se for averiguada uma contradição entre a lei ordinária e a norma constitucional e a lei ordinária declarada como nula, não se pode denominar como aplicação da norma constitucional à lei ordinária no mesmo sentido como o é a aplicação judicial da lei ao caso concreto. No primeiro caso, comparam-se umas normas as outras e, quando de colisões e contradições possíveis por diversos motivos, uma norma suprime a outra. No segundo caso, quando da aplicação judicial da lei a um determinado fato, um caso concreto é subsumido aos conceitos gerais (e ao "tipo" legal).” (Schmitt, Carl. O Guardião da Constituição. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 62.)

ordinárias, a decisão sobre constitucionalidade não é meramente a subsunção de um fato material, mas geralmente a definição de um conteúdo, o que seria uma função política e não caberia a um tribunal, mesmo que seja um Tribunal Constitucional.¹¹⁶

Sobre este ponto Kelsen fará uma crítica de forma mais prática do que teórica, visto que para Schmitt a prática do Judiciário seria a aplicação de leis totalmente claras e aplicáveis, nunca havendo momento que os tribunais ordinários aplicassem normas com conteúdo duvidosos, o que seria uma falácia¹¹⁷. O ponto central é que Kelsen não irá concordar com Schmitt no fato da função do Judiciário como mero aplicador de uma norma pronta em uma situação perfeita, pois a decisão jurídica possui uma independência jurídica.¹¹⁸

Por tais concepções é que Kelsen definirá que tanto a produção da sentença quanto a produção de uma lei são produções de direito, pois ambas as produções têm como produto final a produção de direito, seja *inter partes* ou *erga omnes*. Sendo assim, o Tribunal Constitucional também seria produtor de atos de legislação, logo também adquire o caráter político requisitado por Schmitt, e retirado do Judiciário seu caráter automatizado, nesse sentido Kelsen:

“Pois bem, é justamente dessa compreensão que resulta o fato de que entre lei e sentença não existe diferença qualitativa, que esta é, tanto quanto aquela, produção do direito, que a decisão de um tribunal constitucional, por ser um ato de legislação, isto é, de produção do direito, não deixa de ser um ato de jurisdição, ou seja, de aplicação do direito, e particularmente que, em função de o elemento da decisão não se limitar de modo algum à função legislativa, mas sim também - e necessariamente - estar contido na função judicial, ambas devem possuir caráter político.”¹¹⁹

Além de definir que o Judiciário consegue se adequar ao poder político, que Schmitt define como sendo apenas do chefe de Estado, é necessário notar outro ponto importante na constituição de um Tribunal Constitucional, que é sua publicidade. O Judiciário já traria ao

¹¹⁶ KELSEN, Hans. Jurisdição constitucional. Tradução de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 253-254.

¹¹⁷ Este é um ponto que comumente seria aplicado ao próprio Hans Kelsen, visto que como adepto da doutrina do jus positivo, ou seja, da primazia da lei, é quase implícito a ideia de que Kelsen consideraria o Judiciário como mero aplicadora da lei. Todavia nesse ponto da discussão é possível enxergar um Kelsen mais aberto ao conceito de direito do que mera aplicação de leis. Nesse mesmo sentido consultar: HERRERA, Carlos Miguel. La polemica Schmitt - Kelsen sobre el guardian de la constitución. Revista de Estudios Politicos, Madri, n. 86, p. 195-227, jun., 1992.

¹¹⁸ KELSEN, Hans. Jurisdição constitucional. Tradução de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 258.

¹¹⁹ KELSEN, Hans. Jurisdição constitucional. Tradução de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 257-258.

longo do tempo uma tradição e uma consolidação da publicidade de suas decisões e de seu processo decisório¹²⁰. No tocante a questões do processo de questões constitucionais, a questão da publicidade deve ser ainda mais notada, visto que estas questões afetam diretamente os contornos políticos, sociais, econômicos de uma sociedade. Inclusive, a forma jurídica, segundo Kelsen, se assemelha muito ao processo legislativo, visto que os envolvidos discutem os pontos positivos e negativos, expondo suas razões e fundamentos para seguir determinado caminho.

Dessa forma, o litígio constitucional, seguindo as bases do judiciário, daria maior regramento e oportunidade para todas as partes falarem e disporem o que acham adequado para o litígio, que se refletirá na sentença. Logo, a sentença, como já apontado por Kelsen anteriormente, cria política, na medida que pondera interesses, a fim de se chegar em uma solução, assim evitando de se chegar em um Estado totalitário.¹²¹

3.2.3. A Resposta em Relação à Questão do Führer como Guardião da Constituição

Kelsen também irá destacar em seu texto mais um ponto contraditório na escrita de Schmitt. O autor alemão dispunha que o preâmbulo da Constituição de Weimar¹²² definia que a Constituição era fundada no conceito democrática da homogeneidade. O objeto de preocupação de Schmitt, como visto nos capítulos anteriores, era justamente impedir o avanço do pluralismo parlamentar e uma possível destruição da homogeneidade do povo alemão.¹²³

¹²⁰ KELSEN, Hans. Jurisdição constitucional. Tradução de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 264.

¹²¹ KELSEN, Hans. Jurisdição constitucional. Tradução de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 266.

¹²² “The German people, united in their racial elements and impelled by the will to renew and strengthen their Reich in freedom and justice, to serve the ends of peace at home and abroad and further social progress, have established this Constitution.” (The Constitution of the German Reich, August 11, 1919, Translation of Document, Office of U.S. Chief of Counsel, disponível em: <https://digital.library.cornell.edu/catalog/nur01840>.)

¹²³ Nesse sentido: “Como uma lógica política, o liberalismo, segundo Schmitt, negaria a possibilidade da unidade do Estado soberano (Schmitt, 2015, p. 75). Segundo o jurista, a fidelidade do homem numa sociedade liberal não é com o Estado, mas com as suas associações sociais. Schmitt, por isso, questiona como seria possível numa sociedade onde impera o pluralismo liberal surgir um tipo de unidade que possa ter o poder da decisão em caso de um conflito. Mais uma vez, o que está implícito nesta crítica ao liberalismo é a impossibilidade de a partir dela “fundar um conceito racional de soberania e unidade” (Schmitt, 2015, p. 79).” (BENJAMIN, Cássio; PASSOS, Eduardo Arruda. Mais do que a união das partes: a unidade do Estado e o problema do pluralismo em Carl Schmitt. Princípios: Revista de Filosofia, Natal, v. 29, n. 60, p. 148 – 162, set. - dez. 2022, p. 154.)

Contudo, Kelsen irá problematizar o fato de todas as expectativas de Schmitt para manter a unidade do povo alemão serem depositadas no chefe de Estado, pois seria basicamente impossível uma única pessoa conseguir representar todos os indivíduos e seus interesses, além do fato de Kelsen não acreditar existir uma concepção comum. Nesse contexto, a mais evidente contradição apresentada por Schmitt, segundo Kelsen, é o fato da Constituição de Weimar ligar os atos do chefe de Estado à colaboração dos ministros de Estado, estes ligados diretamente ao Parlamento alemão.¹²⁴ Logo, mesmo que indiretamente, seria impossível uma ação isolada do Führer sem o Parlamento, na medida que o chefe de Estado, na lógica alemã, sempre necessitaria do aval de seus ministros, que são solidários perante o Parlamento, de modo a estarem ligados a maioria Parlamentar que tanto critica Schmitt.

Importante ainda é o ponto trazido por Kelsen nesse aspecto, visto que Schmitt se punha como um democrata¹²⁵, mesmo que seu conceito de democracia não fosse o mais parecido com o que se entende por Estado democrático atualmente, como demonstrado logo no início deste trabalho. Todavia, Kelsen irá compreender que Schmitt está muito mais perto de uma monarquia hereditária do que de um sistema presidencial com chefe de Estado eleito e reeleito, pois sua abominação pelos partidos políticos só poderia ser resolvida dessa forma:

“Se, com todo o realismo e sem qualquer verniz ideológico, enxergamos a "neutralidade" do chefe de Estado nessa possibilidade de influenciar a vontade estatal na direção de um acordo - garantida por sua independência dos partidos políticos - temos de admitir que as condições para isso encontram-se em maior grau num monarca hereditário do que num presidente de Estado eleito e reelegível. A eleição do chefe de Estado, que se dá inevitavelmente sob a alta pressão de ações político-partidárias, pode ser um método democrático de nomeação, mas não lhe garante particularmente a independência. Concluir — a partir do fato de que o chefe de Estado é eleito pelo povo, isto é, na verdade nomeado por uma maioria, por vezes mesmo por uma minoria do povo em luta com outros grupos - que ele expressará a vontade geral do povo unitário é portanto discutível, não apenas porque tal vontade geral não existe, mas também porque justamente a eleição não

¹²⁴ KELSEN, Hans. Jurisdição constitucional. Tradução de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 282.

¹²⁵ “E o objetivo de toda Constituição sensata dar um sistema organizacional que possibilite uma volição estatal e um governo capaz de governar. E, 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 plebiscitária devem, em primeiro lugar, criar um governo eficiente.” (SCHMITT, Carl. O Guardião da Constituição. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 168.)

representa nenhuma garantia para uma função do chefe de Estado de equilibrar interesses em conflito.”¹²⁶

É notável, desse modo, a incerteza da sustentabilidade da teoria de Schmitt na visão Kelsen, visto que a neutralidade e independência que o autor alemão toma como necessárias para ser o Guardião da Constituição são, na realidade, quase utópicas. As eleições e ações de um chefe de Estado terão inevitavelmente certa pressão social e política dos grupos majoritários e mais influentes do Estado, seja ele o alemão, ou qualquer outro. Além disso, para Kelsen, não existe necessariamente uma vontade unitária do povo, como diz Schmitt, e se houvesse essa vontade ela não poderia ser representada pelo Führer, pois este também sofre pressões políticas e sociais de determinados grupos.

