



## O protetor da Constituição: uma revisitação do debate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt sobre o controle de constitucionalidade

**Autor: Nicolau Konkel Junior**

Juiz Federal, Mestre em Direito pela  
UFPR

publicado em 30.06.2016

[✉ \[enviar este artigo\]](#)

[🖨 \[imprimir\]](#)

### Resumo

O histórico embate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt não perde sua atualidade e importância, mesmo depois de quase um século. A prática constitucional, no Brasil e no mundo, com suas naturais fragilidades, típicas de uma democracia em uma sociedade plural, revela a tensão permanente entre a imparcialidade técnica de uma corte constitucional e o peso democrático do Executivo e do Legislativo, eleitos pelo povo. O velho e rico debate acerca do guardião da Constituição ajuda a compreender a formação dos modelos político-jurídicos modernos, especialmente quanto à forma de controle de constitucionalidade, analisada sob o aspecto da legitimidade jurídico-democrática do respectivo órgão.

**Palavras-chave:** Constituição. Kelsen. Schmitt. Controle De Constitucionalidade.

### Abstract

*The historic quarrel between Hans Kelsen and Carl Schmitt doesn't lose its relevance and importance, even after almost a century. The constitutional practice, in Brazil and in the world, with its natural weaknesses, typical of a democracy in a pluralistic society, reveals the constant tension between the impartiality technique of a constitutional court and the democratic weight of the Executive and the Legislative Powers, elected by the people. The old and rich debate about the guardian of the Constitution helps to understand the formation of modern legal-political models, particularly in regard to the form of control of constitutionality, analyzed under the aspect of the legal-democratic legitimacy of its components.*

**Keywords:** Constitution. Kelsen. Schmitt. Judicial Review.

### Introdução

A importância política do Direito Constitucional, associado à ideia de supremacia do Texto Magno, tem suscitado amplos debates em torno do tema do controle de constitucionalidade das leis e dos demais atos normativos situados abaixo das regras

formalmente constitucionais. Daí Canotilho delimitar o objeto da **Ciência Política** como o estudo do político, enquanto que o objeto do **Direito Constitucional** seria o estudo do "estatuto jurídico do político".(1) Com isso, quer afirmar o constitucionalista português que o Direito Constitucional, caracterizado como direito político, se constitui:

"a) de um direito **sobre** o político (dado que, entre outras coisas, tem como objecto as formas e os procedimentos da formação da vontade e das tomadas de decisões políticas); b) de um direito **do** político (é uma expressão normativa da constelação de forças políticas e sociais); c) de um direito **para** o político (estabelece medidas e fins ao processo político)."(2)

Obviamente, o tema é largo, sendo inapropriado tratá-lo à exaustão. Dessa forma, o presente trabalho procura limitar o estudo aos órgãos de poder que a doutrina e a história constitucional apontam como possíveis guardiões legítimos da Constituição(3).

O tema não é novo, nada obstante a constante atualidade que representam as discussões em torno dele, especialmente em tempos de crise constitucional, como a atual que vivemos no Brasil. Nesses períodos, como bem acentua García de Enterría, se acendem novamente os debates acerca do legítimo defensor da Constituição, "*como un viejo volcán al que se cree extinto y que reanuda inesperadamente su actividad - y su desolación*".(4)

A propósito, a polêmica mais vigorosa foi travada entre Carl Schmitt e Hans Kelsen. Com efeito, em 1931, o jurista alemão publicou um estudo intitulado **A defesa da Constituição**: estudo acerca das diversas espécies e possibilidades de salvaguarda da Constituição, na qual apontava o presidente do Reich como o autêntico defensor da Constituição. Em resposta, Kelsen, logo em seguida, deu a conhecer sua posição, elegendo o órgão judicial como legítimo defensor da Constituição, em seu **Quem deve ser o defensor da Constituição?**.

Essa polêmica, ainda muito presente nos debates acadêmicos, representou um episódio histórico bastante relevante, em face da crise político-institucional que agitava a Europa e, em especial, da conjuntura vivida pelo Reich alemão, sob a Constituição de Weimar, de 1919.

Por evidente, diversa é a realidade atual, nada obstante a crise constitucional que obriga a uma revisão ou confirmação do modelo abraçado pelos países que adotam o sistema de controle de constitucionalidade americano, tendo à frente um órgão judicial como guardião. Paulo Bonavides, com razão, acentua que "o ponto mais grave da questão reside em determinar que órgão deve exercer o chamado controle de constitucionalidade", pois "o controle acarreta dificuldades consideráveis, em razão de conferir ao órgão incumbido de seu desempenho um lugar que muitos têm por privilegiado, um lugar de verdadeira preeminência ou supremacia, capaz de afetar o equilíbrio e a igualdade constitucional dos poderes".(5)

## 1 A constituição

O fenômeno constitucional, no sentido que o termo "Direito Constitucional" assume hodiernamente, é relativamente recente.

