

V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA II

JOSE EVERTON DA SILVA

PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS

SINARA LACERDA ANDRADE CALOCHE

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigner Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

C755

Constituição, teoria constitucional e democracia II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Jose Everton da Silva; Paulo Roberto Barbosa Ramos; Sinara Lacerda Andrade Caloche – Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-504-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Inovação, Direito e Sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Constituição. 3. Teoria Constitucional. V Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2022 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA II

Apresentação

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA II:

Os artigos contidos nesta publicação foram apresentados no Grupo de Trabalho Constituição, Teoria Constitucional e Democracia II durante o V Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI, realizado nos dias 14 a 18 de junho de 2022, sob o tema geral “Inovação, Direito e Sustentabilidade”. O evento foi promovido por esta sociedade científica do Direito com o apoio da Universidade Presbiteriana Mackenzie e da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Trata-se da quinta experiência de encontro virtual do CONPEDI em mais de três décadas de existência.

A apresentação dos trabalhos abriu caminho para uma importante discussão, em que os pesquisadores do Direito puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas, levando-se em consideração a temática central do grupo. Essa temática traz consigo os desafios que as diversas linhas de pesquisa jurídica enfrentam no tocante ao estudo dos referenciais teóricos do Direito Constitucional e dos reflexos do constitucionalismo na atuação dos Poderes da República no país.

Os temas abordados vão desde, democracia e direitos da personalidade; segurança jurídica dos servidores públicos; ideologias de Carl Schmitt e Hans Kelsen; mandatos coletivos; ativismo judicial; protagonismo judicial; inconstitucionalidade via embargos de declaração; princípio do concurso público; Supremo Tribunal Federal como corte recursal; limites à liberdade de expressão, direito à informação, fake news e democracia; neoliberalismo na ordem constitucional brasileira, estado democrático de direito; efeito backlash; notários, registradores e os direitos fundamentais; decisão judicial e neoliberalismo; legitimidade democrática do poder judiciário brasileiro; a criminalização da homotransfobia e diálogos constitucionais nos sistemas jurídicos ocidentais, também estiveram presentes. Em virtude do momento em que vivemos, os desafios atuais da temática do grupo relacionados à pandemia da COVID-19 foram também lembrados.

Na coletânea que agora vem a público, encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-graduação em Direito, nos níveis de Mestrado

e Doutorado, com artigos rigorosamente selecionados, por meio de dupla avaliação cega por pares double blind peer review. Dessa forma, todos os artigos ora publicados guardam sintonia direta com este Grupo de Trabalho.

Agradecemos a todos os pesquisadores pela sua inestimável colaboração e desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

Prof. Dr. Jose Everton da Silva

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos

Prof.^a Dr.^a Sinara Lacerda Andrade Caloche

IDEOLOGIAS DE CARL SCHMITT V. HANS KELSEN: CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

IDEOLOGIES OF CARL SCHMITT V. HANS KELSEN: JUDICIAL REVIEW

Carmen Ferreira Saraiva ¹
Antônio Carlos Diniz Murta ²

Resumo

Busca-se identificar quem deve ser o guardião da Constituição. Para tanto, utiliza-se a pesquisa bibliográfica por meio do método dedutivo e comparativo. O controle de constitucionalidade foi inaugurado em 1803 nos EUA. O embate doutrinário marcante ocorrido em 1931 entre os juristas Carl Schmitt e Hans Kelsen identifica que a atribuição de defensor constitucional na Alemanha cabe Presidente do Reich e na Áustria compete ao Tribunal Constitucional com jurisdição extraordinária. As teorias desenvolvidas muito contribuem para o desenvolvimento da sistemática contemporânea de controle de constitucionalidade dos atos normativos.

Palavras-chave: Constitucionalismo, Controle de constitucionalidade, Carl schmitt, Hans kelsen, Evolução sistêmica

Abstract/Resumen/Résumé

It seeks to identify who should be the guardian of the Constitution. For this, bibliographic research is used by means of the deductive and comparative method. Judicial review was inaugurated in 1803 in the United States. The striking doctrinal clash that occurred in 1931 between jurists Carl Schmitt and Hans Kelsen identifies that the assignment of constitutional defender in Germany falls to the President of the Reich and in Austria to the Constitutional Court with extraordinary jurisdiction. The theories developed greatly contribute to the development of the contemporary systematics of control of the constitutionality of normative acts.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutionalism, Judicial review, Carl schmitt, Hans kelsen, Systemic evolution

¹ Mestranda em Direito do PPGD pela FUMEC. Especialista em Direito pela PUC/Minas. Graduação em Direito pela Faculdade Milton Campos. Servidora pública federal.

² Doutor em Direito pela UFMG. Especialização em Direito pela UFMG. Graduação em Direito pela UFMG. Procurador do Estado de Minas Gerais. Professor Titular da FHC e da FUMEC.

1. INTRODUÇÃO

O controle de constitucionalidade tem por escopo verificar a adequação das leis e dos atos normativos, nos aspectos formais e materiais, às normas constitucionais. Nesse sentido, desde os séculos XVII e XVIII essa matéria vem sendo objeto de análises profundas culminando na quebra de paradigmas com o fenômeno de descentralização funcional do poder estatal. O controle de constitucionalidade estabelece-se pelo precedente ocorrido no julgamento em 1803 do caso *Marbury versus Madison* pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América. Em 1931 houve o marcante embate entre Carl Schmitt na Alemanha e Hans Kelsen na Áustria de quem deve ser o guardião da Constituição: se Presidente do *Reich*, acumulando das funções executivas e legislativas ou se um Tribunal Constitucional independente, neutro e com prerrogativa judicante extraordinária, diferenciado das atribuições legislativas, executivas e jurisdicionais ordinárias, respectivamente.