Assim, novamente Kelsen irá fazer uma crítica direta ao capítulo “*Significado Especial do "Poder Neutro" no Estado Partidário Pluralista, Exposto por Meio do Exemplo do Conciliador Público de Contendas Trabalhistas*” do livro objeto deste trabalho “*O Guardião da Constituição*” de Carl Schmitt, pois comprova que não há nenhuma vantagem clara no Chefe de Estado em relação ao magistrado na questão de independência e neutralidade para realizar decisões sobre questões constitucionais, pois o chefe de Estado está vinculado a traços políticos antes e depois de sua eleição, enquanto os juízes pelo menos devem prezar pela sua neutralidade por uma questão de ética profissional.¹²⁷

Outro ponto importante, que finaliza a resposta crítica direta de Kelsen a Schmitt, é a relação dos poderes, e a missão incumbida de ser o Guardião da Constituição. Kelsen acredita que destinar esse poder ao Führer é basicamente entregar poderes extraordinários a um dos três poderes, quebrando a balança de equilíbrio existente entre eles. Esta também é uma consideração que Schmitt faz em seu texto¹²⁸, assim Kelsen aponta a contradição em Schmitt, mais uma vez, uma vez que não faria sentido incumbir ao chefe de Estado o controle

¹²⁶ KELSEN, Hans. Jurisdição constitucional. Tradução de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 282-283

¹²⁷ KELSEN, Hans. Jurisdição constitucional. Tradução de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 284.

¹²⁸ “Caso não deva ocorrer um efeito secundário meramente acessório de outras atividades estatais, mas, sim, devam ser organizadas uma instituição e uma instância especiais, cuja tarefa seja assegurar o funcionamento constitucional dos diversos poderes e salvaguardar a Constituição, então é conseqüente em um Estado de direito, onde há diferenciação dos poderes, não confiar isto, suplementarmente, a nenhum dos poderes existentes, pois senão obteria apenas um sobre peso perante os demais e poderia ele próprio se esquivar do controle.” (SCHMITT, Carl. O Guardião da Constituição. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 193.)

constitucional, pois nenhum dos poderes existentes deveria ser outorgado uma tarefa dessa magnitude, sob pena de se viver em um regime autoritário, nesse sentido Kelsen:

“Ora, então o chefe de Estado não é um dos "poderes existentes", sobretudo numa Constituição que combina o elemento parlamentar com o plebiscitário e que divide o poder político entre Parlamento e presidente do Reich (em conjunto com os ministros)? E justo do ponto de vista de uma interpretação da Constituição que se dedica, com todos os meios, a deslocar o centro de gravidade do poder na direção do chefe de Estado! De quem podemos dizer que se coloca como poder especial neutro "ao lado dos outros poderes": um tribunal destinado a nada mais que exercer um controle constitucional ou o chefe de Estado? É desse tribunal ou do chefe de Estado que devemos dizer que - se chamado a exercer a função de guardião da Constituição - recebe essa função "adicionalmente", adquirindo destarte uma "preponderância" sobre os outros poderes instituídos pela Constituição, na medida em que assim "poderia, ele mesmo, esquivar-se do controle"?”¹²⁹

A lógica é que no texto proposto por Schmitt dá-se a entender que o chefe de Estado não seria um dos três poderes, pois deveria ser ele o Guardião da Constituição, o que é visto como uma dialética mentirosa por Kelsen. Nesse sentido, o Tribunal Constitucional seria a opção mais viável dentre as disponíveis, visto que se trata de um tribunal destinado unicamente a cuidar de questões constitucionais, separado da máquina do Judiciário, ou seja, o Judiciário não estaria recebendo uma função a mais, pelo contrário, estaria existindo uma segregação de funções, enquanto no caso do chefe de Estado haveria uma acumulação¹³⁰. Nesse sentido, cabe retornar à observação feita por Kelsen em relação a teoria do poder neutro de Benjamin Constant, na qual só poderia considerar o Executivo como poder neutro se houvesse a separação de funções proposta por Constant, e que não existe na prática alemã, dessa forma, destinar o Führer como Guardião da Constituição seria um ato perigoso de acúmulo de funções podendo gerar um regime autoritário semelhante à monarquia.

Por fim, cabe ressaltar que Kelsen, por mais que acreditasse no Tribunal Constitucional como o verdadeiro Guardião da Constituição, consegue analisar na Constituição de Weimar hipóteses de os três poderes serem colaborativos para a proteção da Constituição.¹³¹ Esse controle por cada um dos poderes é incluso nos art. 19 para o controle pelo Judiciário, pelo art.

¹²⁹ KELSEN, Hans. Jurisdição constitucional. Tradução de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 285-286.

¹³⁰ KELSEN, Hans. Jurisdição constitucional. Tradução de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 286.

¹³¹ KELSEN, Hans. Jurisdição constitucional. Tradução de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 286.

79 para o controle pelo Legislativo, e o próprio art. 48 citado por Schmitt para o controle pelo Executivo:

“Article 19: Constitutional disputes arising within any Land in which there is no court competent to settle the same, of disputes not governed by private law, arising between different Lands or between the Reich and any Land shall be decided by the Constitutional Court of the German Reich on the application of one party, unless some other court of the Reich is competent to decide such dispute. The President of the Reich executes the judgment of the Constitutional Court of the Reich”¹³²

“Article 48: If a Land fails to fulfil the duties incumbent upon it according to the Constitution or the laws of the Reich, the Reich President can force it to do so with the help of the armed forces. The Reich President may, if the public safety and order in the German Reich are considerably disturbed or endangered, take such measures as are necessary to restore public safety and order. If necessary he may intervene with the help of the armed forces. For this purpose he may temporarily suspend, either partially or wholly, the Fundamental Rights established in Articles 114, 115, 117, 118, 123, 124 and 153. The Reich President shall inform the Reichstag without delay of all measures taken under Paragraph 1 or Paragraph 2 of this Article. On demand by the Reichstag the measures shall be repealed. In case of imminent danger the government of any Land may take preliminary measures of the nature described in Paragraph 2 for its own territory. The measures are to be revoked upon the demand of the Reich President or the Reichstag. Details will be regulated by a Reich law.”¹³³

“Article 70: The Reich President shall promulgate (ausfertigen) all constitutionally enacted laws and proclaim them in the Reich's Legal Gazette (Reichsgesetzblatt) within one month”¹³⁴

Assim, Kelsen adotará uma posição importante na medida que tem como base um Tribunal Constitucional como Guardião da Constituição, mas aceita, em certa medida, que os poderes funcionem em conjunto para o cumprimento da carta magna. Todavia é necessário deixar uma importante observação neste aspecto, no sentido de que este controle difuso de constitucionalidade é uma característica da Constituição de Weimar, pois se comparada a

¹³² Article 19 of The Constitution of the German Reich, August 11, 1919, Translation of Document, Office of U.S. Chief of Counsel, disponível em: <https://digital.library.cornell.edu/catalog/nur01840>.

¹³³ Article 48 of The Constitution of the German Reich, August 11, 1919, Translation of Document, Office of U.S. Chief of Counsel, disponível em: <https://digital.library.cornell.edu/catalog/nur01840>.

¹³⁴ Article 70 of The Constitution of the German Reich, August 11, 1919, Translation of Document, Office of U.S. Chief of Counsel, disponível em: <https://digital.library.cornell.edu/catalog/nur01840>.

Constituição austríaca de 1920, a qual Kelsen ajudou formular, o controle já se encontrava concentrado.¹³⁵

4. Outros Aspectos Relacionados ao Debate Kelsen x Schmitt

Além das discussões mais notórias entre os próprios autores sobre quem deveria ser o Guardião da Constituição, é simbólico também a existência de apontamentos que vão para além da discussão direta dos autores e suas visões.

Ao longo do tempo foi se concretizando novas análises sobre os escritos tanto de Schmitt quanto de Kelsen, e novos apontamentos sobre suas concepções de quem deverá ser considerado ou teria melhor capacidade para ser o Guardião da Constituição. O objetivo deste capítulo é justamente abordar visões mais modernas do debate Kelsen x Schmitt e realizar breves apontamentos sobre novas problemáticas do debate que foram surgindo ao longo da história do direito público e da filosofia do direito.

4.1. Schmitt e suas Relações com os Regimes Ditatoriais

Desde logo, é importante notar que a maior crítica que aparece quando se estuda e lê a teoria de Schmitt é sua associação, ou pelo menos sua afeição, com o regime nazista. Isso não é diferente quando se está a explorar seu conceito de Guardião da Constituição, tendo em vista que sua teoria é contemporânea a ascensão de Hitler na Alemanha nazista e que alguns de seus escritos justificavam muito dos atos praticados pelo regime.

