

# O DEBATE ENTRE HANS KELSEN E CARL SCHMITT SOBRE A CUSTÓDIA DA CONSTITUIÇÃO

## THE DEBATE BETWEEN HANS KELSEN AND CARL SCHMITT ABOUT CONSTITUTION'S CUSTODY

*Bruno Cláudio Penna Amorim Pereira\**  
*José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior\*\**

### RESUMO

O trabalho apresenta, dialeticamente, os discursos científicos de Hans Kelsen e Carl Schmitt acerca do órgão responsável pela realização da custódia da Constituição, como forma de contribuição para o desenvolvimento do pensamento científico. Demonstra-se, ainda, ser necessário o resgate da discussão doutrinária sobre a temática, especialmente diante da consagração da jurisdição constitucional em diversos sistemas jurídicos contemporâneos e da carência de discursos sólidos acerca da legitimidade do controle jurisdicional de constitucionalidade, em virtude da natureza contramajoritária de seus órgãos. No desenvolvimento do trabalho científico, utilizou-se o método comparativo, a partir de um debate científico dialético, por meio da comparação entre as teorias desenvolvidas pelos autores e do confronto dos argumentos que as sustentam. A discussão acerca da legitimidade do órgão – seja de natureza política, seja jurisdicional – responsável pela guarda da Constituição trouxe elementos relevantes para a solidificação de argumentos favoráveis à confirmação da compatibilidade do modelo de justiça constitucional com o princípio da separação entre os poderes e com o paradigma do Estado Democrático de Direito.

**Palavras-chave:** Epistemologia; Pensamento científico; Jurisdição constitucional; Princípio da separação entre os poderes; Estado democrático de direito.

---

\* Mestre em Direito Público (PUCMinas) e Doutorando em Direito Público (PUCMinas). Professor em cursos de graduação e pós-graduação em Direito. Membro do Conselho Editorial da *Revista da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais*. Consultor em Direito, na especialidade de Direito Constitucional e Administrativo, da Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais. Advogado sócio fundador do Nogueira Amorim Sociedade de Advogados. E-mail: bruno@nogueiraamorimadvogados.com.br.

\*\* Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela UFMG. Master of Law pela Harvard Law School. Professor do Programa de pós-graduação em Direito da PUCMinas. Advogado. E-mail: josealfredo@oliveirabarachogodoi.com.br.

---

**ABSTRACT**

---

The paper presents, dialectically, the scientific discourses of Hans Kelsen and Carl Schmitt about the body responsible for carrying out the custody of the Constitution, as a contribution to the development of scientific thought. It is also necessary to recover the doctrinal discussion on the subject, especially in view of the consecration of the constitutional jurisdiction in several contemporary legal systems and the lack of solid discourses on the legitimacy of the judicial review, due to the countermajoritarian nature of its organs. In the development of scientific work, the comparative method was used, based on a scientific dialectic debate, by means of a comparison between the theories developed by the authors and the confrontation of the arguments that support it. The discussion about the legitimacy of the body – whether of a political nature or a judicial one – responsible for the protection of the Constitution brought important elements for the solidification of arguments favorable to the confirmation of the compatibility of the model of judicial review with the principle of separation of powers and with the paradigm of democratic constitutional state.

**Keywords:** Epistemology; Scientific thinking; Judicial review; Principle of separation of powers; Democratic constitutional state.

**INTRODUÇÃO**

O pensamento científico evolui a partir de bases científicas que são construídas ao longo do tempo. Ainda que certas premissas científicas sejam superáveis e refutáveis com o desenvolvimento de novas teorias, em diversas ocasiões os fundamentos científicos da teoria que se pretende superar nem sempre são integralmente refutados, servindo como matrizes para a construção de novos discursos científicos e, conseqüentemente, de novas teorias.

No âmbito da Teoria da Constituição, notadamente a partir da consagração, na maioria dos sistemas jurídicos, da jurisdição constitucional como mecanismo responsável pela tutela constitucional, demonstra-se ainda incipiente a discussão doutrinária acerca da legitimidade do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos quando exercido por órgãos de natureza jurisdicional, desprovidos, *prima facie*, de elementos de representação popular.

Nesse contexto, o escopo do presente ensaio é apresentar, a partir de uma dialética científica estabelecida entre dois autores – Hans Kelsen e Carl Schmitt –, os fundamentos político-jurídicos que norteiam os discursos diametralmente opostos acerca do órgão responsável pela realização da custódia da Constituição, como forma de contribuição para o incremento do debate científico sobre a temática, ainda contemporânea e merecedora de discussões jurídicas mais aprofundadas.

Foi realizado um debate científico dialético, corroborando a ideia de que a ciência é um espaço de conversação dialética. O método comparativo foi utilizado no desenvolvimento deste trabalho científico, a partir da comparação entre as teorias desenvolvidas pelos autores e do confronto dos argumentos que as sustentam, chegando-se, ao final, à confirmação da teoria mais adequada, contemporaneamente, com o princípio da separação entre os poderes e com o paradigma do Estado Democrático de Direito.