Corresponde essa ideia a um corpo de regras jurídicas que guarda estreita vinculação com o triunfo político e ideológico que se impôs com o sucesso da Revolução Francesa.

De início, o ideário da Revolução centrava-se na limitação da autoridade estatal, cujo propósito se revelava com o estabelecimento de técnicas de separação das funções estatais, distribuindo-as a órgãos diversos de poder, além da inclusão, no texto constitucional, da declaração de direitos do homem. Esse expediente procurava transparecer a neutralidade do texto, que se limitava a estabelecer freios e contrapesos à atuação do Estado.

“De sorte que, exteriormente, a doutrina liberal não buscava inculcar a *sua* Constituição, mas o artefato racional e lógico, aquele que a vontade constituinte legislava como conceito absolutamente válido de Constituição, aplicável a todo o gênero humano, porquanto iluminado pelas luzes da razão universal. Aquilo que, como produto revolucionário, fora tão somente do ponto de vista histórico, a Constituição de uma classe se transformava pela imputação dos liberais no conceito genérico de Constituição, de todas as classes.”(6)

Tão vigorosa passou a ser a ideologia liberal que negavam possuir uma Constituição a sociedade que não assegurasse, expressamente, essa separação de poderes e a garantia dos direitos individuais, como se pode perceber da redação do art. 16 da Declaração de 1789: “Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.

A superação dessa ideologia começa a tomar força com a crise do velho Estado burguês e com a noção surgida de que a Constituição representava o reflexo de toda e qualquer organização política de um determinado Estado. Nesse sentido, a Constituição passa a ser compreendida como a própria organização do Estado, de modo que, em certa medida, todo Estado possui sua Constituição.

Estabelece-se, assim, a distinção entre a Constituição em sentido material e em sentido formal. Sob o ponto de vista material, a Constituição é um conjunto de normas que firma a organização dos poderes, estabelece as diversas competências, regula a forma de aquisição, exercício e transmissão do poder e define os direitos e garantias individuais e sociais. Sob o aspecto formal, a Constituição passa a ser um conjunto de regras inseridas em um corpo normativo denominado “Constituição”, independentemente da matéria que regula. Por estarem inseridas nesse documento, essas regras passam a contar com a garantia e o valor superior próprio das regras de natureza constitucional, carecendo, pois, de um processo qualificado para sua alteração, diverso daquele estabelecido para as leis ordinárias.

Mas o constitucionalismo clássico que reduzia a Constituição a um instrumento de natureza apenas jurídica está superado pelas novas dimensões que ganha a Constituição, especialmente aquela relacionada com a sua importância política para a sociedade e o Estado. Ultrapassada a fase de surgimento (século XVIII) e a de triunfo (século XIX), o século XX vai proporcionar à Constituição um novo referencial, emprestando-lhe não um conteúdo único, mas um conceito aberto a uma diversidade de conteúdos.

É dizer, o sentido ordinário de Constituição não se desfez, de modo que ainda remanesce a ideia de ordem jurídica fundamental de uma comunidade – as regras constitucionais como regras típicas de direito positivo. Porém, a Constituição representa a unidade de forças políticas antagônicas e, por isso mesmo, carece de uma textura aberta, apta a conviver com todas elas.

“A unidade é uma ‘tarefa’ conexiada com a ideia de **compromisso e tensão** inerente a uma lei fundamental, criada por forças político-sociais, plurais e antagônicas. Daí que a constituição, ao aspirar transformar-se em projecto normativo do Estado e da sociedade, aceite as contradições dessa mesma realidade. Essa radical conflitualidade ou permanência de contradições não exclui ou não tem de excluir uma ‘intenção de justiça’ e ‘verdade’ na proposta normativo-constitucional.”(7)

## 2 **Supremacia constitucional**

Como bem assinala Dalmo de Abreu Dallari, o sentido de Constituição como lei fundamental de um povo e como documento que regula, com supremacia, a vida jurídica desse povo surgiu apenas no século XVIII, tratando-se, pois, de criação moderna.(8) O mesmo leciona Javier Perez Royo:

“La Constitución escrita es un fenómeno relativamente reciente en la historia de la organización de las sociedades humanas. Únicamente a lo largo del siglo XVIII empiezan a existir documentos en los que pretende fijarse por escrito las normas a las que debe responder la organización política general de la sociedad, con especificación de los órganos y procedimientos a través de los cuales se debe ejercer el poder, así como de la relación de tales órganos con los individuos y sus derechos.”(9)

Da mesma forma, a ideia de supremacia constitucional também é muito recente e tem relação muito próxima com o conceito de Constituição rígida. A distinção entre Constituições rígidas e flexíveis reside no processo de alteração das normas constitucionais, de modo que as rígidas estão a exigir um processo especial e qualificado para sua modificação, diverso daquele estabelecido para as normas ordinárias. Ao contrário, as Constituições flexíveis submetem-se a um processo de modificação em nada diverso daquele aplicável às normas ordinárias.