Antes de começar a abordar mais especificamente a questão da associação de Schmitt ao nazismo é necessário entender a vinculação de sua teoria ao conceito de ditadura. Em o “O

¹³⁵ Nesse sentido: “Analogamente, o sistema “concentrado” poderia também ser designado como o tipo “austríaco” de controle. De fato, o arquétipo foi posto em prática pela Constituição austríaca de 19 de outubro de 1920 (chamada *Oktoberverfassung*), redigida com base em um projeto elaborado, a pedido do governo, pelo Mestre da “escola jurídica de Viena”, Hans Kelsen, e posta de novo em vigor na Áustria, no último pós-guerra (6), no texto da Emenda de 1929, que tinha sofrido notáveis modificações exatamente em matéria de justiça constitucional. (CAPPELLETTI, Mauro. O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984, p. 68.)

Guardião da Constituição”, Schmitt já começa seu texto endossando a ditadura romana como um meio eficiente para defender os interesses populares.¹³⁶ É notório que o autor já vinha construindo um embasamento teórico que não tratava a ditadura exatamente como um problema, mas sim uma solução a fim de defender a Constituição.

Todavia, o termo *ditadura* na concepção utilizada por Schmitt tem uma associação um pouco diferente da tradicional utilizada no cotidiano moderno, mesmo que na prática seu conceito de ditadura esteja muito mais próximo da experiência ditatorial vivida no Brasil, como será explorado a seguir. A ditadura pode ser dividida em dois tipos distintos, a ditadura soberana e a ditadura comissária. A ditadura comissária é aquela que foi praticada na Roma Antiga baseada em tempo e legitimidade para ocorrer, ou seja, a ditadura comissária tem uma relação como o futuro, um prazo certo para acabar, e vinculado a uma tarefa específica, como combater uma crise constitucional. Por outro lado, a ditadura soberana é um fenômeno mais moderno, que se relaciona basicamente a poderes ilimitados e recriar uma nova ordem política, sem manter a Constituição em vigor, e sem um tempo delimitado. Nesse sentido, bem resume o prof. Ronaldo Porto Macedo Júnior:

“Schmitt assume a definição de Bodin e acrescenta que o ditador comissário, diferentemente do ditador soberano, aceita um encargo para realizar uma guerra, combater uma insurreição, resolver, enfim, uma situação de crise. Uma determinada Constituição vigente pode ser suspensa até que volte a normalidade e a própria Constituição possa ser novamente posta em vigor. Por tal razão, o ditador romano durante o período republicano era nomeado para agir por apenas seis meses. Schmitt observa que durante a Revolução Francesa surge um novo tipo de ditadura, a ditadura soberana, distinta da ditadura de César e Silla. Conforme foi salientado, a ditadura comissária se funda num *pouvoir constitué*, por delegação. A ditadura soberana, ao contrário, caracteriza-se pelo seu *pouvoir constituant*, advindo do povo. Ademais, a ditadura soberana seria duradoura e não provisória como a ditadura comissária. Exemplos de ditadura soberana seriam a França, entre 1793 e 1795, e a União Soviética, a partir de 1917.”¹³⁷

¹³⁶ SCHMITT, Carl. *O Guardião da Constituição*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 12.

¹³⁷ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Constituição, Soberania e Ditadura em Schmitt*. Lua Nova (Impresso), São Paulo, v. 42, p. 119-144, 1997, p. 132. Nesse mesmo sentido: “This difference has important ramifications for the question of just how limited a dictatorship can be if it is legitimated and bound by a future situation as opposed to if it is legitimated by a previously existing one.’ This difference also lays the ground work for the theoretical-historical distinction that governs the whole of Die Diktatur: the one between the traditional concept of ‘commissarial dictatorship’, derived from the classical model, which is bound by allotted time, specified task and the fact that it must restore a previously standing order, and ‘sovereign dictatorship’, an historically modern phenomenon, which is unlimited in any way and may proceed to establish a completely new order.” I will return to these issues in greater detail below.” (McCormick, John P. *The Dilemmas of Dictatorship*: Carl Schmitt and

Nesse contexto, é comum vincular a figura de Schmitt com o sistema ditatorial, visto que, como já relatado anteriormente, o Guardião da Constituição para o autor se liga unicamente ao Führer. Assim, Schmitt irá equiparar a figura do chefe de Estado ao de uma ditadura comissária, pois o Führer terá a função de proteção da Constituição e seus poderes especiais só durarão enquanto existir o risco iminente. Contudo, cabe notar alguns aspectos problemáticos dessa interpretação, tendo em vista que para Schmitt a base de legitimidade do Führer como Guardião da Constituição não se deriva da lei, mas sim de um aspecto de soberania, pois autor alemão acreditava que os poderes do chefe de Estado para defender a constituição estariam vinculados em noções pré-constitucionais de unidade popular.¹³⁸

Dessa forma, por mais que Schmitt coloque sua teoria muito mais perto do modelo de ditadura comissária, na prática, sua teoria se assemelha muito mais a uma ditadura soberana do que necessariamente a uma ditadura comissária, visto que as atitudes adotadas pelo Führer podem ser de basicamente ignorar a Constituição sem destruí-la,¹³⁹ além de não haver qualquer outra forma de controle do chefe de Estado pelos demais poderes, que devem ser totalmente descartados do controle constitucional.

Logo, toda a argumentação apresentada por Schmitt no sentido de que a Constituição e a legitimidade do chefe de Estado em preservá-la advém do art. 48 da Constituição de Weimar, na verdade seria apenas uma forma de justificar uma ditadura soberana, visto que no fundo não será a lei que delimita os poderes especiais do Führer, mas sim uma vontade soberana existente anterior a própria Constituição¹⁴⁰. Assim, essencialmente o chefe de Estado não precisaria nunca ser controlado por nenhum poder, e nem mesmo pela Constituição enquanto estivesse em sua ação emergencial, visto que sempre teria a carta de ser o real representante popular e de

Constitutional Emergency Powers. Canadian Journal of Law and Jurisprudence, vol. 10, no. 1, p. 163-188, January 1997, p. 176-177.)

¹³⁸ McCormick, John P. The Dilemmas of Dictatorship: Carl Schmitt and Constitutional Emergency Powers. Canadian Journal of Law and Jurisprudence, vol. 10, no. 1, p. 163-188, January 1997, p. 177.

¹³⁹ "However this particular situation that the president must address necessarily calls for activity that is substantially beyond commissarial action and restitution; it entails the wholesale redirecting of structural historical transformation on a macro-economic, social and political scale." This is a redirecting that could never be met in the time- and task-bound fashion of commissarial dictatorship, but that must rather be met by the constitution-amending action of a sovereign dictatorship. Does Schmitt expect that he can call for the wholesale reconstruction of the state-society relationship and not be seen to simultaneously call for the wholesale reconstruction of the Weimar constitution?" (McCormick, John P. The Dilemmas of Dictatorship: Carl Schmitt and Constitutional Emergency Powers. Canadian Journal of Law and Jurisprudence, vol. 10, no. 1, p. 163-188, January 1997, p. 178.)

¹⁴⁰ BARCENA, Josu de Miguel; TEJADA, Javier Tajadura. Kelsen y Schmitt: Dos Juristas en Weimar. Revista de História Constitucional, n. 20, pp. 367-400, 2019, p. 366.

seus interesses. Dessa maneira, Schmitt se assemelha muito mais a uma teoria soberana na prática do que a uma ditadura comissária.

Além da problemática relacionada à ditadura, existe também uma crítica muito presente em relação à teoria do autor alemão e sua vinculação a um “*misticismo religioso*” em comparação ao racionalismo de Kelsen. Schmitt, ao longo de sua obra, tende a negar qualquer racionalidade exacerbada como critério para produzir ciência e, principalmente, para condução política do Estado. Como visto nos capítulos anteriores, os conceitos de povo, poder constituinte e o próprio conceito de Constituição tem para Schmitt uma conotação muito mais voltada ao um lado político e vinculada a um “*espírito popular alemão*”, do que a uma produção racional e científica sobre tais conceitos.

Schmitt tem em sua teoria uma tendência de afirmar o significado psicológico e histórico dos mitos, principalmente o mito nacionalista.¹⁴¹ O autor alemão cria nas suas teorias diversos recursos irracionais e intuitivos, ao invés de buscar a racionalidade científica abstrata igual faz Kelsen,¹⁴² de modo que igualar o direito a uma ciência natural seria algo impensável para o autor alemão. Logo, Schmitt busca em seus escritos valores universais, identidades, uma ideia de sociedade unitária, que se assemelha muito a um mito existente na sociedade alemã. Assim, Schmitt irá acreditar em um ideário de povo alemão, com objetivos políticos comuns sendo tal ideal representado na Constituição.

Por essa perspectiva fica muito claro a motivação de repulsa de Schmitt contra o liberalismo, visto que o movimento vai exatamente em sentido oposto a visão mística apresentada por ele¹⁴³. O liberalismo tem como bases justamente o racionalismo e a separação do homem de seus mitos, algo que não seria possível na obra do autor alemão. Assim, a evolução de pautas liberais, muitas vezes lideradas por grupos parlamentares progressistas, é um retrato do decaimento social e histórico de uma nação na visão de Schmitt.

¹⁴¹ ENGLARD, Izhak. Nazi Criticism against the Normativist of Hans Kelsen: Its Intellectual Basis and Post-Modern Tendencies. Israel Law Review, vol. 32, no. 2, p. 183-249, Spring, 1998, p. 210.

¹⁴² ENGLARD, Izhak. Nazi Criticism against the Normativist of Hans Kelsen: Its Intellectual Basis and Post-Modern Tendencies. Israel Law Review, vol. 32, no. 2, p. 183-249, Spring, 1998, p. 216.