### **APONTAMENTOS SOBRE A METODOLOGIA CIENTÍFICA E A EPISTEMOLOGIA E A CONTRIBUIÇÃO DAS “REVOLUÇÕES CIENTÍFICAS” PARA O DESENVOLVIMENTO DO PENSAMENTO CIENTÍFICO**

No meio científico atual, está difundida a ideia de que a ciência não é produzida pela verificação, e sim pela demonstração racional e razoável. Assim, fala-se que algo é “cientificamente demonstrado e não cientificamente comprovado”. Ademais, o pensamento científico tem pretensão de verdade, mas esta pretensão necessita ser demonstrada de forma segura e deve se basear em critérios racionais e razoáveis, capazes de promover assertividade e solidez. Assim, o pensamento baseado no senso comum é infundado, na medida em que não se apresenta de forma autocrítica.

Nesse diapasão, tanto a metodologia científica quanto a epistemologia são ciências indispensáveis para a sistematização do conhecimento e do pensamento científico. Se, por um lado, a metodologia científica designa o modo de organização do pensamento científico – o qual necessita ser sistematizado para ser exposto –, apresentando-se como uma estratégia, mediante o uso de métodos, para tornar uma ideia mais inteligível, por outro, a epistemologia<sup>1</sup> é a ciência que busca estudar as condições de demonstração do conhecimento científico, ou seja, as condições de verdade do discurso científico.

Os metodólogos da contemporaneidade apresentam suas premissas a partir de convicções cientificamente demonstradas. Tornaram-se reconhecidos por originalidades no pensamento científico e/ou por refutações a teorias, métodos ou premissas anteriormente estabelecidos. A esse respeito, Karl Popper destacou-se por ser o primeiro a romper com a metodologia empirista; por ser um crítico do positivismo; por acreditar que o método indutivo não gera uma certeza absoluta; por preconizar que o papel da ciência é a formulação de hipóteses para conhecê-las e refutá-las (MORRISON, 2012, p. 270-273).

---

<sup>1</sup> O termo “episteme” foi cunhado originariamente por Platão, designando o conhecimento verdadeiro, de natureza científica, em oposição à opinião infundada ou irrefletida.

Imre Lakatos, por sua vez, é um crítico de Popper. O ponto central do pensamento do autor é a ideia de que a ciência é um complexo de teorias, com contradições e paradoxos, mas o pensamento científico prescinde da refutação total às teorias, apresentando-se como um programa científico de ideias a partir do qual surgem diversas criações, de modo que a ciência é uma sucessão de teorias com partes comuns. Destaca-se também o pensamento de Paul Feyerabend, para quem a ciência é desprovida de métodos, por serem eleitos pelo cientista. Segundo o autor, a ciência não é racional, e sua progressão ocorre quando os cientistas descumprem as regras.

Nesse contexto, torna-se relevante a investigação do pensamento científico de Thomas Kuhn. Para muitos, Kuhn é popperiano heterodoxo – mas que tem a intenção de superar o seu mestre –, buscando compreender, de forma mais precisa, a atividade científica e seu progresso, de modo a considerar, na análise do desenvolvimento científico, além dos elementos lógico-metodológicos, os aspectos históricos e psicossociais (DIAS, 2012, p. 145-146).

O paradigma – e a possibilidade de sua substituição por um novo – consiste em elemento essencial para o desenvolvimento da teoria de Kuhn. Segundo ele, paradigmas são “as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência” (KUHN, 1991, p. 13).

Ainda que o paradigma represente “um trabalho que foi completado de uma vez por todas”, sendo concebido, no seu uso estabelecido, como “um modelo ou padrão aceitos”, Kuhn pondera que esse sentido atribuído de “modelo” deve ser concebido com restrições, de tal forma que o paradigma, na ciência, é raramente suscetível de reprodução. Nesse contexto, Kuhn reconhece que o paradigma “é um objeto a ser melhor articulado e precisado em condições novas ou mais rigorosas”. Assim, conclui Kuhn: “para que se compreenda como isso é possível, devemos reconhecer que um paradigma pode ser muito limitado, tanto no âmbito como na precisão, quando de sua primeira aparição” (KUHN, 1991, p. 43-44).