“Desse modo, o conceito de **Constituição rígida** teve de ser restringido, empregando-se o termo para designar, dentre as Constituições escritas, aquelas que só se alteram mediante processos especiais. Passou-se então a chamar de **Constituições flexíveis** as que, escritas às vezes, não escritas sempre, podem ser modificadas pelo processo legislativo ordinário.”(10)

O fundamento dessa distinção entre Constituições rígidas e flexíveis se assenta no contraste entre poder constituinte e poderes constituídos. Com efeito, as chamadas Constituições flexíveis, por não estabelecerem um mecanismo qualificado de modificação da Constituição, não estão a exigir uma racionalidade que estabeleça um contraste entre poder constituinte e poderes constituídos. Isso porque a legislatura ordinária poderá modificar a obra original, sem qualquer limite, daí não se falar em supremacia constitucional.

Por outro lado, tratando apenas das Constituições rígidas, a teoria do poder constituinte põe em evidência a noção de supremacia, dada a subordinação lógica dos chamados poderes constituídos.

“A teoria do poder constituinte empresta dimensão jurídica às instituições produzidas pela razão humana. Como teoria jurídica, prende-se indissociavelmente ao conceito formal de Constituição, separa o poder constituinte dos poderes constituídos, torna-se ponto de partida e matriz de toda a obra levantada pelo constitucionalismo de fins do século XVIII e primeira metade do século passado, assinala enfim o advento das Constituições rígidas.”(11)

Ademais, de suma importância é a visão de Kelsen do Direito, que o concebe como uma estrutura escalonada de normas, de tal forma que o fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de outra norma. “Uma norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é figurativamente designada como norma superior, por confronto com uma norma que é, em relação a ela, a norma inferior.”(12) Em sua concepção “piramidal”, a Constituição estaria situada no topo, fundamentando todas as demais normas componentes de um dado sistema.

Porém, ao questionar o fundamento de validade da própria Constituição, Kelsen formula sua **teoria da norma fundamental pressuposta**, a qual funciona como premissa maior do silogismo fundante da Constituição. Surgem daí os dois conceitos de Constituição: um primeiro **lógico-jurídico** (norma fundamental) e outro **jurídico-positivo** (a Constituição positiva).

A teoria kelseniana serve de apoio teórico robusto para a concepção da Constituição como ordem normativa suprema, à qual devem observância as demais regras do direito nacional.

É de assinalar, porém, que, de início, o constitucionalismo não teve uma percepção clara de sua superioridade hierárquica, no confronto com as demais normas jurídicas. Daí destacar Jorge Miranda dois textos do século XVIII mais influentes da noção de poder constituinte democrático que se afirma superior aos poderes constituídos, o primeiro deles americano, tirado de **O Federalista** e o outro, francês, intitulado **O que é o Terceiro Estado**:

“Escreve HAMILTON no primeiro:

‘Nenhum acto legislativo contrário à Constituição pode ser válido. Negar isto seria como que sustentar que o procurador é maior que o mandante, que os representantes do povo são superiores a esse mesmo povo, que aqueles que agem em virtude de poderes concedidos podem fazer não só o que eles autorizam, mas também aquilo que proíbem. O corpo legislativo não é o juiz constitucional das suas atribuições. Torna-se mais razoável admitir os tribunais como elementos colocados entre o povo e o corpo legislativo, a fim de manterem este dentro dos limites do seu poder. Portanto, a verificar-se uma inconciliável divergência entre a Constituição e uma lei deliberada pelo órgão legislativo, entre uma lei superior e uma lei inferior, tem de prevalecer a Constituição.’

Por seu lado, SIEYÉS, referindo-se às leis constitucionais, diz que

elas são fundamentais, não porque possam tomar-se independentes da vontade nacional, mas porque os corpos que existem e actuam com base nelas não as podem afectar. 'A Constituição não é obra do poder constituído, mas sim do poder constituinte. Nenhum poder delegado pode alterar as condições da sua delegação.'"(13)

No entanto, se a supremacia constitucional é, hoje, indiscutível, a mesma calma não costuma frequentar as discussões acerca do órgão encarregado de sua defesa.

### 3 O executivo como defensor

É célebre a obra de Carl Schmitt acerca do controle de constitucionalidade intitulada **Der Hüter der Verfassung**. Nela, o famoso constitucionalista alemão vai sustentar que a posição constitucional do presidente do Reich alemão deve ser vista como a de um autêntico defensor da Constituição.