Pretende-se realizar a análise pela linhas metodológicas jurídicas dogmáticas e sociológicas das teses referenciais defendidas por Carl Schmitt a partir da Constituição alemã e de Hans Kelsen com base na teoria pura do Direito e da Constituição austríaca. Amparando-se no raciocínio dialético entre estes juristas, procura-se demonstrar a proposição defendida e a contrariedade ela e finalmente constatando o que legitima cada corrente doutrinária. Tenciona-se investigar sinteticamente a evolução do constitucionalismo no espaço e no tempo procurando delimitar a discussão entre os doutrinadores decompondo a controvérsia em seus diversos aspectos.

Para alcançar o objetivo utiliza-se a pesquisa bibliográfica em conjunto com o método dedutivo e comparativo a partir do exame da legislação, dos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais.

Espera-se demonstrar a importância das teorias de ambos os juristas para a evolução da sistemática do controle de constitucionalidade como técnica de limitação do poder estatal com a finalidade de proteção dos direitos e garantias fundamentais que normatizam os valores materiais compartilhados por uma sociedade e a relevância jurídica destas teorias para o direito contemporâneo.

No contexto histórico examinam-se os principais eventos históricos sobre o surgimento do constitucionalismo, que por sua vez propiciaram as divergências apresentadas em 1931 entre Carl Schmitt e Hans Kelsen de quem deveria ser o guardião da Constituição.

Busca-se demonstrar os argumentos de Carl Schmitt constantes em sua obra no sentido de que, em conformidade com sua tese antiliberal, o Presidente do *Reich* tem legitimidade para desempenhar a referida função.

Analisa-se as contrarrazões de Hans Kelsen oferecidas em face dos argumentos do seu predecessor, com base na sua Teoria Pura do Direito, manifestando-se em favor da imprescindibilidade da existência de um Tribunal com jurisdição neutra para a defesa da Constituição.

2. CONTEXTO HISTÓRICO

O constitucionalismo é o sinal distintivo delimitador do poder estatal aperfeiçoado pelo princípio da primazia da lei e “pela organização do Estado e limitação do poder estatal, por meio da previsão de direitos e garantias fundamentais” (MORAES, 2015, p. 996).

Após o período renascentista marcado pela separação da religião e da política, esse regime estabiliza-se no século XVII na Inglaterra “quando as Cortes judiciárias proclamaram a superioridade das leis fundamentais sobre o Parlamento”.

No século XVIII esse sistema firma-se nos Estados Unidos da América “quando iniciaram a codificação do direito constitucional e instituíram aquela moderna forma de Governo democrático” e na França com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

A ruptura revolucionária que sucedeu na época culminou na transição da monarquia absolutista para o regime constitucional do Estado Liberal do Direito. Consolida-se o constitucionalismo contemporâneo com a “ocorrência da ideia de separação dos Poderes, garantia dos direitos dos cidadãos, crença da democracia representativa, demarcação entre a sociedade civil e o Estado e a ausência do Estado no domínio econômico” (CARVALHO, 2015a, p. 267-277). O “liberalismo triunfou sobre o absolutismo porque limitar o poder político era (e é) a própria condição da defesa da liberdade e da cidadania” (BRITTO, 2003, p. 81-82).

Com o desígnio harmônico, o sistema do ordenamento jurídico está direcionado a alcançar a concordância e a unidade. Qualquer discrepância faz irromper o instrumento de concertamento a fim de restaurar a congruência ameaçada. Essa é a natureza jurídica do controle de constitucionalidade das normas infraconstitucionais em que se verifica a sua

adequação às regras constitucionais. O escopo é fazer de cessar os efeitos daquela que é imprópria à sistemática paramétrica por força da supremacia constitucional. Em especial, destina-se à proteção dos direitos fundamentais qualificados como valores sociais distributivos (BARROSO, 2019a, p. 352-373).

O controle de constitucionalidade consagra-se no julgamento em 1803 do caso *Marbury versus Madison* pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América. Em síntese pode-se historiar que o então Presidente John Adams, já no final do seu mandato nomeou, entre outros, William Marbury, para ocupar cargo de juiz, sem contudo entregar os atos da investidura aos juízes. Com a posse, o novo Presidente Thomas Jefferson determinou ao seu Secretário de Estado, James Madison, que não os empossasse mediante a recusa da apresentação dos documentos.

Com fundamento na Lei de 1789, *Judiciary Act*, que dava à Suprema Corte o poder de conceder mandados, Marbury, ajuizou ação, *writ of mandamus*, pedindo a posse no cargo de juiz. Porém o pedido foi negado com amparo no fato de que a mencionada lei é inconstitucional, por criar uma competência não prevista nas normas constitucionais. O controle de constitucionalidade instituído com a clássica denominação de *judicial review* em prevalência ao princípio da supremacia constitucional, dado que a norma considerada inconstitucional com os efeitos *ex tunc* de retorno *ao status quo ante* tendo em vista a declaração de nulidade da norma infraconstitucional (BARROSO, 2019a, p. 393-424).