Kuhn é o responsável por apresentar a concepção daquilo que ele compreende por “revoluções científicas”. Trata-se daqueles “episódios de desenvolvimento não cumulativo, nos quais um paradigma mais antigo é total ou parcialmente substituído por um novo, incompatível com o anterior”. Ainda segundo o autor, a razão pela qual a revolução é concebida como uma mudança de paradigma pode ser explicada a partir do paralelismo realizado entre o desenvolvimento político e o científico. Se as revoluções políticas iniciam-se a partir de um sentimento crescente da comunidade política – frequentemente restrito a um determinado segmento desta – de que as instituições não são mais capazes “de responder adequadamente aos problemas postos por um meio que ajudaram em parte a criar”, as revoluções científicas, de maneira bastante semelhante, iniciam-se também a partir de um sentimento crescente da comunidade científica

– restrita a uma pequena subdivisão desta – “de que o paradigma existente deixou de funcionar adequadamente na exploração de um aspecto da natureza, cuja exploração fora anteriormente dirigida pelo paradigma”. Conclui o autor que em ambos os desenvolvimentos (político e científico), “o sentimento de funcionamento defeituoso, que pode levar à crise, é um pré-requisito para a revolução” (KUHN, 1991, p. 125-126).

A teoria de Kuhn, portanto, ainda que se baseie na ideia de paradigmas como “padrões” científicos universalmente aceitos, fornecendo soluções para uma determinada comunidade científica durante um determinado momento, reconhece a possibilidade de superação de um paradigma por outro, diante de sua imprecisão e de sua necessidade de melhor articulação em contextos novos e diversos.

Ao preconizar a ideia de “revoluções científicas” a partir da substituição de um paradigma por outro, a teoria de Kuhn contribui, categoricamente, para o desenvolvimento científico, notadamente por reconhecer que os paradigmas são “modelos” flexíveis e passíveis de superação em novos contextos. Efetivamente, a dinamicidade dos paradigmas é essencial para o desenvolvimento científico. A ciência é contingencial, possuindo, portanto, horizonte efêmero, de tal modo que o cientista é responsável por demonstrar cientificamente perspectivas diferentes sobre a mesma coisa. Se, para Kuhn, cada paradigma supera o outro, Lakatos assevera que, no curso da evolução científica, os paradigmas se amoldam mutuamente, refutando, portanto, a ideia de superação.

A contribuição da teoria de Kuhn, ao preconizar a dinamicidade dos paradigmas e a possibilidade de sua superação, é fundamental para o estabelecimento de debates científicos que tenham por objetivo apresentar argumentos racionais e razoáveis para a fundamentação de suas teorias.

A esse respeito, Carl Schmitt e Hans Kelsen travaram relevante debate no início do século passado acerca da natureza do órgão responsável pela guarda da Constituição. Esse debate, de viés científico, contribuiu sobremaneira para o incremento de argumentos hábeis a sustentar ou o controle político ou o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis, como também para o desenvolvimento científico acerca do tema.

## **O DEBATE ENTRE HANS KELSEN E CARL SCHMITT SOBRE A CUSTÓDIA DA CONSTITUIÇÃO: “QUEM É O GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO?”<sup>2</sup>**

A partir do momento em que a Constituição surge como principal instrumento e símbolo do constitucionalismo moderno – ou “movimento constitucional

---

<sup>2</sup> Em consonância com a expressão “*quis custodiet ipsos custodes*”, que foi e ainda é utilizada para se referir à custódia da Constituição.

moderno”, referindo-se às palavras de Canotilho (2002, p. 51-52)<sup>3</sup> –, ergue-se, concomitantemente, a questão relativa à sua custódia. A busca pela defesa da Constituição está, pois, atrelada à potencialidade de violação de seus dispositivos. Nesse diapasão, Schmitt preleciona que a “demanda de un protector, de un defensor de la Constitución es, en la mayoría de los casos, indicio de situaciones críticas para la Constitución”<sup>4</sup> (SCHMITT, 1983, p. 27).

Ao longo da história, a defesa da Constituição esteve sob a responsabilidade dos mais variados órgãos e instituições. Não há, portanto, univocidade no que concerne à sua guarda. Na história francesa, por exemplo, no final do século XVIII e início do século XIX, a atribuição da custódia da Constituição ficou a cargo do Senado conservador (*Sénat conservateur*), o qual aprovava ou anulava todos os projetos inconstitucionais apresentados pelo *Tribunato* ou pelo Governo.

O constitucionalismo do século XIX, influenciado pelo modelo clássico do *eforato* espartano, caracterizou-se pela existência de diversas instituições, tais como os tribunos, censores e síndicos, os quais eram institucionalmente responsáveis pela guarda da Constituição. Destarte, o Senado romano, autêntico defensor de sua Constituição, representou grande importância para o pensamento constitucional europeu, na medida em que foi utilizado como modelo para a instituição de uma segunda Câmara como defensora da Constituição. Nesse contexto, seguindo o modelo do Senado romano, a Constituição francesa do ano VIII (1799) instituiu o Senado conservador como guardião da Constituição, bem como, analogamente, sua Constituição de 11 de janeiro de 1852. Dessa forma, concebido como Alta Corte de Justiça, o Senado (Segunda Câmara) manteve-se, ao longo do século XVIII, institucional e constitucionalmente responsável pela guarda da Constituição em diversos ordenamentos jurídicos (SCHMITT, 1983, p. 36-38).