¹⁴³ ENGLARD, Izhak. Nazi Criticism against the Normativist of Hans Kelsen: Its Intellectual Basis and Post-Modern Tendencies. Israel Law Review, vol. 32, no. 2, p. 183-249, Spring, 1998, p. 211.

Esse cenário pode ser muito bem retratado pela afeição de Schmitt pelo governo fascista na Itália, que admirava a transformação da sociedade italiana e a volta de um entusiasmo nacional contrário ao liberalismo anglo-saxão.¹⁴⁴ Nesse sentido Schmitt irá comentar:

“October 1922 in Naples before the March on Rome, Mussolini said, “We have created a myth, this myth is a belief, a noble enthusiasm; it does not need to be reality, it is a striving and a hope, belief and courage. Our myth is the nation, the great nation which we want to make into a concrete reality for ourselves.” In the same speech he called socialism an inferior mythology. Just as in the sixteenth century, an Italian has once again given expression to the principle of political realism. The meaning in intellectual history of this example is especially great because national enthusiasm on Italian soil has until now been based on democratic and constitutional parliamentary tradition and has appeared to be completely dominated by the ideology of AngloSaxon liberalism.”¹⁴⁵

É nesse contexto complexo que surge a noção de Schmitt como um autor nazista ou ao menos vinculado majoritariamente a suas ideias ao que era estimulado no regime nazista. De fato, quando Schmitt adota uma posição de dar mais poder ao presidente, contribui, mesmo que de forma indireta, com ascensão do nazismo na Europa¹⁴⁶, pois o pensamento conservador proposto por Schmitt encaixava perfeitamente naquilo buscado pelos políticos nazistas, como a fixação de suas bases na Alemanha do século XX, ou seja, um poder centralizado no chefe de Estado, além da justificativa de proteção da união e princípios do povo alemão.

Nesse contexto, não cabe ao presente trabalho estudar e definir se Schmitt foi um ferrenho defensor do nazismo e suas ideias, o que gera debate até os dias atuais nos mais diversos campos de estudo. Contudo, fica claro que o misticismo criado pelas teorias do autor alemão, além da sua adoção do decisionismo ao invés do normativismo como forma de descrever o direito, ajudaram a legitimar a revolução social e política do regime nazista, na medida que o Führer poderia ter carta branca para agir como quisesse para defender a união nacional. Dessa forma, o Guardião da Constituição focalizado no chefe de Estado associado a outras ideias defendidas por Schmitt acabaram por trazer a vinculação ditatorial nazista a sua teoria.

¹⁴⁴ ENGLARD, Izhak. Nazi Criticism against the Normativist of Hans Kelsen: Its Intellectual Basis and Post-Modern Tendencies. *Israel Law Review*, vol. 32, no. 2, p. 183-249, Spring, 1998, p. 211.

¹⁴⁵ SCHMITT, Carl. *The Crisis of Parliamentary Democracy*. Translated by Ellen Kennedy. The MIT Press: Massachusetts, 1988, p. 76.

¹⁴⁶ PEREIRA, Bruno Cláudio Penna Amorim; BARACHO JUNIOR, José Alfredo de Oliveira. O debate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt sobre a custódia da Constituição. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, v. 35.1, p. 317-333, 2019.

Mais uma vez é necessário notar que por mais que a teoria de Schmitt se encaixasse no repertório de reprodução nazista é complexo afirmar que o autor concordaria com todas as propostas defendidas pelo regime nazista, pois há registros que Schmitt não acreditava no projeto conservador nazista, e nem em todos os seus métodos. O que se pode afirmar com certeza é que a teoria de Schmitt endossou o projeto nazista e gerou uma grande abertura de porta para as suas abominações.¹⁴⁷

Dessa forma, pode-se enxergar uma nova visão da teoria de Schmitt com interpretações mais modernas, tendo em vista os acontecimentos na Alemanha nazista, e as justificativas e manobras de Hitler para o comando do Terceiro Reich. A concepção de Guardião da Constituição na visão de Schmitt irá gerar esse grande problema, pois mesmo não sendo a intenção do autor criar regimes ditatoriais soberanos, a consequência lógica do acúmulo de poder sem nenhum controle pelo Executivo ou Judiciário será a formação de regimes totalitários sob o manto de uma necessidade de proteção constitucional e união nacional, que não necessariamente são verdadeiras.

4.2. Kelsen e o Problema do Ativismo Judiciário

Kelsen também não fica livre de críticas mais recentes, além daquelas feitas por Schmitt em seu tempo, visto que o papel de um Tribunal Constitucional como Guardião da Constituição também gerou outros problemas difíceis de serem reparados na atualidade, e que Kelsen deixou de resolver.

O primeiro ponto que cabe lembrar neste capítulo é a equiparação feita por Kelsen do Parlamento com o Judiciário, na qual o enquanto o primeiro tem uma função de legislador positivo, ou seja, a função de realmente criar normas, o segundo tem a função de legislador negativo, ou seja, de retirar do sistema as normas em dissonância com a Constituição, seja uma dissonância material, ou uma dissonância formal. Além disso, Kelsen também irá defender a

¹⁴⁷ Nesse sentido: “Há fortes motivos para crer que Schmitt não foi o grande teórico do direito nazista, apesar de ter sido o grande jurista alemão a aderir ao nazismo, o que lhe valeu o reconhecimento como o jurista emérito, *Kronjurist* do III Reich. Por outro lado, é certo que a insistência de Schmitt sobre a necessidade de uma homogeneidade entre o povo para a existência de uma identidade entre o *Führer* e o povo abre espaço para uma interpretação racista e até mesmo anti-semita de sua teoria do direito.” (MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Constituição, Soberania e Ditadura em Schmitt. Lua Nova (Impresso), São Paulo, v. 42, p. 119-144, 1997, p. 129.)

existência de um caráter político das decisões judiciais, assim o Judiciário teria em parte os poderes incumbidos aos legisladores.¹⁴⁸

Todavia, o que era para ser um controle judicial com base na Constituição virou na atualidade uma verdadeira legislação positiva por parte dos Tribunais Constitucionais, visto a concretização do chamado *ativismo judiciário*, em que o Judiciário passa a criar direitos tomando o papel do legislador.

O ativismo judiciário pode ser definido de várias formas, Keenan D. Kmiec em seu artigo “*The Origin and Current Meanings of ‘Judicial Activism’*”, tenta definir as várias formas de ativismo judicial. Uma primeira forma de ativismo judicial é a derrubada de uma lei que foi votada em processo legislativo próprio, e muitas vezes acordada por diversos partidos, contudo por alguma razão esta lei é invalidada pelo Judiciário sem razões constitucionais plausíveis, a fim de não permitir a escolha política do Legislativo.¹⁴⁹ Outro ponto que o autor coloca como problemático no âmbito judicial, é o fato de muitas vezes o Judiciário ignorar precedentes da própria instituição, ou de instituições maiores¹⁵⁰, como por exemplo não aplicar precedente já consolidado em um Tribunal Constitucional. O ponto mais notável é a o ativismo judicial no sentido do Judiciário ao invés de agir como legislador negativo, agir como verdadeiro legislador positivo, ou seja, a lei chega para ser analisada e o próprio Tribunal Constitucional decide sua aplicação, incidência, interpretação e demais parâmetros, de forma a ignorar todo um contexto político democrático em torno de sua criação.¹⁵¹

Fica claro a problemática que será aqui trabalhada, pois o Tribunal Constitucional como Guardião da Constituição veio tomando uma frente um pouco conflituosa em relação a teoria pretendida por Kelsen, tendo em vista que a Corte Constitucional passou a agir não mais como um legislador negativo, assim apenas realizando o controle de forma e conteúdo das normas, mas se tornou um verdadeiro poder legislativo. Além disso, por muitas das vezes o Tribunal Constitucional leva em conta maneiras interpretativas que não estão de acordo com os interesses do povo, logo prejudicando o aspecto democrático que é defendido por Kelsen em sua crítica a

¹⁴⁸ Nesse sentido consultar o Capítulo “*A Resposta em Relação as Críticas sobre a questão dos Tribunais como Guardião da Constituição*” do presente trabalho.

¹⁴⁹ KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of ‘Judicial Activism. California Law Review, vol. 92, nº 5, pp. 1441–1477, 2004, p. 1464.

¹⁵⁰ KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of ‘Judicial Activism. California Law Review, vol. 92, nº 5, pp. 1441–1477, 2004, p. 1466.

¹⁵¹ KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of ‘Judicial Activism. California Law Review, vol. 92, nº 5, pp. 1441–1477, 2004, p. 2004.