Luis Roberto Barroso (2019a, p. 424-428) ensina que

Marbury v. Madison foi a primeira decisão na qual a Suprema Corte afirmou seu poder de exercer o controle de constitucionalidade, negando aplicação a leis que, de acordo com sua interpretação, fossem inconstitucionais. Assinale-se, por relevante, que a Constituição não conferia a ela ou a qualquer outro órgão judicial, de modo explícito, competência dessa natureza. Ao julgar o caso, a Corte procurou demonstrar que a atribuição decorreria logicamente do sistema. A argumentação desenvolvida por Marshall acerca da supremacia da Constituição, da necessidade do *judicial review* e da competência do Judiciário na matéria é tida como primorosa.

Entre as consequências jurídicas dessa decisão pode-se identificar a fixação da competência do Poder Judiciário para rever atos dos demais poderes de acordo com as diretrizes constitucionais. Inaugura-se controle de constitucionalidade moderno assentado na “prevalência dos valores permanentes da Constituição sobre a vontade circunstancial das maiorias legislativas” (BARROSO, 2019a, p. 461-488).

No século XIX o constitucionalismo monárquico propagou-se pela Europa. Especificamente na Alemanha e na Áustria “o constitucionalismo não logrou êxito completamente, pois os seus governos conseguiram resistir às concepções liberais e democráticas” (CARVALHO, 2015a, p. 46). Esses eventos muito contribuíram para o embate

entre Carl Schmitt na Alemanha e Hans Kelsen na Áustria de quem deveria ser o defensor da Constituição, ou seja, qual seria o órgão fiscalizador.

Com o fim da primeira guerra mundial, a Constituição do *Reich* da Alemanha aprovada em 1919 na cidade de Weimar foi o marco histórico do movimento constitucionalista. Inspirada por Carl Schmitt houve a instituição do Parlamento soberano em contrapartida a um Executivo forte no contexto de um regime político de democracia indireta em que há participação popular representativa na formação da vontade política estatal. Promoveu a liberdade do homem perante o Estado, com base na tripartição dos poderes e a promoção do Estado Social sancionando direitos sociais. Consagrou um sistema difuso de controle de constitucionalidade e um modelo de parlamentarismo democrático liberal em que o Presidente da República eleito nomeava o Chanceler, chefe do Poder Executivo.

O Parlamento era responsável pelo Poder Legislativo. Ao Tribunal de Justiça do Estado competia a resolução de das lides constitucionais. Embora inexistisse expressamente o controle de constitucionalidade, a lacuna foi suprida pela integração jurisprudencial (MENDES, 1999, p. 8).

Nessa ocasião o Tribunal do *Reich*, representado pelo seu Presidente, era considerado o defensor e vigia da Constituição e responsável por apresentar projetos de leis. Ainda acumulava a função de decidir em processo judicial, inclusive sobre litígios constitucionais. Em 1933 é formalmente implantado o regime nazista com a ascensão de Adolf Hitler como Chanceler e lhe conferir poder ilimitado, que foi legitimado pelo próprio sistema legal existente à época.

A Áustria, depois de derrotada no primeiro grande armistício, torna-se um Estado Federal republicano com um sistema de governo semipresidencial. A Constituição da Áustria de 1920, revisada em 1929 e reintegrada em 1945, originalmente sob influência de Hans Kelsen, implementou um sistema de controle de constitucionalidade como função constitucional e não judicial, seja de ofício ou a requerimento do governo federal. Trata-se de órgão especial que se organiza em um sistema de competência em que o Tribunal Constitucional, primeiro na história, com a função de se pronunciar, com força normativa, sobre a constitucionalidade das normas, de forma independente dos Poderes Legislativo e Executivo (SCHMITT, 2007, p. IX-XVIII e 01-15; KELSEN, 1995, p. IX-XLIV;

O embate ideológico gerou um “antagonismo do austríaco Hans Kelsen, para quem deveria haver um controle jurisdicional, e do alemão Carl Schmitt, para quem o controle deveria ficar a cargo do Presidente do Reich” (MORAES, 2019, p. 872).

Tem cabimento analisar o célebre debate ideológico travado na primeira metade do século XX entre os renomados juristas Carl Schmitt e Hans Kelsen sobre quem deve ser o guardião da Constituição.

3. PROPOSIÇÕES DE CARL SCHMITT

Carl Schmitt elaborou a Teoria da Constituição que serviu de base dogmática para a doutrina do direito e do estado nacional socialista. A carta magna é a compilação das decisões políticas fundamentais do Poder Constituinte Originário, que por sua vez exprime a realidade social. Várias são as acepções da Constituição, a saber: absoluta que a reconhece como um todo unitário, relativa que a identifica como uma pluralidade de leis absolutas, positiva que a distingue com o conjunto de decisões políticas e ideal que a classifica como tendo um conteúdo específico (CARVALHO, 2015a, p. 61-62).