Para Carl Schmitt, os tribunais que decidem nas formas processuais da jurisdição civil, penal ou administrativa não são, em sentido estrito, defensores da Constituição, e a fonte de inspiração para aqueles que conferem a um tribunal o exercício do controle de constitucionalidade está no grande exemplo americano. No entanto, ressalta que há uma grande distância entre a realidade americana e a de um Estado continental europeu. *"La posizione della Corte Suprema degli Stati Uniti si è sviluppata nel quadro di uno 'Stato giurisdizionale' di tipo anglosassone, che come Stato senza diritto amministrativo si trova in forte contraddizione con gli Stati del continente europeo."*(14)

Sustenta que a Suprema Corte americana é muito mais que uma corte constitucional e a sua atribuição vai além do que se costuma designar como jurisdição constitucional na Alemanha, na medida em que essa última se limita à decisão de determinada controvérsia. *"La differenza dal potere di controllo della giurisdizione americana consiste principalmente nel fatto che questo preserva i principi generali e con ciò il tribunale diventa custode e difensore dell'ordine economico e sociale esistente"*,(15) o que não ocorre com a Corte Suprema do Reich.

Um controle judicial de constitucionalidade desse tipo só poderia existir em um "Estado judicialista", no qual toda a vida política passa a ser submetida ao controle do Judiciário, acarretando não apenas a judicialização da política, mas, principalmente, a politização da justiça.

Para Schmitt, toda sentença judicial implica uma subsunção concreta de um caso particular a uma norma legal, sendo inexato dizer que o magistrado, no confronto entre duas normas conflitantes, esteja reconhecendo a invalidez da lei não aplicada. Neste caso, estaria apenas deixando de aplicá-la, limitado somente à decisão do processo singular. Desse modo, a jurisdição permanece vinculada à lei, e, pelo fato de uma prevalecer no confronto com outra lei, não quer isso significar que a atividade jurisdicional se transforme em defensora da Constituição.

Sustenta, ainda, que a determinação vinculante do conteúdo de uma lei constitucional que seja, em seu conteúdo, duvidosa se constitui em atividade legislativa, e não jurisdicional. Para fundamentar, inicia por dizer que, no Estado de Direito burguês,

há uma efetiva diferença entre lei e sentença, a qual decorre da própria idealização da divisão de poderes, sendo que a decisão política é atribuição exclusiva do legislativo. *“Una legge non è una sentenza giudiziaria, una sentenza giudiziaria non è una legge, ma la decisione di un ‘caso’ sulla ‘base de una legge’.”*(16). Assim, o juiz, dentro do Estado de Direito, decide com base na lei, e a sua decisão é deduzida de uma outra decisão já contida de modo mensurável na própria lei.

A jurisdição constitucional, tal como preconizada, seria uma jurisdição da lei constitucional sobre a lei ordinária. No entanto, na visão de Schmitt, não há nenhuma jurisdição de uma norma sobre outra, de modo que a configuração da jurisdição constitucional como uma jurisdição de normas sobre normas não seria possível. A aplicação de uma norma sobre outra se constitui em algo completamente diverso da aplicação de uma norma a um fato concreto. Ou seja, é possível que exista um mecanismo que verifique a contradição entre a lei ordinária e a lei constitucional, declarando a invalidade daquela, mas não se pode chamar isso de aplicação **jurisdicional** da lei ao caso concreto.(17)

*“Nel primo caso sono messe a confronto delle norme, e in caso di collisioni e contraddizioni che sono possibili per motivi molto diversi, l’una annulla l’altra. Nel secondo caso, nell’applicazione giurisdizionale della legge ad una determinata situazione, un caso singolo è sussunto sotto i concetti generali (ed il ‘fatto legale’).”*(18)

Para Schmitt, se uma lei dispõe de modo diverso de uma outra e a contradição se resolve no sentido de que uma das duas tem validade e a outra não, não decorre daí que a lei inválida esteja subsumida naquela que é válida, ou vice-versa.(19) Os casos de colisão de normas demonstram, portanto, que o evento tipicamente jurisdicional da decisão judiciária obtida com a subsunção do fato à norma é completamente diverso da decisão que resolve uma colisão de normas. Nesse último caso, não há subsunção, mas somente se constata uma contradição e depois se decide qual, entre as duas normas contrastantes, deve ser validada ou qual deve permanecer “sem aplicação”.

Em nota de rodapé, Schmitt expõe de forma ainda mais evidente o que vinha pregando:

*“Con l’ausilio di simili vuote addizioni si può dire che accanto alla legge costituzionale ed alla legge ordinaria esiste anche una disposizione costituzionale che proibisce di emanare leggi ordinarie che siano in contrasto con una legge costituzionale; l’autore della legge ordinaria potrebbe violare questo divieto, e quindi questa violazione della costituzione verrebbe accertata dal giudice. Ma ciò non sarebbe né una gerarchia delle norme né giurisdizione costituzionale. Se un giudice stabilisce che il legislatore è incorso in quel divieto, di fatto ciò significherebbe una giurisdizione penale repressiva e non una giurisdizione costituzionale.”*(20)

Ou seja, para Schmitt, o Tribunal Constitucional não conhece verdadeiros conflitos constitucionais, nem autênticos litígios, no sentido processual e técnico do conceito. Desse modo, para que houvesse conflito constitucional, as partes deveriam estar em certa relação com a Constituição que a transformaria em um contrato, o que não é admitido por ele, que a considera uma decisão fundamental, insuscetível de ser objeto de um processo.