Schmitt.¹⁵² Outro ponto de sensibilidade na atuação dos Tribunais Constitucionais é a interpretação de conceitos chaves, com o de “justiça”, tendo significados claros e plenamente aplicáveis para o tribunal, mas na verdade tratam de temas e conceitos voláteis, contestados, e que a maioria da população tende a não concordar de tais significados.¹⁵³

Logo, é problemático afirmar que o Tribunal Constitucional é uma esfera totalmente segura de controle, assim como afirma Kelsen, tendo em vista que mesmo que a Corte Constitucional seja um órgão separado do Judiciário e, assim, teoricamente fora do centro de controle do Executivo e do Legislativo, existe o risco de o Tribunal Constitucional definir o que é a Constituição, sem ter o poder para isso. Nesse diapasão, é notória a problemática tanto na teoria de Schmitt quanto na de Kelsen sobre o acúmulo de poder em seus projetos para quem deve ser o Guardião da Constituição, não havendo uma proposta adequada de divisão de tal tarefa entre os poderes existentes, desse modo, caindo no mesmo problema de Schmitt, quem será a instituição que controlará o Tribunal Constitucional? A resposta de Kelsen para essa questão é simples, e não muito efetiva, sendo a eliminação de normas vagas e genéricas nos textos constitucionais, a fim de não gerar brechas para a atuação política do Tribunal Constitucional.¹⁵⁴

Outro aspecto bastante controverso na teoria do autor austríaco é a falta de legitimidade de outros órgãos para interpretar a Constituição, dessa forma seria ilegítima a interpretação constitucional realizada por um cidadão de determinada jurisdição constitucional, por exemplo. De acordo com Kelsen o controle pelo Tribunal Constitucional é sempre *ex nunc*, isso implica dizer que os dois únicos momentos que se pode interpretar a Constituição seria no momento de criação das leis e no momento de seu controle, visto que apenas nesses momentos o Parlamento

¹⁵² Nesse sentido: “O principal problema com respeito à questão da adoção da compreensão de Kelsen a respeito da proteção da constituição e de sua concepção de “povo” pode ser identificado o outro aspecto dos critérios de decisão e fundamentação corriqueiros: nas decisões dos tribunais constitucionais encontra-se frequentemente como argumento de fundamentação considerações que não são elaboradas tendo em conta fundamentos relativistas (no sentido de argumentos relativos aos interesses de grupos sociais), mas sim tendo em conta compreensões absolutas sobre os elementos essenciais para a decisão de questões interpretativas.” (PELEGRINO DA SILVA, MATHEUS. O debate sobre o Guardião da Constituição: a problemática da legitimidade democrática da decisão final quanto à constitucionalidade das normas. REVISTA JUSTIÇA DO DIREITO, v. 33, p. 28-56, 2019, p. 50.)

¹⁵³ PELEGRINO DA SILVA, Matheus. O debate sobre o Guardião da Constituição-: a problemática da legitimidade democrática da decisão final quanto à constitucionalidade das normas. Revista Justiça do Direito, v. 33, p. 28-56, 2019, p. 50.

¹⁵⁴ Nesse sentido: “En este contexto, el problema que no puede dejar de plantearse es el referido al riesgo de que en tanto que legislador negativo, el Tribunal Constitucional acabe suplantando al parlamento. Kelsen no eludió el tema -como ya hemos apontado con anterioridad- y propugnó como remedio preventivo a la discrecionalidad de los jueces constitucionales, la eliminación de las cláusulas vagas, genéricas e imprecisas de los Textos Constitucionales.” (BARCENA, Josu de Miguel; TEJADA, Javier Tajadura. Kelsen y Schmitt: Dos Juristas en Weimar. Revista de História Constitucional, n. 20, pp. 367-400, 2019, p. 390.)

e o Tribunal Constitucional iriam utilizar de seus poderes a fim de inserir legislações no sistema jurídico ou retirar leis e atos que atentem contra a Constituição.¹⁵⁵

O racional apontado acima gera um grande problema em uma sociedade democrática, visto que Kelsen por diversas vezes se disse defensor da democracia, contudo seu modelo de defesa a Constituição permite a participação de apenas dois atores, ignorando de certa forma as possíveis interpretações de outros personagens da sociedade sobre a Constituição e, conseqüentemente, sua proteção. Deixar o Tribunal Constitucional como última instância de definição de valores, é basicamente retirar o que é mais essencial de um Estado Democrático de Direito, ou seja, o livre pensamento e o debate. Numa posição mais moderna sobre o que é a Constituição e quem deverá ser seu Guardião, é impossível pensar no Tribunal Constitucional como o único intérprete dela. Nesse Sentido:

“Não há teoria constitucional de democracia participativa que não seja, ao mesmo passo, uma teoria material da Constituição. Uma teoria cuja materialidade tem os seus limites jurídicos de eficácia e aplicabilidade determinados grandemente por um controle que há de combinar, de uma parte, a autoridade e a judicatura dos tribunais constitucionais e, doutra parte, a autoridade da cidadania popular e soberana exercitada em termos decisórios de derradeira instância. Nisso reside a essência desse figurino de constitucionalidade que há de ser o mais democrático, o mais aberto, o mais legítimo dos modelos de organização da democracia emancipatória do futuro nos países periféricos.”¹⁵⁶

Essa é uma crítica muito séria em relação à doutrina de Kelsen, pois o autor pautou grande parte de sua crítica a Schmitt na falta de legitimidade e participação popular do chefe de Estado como Guardião da Constituição, todavia seu modelo parece também não resolver totalmente as questões de representatividade popular, pelo contrário, na verdade o que se enxerga na teoria de Kelsen é uma exclusão total da população na interpretação da Constituição e, como consequência, a impossibilidade de outros atores como Guardiões da Constituição além do Tribunal Constitucional e do Parlamento.

¹⁵⁵ 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. 101.

¹⁵⁶ BONAVIDES, Paulo. Teoria Constitucional da Democracia Participativa (Por um Direito Constitucional de luta e resistência. Por uma Nova Hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade). São Paulo: Malheiros, 2008, p. 25.

Logo, fica claro nesse contexto de debate sobre a figura do Guardião da Constituição que uma das grandes dificuldades apresentadas por Kelsen é justamente formular fundamentos juridicamente plausíveis e fortes para legitimar o Tribunal Constitucional como instância máxima de interpretação constitucional, e ao mesmo tempo conseguir incluir outras figuras para compor e atuar no controle constitucional.¹⁵⁷

A resposta de Kelsen para tais críticas foi criar um sistema de representação no Tribunal Constitucional com base no Parlamento, ou seja, a proporção de partidos políticos existentes no Parlamento se refletiria na indicação dos representantes do Tribunal Constitucional, de forma a gerar maior democratização desse órgão¹⁵⁸. Assim, fica uma proposta um pouco contraditória do autor, pois ao mesmo tempo que este assume um maior poder do Legislativo, de modo a negar qualquer possibilidade de o Parlamento ser o Guardião da Constituição, indiretamente a proposta de Kelsen é entregar ao Parlamento a possibilidade de indicação dos juízes ao Tribunal Constitucional. Nessa seara, seria um pouco fantasioso imaginar o afastamento total de interesses políticos de grupos mais fortes na hora da indicação dos representantes à Corte Constitucional, mostrando que a proposta de defesa da Constituição de Kelsen encontra dificuldade em representar as minorias no momento de controle constitucional.

Dessa forma, conclui-se que nenhuma teoria está livre de crítica, e nem mesmo pode ser considerada perfeita. Kelsen muitas vezes é visto como pai do direito moderno, por ter em sua linha de pensamento uma grande valorização da lei acima de outros fatores. Contudo, no quesito específico sobre o Guardião da Constituição pode-se enxergar fraquezas nos seus estudos, assim como pode-se encontrar fraquezas no pensamento de Schmitt. Assim, no próximo capítulo se fará uma consideração geral dos argumentos, a fim de definir quem é o Guardião da Constituição e os motivos pelos quais levam um autor prevalecer em torno do outro.

¹⁵⁷ PEREIRA, Bruno Cláudio Penna Amorim; BARACHO JUNIOR, José Alfredo de Oliveira. O debate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt sobre a custódia da Constituição. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, v. 35.1, p. 317-333, 2019, p. 330.

¹⁵⁸ Nesse sentido: Como segundo ponto é preciso observar que a proposta de Kelsen dotada do maior grau de legitimidade democrática, conforme a qual o tribunal constitucional representaria os interesses políticos de modo proporcional, em regra não se materializa nas configurações concretas dos tribunais constitucionais. Ou é o caso de que se verifique uma situação na qual todos os lugares a serem ocupados no tribunal constitucional são determinados por uma maioria parlamentar de alguma espécie, ou por meio de uma espécie de sistema de rotação. Uma consequência dessa situação é que em várias situações as minorias não estão em condições de indicar um ou mais juízes para o tribunal constitucional. (PELEGRINO DA SILVA, Matheus. O debate sobre o Guardião da Constituição: a problemática da legitimidade democrática da decisão final quanto à constitucionalidade das normas. *Revista Justiça do Direito*, v. 33, p. 28-56, 2019, p. 49-50.)

5. Quem deve ser o Guardião da Constituição?

Essa é uma pergunta relativamente fácil de ser respondida se analisada as experiências ao redor do mundo de controle constitucional nos países democráticos, pois via de regra o Guardião da Constituição é um Tribunal Constitucional. Isso mostra que a proposta de Kelsen teve de fato uma melhor aceitação em comparação a concepção de Schmitt sobre o controle de constitucionalidade. Além dos Estados Unidos da América, que já vinha se utilizando do Tribunal Constitucional para o controle da Constituição, como inclusive apontado e analisado tanto por Schmitt quanto por Kelsen, as democracias mais recentes também aceitaram e definiram esse modelo de controle constitucional.

Se utilizarmos de exemplo o Brasil a Constituição brasileira de 1988 prevê especificamente o controle constitucional a partir de um tribunal próprio, o Supremo Tribunal Federal (“STF”), que lida apenas com temas relativos à Constituição brasileira e funciona em um sistema apartado do sistema do judiciário ordinário, como previsto por Kelsen. Inclusive é importante notar que o próprio constituinte brasileiro dispõe especificamente o STF como guardião da Constituição, veja-se: “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...]”¹⁵⁹.