Em sua obra intitulada O Guardião da Constituição de 1931 o renomado jurista registra toda sua tese sobre a questão, com base na Constituição da Alemanha que adotou o parlamentarismo democrático perdurando durante o período de 1919 a 1933, quando Adolf Hitler assume o cargo de Chanceler. A estrutura da conhecida República de Weimar é dualista, pois a primeira parte tem por escopo determinar a estruturação do Estado e a segunda parte estabelece o rol dos direitos e deveres fundamentais, inclusive de conteúdo social, seja educacional, seja trabalhista. Por outro lado, seu artigo 48 marcou a intervenção estatal com a criação do estado de exceção, pois no caso de a segurança e a ordem públicas estivessem seriamente ameaçadas o Presidente do *Reich*, como defensor constitucional, poderia tomar as medidas necessárias a seu restabelecimento com auxílio de força armada, podendo, para esse fim, suspender os direitos fundamentais.

Kildare Gonçalves Carvalho (2015a, p. 437) expõe que

Segundo Schmitt, não compete aos tribunais exercer o controle de constitucionalidade [...], porquanto a justiça constitucional tem uma ficção nitidamente de caráter político, o que faz com que se politize a jurisdição constitucional levando ao comprometimento do equilíbrio constitucional do Estado de Direito [...]. Os poderes do Presidente do *Reich* o tornam independente dos órgãos legislativos, embora esteja vinculado, simultaneamente, à referenda dos ministros dependentes do Parlamento. [...] A decisão sobre o conteúdo da Constituição é uma manifestação completamente distinta da decisão de uma pretensão conflitiva com fundamento na lei.

Na compreensão de Carl Schmitt, os órgãos do Poder Judiciário não exercem propriamente a função judicante, mas tão somente o exame material da legislação, ou seja, são instâncias que decidem os litígios instaurados, admitindo-se um sistema difuso de controle de constitucionalidade modesto, já que havia a previsão de que o juiz estava vinculado à lei. Existia portanto a possibilidade de uma não aplicação da lei ordinária ao caso concreto em decorrência das determinações constantes em norma constitucional como somente uma justificativa da liberdade de decisão, conforme se depreende da marcante sentença judicial de 4 de novembro de 1925.

Alexandre de Moraes (2019, p. 442) instrui que

Ao comentar a questão sobre a opção política do legislador constituinte sobre a escolha de um órgão para interpretar a Constituição, Carl Schmitt aborda a discussão sobre o preceito da inamovibilidade dos magistrados, defendendo-o, para que os magistrados não sejam expostos a uma prova de resistência política.

O limite objetivo deve ser observado para o exercício da jurisdição, uma vez que tem um caráter político, seja na esfera civil ou administrativa em que a proteção judicial serve ao interesse jurídico de um dos litigantes, seja na esfera penal em que o delito é o objeto da lei penal, que tutela valores sociais. A decisão judicial é proferida sempre depois do evento ocorrido, ou seja, refere-se a fatos passados e aplicável ao caso concreto objeto dos autos do processo judicial, tendo como escopo a formação de jurisprudência e eliminação autoritária da dúvida surgida.

Pouco prudente é outorgar ao juiz a decisão política, que é função do Poder Legislativo, pois no Estado de Direto, a justiça, assim entendida como decisão judicial, sempre deve ser exarada com base na norma, tendo em vista o princípio da legalidade ao qual o Poder Judiciário está vinculado, de modo a diferenciar a aplicação do direito e a função jurisdicional. O conceito de justiça tinha como limite o fato de que a norma constitucional é dificilmente emendável, ainda que seu conteúdo seja equívoco. Este conflito não pode ser resolvido mediante a aplicação da teoria de há uma hierarquia entre as leis, devendo, neste caso ser adotada a interpretação autêntica. Uma norma deve se autoprotger normativamente, uma vez que não é concebível que uma norma necessariamente tenha que ter fundamento de validade em outra norma. Não há que se falar em justiça constitucional em um sistema de aplicação de norma sobre norma, de forma a distinguir o Direito e a atividade legislativa.

O conceito de Constituição, que se origina de uma decisão política de um povo sobre a existência de um Estado, tem uma relação objetiva com a jurisdição constitucional decorrente da sua realização normativa formalizada pela divergência da norma constitucional definida pela matéria litigiosa. Há limites objetivos da justiça constitucional efetivada pelo

Tribunal do Estado, já que este se defrontando com infrações indubitáveis contra a Constituição sempre fará uma justiça sobre fatos passados que levantam suposições o que leva geralmente a uma sentença imperfeita e obscura sobre a legislação, conforme se pode exemplificar pela decisão de 17 de fevereiro de 1930 a respeito a constitucionalidade da lei eleitoral alemã. A resolução de uma divergência por um Tribunal de Estado somente poderia ser válida se a Constituição fosse um contrato, ou seja, decorrente de uma situação jurídica plurilateral. Se deste órgão for reconhecida uma decisão como uma lei política unilateral, que por sua vez arbitrária, seria elevado ao patamar de Senhor da Constituição, o que não pode ser aceito.

A Constituição distingue divergência entre: o *Reich* e os Estados, entre Estados e dentro do próprio Estado. O âmbito de atuação do Tribunal de Estado limita-se à pacificação dos conflitos dentro do próprio Estado, já que se sua organização não pode ser apartado. Seria Inadmissível expandir sua atribuição ao Reich, haja vista que esta competência somente pode ser implementada mediante emenda constitucional. Ainda assim o mencionado Tribunal teria que ter uma essência totalmente diversa, já que a Constituição do *Reich* é autônoma em relação às Constituições dos Estados que o compõe.