A defesa da Constituição está, pois, atrelada à existência de uma instituição ou órgão incumbido da realização e efetivação de tal tarefa. A responsabilidade orgânica pela guarda da Constituição é historicamente atribuída a instituições tanto de natureza política quanto judicial (ou jurisdicional), ou de ambas.<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> Segundo o autor, o constitucionalismo moderno – movimento político, social e cultural – surgiu em meados do século XVIII com o objetivo de questionar os esquemas tradicionais de domínio político e sugerir uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder.

<sup>4</sup> “[...] a busca por um guardião da Constituição é, na maioria dos casos, um sinal de que o documento constitucional passa por situações críticas” (tradução livre).

<sup>5</sup> A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no *caput* de seu artigo 102, atribui ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, demonstrando que o sistema brasileiro concebe a Justiça (Constitucional) como sua principal guardiã, a par do controle político que se efetiva principalmente no âmbito do Poder Legislativo, *e.g.*, verificação da constitucionalidade das leis, realizada pelas Comissões de Constituição e Justiça e de Cidadania (Câmara dos Deputados) e de Constituição, Justiça e Cidadania (Senado Federal),

Relevante debate acerca da custódia da Constituição travou-se entre dois grandes juristas no início do século XX: de um lado, Carl Schmitt, o qual defendia um controle político de constitucionalidade das leis, de responsabilidade do chefe do Poder Executivo (Presidente do Reich), e, de outro, Hans Kelsen, o qual, influenciado pelas ideias de Jellinek, preconizou a justiça constitucional como a guardiã da Constituição, desenvolvendo, originariamente, o modelo concentrado de controle de constitucionalidade das leis, a cargo do Tribunal Constitucional.

A perspectiva de Schmitt foi desenvolvida em um contexto histórico no qual vigia a Constituição de Weimar de 1919, a qual, ao lado da Constituição Mexicana de 1917, propiciou o início do processo de consolidação de um novo paradigma de Estado – o do Estado Social de Direito –, com a constitucionalização de diversos direitos de cunho social e econômico. Ambas consubstanciaram-se como “as primeiras constituições sociais que buscaram conciliar direitos de liberdades e direitos socioeconômicos em seus textos, estabelecendo a cláusula social” (SOARES, 2001, p. 290).

Contudo, muito embora os fundamentos e argumentos utilizados pela teoria schmittiana acerca da defesa da Constituição tenham sido desenvolvidos com o objetivo de justificar a necessidade de implantação do paradigma de Estado Social de Direito, em contraposição à perspectiva do Estado Liberal – a qual foi considerada uma simples ideologia relegada ao mundo da ficção –, acabaram por servir como instrumento ideológico para a implementação futura do Estado totalitário na Alemanha.

A construção teórica de Schmitt, relativamente à defesa da Constituição, objetiva, primordialmente, repudiar a solução apresentada pela doutrina constitucional liberal, a qual, diante da falta de legitimidade do paradigma do Estado Liberal de Direito, desenvolveu, de acordo com a proposição de Kelsen, um modelo de justiça constitucional – implantado originariamente na Constituição austríaca de 1920 –, cuja função de guarda da Constituição foi atribuída ao Tribunal Constitucional.

Schmitt busca demonstrar que o modelo de justiça constitucional – especificamente o do Tribunal de Justiça Constitucional previsto nas Constituições alemãs do século XIX –, como protetor da Constituição, é apenas uma das formas de defesa da Constituição – e não a mais importante –, a par de outros instrumentos de tutela constitucional. Nesse sentir, assevera que:

---

processo e julgamento do Presidente da República e de outras autoridades pelo Senado Federal por crimes de responsabilidade, veto (jurídico) presidencial relativamente a proposições legislativas inconstitucionais, análise formal e material das medidas provisórias pelo Congresso Nacional, sustação de atos normativos do Poder Executivo que tenham extrapolado os limites do poder regulamentar ou de delegação legislativa, entre outros.

Cuando, en las Constituciones alemanas del siglo XIX, se prevé junto a otras garantías un Tribunal de Justicia Constitucional para la *protección judicial de la Constitución*, viene a expresarse con ello la sencilla verdad de que la protección judicial de la Constitución no es más que un sector de las instituciones de defensa y garantía instituidas con tal objeto, pero revelaría una superficialidad notoria el hecho de olvidar la limitación extrema que todo lo judicial tiene, y que por encima de esta protección judicial existen otras muchas clases y métodos de garantizar la Constitución (SCHMITT, 1983, p. 41).<sup>6</sup>

Assim, na perspectiva schmittiana, o controle judicial de constitucionalidade das leis, na Alemanha, não se constitui, em sentido estrito, na defesa da Constituição, na medida em que, contrariamente ao que ocorre no sistema norte-americano, os Tribunais supremos alemães não exercitam tal controle de forma acessória, ocasional, incidental e concreta, deixando de aplicar as leis inconstitucionais aos casos concretos, mas, pelo contrário, invalidam-nas genericamente.