Nesse sentido, a própria Alemanha também adotou como modelo de controle da Constituição alemã um Tribunal Constitucional, o chamado “*Bundesverfassungsgericht*” ou “*BVerfG*”, previsto no art. 93 da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha de 1949.¹⁶⁰ Logo, fica nítido que a proposta de Guardião da Constituição de Schmitt não foi aceita com o passar dos anos, visto que a maioria dos países optaram pelo modelo de controle constitucional feito por um tribunal específico para temas constitucionais, e não pelo chefe de Estado como Guardião da Constituição.

De fato, após compilar todos os argumentos de ambos os autores e analisar opiniões doutrinárias mais recentes sobre o debate, fica claro o medo e a provável tendência de um

¹⁵⁹ Art. 152, *caput*, da Constituição Federativa do Brasil de 1988.

¹⁶⁰ Art. 93 (1) da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha de 1949: “sobre a interpretação desta Lei Fundamental em controvérsias a respeito da extensão dos direitos e deveres de um órgão superior da Federação ou de outros interessados, dotados de direitos próprios pela presente Lei Fundamental ou pelo regulamento interno de um órgão federal superior.” (Lei Fundamental da República Federal da Alemanha de 1949, traduzida por Aachen Assis Mendonça, revisão jurídica de Bonn Urbano Carvelli, disponível em: <https://www.bundestag.de/resource/blob/638342/617306e93cc3eacda9370d2e9f146d56/flyer-data.pdf>.)

regime autoritário com a posição do chefe de Estado como Guardião da Constituição nos moldes propostos por Schmitt. A teoria do poder neutro de Schmitt, em que o Führer fosse uma entidade que apenas focaria na unidade nacional é uma forma quase fantasiosa de teorizar o Estado para atualidade e se mostra ultrapassada, pois o chefe máximo do executivo possui interesses internos, partidários, e políticos que nem sempre representarão a vontade geral daquele Estado, acarretando um controle constitucional deturpado e distorcido.

Além disso, a experiência nazista que se aliou a muitas das concepções de Schmitt afetou diretamente na compreensão e análise das obras produzidas pelo autor.¹⁶¹ Fica claro que até os dias atuais toda obra científica de Schmitt é muito pautada pela sua associação ao nazismo e de certa forma seu compadecimento ao regime. Contudo, não se pode dizer que Schmitt foi um adepto integral ao modelo de governo nazista, e muitas das suas atitudes e posicionamentos foram tomados a partir da pressão do Partido Nacional-Socialista alemão, todavia isso não retira o fato de seus estudos terem legitimado em parte o Terceiro Reich. É importante notar que após a queda do regime nazista Schmitt se defendeu e não foi condenado no Tribunal de Nuremberg, afirmando que apenas teria criado estudos que refletissem seu pensamento e não imaginaria no que poderia se tornar tais estudos.¹⁶² Nesse sentido o próprio Schmitt dispõe em seu interrogatório após a queda do Partido Nacional-Socialista alemão:

“Non si può annotare che non l'ho fatto di mia iniziativa? D.: La nota sulla posizione di diritto pubblico dei Ministro dei Reich e Capo della Cancelleria dei Reich è stata redatta dal professor Carl Schmitt su richiesta dell'interrogante. Ha timore di farlo su sua iniziativa? R: Questo no. Ma forse non si addice alia mia condizione. D.: Il professore Carl Schmitt consegna inoltre la sua presa di posizione sull'addebito circa la collaborazione a guerre di aggressione. Lei era membro delle SS? R.: No. D.: In che misura ha collaborato alia preparazione dell'ideologia delle SS? R.: In nessun

¹⁶¹ Nesse sentido: “No contexto histórico da formulação kelseniana emergia como força política na Europa dos anos 1930 o nacional-socialismo. “A ascensão do Partido Nacional-Socialista fundamentou-se juridicamente nos princípios de Gleichschaltung (comprometimento) e de Führerprinzip (obediência ao líder político).²⁸ Foi nesse cenário jurídico-político que se fortaleceu o poder pessoal de Hitler, de cunho carismático, utilizando-se habilmente das novas mídias, em especial o rádio, para conquistar a opinião pública. A premissa do poder exercido pelo Führer era uma visão do direito como poder pessoal, resultante do conceito teológico-político de “soberania” daquele que detém o poder, tal como formulado por Carl Schmitt,²⁹ somando-se ainda um aparato políticojurídico calcado na ideia de inimigo.” (LOPES da CRUZ, Eugeniusz Costa; BRORMANN, Ricardo Gaulia. O Tribunal de Nuremberg e a Teoria Pura do Direito De Hans Kelsen. Revista de Direito Brasileira, Florianópolis, SC, v. 31, n. 12, p.229-249, Jan./Abr. 2022, p. 234.)

¹⁶² Nesse sentido: “Ao longo de todos os pareceres e interrogatórios, Schmitt afirmou que seus escritos eram de teor científico, não ideológico, não legitimando as ações do Estado total nazista. Schmitt procurou traçar como principal justificativa para seus argumentos que “não podia escrever contra quem prescrevia à época” (“non possum scribere in eum qui potest proscribere”) e que a cultura alemã e a estrutura burocrática submeteram-se ao nazismo porque o governo nazista era a autoridade política naquele momento.” (DIAS ALVES, Adamo; ANDRADE CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo. Carl Schmitt: um teórico da exceção sob o estado de exceção. Revista Brasileira de Estudos Políticos, v. 105, p. 225-276, 5 fev. 2013, p. 268.)

modo. Ero un oppositore delle SS. Sono stato pubblicamente oltraggiato e diffamato su «Das Schwarze Korps» D.: Conosce Gottlob Berger"? R.: Non l'ho mai visto. D.: Lei non era l'ideale dei professori SS, di Böhme e così via? R.: Questo non lo si può affermare, se in un sistema totalitario un consigliere di Stato viene pubblicamente dileggiato, come «Das Schwarze Korps» per esempio ha fatto con me. D.: Dopo essere stato dileggiato lei è stato a Salamanca, Parigi, Madrid, eccetera? R.: Questo è avvenuto nel 1943 su specifico invito delle facoltà. D.: Lei non aveva nulla a che fare con le SS? R.: Io ero in assoluto contrasto con loro. Sono stato spiato e controllato segretamente delle SS. D.: Lei non ha forse affermato che la legislazione e la giurisprudenza tedesche dovevano essere pervase dallo spirito del nazionalsocialismo? Si o no? Lo ha detto tra il 1933 e il 1936? R.: Sì. Dal 1935 al 1936 fui capo del raggruppamento disciplinare. Allora mi sentivo superiore. Volevo dare al termine nazionalsocialismo un senso che fosse mio. D.: Hitler aveva un nazionalsocialismo e lei aveva un nazionalsocialismo. R.: Io mi sentivo superiore. D.: Si sentiva superiore a Adolf Hitler? R.: Infinitamente, dal punto di vista spirituale. Mi era talmente indifferente che non vorrei nemmeno parlarne. D.: Quando ha rinnegato il diavolo? R.: Nel 1936. D.: Non si vergogna di avere scritto allora certe cose, come per esempio che la giurisprudenza dev'essere nazionalsocialista? R.: L'ho scritto nel 1933. D.: Questa per lei è una testimonianza buona o cattiva? R.: Era una tesi. La Lega dei giuristi nazionalsocialisti in un certo senso me la estorse. Si trattava allora di una dittatura che io ancora non conoscevo. D.: Lei non conosceva alcuna dittatura? R.: No. Nei fatti questa dittatura totale era qualcosa di inedito. Il metodo di Hitler era nuovo. Esisteva un solo parallelo, cioè quello con la dittatura bolscevica di Lenin. D.: Era qualcosa di nuovo? R.: Sì, certamente. D.: Tra quelli da lei scritti ci sono saggi sulla dittatura totalitaria? R.: Non totalitaria. D.: Si vergogna di avere allora scritto simili cose? R.: Oggi, certamente sì. Non trovo giusto rimpiangere ancora nella vergogna che abbiamo allora sofferto. D.: Io non voglio rimpiangere. R.: Certo, è orrendo. Non c'è nulla da aggiungere. D.: Penso che sia meglio discutere di queste cose fuori, non qui in carcere. R.: Per motivi di salute questo mi sarebbe molto gradito. Penso che sia meglio anche nell'interesse della questione stessa. Questo parere soffre certo di questa situazione. D.: Farò in modo di farla tornare a casa. R.: Mia moglie lascia la casa di Berlino. Ora non abbiamo altro posto dove andare se non presso le mie sorelle in Vestfalia. Potrebbe farmi condurre là, senza essere automaticamente smistato a Berlino? D.: Lo farò oggi stesso. R.: Gliene sono grato¹⁶³

Por tais razões consegue-se perceber que a teoria sobre o Guardião da Constituição de Schmitt, junto com seus demais estudos, pode levar um país a uma crise política severa legitimando atitudes totalmente desumanas e autoritárias, contudo, não foram apenas marcas negativas deixadas pelo seu legado. Em uma perspectiva acadêmica, Schmitt foi um dos primeiros a chamar a atenção sobre uma questão extremamente importante no controle constitucional, que é a ligação da defesa da Constituição e os interesses do Estado.¹⁶⁴ Schmitt

¹⁶³ SCHMITT, Carl. Risposte a Norimberga. Org. Helmut Quaritsch. Trad. Furio Ferraresi. Roma/Bari: Laterza, 2006, p. 74-76

¹⁶⁴ Nas palavras de Gilberto Bercovici: “Apesar disto, as colocações de Schmitt, especialmente no livro *Der Hüter der Verfassung*, têm o mérito de chamar a atenção para a grande questão, até hoje não resolvida, do controle de constitucionalidade e da “guarda” da Constituição: as relações entre a defesa da Constituição e o sistema democrático. No fundo, tanto faz se o guardião da Constituição é um Tribunal Constitucional, o Presidente da República ou o Parlamento. O problema surge, segundo Pablo Lucas Verdú, quando os órgãos de controle de constitucionalidade não se limitam mais a defender e a interpretar, como instância máxima, a Constituição, mas passam a assenhorear-se dela, ou, nas suas palavras: “não se reduzem a ser o *Hüter* da Constituição, mas

de fato apontou a necessidade do Guardião da Constituição não ser um ente que se preocupasse unicamente com um regime ordenado de regras, mas que o Guardião da Constituição fosse um órgão que representasse ao máximo os valores da sociedade e, em sua visão, essa entidade de proteção seria o Führer. Assim, não é raro achar nas fundamentações dos Tribunais Constitucionais a justificativa de uma vontade popular para determinada decisão ou interpretação da Constituição, ponto este defendido por Schmitt em seu sistema de controle de constitucionalidade.