Sua competência para dirimir dúvidas acerca da interpretação das leis constitucionais não o caracteriza como instância jurisdicional, mas sim legislativa. Salienta que várias decisões – que não são judiciais – se utilizam da chamada “forma jurisdicional” sem, no entanto, se caracterizar como jurisdição, o que estaria a ocorrer com o Tribunal Constitucional. Sustenta ser inadmissível rotular como “jurisdição” tudo aquilo que o juiz diz, por se tratar de formalização total e inadmissível do conceito de justiça.

A decisão judicial, na sua avaliação, já está pressuposta e contida na decisão política tomada pelo legislador, que reflete a estrutura construída pelo Estado burguês, o qual atribui ao juiz uma garantia de independência, respeito às instruções e ordens de serviço, seu caráter apolítico etc. Sendo assim, nos Estados em que se atribui a função de defesa da Constituição a um tribunal constitucional, tal tarefa funciona como um “veto judicial” às leis ou um “poder judicial de censura”.

Com toda essa teoria é que Carl Schmitt atribuiu ao presidente do Reich o papel de “defensor da Constituição”, com base no famoso artigo 48 da Constituição de Weimar. Tudo isso com apoio em seu conceito de Constituição como decisão fundamental, anterior à Lei Constitucional propriamente dita, que constitui o povo em unidade política concreta.

Transparece na argumentação desenvolvida por Carl Schmitt que o presidente do Reich, no sistema constitucional alemão, se revela um autêntico moderador, exercente de um poder neutro, dentro da clássica divisão de poderes, o que o transformaria em um mecanismo de equilíbrio entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo. Além de assegurar o princípio democrático, a indicação do presidente do Reich afastaria o inconveniente de se formar uma espécie de “aristocracia da toga”.

Por fim, é importante destacar que a resistência de Carl Schmitt ao controle judicial de constitucionalidade está muito mais ligado à sua própria concepção de Constituição, vinculada ao estabelecimento de uma vontade popular que dá validade ao texto. A essência de uma Constituição não está no caráter formal, como Constituição escrita, mas sim na decisão política prévia, adotada por um poder politicamente existente.

#### **4 O judiciário como defensor**

Do embate travado entre Hans Kelsen e Carl Schmitt, decorre que Kelsen se apresenta como defensor de um tribunal constitucional como autêntico órgão de controle da constitucionalidade das leis.(21)

Kelsen começa por dizer que a instituição de sistemas de controle de constitucionalidade, com o fim de garantir o Texto, atende a um reclamo jurídico-político estreitamente vinculado à máxima juridicidade da função estatal, própria do Estado de Direito. Reconhece que diversos podem ser os sistemas de controle de constitucionalidade, dada a peculiaridade de cada realidade constitucional e política.

Porém, trata de estabelecer uma premissa que considera a base de qualquer estudo sobre o tema e que considera tão primária que – assim sustenta – quase parece desnecessário destacá-la: **a supremacia da Constituição está a exigir um instituto pelo meio do qual seja controlada a constitucionalidade**



**dos atos do Estado, especialmente os atos do Governo e do Parlamento.** E mais, assinala que nenhuma outra instância é menos idônea para exercer esse controle do que aquela a quem a própria Constituição confere o exercício total ou parcial do poder, valendo-se de um princípio simples, mas incontornável: **o de que ninguém pode ser juiz de sua própria causa.**

É manifesta, portanto, a posição de Kelsen contra a eleição quer do Executivo, quer do Legislativo como órgãos legítimos para a defesa da Constituição. Na sua avaliação, os constitucionalistas do século XIX, quando sustentavam a tese de que o defensor da Constituição era o monarca, estavam guiados por uma indisfarçável ideologia que buscava compensar a perda de poder do chefe de Estado, por ocasião da passagem da monarquia absolutista para a constitucional. Tratava-se, por assim dizer, de uma tentativa de impedir uma eficaz garantia da Constituição, ao menos por parte daquele órgão que mais a colocava em perigo, ou seja, o monarca.

Dessa forma, rechaça a tese de que o monarca se constitui em um poder neutro, distante da oposição de fatores de poder, até porque, somente com essa justificativa, poder-se-ia admitir transferir-lhe o controle do respeito aos limites constitucionais.