A atuação de um Tribunal como conciliador de litígios tende a transformar a Constituição em um acordo, o que é solenemente rejeitado pelo *Reich*. O pluralismo partidário é afastado de seus princípios por ser inadmissível a existência de vários titulares de poder que poderiam formar alianças interpartidárias indesejáveis. Diferentemente, a Constituição do *Reich* provém de um ato unilateral proferido pelo Poder Constituinte e decorrente de uma decisão política positivada e ainda como forma de prevenir um armistício entre a classe operária e a classe burguesa e conservar a homogeneidade do povo alemão como detentor do poder legislativo constitucional.

Analisando a situação concreta do Reich, pode-se concluir que se caracteriza por três institutos: pluralismo pela existência de extratos sociais de poder solidamente organizados, federalismo pela justaposição e cooperação entre os Estados e policracia pela presença de grupos econômicos autônomos, que limitam a autonomia estatal. A coalizão destas forças instabiliza o *Reich*, podendo a qualquer tempo apoiá-lo ou miná-lo, o que não pode ser concebido. A situação constitucional pouco mudou desde o século XIX, época em que foi instituída a monarquia constitucional. O Poder Legislativo de representatividade popular não se defronta com o Estado, mas, sim, integrá-lo. Desabona-se um contrato entre o monarca e o povo, já que a Constituição trata-se de um todo jurídico, cujos destinatários são os cidadãos e que deles deve limitar a propriedade e liberdade. Também é inadmissível o Estado Liberal

neutro e não intervencionista, uma vez que deve haver a implementação da “auto-organização da sociedade” e de que o Estado e a sociedade devem ser “fundamentalmente idênticos”. Assim, potencialmente acabariam todas as divergências, já que não havia mais sentido separar o Estado da economia, da política, da escola, do contrato de trabalho, da religião, do Estado de Direito, dentre outros. O Estado seria a própria sociedade sempre preocupado com o bem-estar.

Na esfera da economia não seria diferente, já que a existência de uma economia público-financeira influenciaria decisivamente a situação política do Estado. Enfim, certo é que um Estado total quebre o paradigma da monarquia constitucionalista do século XIX. Deve se estabelecer como um Estado econômico e cuidar do bem-estar social, não mais podendo alimentar os tribunais com energia política. Somente com a formação da unidade Estado-sociedade representado por uma auto-organização haverá um complexo social sólido, imune à contaminação originária do pluripartidarismo e da liberdade de propaganda. Neste contexto, a Constituição do *Reich* ignora o partido político para evitar o nascimento de um produto ideologicamente pouco sólido, ou seja, um Estado partidário de coalização gerador de instabilidade, que impregna desordem na economia pública.

A neutralidade é muito discutida em seus vários aspectos. No seu sentido de imparcialidade e objetividade foi implementada para sustentar um sistema organizacional que propicie realizar a vontade estatal e um governo capaz de administrar o Estado. Assim, o exercício de um estado de exceção passível de suspender os direitos fundamentais é plenamente aceitável e previsto nas normas constitucionais, mediante a edição de decreto presidencial com força de lei, inclusive nas situações de emergência e perigo de cunho econômico e financeiro.

A função de Presidente do *Reich*, eleito pela totalidade do povo e o verdadeiro guardião da Constituição, tem como característica basilar a teoria *pouvoir neutre* de Benjamin Constant que orienta no sentido de que a sua posição deve ser neutra, intermediária, reguladora e defensora de modo a muni-lo de poderes que o tornem independente dos órgãos do Poder Legislativo, embora a ele vinculados, criando um peculiar equilíbrio.

A “expansão ilimitada da justiça não transformaria o Estado em jurisdição, mas sim, inversamente, os tribunais em instâncias políticas. Isso não jurisdicizaria a política, mas sim politizaria a justiça” (BARROSO, 2019a, p. 6968)

Estes argumentos de Carl Schmitt foram veementemente contestados por Hans Kelsen no estudo *La Defensa de la Constitución* publicado em 1931 relativamente à função do Tribunal Constitucional que compreendia as atribuições judicante e de legiferação com o

escopo de limitar o poder estatal estruturado e de valorizar os direitos e garantias fundamentais, tendo como fundamento inclusive seus estudos prévios sobre o Direito.

4. CONTRARRAZÕES DE HANS KELSEN

Hans Kelsen inicia os estudos do controle de constitucionalidade como uma função constitucional de atividade legislativa negativa com efeitos constitutivos e propectivos de modo declarar a anulabilidade a lei e a impedir a efetividade do governo de juízes. Apoiase na concepção que vinha desenvolvendo há duas décadas no sentido de que a Constituição, afastada da política, é um conjunto de leis impostas por seres humanos e a eles destinadas com força coercitiva e de cumprimento geral, ou seja, um verdadeiro dever ser baseado em uma norma fundamental. Nessa denominada Teoria Pura do Direito é implantado o princípio da supremacia da Constituição por uma sistemática positivista em que uma norma jurídica tem como fundamento de validade outra norma, já que Estado é uma personificação metafórica da ordem jurídica. O “ordenamento jurídico forneceria, em muitos casos, apenas uma moldura, um conjunto de possibilidades decisórias legítimas, [pois a] escolha de uma dessas possibilidades [...] seria um ato político, isto é, plenamente discricionário”, o que justifica a sentença judicial pautada na lei editada pelo Poder Legislativo (KELSEN, 2011b, p. 05-27; BARROSO, 2019a, p. 597 e 5486).