Dessa forma, a proteção da Constituição pelos Tribunais Constitucionais leva muito mais em conta as concepções de Constituição e povo¹⁶⁵ formuladas por Schmitt em comparação com as propostas por Kelsen na hora de tomar suas decisões, pois os tribunais pretendem proteger os interesses de uma coletividade, não meramente uma interpretação seca da lei.¹⁶⁶ Assim, fica claro a importância de Schmitt na construção atual dos Tribunais Constitucionais, visto que em suas decisões as questões de homogeneidade popular e coletividade são levadas muito em conta na hora de julgar de temas constitucionais.

Além disso, Schmitt conseguiu elaborar muito bem o seu ponto de vista em relação aos grupos de poder na sociedade e seu impacto ao interesse coletivo e nas minorias. Esse é um ponto que Kelsen não conseguiu resolver completamente em sua concepção de Guardião da Constituição, mesmo tendo sido anteriormente alertado por Schmitt, pois para Kelsen o Tribunal Constitucional deveria ser composto refletindo o Parlamento, de modo que as maiorias parlamentares continuariam ter grande influência no controle constitucional.

Kelsen, por sua vez, também cometeu erros e deixou pontos em aberto para definir quem deveria ser o Guardião da Constituição. Atualmente, por mais que a figura do Tribunal Constitucional seja a mais aceita como o verdadeiro Guardião da Constituição, fica nítido que não se trata de um modelo perfeito, longe disso. Os embates sobre ativismo judicial e os questionamentos de quanto uma Corte Constitucional tem legitimidade para impedir leis, com destaque para os fundamentos utilizados, tornaram-se comuns nos embates atuais sobre

pretendem-se o *Herr* da mesma”.” (BERCOVICI, Gilberto. Carl Schmitt, o Estado Total e o Guardião da Constituição. Revista Brasileira de Direito Constitucional, São Paulo, v. 1, p. 195-201, 2003, p. 198.)

¹⁶⁵ Sobre a concepção de povo e Constituição para Schmitt consultar o capítulo “*Carl Schmitt e o Guardião da Constituição*” do presente trabalho.

¹⁶⁶ PELEGRINO DA SILVA, Matheus. O debate sobre o Guardião da Constituição: a problemática da legitimidade democrática da decisão final quanto à constitucionalidade das normas. Revista Justiça do Direito, v. 33, p. 28-56, 2019, p. 51.

controle de constitucionalidade.¹⁶⁷ Além disso, Kelsen não conseguiu de forma satisfatória compor um formato de Tribunal Constitucional representativo de toda população, tendo em vista que o modelo de indicação ao tribunal proposto por Kelsen se baseia na proporção do Parlamento, dessa forma sempre alguma minoria ficaria sem representação, visto que existe um número limitado de juízes compondo um Tribunal Constitucional que nem sempre conseguirá refletir todos os grupos do Parlamento.

Logo, percebe-se que ambos os autores têm pontos favoráveis e pontos desfavoráveis, não existindo uma concepção perfeita de quem seria o Guardião da Constituição, muito pelo contrário, este ainda é um tema de difícil compreensão e gera debates acalorados no mundo do direito.

Atualmente se enxerga outra proposta de intérprete e, por consequência, do papel de Guardião da Constituição de uma forma muito mais aberta do que o pensamento realizado por esses dois autores. Um dos melhores teóricos que reflete esta posição é do também autor alemão Peter Häberle, em sua obra *“A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição”*. Häberle aponta que se deve passar de uma teoria fechada da interpretação constitucional, ou seja, concentrada a juízes e procedimentos extremamente formalizados, para uma interpretação aberta, com mais participantes. Nesse sentido Häberle:

“Propõe-se, pois, a seguinte tese; no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição.

Interpretação constitucional tem sido, até agora, conscientemente, coisa de uma sociedade fechada. Dela tomam parte apenas os intérpretes jurídicos “vinculados às corporações” (*zúnfimissige Interpreten*) e aqueles participantes formais do processo constitucional. A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade (...weil Verfassungsinterpretation diese offene Gesellschaft immer von neuem mitkonstituiert

¹⁶⁷Sobre o contexto de ativismo judicial constitucional, mesmo com o maior enfoque no sistema americano, consultar: TUSHNET, Mark. *Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. EUA: Princenton Universty Press, 1945.

und von ihr konstituiert wird). Os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade.”¹⁶⁸

Não se pretende aqui focar nos conceitos de interpretação para o autor, mas sim utilizar de base seu conceito de interpretação aberta, na qual todos fazem parte de um contexto constitucional, levando em conta esta posição para responder à questão de quem deve ser o Guardião da Constituição. Não existe um Guardião da Constituição perfeito, as teorias apresentadas são imperfeitas e necessitam de adaptações ao longo de suas aplicações, por isso um sistema plural de defesa da Constituição parece ser algo razoável e benéfico, visto que todos aqueles que vivem em determinada jurisdição constitucional podem defender sua lei mais importante.

Desse modo, a criação de um Tribunal Constitucional foi uma forma bastante aceita de controle constitucional e que de fato trouxe diversos benefícios, visto que nela não se transfere mais poder a nenhum dos três poderes, na medida que se trata de órgão apartado do Judiciário. As ponderações de Kelsen e Schmitt sobre o Parlamento de fato estão corretas, pois direcionar esta importante função a mesma instituição que cria as legislações poderia tornar o Legislativo excessivamente desequilibrado a favor dos grupos majoritários que o compõem. Além disso, o chefe de Estado como Guardião da Constituição traz problemáticas já evidenciadas acima. Contudo, vale a pena ponderar novamente que mesmo o Tribunal Constitucional sendo uma forma de guardar a Constituição apartada da tradicional divisão dos três poderes, não significa que não haja influências políticas nas decisões deste tribunal, muitos menos que este seja um sistema perfeito de controle constitucional.

A modernização do conceito do Guardião da Constituição se faz necessária, a fim de que se possa manter um Tribunal Constitucional como Guardião da Constituição, mas também que o Parlamento seja um guardião, o Executivo seja um guardião, o Judiciário seja um guardião, ou seja, que todos envolvidos pela Constituição sejam os seus guardiões, por mais que a estrutura formal o Tribunal Constitucional tenha a palavra final sobre os litígios. A retórica de se encontrar apenas um único Guardião da Constituição não é verdadeira, pois todas as teorias possuem problemáticas, assim uma defesa comunitária da Carta Magna pode se

¹⁶⁸ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 13.

mostrar uma forma de minimizar tais falhas institucionais e, principalmente, integrar aqueles que convivem diariamente com a Constituição: os seus cidadãos.

6. Conclusão

O presente trabalho pretendeu retomar o clássico embate travado entre Carl Schmitt e Hans Kelsen no século XX, com enfoque no questionamento de qual seria a melhor forma de se exercer o controle constitucional, e os motivos pelos quais a outra parte do debate estaria errada em seus argumentos.

Schmitt, em seu posicionamento, colocou como verdadeiro Guardião da Constituição o Führer, pois, para o autor, este seria o real detentor do poder neutro na estrutura social e, assim, o único órgão eficaz em proteger os interesses comuns da sociedade. O autor alemão também teve um cuidado específico em delimitar as razões pelas quais o Judiciário e o Parlamento não poderiam ter como função a guarda da Constituição, focando principalmente em aspectos políticos e relacionados à Constituição de Weimar para defender seu posicionamento.

Já Hans Kelsen defendeu o polo oposto defendido por Schmitt, acreditando ser impossível para o chefe de Estado exercer o papel de Guardião da Constituição, pois isso traria desequilíbrio na estrutura dos poderes, valendo tal lógica também para o Legislativo. Kelsen foi o maior defensor do Tribunal Constitucional como órgão da guarda da Constituição, em uma estrutura separada do Judiciário ordinário. Kelsen apresentava como pontos favoráveis à sua teoria o fato de o poder Judiciário dar maior publicidade às decisões sobre a Constituição, além da máquina judicial já estar acostumada a dar garantia e aplicação das leis.