Kelsen dispara severa crítica a Carl Schmitt, que havia escrito em uma coletânea de monografias (**Contribuições ao direito público do presente – Beiträge zum öffentlichen Rechte der Gegenwart**), a qual contava com texto inaugural desse constitucionalista alemão intitulado **O defensor da Constituição (Der Hüter der Verfassung)**. Carl Schmitt atribuía a função de defensor natural da Constituição ao chefe de Estado. O alvo principal da crítica de Kelsen está na atitude de Carl Schmitt em ressuscitar a velha doutrina do *pouvoir neutre* do chefe de Estado como fator de legitimação de sua doutrina. Porém, na avaliação de Kelsen, quando Benjamin Constant sustentava que o monarca exercia um poder neutro, partia da premissa de que o Executivo assumia dois aspectos: um ativo e um passivo, sendo este último o característico do exercício do monarca. Kelsen, com acuidade, afirma que

*“no se puede ignorar la ficción que aquí se esconde, al hacer aparecer el poder del monarca – a quien la Constitución le confiere la representación exterior del Estado y en especial la firma de los tratados internacionales, la sanción de las leyes, el comando supremo del ejército y la armada, el nombramiento de funcionarios y jueces, y otras tareas más – como meramente pasivo.”(22)*

Transplantando essa orientação para o século XX, Kelsen refuta a tese sustentada por Carl Schmitt, no sentido de que todo o perigo de ameaça a uma violação da Constituição residiria na figura do legislador. Além disso, afirma Kelsen que Carl Schmitt deveria enfrentar a instituição, já naquela época promovida em diversos Estados, de um tribunal constitucional para o desempenho dessa função. Dito tribunal decidiria, por meio de um procedimento contencioso de partes, os atos do Parlamento (em especial, as leis), assim como os do próprio Governo (especialmente os decretos). Kelsen sustenta, como comprovação meramente terminológica, a conclusão de que os tribunais, ainda quando exerçam o direito de controle, não devem ser considerados defensores da Constituição.

*“Pues Carl Schmitt no puede negar que un Tribunal, cuando*

*rechaza la aplicación de una ley inconstitucional y anula consecuentemente su validez para un caso concreto, opera realmente como garante de la Constitución, aun cuando no se le confiera el altisonante título de 'defensor de la Constitución', es decir, aun cuando renuncie a una expresión cuyo pathos sólo advierte acerca de la tendencia ideológica unida a Ella.”(23)*

Kelsen descarta esse entendimento sob o argumento de que não há, propriamente, uma contradição entre a função jurisdicional e as funções políticas. Da mesma forma, repele o conceito de “Política” fornecido por Carl Schmitt, na medida em que pressupõe que o processo de exercício de poder se esgota no processo legislativo. Ao contrário, o exercício desse poder encontraria continuidade na jurisdição, não menos que no próprio Executivo, pela via da Administração.

“Cuando el legislador autoriza al juez, dentro de determinados límites, a sopesar los intereses que se oponen y a resolver el conflicto a favor de uno u otro, le otorga una capacidad creadora de Derecho y, con ello, un poder que da a la función judicial el carácter 'político' que tiene la legislación, aunque en una medida mayor”(24).

A atribuição do controle de constitucionalidade a um tribunal constitucional só está a deferir-lhe um caráter político, em maior medida, em relação aos demais tribunais. Porém, e isto é inafastável, **todos exercem funções políticas, e a atividade de interpretar a lei de duvidosa constitucionalidade é tão jurisdicional quanto qualquer disputa de direito:**

*“Puede dudarse acerca de si es oportuno transferir a un Tribunal independiente la determinación del contenido de una ley constitucional dudosa, y se puede preferir, por alguna razón, poner esta función en manos del Gobierno y del Parlamento. Pero es imposible afirmar que la función de un Tribunal constitucional no sea 'Justicia' cuando la norma que debe aplicar tiene un contenido dudoso y que, por ende, su sentencia es la determinación de ese contenido; pues es imposible poder afirmar que la índole dudosa del contenido de la norma en una ley constitucional es algo distinto de lo que es una ley que no tiene carácter de ley constitucional.”(25)*

No entanto, o ponto central da crítica de Kelsen está no frágil argumento de Carl Schmitt (apesar de frágil, é o que proporciona a base de sua doutrina) que contrasta a **jurisdição** e a **legislação**, pois, enquanto esta **cria**, aquela **aplica** o Direito. Para tanto, Carl Schmitt remonta à velha concepção de que a decisão judicial já está contida na lei e é deduzida mediante uma simples operação de lógica, transformando o juiz em um autômato jurídico. Porém, Kelsen sustenta que entre a lei e a sentença judicial não há uma diferença qualitativa, na medida em que ambas são criadoras de Direito.

Outra questão que vai ser alvo de duras críticas de Kelsen é a de que a unidade homogênea e indivisível de todo o povo alemão, invocada no preâmbulo da Constituição de Weimar, seja o apoio mais importante da tese que sustenta o presidente do Reich como o “defensor da Constituição”. Na avaliação de Kelsen, a instituição de um tribunal constitucional não é uma fictícia judicialidade, mas sim uma instituição real. Por outro lado, a ficção estaria, precisamente, na “unidade do povo”, que Carl Schmitt afirma como um pressuposto “real”. Ao mesmo tempo em que o constitucionalista alemão atribui essa unidade ao

presidente do Reich, concebe-o como “contrapeso do Parlamento”. Porém, *“si la Constitución consagra al Presidente del Reich como ‘contrapeso’ del Parlamento, es porque precisamente coloca a éste y, en consecuencia, al sistema ‘pluralista’ ligado a él, necesaria y esencialmente, como ‘peso’ que gravita en el juego de las fuerzas políticas”*.(26)

### Conclusão

Toda a polêmica circundante da eleição do defensor da Constituição – seja um tribunal constitucional, seja o chefe do Executivo ou mesmo o próprio Parlamento – prende-se à questão da tensão entre a política e o direito e, especificamente em relação ao tribunal constitucional, à dúvida sobre se os mais graves problemas políticos podem ser resolvidos com os critérios e os métodos próprios de uma decisão judicial.