O repúdio de Schmitt relativamente ao modelo de justiça constitucional delineado por Kelsen fundamenta-se, principalmente, no fato de que a decisão do Tribunal Constitucional atribui invalidação à lei inconstitucional, que é total e genericamente retirada do ordenamento jurídico. Assim, na perspectiva schmittiana, a jurisdição constitucional atua como legislador negativo, de modo que a atribuição de efeitos genéricos à decisão do Tribunal Constitucional, na declaração de inconstitucionalidade de uma lei, configura caráter legiferante à função jurisdicional.

Diante dessa perspectiva, o modelo kelseniano, caracterizado por consolidar originariamente o controle concentrado e abstrato de constitucionalidade das leis, violaria o princípio da separação dos poderes, na medida em que a função jurisdicional interferiria na função legislativa, originária e eminentemente atribuída ao Poder Legislativo.

Nesse diapasão, Schmitt só atribuiu caráter jurisdicional à justiça ordinária, cuja declaração de inconstitucionalidade de uma lei é efetivada tão somente no sentido de considerá-la inaplicável aos casos concretos, tal como ocorre no sistema norte-americano. Por outro lado, o modelo de jurisdição constitucional, concentrado e abstrato, não se consolida eminentemente como função

---

<sup>6</sup> “Quando, nas Constituições alemãs do século XIX, institui-se, ao lado de outras garantias, um Tribunal Constitucional para a tutela judicial da Constituição, expressa-se, com isso, a simples verdade de que a jurisdição constitucional nada mais é do que um setor das instituições de guarda e garantia instituídas para esse fim, revelando, pelo contrário, uma notória superficialidade para esquecer a extrema limitação que o Judiciário possui, e que, para além do controle exercido por órgãos de natureza judicial, existem muitas outras formas e métodos de se tutelar a Constituição” (tradução livre).

jurisdicional. Assim, em termos fundamentais, a tarefa de guarda da Constituição somente é atribuída à jurisdição constitucional “en un Estado judicialista que someta la vida pública entera al control de los Tribunales ordinarios” (SCHMITT, 1983, p. 46).

Nesse sentir, ao estabelecer um paralelo entre as concepções schmittiana e kelseniana de Constituição, Gárcia assevera que:

(...) cuando se trata de contradicciones evidentes entre leyes ordinarias y la Ley Constitucional, la justicia ordinaria puede, en virtud del principio de supremacía constitucional, dejar sin aplicar la ley ordinaria. Pero que una cosa es este control difuso de constitucionalidad, y otra muy distinta que la ley considerada inconstitucional, según el sistema kelseniano, quede automáticamente suprimida del ordenamiento jurídico (GÁRCIA, 1983, p. 19).<sup>7</sup>

Dessa forma, Schmitt conclui que o controle judicial de constitucionalidade na Alemanha, exercido pelo Tribunal Supremo do Reich, não se assemelha ao sistema norte-americano, de modo que “puede decirse que el centro de gravedad del fallo político se halla situado en la legislación” e não na jurisdição, cuja atividade não se consubstancia como criação do Direito, na medida em que o exercício da função jurisdicional se sujeita às proposições legislativas gerais elaboradas pelo Legislativo (SCHMITT, 1983, p. 51-52). Nesse diapasão, sintetizando seu raciocínio, assevera que:

Ante todo la Justicia queda sujeta a la ley, pero por el hecho de situar la sujeción a la ley constitucional por encima de la sujeción a la ley simple, el poder judicial no se convierte en protector de la Constitución. En un Estado que no es un mero Estado judicial, no es posible que la Justicia ejerza semejantes funciones (SCHMITT, 1983, p. 55).<sup>8</sup>

Diante de tal ilegitimidade do modelo de justiça constitucional kelseniano, Schmitt desenvolve sua tese relativamente à custódia da Constituição no sentido de atribuir tal função e responsabilidade ao chefe de Estado (Presidente do Reich), utilizando como fundamentação a proposição do poder neutro (*pouvoir neutre*) de Constant.

<sup>7</sup> “Quando se trata de evidentes contradições entre leis ordinárias e a Lei Fundamental, a justiça ordinária pode, em virtude do princípio da supremacia constitucional, deixar de aplicar a lei ordinária. Mas uma coisa é esse controle difuso de constitucionalidade, e outra, muito distinta, ocorre quando uma lei é considerada inconstitucional, segundo o sistema kelseniano, situação em que a lei é suprimida automaticamente do ordenamento jurídico” (tradução livre).