Esse jurista há muito vinha desenvolvendo estudos sobre as relações intrínsecas entre o Direito e o Estado, que foram compilados em 1934 com a designação de Teoria Pura do Direito. Assim, o jurista, em apertada síntese, defende que o Direito deve ser examinado como uma ciência de forma sistemática mediante a avaliação lógica dos aspectos formais e materiais das normas. O juízo de valor deve ser afastado do Direito, que, como um conjunto de regramento jurídico, estabelece condutas por via da motivação indireta pela ameaça de coação independente da vontade. Pode-se dizer que esta proposição inaugurou a reconhecida estrutura dual das normas, a primária, que contempla as situações juridicamente qualificadas caracterizadas pelas constantes deônticas de proibição, permissão e obrigação e a secundária, que prevê o efeito sancionador pelo descumprimento da conduta previamente estipulada (VILANOVA, 2005, p. 105).

O Direito também é entendido como o próprio Estado, que por sua vez é a personificação metafórica da ordem jurídica. Suas duas faces são a estática, que atende ao

conteúdo da norma em si mesma e a dinâmica, em que a norma é sempre recriada com base em lei anterior por um órgão estatal previamente estruturado para o desempenho desta função.

No topo da pirâmide do Direito pode-se encontrar a Constituição, que é uma norma que repousa em uma situação hipotética, sob a suposição de que ela tem condições de produzir os efeitos esperados conferidos a ela pelo primeiro legislador, que lhe qualifica com o sentido *dever ser*, em que juridicamente uma condição está atrelada a uma consequência no próprio enunciado. É a regra fundamental, superior e ponto de partida que serve de fonte comum e de fundamento de validade para todo o ordenamento jurídico infraconstitucional positivado.

Influenciado por todos seus estudos prévios sobre o Direito, Hans Kelsen em 1931 apresenta suas contrarrazões à tese de Carl Schmitt suscitando que o guardião da Constituição deve ser um órgão estatal denominado Tribunal Constitucional, com as funções estatais próprias do Poder Legislativo e do Poder Judiciário, que criam e aplicam as normas jurídicas de forma genérica e de forma individual, respectivamente.

Em seu livro *Quién deve ser el defensor de la constitución?*, o doutrinador vem explicar a importância da função de um guardião da norma fundamental, de uma justiça constitucional, que valida as demais normas positivadas contra violações, mediatas ou imediatas, em um Estado de Direito. Partindo da premissa de que a Constituição é o instrumento de segurança e de limitação jurídica ao poder estatal. No século XIX a Constituição era defendida pelo monarca e assim ocultando a sua verdadeira intenção de compensar a perda de poder do Chefe de Estado ocorrida na transição da monarquia absolutista para a monarquia constitucional. Nestas circunstâncias a neutralidade do monarca, como inclusive o titular do Poder Legislativo, não poderia ser eternamente reconhecida, porque seria um contrassenso o mesmo órgão ter a função de defendê-la acumular o poder de pô-la em perigo.

Kildare Gonçalves Carvalho (2015a, p. 438) esclarece que

Kelsen, ao sustentar a necessidade de um controle concentrado de constitucionalidade, a cargo de um Tribunal Constitucional, reafirma que a defesa da Constituição visa justamente evitar sua violação pelo defensor proposto por Schmitt, isto é, o Presidente do Reich, cuja legitimidade advém apenas de uma maioria no momento da votação, nada mais garantindo.

Daí a necessidade de criação de órgão estatal independente e neutro denominado Tribunal Constitucional para garantir o liberalismo e a democracia moderna. Deve-se negar a possibilidade do exercício de um estado de exceção como manobra para suspender os direitos fundamentais e ainda a rotulação dos velhos ideais ideológicos da monarquia constitucional

do século XIX com supostos novos contornos. Tão lógica esta conclusão que o próprio Carl Schmitt pode perceber o perigo de propiciar um inimaginável poder ilimitado ao Chefe do Poder Executivo em uma eventualidade. Não se pode conceber no século XX que a Constituição seja inspirada na teoria *pouvoir neutre* de Benjamin Constant que acrescenta um quarto poder, neutro, preservador ou real, à clássica teoria de tripartição dos poderes do Estado desenvolvida por Montesquieu.

José Joaquim Gomes Canotilho (2001, p. 869) ensina que

À ideia de um controle concentrado está ligado o nome de Hans Kelsen, que [...] diverge substancialmente da *judicial review* americana: o controlo constitucional não é propriamente uma fiscalização judicial, mas uma função constitucional autónoma que tendencialmente se pode caracterizar como função de legislação negativa. No juízo acerca da compatibilidade ou incompatibilidade (*Vereinbarkeit*) de uma lei ou norma com a constituição não se discutiria qualquer caso concreto (reservado à apreciação do tribunal *a quo*) nem se desenvolveria uma actividade judicial.

Certamente um Tribunal independente com jurisdição constitucional de controle para decidir em procedimento contencioso a constitucionalidade dos atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo anulando-os, se for o caso, e eventualmente imputando responsabilidades. Embora possa não ser um órgão que propicie uma garantia absoluta, ainda assim é um Colegiado com função tipicamente jurisdicional e independente dos demais poderes estatais, nos moldes de sua famosa teoria geral do Direito. Por ter jurisdição constitucional afasta-se inclusive do Poder Judiciário no exercício de sua função de dizer o direito de forma ordinária.