Como ressalta Eduardo García de Enterría, em seu **La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional**, todo o problema da justiça constitucional tem como fonte uma questão de princípio: se se convém ou não reconhecer à Constituição o caráter de norma jurídica. Em caso negativo, a Constituição passa a ser entendida, necessariamente, como um compromisso ocasional de grupos políticos que de seus preceitos dispõem livremente.(27)

Por sua vez, tomando-se o sentido normativo de Constituição, sua eficácia deve ser assegurada jurisdicionalmente, sendo essa a concepção básica que conduziu os constituintes americanos à criação de uma justiça constitucional, como ficou assinalado no célebre caso *Marbury v. Madison*, em 1803, que é a primeira aplicação histórica do *judicial review*.

Obviamente, os conflitos a serem resolvidos por um tribunal constitucional terão, necessariamente, caráter político, mas a resolução deles se faz por critérios e métodos jurídicos – e não só formalmente, como propusera Schmitt, mas aplicando o Direito, por meio de rigorosa lógica jurídica: *“la realización de la justicia entre hombre y hombre, entre hombre y Estado, por medio de la razón llamada Derecho”*.(28) Por sua vez, a aplicação de métodos próprios de interpretação não é peculiaridade excepcional, verificável apenas no Direito Constitucional, por se tratar de fenômeno ocorrente em todos os ramos do Direito.

Um fato, porém, é notório: uma Constituição sem um tribunal constitucional que imponha sua interpretação está condenada à morte, por ficar à mercê dos partidos políticos que, eventualmente, ocupem o poder. E a Constituição, por se caracterizar como um sistema aberto, faz com que o tribunal constitucional se encontre em posição mais favorável como intérprete dessas regras democráticas, em relação aos partidos políticos ocupantes do poder em cada momento.

Não vale, pois, o argumento de que a atividade do tribunal constitucional estaria sobrepujando a vontade popular, expressa por meio do Parlamento. A obra do poder constituinte não está à disposição da legislatura ordinária, que só se organiza como tal em decorrência da própria Constituição. Vem a calhar a afirmação de Kelsen no sentido de que “ninguém pode ser juiz de sua própria causa” para dizer a inadequação do afastamento de um controle da constitucionalidade das leis, estando o Legislativo à disposição para dizer o sentido da Constituição.

Outro aspecto relevante está na questão relativa às liberdades e aos direitos fundamentais. Não é rara a hipótese de desrespeito da maioria (aqui entendida como aquela representada no Parlamento) aos direitos fundamentais da minoria, sendo que somente um tribunal constitucional estaria habilitado para afastar esses abusos majoritários.

### **Bibliografia**

- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. Malheiros, 1993.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Constituição e constituinte**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.
- ENTERRÍA, Eduardo García de. **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional**. 3. ed. Madrid: Civitas, 1994.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.
- KELSEN, Hans. **Quién debe ser el defensor de la Constitución?**. Tradução e notas de Roberto J. Brie. Madrid: Tecnos, 1995.
- \_\_\_\_\_. **Teoria pura do Direito**. Traduzido por João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1984.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 2. ed. Coimbra: 1988. Tomo II.
- ROYO, Javier Perez. **Curso de Derecho Constitucional**. 3. ed. Madrid: Marcial Pons, 1996.
- SCHMITT, Carl. **Il custode della Costituzione**. Traduzido por Antonio Caracciolo. Milano: Giuffrè, 1981.

### **Notas**

1. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra. Almedina, 1992. p. 34.
2. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992. p. 35-36.
3. Como foi dito, o controle de constitucionalidade, aqui, não será estudado em suas variantes processuais. A única preocupação estará na atribuição de competência a um órgão que, por sua função, passa a ser chamado "o defensor da Constituição". No caso brasileiro, como o controle de constitucionalidade admite os sistemas difuso e concentrado, de modo que cada juiz poderá reconhecer e declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou um ato normativo, devem-se estender as considerações relativas ao "Tribunal Constitucional" ao próprios juízes singulares e tribunais, além do próprio Supremo Tribunal Federal.
4. ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. **La Constitución como**