Nesse contexto, ambos os autores receberam críticas e ponderações a suas teorias tanto em sua época quanto em textos mais atuais, mas é notório que Kelsen saiu vitorioso no embate, pois a experiência ocidental contemporânea adotou e vem adotando como forma de controle constitucional o Tribunal Constitucional a atos dos poderes estatais e a aplicação da lei. Essa experiência foi inclusive adotada pela Alemanha de Schmitt que se recusou a aplicar a teoria do autor alemão como forma de controle constitucional.

É notório ainda os motivos pelos quais a teoria de Schmitt não conseguiu ser alavancada tanto no cenário europeu quanto ao redor do mundo, visto que sua imagem ficou muito

vinculado ao regime nazista, além de sua proposta de Guardiã da Constituição realmente tendenciar a um regime autoritário. A prova disso foi a feição do regime nazista ao pensamento de Schmitt, visto que muitas das vezes seus estudos legitimavam as ações do Terceiro Reich alemão. Cabe ponderar que Schmitt em sua bibliografia se mostrou sempre desconfiado do Partido Nacional-Socialista alemão, principalmente de Hitler, não podendo se falar em um autor nazista nesse cenário, em que inclusive assumiu o impacto de seus estudos e ponderou não ter tipo como objetivo as atrocidades cometidas na Alemanha, por mais que tenha legitimado indiretamente estas.

Ademais, é evidente que por mais que a proposta de Kelsen tenha sido mais aceita para realização do controle constitucional, ela não se mostra perfeita, principalmente após anos de sua aplicação, em que se conseguiu uma boa base sobre os problemas envolvendo um Tribunal Constitucional como Guardiã da Constituição. Dentre tais problemas, tem-se um Judiciário cada vez mais ativista, invadindo a competência dos demais poderes, além disso, também há a limitação dos intérpretes da Constituição, pois são muitos os casos em que apenas o Tribunal Constitucional tem voz sobre a interpretação da Constituição, gerando intensos debates sobre a legitimidade de um Tribunal Constitucional definir pontos de interesse coletivo.

Conclui-se, portanto, que Kelsen saiu vitorioso nesse embate, contudo isso não significa que sua proposta de controle constitucional esteja totalmente correta. Além disso, é importante finalizar a presente conclusão lembrando uma visão mais moderna de Guardiã da Constituição, que dê certo não apenas coloca a burocracia de um Tribunal Constitucional na estrutura do Guardiã da Constituição, como também compartilha esse poder com toda a sociedade e as demais esferas de poder.

7. Referências Bibliográficas

ABENHORST, Eduardo Ramalho. **Ser e dever ser na teoria kelseniana do direito**. Revista de Direito e Liberdade, Mossoró - RN, v. 1, n.1, p. 94-103, 2005.

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

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral do processo constitucional**. Revista da Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte, v. 2, n. 3-4, p. 70- 169, 2004.

BARCENA, Josu de Miguel; TEJADA, Javier Tajadura. **Kelsen y Schmitt: Dos Juristas en Weimar**. Revista de História Constitucional, n. 20, p. 367-400, 2019.

BENJAMIN, Cássio Corrêa. **O que é uma constituição? Decisionismo como estrutura em Carl Schmitt**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), v. 111, p. 203-224, 2017.

BENJAMIN, Cássio; PASSOS, Eduardo Arruda. **Mais do que a união das partes: a unidade do Estado e o problema do pluralismo em Carl Schmitt**. Princípios: Revista de Filosofia, Natal, v. 29, n. 60, p. 148 – 162, set. – dez, 2022.

BERCOVICI, Gilberto. **Carl Schmitt, o Estado Total e o Guardião da Constituição**. Revista Brasileira de Direito Constitucional, São Paulo, v. 1, p. 195-201, 2003.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Morra**. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa (Por um Direito Constitucional de luta e resistência. Por uma Nova Hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade)**. São Paulo: Malheiros, 2008.

CAMPOS, Gabriel Afonso. **Poder Neutro e Razão de Estado em Benjamin Constant**. Revista de Ciências do Estado, Belo Horizonte, v. 4, n. 1, p. 1-20, 2019.

CAPPELLETTI, Mauro **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984.

CONSTANT, Benjamin. **Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos**. Discurso pronunciado no Athénoroyal de Paris. 1819. Tradução de Loura Silveira. Disponível em: http://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/Constant_liberdade.pdf.

COSTA, Valterlei Aparecido da. **Afinal, quem deve ser o guardião da Constituição**. Revista brasileira de teoria constitucional, v. 6, p. 23-40, 2020.

DAL PONT LODETTI, Luís Paulo; SOCREPPA RODRIGUES, Rafael. **A Influência da Teoria do Poder Neutro de Benjamin Constant no Poder Moderador da Constituição Brasileira de 1824**. Revista da ESMESC, [S. l.], v. 29, n. 35, p. 169–191, 2022.

DIAS ALVES, Adamo; ANDRADE CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo. **Carl Schmitt: um teórico da exceção sob o estado de exceção**. Revista Brasileira de Estudos Políticos, v. 105, p. 225-276, fev., 2013.

DYZENHAUS, David. **Legality and legitimacy. Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar**. New York: Oxford University Press, 1997.

ENGLARD, Izhak. **Nazi Criticism against the Normativist of Hans Kelsen: Its Intellectual Basis and Post-Modern Tendencies**. Israel Law Review, vol. 32, no. 2, p. 183-249, Spring, 1998.

FERREIRA, Bernardo. **O risco do político: crítica ao liberalismo e teoria política no pensamento de Carl Schmitt**. Revista Brasileira de Ciências Sociais, v. 20, nº. 59, p. 158 - 162, 2004.

FURLAN, Fabio Ferreira. **O guardião da Constituição: debate entre Carl Schmitt e Hans Kelsen**. A&C. Revista de Direito Administrativo & Constitucional, v. 39, p. 127-146, 2010, p. 132-133.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución: de la antigüedad a nuestros días**. Madrid: Trotta, 1999.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002.

HERRERA, Carlos Miguel. **La polemica Schmitt - Kelsen sobre el guardian de la constitución**. Revista de Estudios Politicos, Madri, n. 86, p. 195-227, jun., 1992.

KELSEN, Hans. **El control de la constitucionalidad de las leyes. Estudio comparado de las constituciones austriaca y norteamericana**. IUS ET VERITAS, v. 4, n. 6, p. 81-90, out. 1993.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Tradução de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

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

KLEIN, Joel Thiago. **A teoria da democracia de Carl Schmitt. Princípios** (UFRN. Impresso), v. 16, p. 139-156, 2009.

KMIEC, Keenan D. **The Origin and Current Meanings of ‘Judicial Activism**. California Law Review, vol. 92, nº 5, p. 1441–1477, 2004.

LOPES DA CRUZ, Eugeniusz Costa; BRORMANN, Ricardo Gaulia. **O Tribunal de Nuremberg e a Teoria Pura do Direito De Hans Kelsen**. Revista de Direito Brasileira, Florianópolis, SC, v. 31, n. 12, p. 229-249, Jan./Abr. 2022.

LORENZETTO, Bruno Meneses. **O Debate Entre Kelsen e Schmitt sobre O Guardião da Constituição**. In: XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, 2009, São Paulo. ANAIS DO XVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI. Florianópolis/SC: Fundação Boiteux, 2009.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a Fundamentação do Direito**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Constituição, Soberania e Ditadura em Schmitt**. Lua Nova (Impresso), São Paulo, v. 42, p. 119-144, 1997.

MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do Direito**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

MAIA, Paulo Sávio Peixoto. **O guardião da Constituição na polêmica Kelsen-Schmitt: Rechtsstaat como referência semântica na memória de Weimar**. Orientador: Cristiano Paixão Araujo Pinto. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2007.

MCCORMICK, John P. **The Dilemmas of Dictatorship: Carl Schmitt and Constitutional Emergency Powers**. Canadian Journal of Law and Jurisprudence, vol. 10, no. 1, p. 163-188, January, 1997.

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 (UFPR) DIGITAL, v. 17, p. 63-84, 2020

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PEREIRA, Bruno Cláudio Penna Amorim; BARACHO JUNIOR, José Alfredo de Oliveira. **O debate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt sobre a custódia da Constituição**. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, v. 35.1, p. 317-333, 2019.

PELEGRINO DA SILVA, Matheus. **O debate sobre o Guardião da Constituição: a problemática da legitimidade democrática da decisão final quanto à constitucionalidade das normas**. Revista Justiça do Direito, v. 33, p. 28-56, 2019.

PINTO, Roberto Bueno. **Carl Schmitt x Hans Kelsen: Defensor ou Senhor da Constituição?**. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, v. 60, n. 3, p. 103-136, out. 2015.

SCHMITT, Carl. **O Guardião da Constituição**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SCHMITT, Carl. **O conceito do político e teoria do Partisan**. Belo Horizonte, Del Rey, 2009;

SCHMITT, Carl. **Risposte a Norimberga**. Org. Helmut Quaritsch. Traduzione di Furio Ferraresi. Roma/Bari: Laterza, 2006.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Traducción de Francisco Ayala. 2ª ed. – Madri: Alianza Editorial, 1996.

SCHMITT, Carl. **The Crisis of Parliamentary Democracy**. Translated by Ellen Kennedy. The MIT Press: Massachusetts, 1988.

SOLON, Ari Marcelo. **Teoria da soberania como problema da norma jurídica e da decisão**. Porto Alegre, Sergio Fabris, 1997.

TUSHNET, Mark. **Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law**. New Jersey: Princenton Universty Press, 2008.

Vinx, Lars. **The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.