<sup>8</sup> “Acima de tudo, a justiça está sujeita à lei, mas o fato de a sujeição ao ordenamento constitucional estar acima da sujeição à lei simples, o Judiciário não se torna protetor da Constituição. Em um Estado que não se caracteriza como um mero Estado judicial, não é possível que o Judiciário exerça semelhantes funções” (tradução livre).

Schmitt contextualiza sua fundamentação teórica com base na necessidade de que, se no final do século XVIII e início do século XIX, com o declínio da monarquia absoluta e o advento do Parlamento, buscou-se a proteção deste, representante dos anseios populares contra as interferências do Executivo, já no século XX, objetiva-se instituir uma forma de defesa da Constituição contra a legislação imposta pela maioria parlamentar.

Nesse contexto, questiona-se até que ponto é possível instituir um guardião da Constituição no âmbito jurisdicional, na medida em que a efetivação de tal proteção constitucional, na verdade, mesmo dotada de aparência judicial, adquiriria conotação política (SCHMITT, 1983, p. 62-63).

Considerando que a justiça constitucional é a responsável pela guarda da Constituição, atribuindo, como corolário, caráter político à função jurisdicional, Schmitt busca a concretização de outro guardião da Constituição, no sentido de efetivar o reequilíbrio dos poderes, considerando o chefe de Estado, popularmente legitimado, neutro e independente em relação às forças parlamentares e políticas, como a figura responsável pelo cumprimento daquele mister.

Contudo, ao sustentar, ideológica e juridicamente, a atribuição da função de custódia da Constituição ao chefe do Executivo – o Presidente do Reich na Alemanha –, Schmitt serviu como paradigma e marco teórico para a implementação do nazismo, o qual se consolidou na Alemanha a partir da interpretação do art. 48 da Constituição de Weimar, no sentido de conceder poderes elásticos e extraordinários ao representante supremo do Estado quando da ocorrência de situações excepcionais.

Surge, pois, a figura do chefe de Estado como o defensor da Constituição, fundado na ideologia do poder neutral, no sentido de que, com a finalidade de garantir o funcionamento constitucional de todos os Poderes e da própria Constituição, faz-se necessário, em um Estado de Direito, retirar da órbita dos poderes a função de guardião da Constituição, em prol do princípio da separação dos poderes, de forma a estatuir “un poder neutral específico junto a los demás poderes, y enlazarlo equilibrarlo con ellos mediante atribuciones especiales” (SCHMITT, 1983, p. 213-214).

Segundo a teoria do poder neutro de Constant, marco teórico de Schmitt na proposição do chefe de Estado como guardião da Constituição, não haveria violação ao princípio da separação dos poderes, ao conferir excessivas atribuições e competências ao representante máximo do Poder Executivo; pelo contrário, a assunção de tal poder ao chefe de Estado, o qual se encontra em uma posição neutra, faz-se necessária para a manutenção do equilíbrio entre os Poderes, legitimando, assim, sua atribuição de defensor da Constituição.

Nesse diapasão, referindo-se especificamente à Constituição de Weimar, Schmitt assevera que a figura do chefe de Estado representa, acima das atribuições a ele conferidas:

(...) la continuidad y permanencia de la unidad política y de su homogéneo funcionamiento, y que por razones de continuidad, de prestigio moral y de confianza colectiva debe tener una especie de autoridad que es tan consustancial a la vida de cada Estado como la fuerza y el poder imperativo que diariamente se manifiestan de modo activo (SCHMITT, 1983, p. 218-219).<sup>9</sup>

A neutralidade da figura do chefe de Estado reveste-se, pois, de fundamental importância em sua legitimação como defensor da Constituição, visto que sua função não se revela como uma atividade contínua, imperativa e regulamentadora, mas essencialmente como mediadora, tutora e reguladora, cuja manifestação somente se efetiva em casos de necessidade extraordinária, evitando-se, assim, a fim de preservar a independência e competência de todos os Poderes, a expansão de seus próprios poderes (SCHMITT, 1983, p. 218-219).

Entretanto, a atribuição do poder máximo de defender a Constituição ao chefe de Estado já não mais encontra sustentação jurídica desde o início do século XX, quando Kelsen atribuiu tal tarefa à justiça constitucional,<sup>10</sup> cuja função de controlar a constitucionalidade das leis transforma-se, única e exclusivamente, em responsabilidade do Tribunal Constitucional.

A elevação da justiça constitucional à guardiã da Constituição já se mostra necessária, visto que as tarefas de defesa da Constituição, atribuídas aos demais Poderes, não se revelavam como legítimas, tendo em vista, respectivamente, os abusos cometidos pelo Executivo e os conflitos políticos desencadeados no âmbito do Parlamento. Nesse contexto, a justiça constitucional surgia, pois, sob uma perspectiva, como a mais compatível com o princípio da separação dos poderes, na medida em que a função de tutor da Constituição transformou-se em responsabilidade de um órgão intermediário e imparcial, situado fora dos âmbitos do Executivo e do Legislativo, a cuja função típica – de dizer sobre a atributividade do Direito – não se acumulavam outras funções, tal como ocorria quando tal tarefa era atribuída àqueles Poderes.