- norma y el Tribunal Constitucional.** 3. ed. Madrid: Civitas, 1983. p. 157.
5. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 229.
6. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 23.
7. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional.** 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992. p. 83.
8. DALLARI, Dalmo de Abreu. **Constituição e constituinte.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 3.
9. ROYO, Javier Perez. **Curso de Derecho Constitucional.** 3. ed. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 87.
10. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 12.
11. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 123-124.
12. KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito.** Traduzido por João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1984. p. 267.
13. MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional.** 2. ed. Coimbra, 1988. Tomo II. p. 19.
14. SCHMITT, Carl. **Il custode della Costituzione.** Traduzido por Antonio Caracciolo. Milano: Giuffrè, 1981. p. 28. Tradução livre: "A posição da Corte Suprema dos Estados Unidos se desenvolveu no quadro de um 'Estado jurisdicional' de tipo anglo-saxão, que, como Estado sem direito administrativo, se encontra em forte contradição com os Estados do continente europeu".
15. SCHMITT, Carl. **Il custode della Costituzione.** Traduzido por Antonio Caracciolo. Milano: Giuffrè, 1981. p. 36. Tradução livre: "A diferença do poder de controle da jurisdição americana consiste principalmente no fato de que este preserva os princípios gerais e, com isso, o tribunal se torna guarda e defensor da ordem econômica e social existente".
16. SCHMITT, Carl. **Il Custode della Costituzione.** Traduzido por Antonio Caracciolo. Milano: Giuffrè, 1981. p. 63. Tradução livre: "Uma lei não é uma sentença judiciária, uma sentença judiciária não é uma lei, mas a decisão de um 'caso' com 'base em uma lei'".
17. É manifesta a doutrina professada por Carl Schmitt, no sentido de emprestar ao termo **jurisdição** o significado de "aplicação da lei ao caso concreto", retirando-lhe qualquer função de natureza política.
18. SCHMITT, Carl. **Il custode della Costituzione.** Traduzido por Antonio Caracciolo. Milano: Giuffrè, 1981. p. 70. Tradução

livre: “No primeiro caso, são colocadas em confronto as normas, e, no caso de colisões e contradições, que são possíveis pelos motivos mais diversos, uma anula a outra. No segundo caso, na aplicação jurisdicional da lei a uma determinada situação, um caso concreto é subsumido nos conceitos gerais (e no ‘fato’ legal)”.

19. Novamente, é claro o sentido de **jurisdição** professado por Schmitt, que se reduz aos casos de subsunção do fato à norma.

20. SCHMITT, Carl. **Il custode della Costituzione**. Traduzido por: Antonio Caracciolo. Milano: Giuffrè, 1981. p. 71. Tradução livre: “Com o auxílio das mesmas inúteis adições se pode dizer que, ao lado da lei constitucional e da lei ordinária, existe também uma disposição constitucional que proíbe a produção de leis ordinárias que estejam em contraste com uma lei constitucional; o autor da lei ordinária poderia violar essa vedação, e, portanto, essa violação da Constituição seria corrigida pelo juiz. Mas isso não seria nem uma hierarquia das normas, nem hierarquia constitucional. Se um juiz estabelece que o legislador não observou aquela proibição, de fato, isso significaria uma jurisdição penal repressiva, e não uma jurisdição constitucional”.

21. KELSEN, Hans. **Quién debe ser el Defensor de la Constitución?**. Tradução e notas de Roberto J. Brie. Madrid: Tecnos, 1995.

22. KELSEN, Hans. **Quién debe ser el Defensor de la Constitución?**. Tradução e notas de Roberto J. Brie. Madrid: Tecnos, 1995. p. 11.

23. KELSEN, Hans. **Quién debe ser el defensor de la Constitución?**. Tradução e notas de Roberto J. Brie. Madrid: Tecnos, 1995. p. 17.

24. KELSEN, Hans. **Quién debe ser el defensor de la Constitución?**. Tradução e notas de Roberto J. Brie. Madrid: Tecnos, 1995. p. 19.

25. KELSEN, Hans. **Quién debe ser el defensor de la Constitución?**. Tradução e notas de Roberto J. Brie. Madrid: Tecnos, 1995. p. 23-24.

26. KELSEN, Hans. **Quién debe ser el defensor de la Constitución?**. Tradução e notas de Roberto J. Brie. Madrid: Tecnos, 1995. p. 77.

27. ENTERRÍA, Eduardo García de. **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional**. 3. ed. Madrid: Civitas, 1994. p. 175.

28. ENTERRÍA, Eduardo García de. **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional**. 3. ed. Madrid: Civitas, 1994. p. 179.

**Referência bibliográfica** (de acordo com a NBR 6023:2002/ABNT):  
KONKEL JUNIOR, Nicolau. O protetor da Constituição: uma revisitação do debate

entre Hans Kelsen e Carl Schmitt sobre o controle de constitucionalidade. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 72, jun. 2016. Disponível em: < [http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao072/Nicolau\\_Junior.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao072/Nicolau_Junior.html)> Acesso em: 11 jul. 2016.

REVISTA DE DOCTRINA DA 4ª REGIÃO  
PUBLICAÇÃO DA ESCOLA DA MAGISTRATURA DO TRF DA 4ª REGIÃO - EMAGIS