Hans Kelsen (2003a, p. 169) leciona que

[...] não é impossível que um tribunal constitucional chamado a se pronunciar sobre a constitucionalidade de uma lei anule-a por ser injusta, sendo a justiça um princípio constitucional que ele deve por conseguinte aplicar. Mas nesse caso a força do tribunal seria tal, que deveria ser considerada simplesmente insuportável. [...]. É claro que a Constituição não entendeu, empregando uma palavra tão imprecisa e equívoca quanto a de justiça, ou qualquer outra semelhante, fazer que a sorte de qualquer lei votada pelo Parlamento dependesse da boa vontade de um colégio composto de uma maneira mais ou menos arbitrária do ponto de vista político, como o tribunal constitucional.

Há uma distinção essencial entre uma função jurisdicional e uma função política. O controle de constitucionalidade das normas legais “é reservado a um único tribunal [que detém a] competência para anular a validade da lei reconhecida como inconstitucional não só em relação a um caso concreto mas em relação a todos os casos a que a lei se refira”. A “norma jurídica, em regra, somente é anulada com efeitos para o futuro, de forma que os efeitos já produzidos que deixar para trás permaneçam intocados” (MORAES, 2019, p. 789 e 823).

No exercício da função política jamais será feita justiça, já que é própria do Poder Legislativo, sendo um equívoco pensar que o Poder Judiciário poderia dela se valer como atribuição autêntica. Ilustrando, na jurisdição internacional há por certo um conflito de interesses políticos entre Estados soberanos, mas este evento não tem o condão de lhe retirar a natureza de uma disputa tipicamente jurídica.

Hans Kelsen (2003a, p. 263) esclarece que

A anulação de uma lei se produz essencialmente como aplicação das normas da Constituição. 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.

A jurisdição ordinária propriamente dita está vinculada à subsunção do fato concreto às normas de regência. Distintamente, o Tribunal Constitucional busca a justiça no caso em que a norma infraconstitucional tem um conteúdo duvidoso em relação à lei fundamental. A Constituição não só determina o rito do processo legislativo como também de alguma maneira indica o conteúdo das futuras leis. Por esta razão a decisão a respeito da constitucionalidade das leis não pode ser tratada como um exame do conteúdo duvidoso de uma norma infraconstitucional a partir de seu próprio ou do conteúdo de lei da mesma estatura, porque assim não há jurisdição alguma. Tem cabimento explicar que entre uma lei e uma sentença judicial não há uma diferenciação qualitativa, já que ambas são geradoras de Direito.

Aflora a contradição intrínseca constante na tese de Carl Schmitt ao defender que a existência concomitante de um Tribunal com a função de guardar a Constituição é incompatível em um Estado tipicamente legislativo. A justiça nunca seria posta em perigo simplesmente pela implementação de um sistema de controle de constitucionalidade em um Estado que adota a república forma de governo. As decisões proferidas por um Tribunal Constitucional, em verdade, contribuem para o desenvolvimento da própria lei fundamental no sentido em que dirime conflitos entre interesses opostos, mediante a valorização de um em detrimento de outro com o escopo de defender a própria Constituição e os direitos fundamentais por ela positivados.

O Estado total, embora contenha um aspecto social, ainda assim é caracterizado pela política autocrática centralizada, ou seja, uma ficção de neutralidade e da representação popular, que eleva o Presidente do *Reich* parcial e com poder ilimitado à estatura de guardião da Constituição. Por outro lado o pluralismo partidário é um instrumento de oposição da sociedade contra o poder ilimitado do Estado permitindo a democracia e a descentralização

política. O mencionado pluralismo em nada propicia a desintegração do conceito de Estado, ao contrário, promove o desenvolvimento de sua soberania. Também o Tribunal Constitucional, como guardião da Constituição independente e neutro, é compatível com a ampliação das competências dos Poderes Legislativo e Executivo, já que com eles se harmoniza na repartição do poder estatal.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O constitucionalismo contemporâneo firma-se a partir do século XVII na Inglaterra e no século XIII nos Estados Unidos da América e na França como sucedâneo da ruptura revolucionária da monarquia absolutista para o regime constitucional do Estado Liberal do Direito. Em 1803 houve a consagração do controle de constitucionalidade no julgamento em 1803 do caso *Marbury versus Madison* pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América.

Esses eventos muito contribuíram para o embate entre Carl Schmitt na Alemanha e Hans Kelsen na Áustria de quem deveria ser o defensor da Constituição no contexto do Estado Liberal de Direito.

Em 1931, Carl Schmitt defende a tese antiliberal de que o Presidente do *Reich* tem legitimidade para desempenhar a função, inclusive legislativa, de guardião de Constituição, questionando veementemente o papel do Poder Judiciário politizado, por considerá-lo uma instituição que almeja garantir a segurança e as liberdades da burguesia, desequilibrando o sistema constitucional do Estado. Deste modo, no controle político da constitucionalidade não se pode conceber um Tribunal independente para revisão de atos legislativos e executivos em face da Constituição, pois seria uma forma de afrontar a soberania estatal. O pluripartidarismo é gerador de instabilidade e impregna de desordem a economia pública.