Nesse diapasão, Kelsen já revelara uma questão, a qual, apesar de sua obviedade, não fora objeto de debate relativamente ao problema da garantia da Constituição:

<sup>9</sup> “[...] a continuidade e permanência da unidade política e de seu funcionamento homogêneo, a qual, por razões de continuidade, de prestígio moral e de confiança coletiva devem ter um tipo de autoridade tão inerente à vida de cada Estado quanto a força e o poder imperativo que diariamente se manifestam de maneira ativa” (tradução livre).

<sup>10</sup> Hans Kelsen escreveu diversos textos e artigos acerca do modelo de justiça constitucional, os quais foram sistematizados e publicados, em 1981, sob o título *La giustizia costituzionale*, em Milão. Tal obra contém as ideias principais do autor relativas à jurisdição constitucional, que foram utilizadas como marco teórico para a edificação do modelo de Tribunal Constitucional como defensor da Constituição, implantado originariamente na Constituição austríaca de 1920.

(...) o fato de que, caso se deva mesmo criar uma instituição através da qual seja controlada a conformidade à Constituição de certos atos do Estado – particularmente do Parlamento e do governo –, tal controle não deve ser confiado a um dos órgãos cujos atos devem ser controlados (KELSEN, 2003, p. 239-240).

Entretanto, a maior dificuldade enfrentada por Kelsen na construção de sua teoria foi a de formular fundamentos juridicamente contundentes, no sentido de atribuir legitimidade a um órgão que, embora não fosse o responsável pela elaboração dos atos a serem controlados, consubstanciava-se como não representativo dos interesses populares.

Assim, o combate à ilegitimidade da justiça constitucional em face do princípio da separação dos poderes foi a maior dificuldade jurídica encontrada por Kelsen,<sup>11</sup> na medida em que se sustentava ser o Tribunal Constitucional verdadeiro legislador negativo, cuja função de declarar a inconstitucionalidade de uma lei, anulando uma norma geral, elaborada pelo Poder Legislativo, consubstanciava-se, na verdade, como atividade intrínseca ao Poder representante dos anseios populares.

Relativamente a essa questão, Kelsen assevera que, diante da sustentada ilegitimidade da justiça constitucional, com a finalidade de se evitar a transferência da atividade intrínseca ao Poder Legislativo a outro órgão ou Poder, dever-se-ia limitar e evitar, o máximo possível, a discricionariedade atribuída pelas leis aos juízes constitucionais, retirando-lhes o caráter de legislador negativo.

Nesse contexto, segundo a perspectiva kelseniana, deve-se restringir a atividade legislativa no sentido de que as normas constitucionais, especialmente as definidoras do conteúdo de leis futuras, *e.g.*, as que dispõem sobre direitos fundamentais, não devem ser formuladas com conotação genérica, imprecisa e vaga, de forma a atribuir ampla liberdade ao Tribunal Constitucional em sua aplicação; do contrário, “existe o perigo de uma transferência de poder – não previsto pela Constituição e altamente inoportuno – do Parlamento para uma instância externa a ele, a qual pode tornar-se o expoente de forças políticas totalmente distintas daquelas que se expressam no Parlamento” (KELSEN, 2003, p. 262-263).

Não obstante, a caracterização da função do Tribunal Constitucional como legislador negativo não é repudiada por Kelsen, mas, contrariamente, por ele defendida, embora sob uma perspectiva diferente daquela construída por Schmitt. Efetivamente, Kelsen acredita que não só o Tribunal Constitucional, mas também os Tribunais civil, criminal ou administrativo exercem a função de criação do

---

<sup>11</sup> Faz-se importante salientar que, ainda hoje, a questão da legitimidade jurídico-política dos Tribunais Constitucionais e, como corolário, do modelo concentrado e abstrato de justiça constitucional, constitui-se em um dos principais problemas a serem enfrentados pelo Direito Constitucional e pela Teoria da Constituição.

Direito, embora de formas diferentes: os segundos apenas produzem normas de caráter individual, ao deixarem de aplicar uma lei no caso concreto, enquanto o primeiro confere invalidez e anulabilidade a uma lei inconstitucional, eliminando, conseqüentemente, a norma genericamente considerada (legislador negativo) (KELSEN, 2003, p. 263).

Contudo, segundo Kelsen, deve-se salientar que, apesar da diferença existente entre os dois tipos de tribunais na atividade de verificação da constitucionalidade das leis e atos normativos, pode-se atribuir também a qualidade de legislador negativo, no sentido material da palavra, ao tribunal que não aplica uma lei ao caso concreto em razão de sua inconstitucionalidade, uma vez que também elimina uma norma de caráter geral, observando-se, porém, nessa situação, que a anulação da norma geral limita-se a um determinado caso e não a vários casos abstratamente iguais, tal como ocorre na decisão proferida pelo Tribunal Constitucional (KELSEN, 2003, p. 263-264).