A posição de superioridade do Estado é indiscutível em relação à norma jurídica e portanto a atuação do Presidente do *Reich*, eleito pela totalidade do povo e o verdadeiro guardião da Constituição, vem consolidar a auto-organização do Estado-sociedade tendo como característica sua posição de neutralidade, intermediação, regulamentação e defensoria com poder de decretar um estado de exceção passível de suspender os direitos fundamentais.

Para Hans Kelsen, com base na sua Teoria Pura do Direito e na supremacia da Constituição, ainda em 1931, em resposta direta às proposições de Carl Schmitt, manifesta seu posicionamento liberal no sentido de que uma democracia moderna, que visa a liberdade e

o pluripartidarismo, não pode prescindir de um Tribunal com prerrogativa judicante extraordinária, diferenciado das atribuições legislativas, executivas e jurisdicionais ordinárias.

O controle jurisdicional de constitucionalidade, assim entendido o conjunto do poder que legisla e cria lei abstrata e o poder judicante que dá origem a norma no caso concreto, é um mecanismo assecuratório de atuação de forma neutra na defesa da Constituição, com atribuição de fazer o controle da constitucionalidade das leis. Rechaça que no século XX ainda haja doutrina que se inspire na teoria *pouvoir neutre*, que acrescenta um quarto poder, neutro, preservador ou real, à clássica teoria de tripartição dos poderes do Estado. A criação de um Tribunal Constitucional com guardião propicia um sistema de controle próprio do processo democrático e garante a legitimidade do exercício das funções de forma harmônica e restringe o poder estatal.

A teoria de Carl Schmitt é relevante já que atualmente alguns Estados adotam o controle político de constitucionalidade. Em verdade, hodiernamente muitos outros Estados democráticos incorporaram o ideal desenvolvido por Hans Kelsen em relação à criação de um Tribunal com jurisdição específica de controle de constitucionalidade.

Sem sombra de dúvida, as teorias de ambos os juristas são notadamente analisadas até os dias de hoje e muito contribuíram para a evolução do controle de constitucionalidade como um mecanismo de verificação da adequação das leis e dos atos normativos, nos aspectos formais e materiais, à Constituição e precipuamente instrumento limitador do poder estatal previamente estruturado e garantidor dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. **Controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2019a. Kindle

BARROSO, Luis Roberto. **A judicialização da vida: o papel do supremo tribunal federal**. São Paulo: Saraiva, 2018b. Kindle

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, nº 164, 2004. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/1009/R164-06.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em: 10 abr. 2022.

BECKER, Luciana Rosa; SCHELEDER, Adriana Fasolo Pilati. Polêmica schmitt e kelsen: quem deve ser o guardião da constituição? **Trabalho publicado nos Anais do XXV Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Curitiba/SP nos dias 07, 08, 09 e 10 de**

dezembro de 2016. Disponível em:

<http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/02q8agmu/yf3ro8tk/O4tnl3ZPs1P09QbQ.pdf>. Acesso em: 06 abr. 2022.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de: Maria Celeste C. J. Santos. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

BRASIL. **Universidade Federal de Santa Maria**. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Disponível em:

<https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/414/2018/10/1789.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2022.

BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CANOTILHO; José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional: teoria do estado e da constituição**. 21. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015a. 1 v.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional: direito constitucional positivo**. 22. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2017b. 2 v.

COSTA, Valterlei da. Afinal, quem deve ser o guardião da constituição? **Revista Brasileira de Teoria Constitucional**. Florianópolis. Nº 01, 2020. Disponível em:

<https://indexlaw.org/index.php/teoriaconstitucional/article/view/6407>. Acesso em 12 abr. 2022.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de constitucionalidade**. Salvador: Podium, 2011.

KELSEN, Hans. **Quién deve ser el defensor de la constitución?** Traducción Roberto J. Brie. Madrid: Tcnos, 1995.

CONSTANT, Benjamin. **Sobre a liberdade dos antigos comparada com a dos modernos**. Coimbra: Tenacitas, 2001.

FURLAN, Fabiano Ferreira. O guardião da Constituição: debate entre Carl Schmitt e Hans Kelsen. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Curitiba. Nº 39, 2010.

Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/291/144>. Acesso em 08 abr.2022.

KELSEN, Hans. A garantia jurisdicional da Constituição. **Jurisdição constitucional**. Tradução de: Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003a.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011b.

LEAL, Mônica Clarissa Henning. **Jurisdição constitucional aberta**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LEAL, Saul Tourinho. **Controle de constitucionalidade moderno**. Niterói: Imptus, 2010.

LORENZETTO, Bruno Meneses. O debate entre kelsen e schmitt sobre o guardião da constituição. **Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009**. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2236.pdf. Acesso em: 03 abr. 2022.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MONTESQUIEU, Charles Louis de. **O espírito da leis**. São Paulo: Martins, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 35. ed. São Paulo: Atlas, 2019. Kindle.

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

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

SILVA, Frederico Silveira e. O deciosionismo de carl schmitt e sua relação com a discricionariiedade e a medida provisória. **Revista CEJ**. Brasília, Ano XI, n. 39, p. 36-43, out./dez. 2007. Disponível em:

<https://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/945>. Acesso em: 13 abr. 2022.

VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo: Noeses, 2005.