A par dos argumentos utilizados acerca da legitimidade da justiça constitucional como defensora da Constituição, Kelsen busca demonstrar que a teoria schmittiana, atribuindo ao chefe de Estado a tarefa de guardião da Constituição, também não se coaduna com o princípio da separação dos poderes, pois não há como desvincular aquela tarefa da atividade exercida pelo chefe de Estado, na qualidade de representante máximo do Poder Executivo. A neutralidade a que se refere Schmitt, como atributo do chefe de Estado no exercício da atividade de defensor da Constituição não estaria completamente caracterizada, pois não seria possível o desempenho de duas tarefas distintas pelo mesmo órgão de forma imparcial e neutra.

Assim, nessa perspectiva, a interpretação da doutrina do *pouvoir neutre* de Constant por Schmitt, na legitimação do chefe de Estado como defensor da Constituição, é refutada por Kelsen – o qual, por sinal, admira-se pelo fato de aquele autor, professor de Direito Público na Berliner Handelshochschule, pretender restaurar uma das mais antigas doutrinas acerca da monarquia constitucional, de forma a aplicá-la ao Estado republicano –, na medida em que atribuiu conotação diferenciada ao poder neutro do chefe do Executivo (KELSEN, 2003, p. 243).

A doutrina de Constant baseia-se na suposição de que o Poder Executivo seja dividido em dois Poderes diferenciados: o ativo e o passivo, detendo o monarca apenas o último, o qual se caracteriza como neutro. Diante disso, Kelsen questiona como seria possível o exercício da tarefa de guardião da Constituição pelo chefe de Estado, de forma neutra e passiva, na medida em que tal função – assim como outras – demandaria sua presença ativa (KELSEN, 2003, p. 245).

Destarte, segundo Kelsen, Schmitt se contradiz em vários momentos, ao utilizar a teoria do poder neutro para legitimar o chefe de Estado como guardião da Constituição. Com efeito, ao afirmar que, na monarquia constitucional, a possibilidade de violação da Constituição provém do governo, isto é, da esfera do

Poder Executivo, acaba por anular as ideias de que o monarca, como chefe de Estado, exerce função neutra e de guardião da Constituição (KELSEN, 2003, p. 247).

Nesse diapasão, questionando se o Judiciário, efetivamente, poderia atuar como guardião da Constituição, contradiz-se novamente, ao negar tal atributo aos Tribunais civis, criminais e administrativos na Alemanha e não à Corte Suprema dos Estados Unidos, muito embora ambos exerçam um controle concreto de constitucionalidade das leis, deixando de aplicá-las às situações concretas, quando consideradas inconstitucionais (KELSEN, 2003, p. 248-249).

Diante de tal consideração, Schmitt procura demonstrar que a função jurisdicional, particularmente quando no exercício da declaração de inconstitucionalidade das leis, caracterizar-se-ia como ato político, e não judicial, na medida em que a jurisdição constitucional atuaria como legislador negativo, criando, assim como o Poder legislativo, normas gerais e abstratas. Segundo o autor, a decisão acerca do conteúdo da norma é atribuição da competência política do legislador, e não do juiz (PALU, 1999, p. 78).

Contudo, Kelsen rebate a argumentação schmittiana de que as funções jurisdicional e política seriam essencialmente contraditórias, dizendo que o exercício daquela manifesta-se também com conotação política, uma vez que prossegue no exercício da tarefa de criação do Direito, na medida em que o legislador, ao autorizar o juiz a decidir, ainda que de forma limitada, sobre conflitos de interesses, atribuindo o direito a uma das partes, confere-lhe, também, poder de criação jurídica. Nesse diapasão, conclui que: “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” (KELSEN, 2003, p. 250-251).

Ao mesmo tempo em que Schmitt retira o caráter de função judicial da jurisdição constitucional – apesar de não conseguir defini-la precisa e claramente (KELSEN, 2003, p. 253) –, desenvolve sua tese no sentido de demonstrar que tal função não se caracteriza como “guardiã” da Constituição. Verifica-se, assim, segundo o autor, que a “defesa da Constituição” tem conotação diferente da exercida pela jurisdição constitucional.

A argumentação schmittiana de que a jurisdição constitucional é considerada, na verdade, função legislativa, ao considerar que a decisão judicial já se encontraria pronta e definida na lei, da qual seria deduzida, sem qualquer interferência cognitiva e interpretativa do juiz, é totalmente refutada por Kelsen, segundo o qual:

(...) é justamente dessa compreensão que resulta o fato de que entre a lei e sentença não existe diferença qualitativa, que esta é, tanto quanto aquela, uma 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* (KELSEN, 2003, p. 257-259, grifos no original).

A par de tais argumentos schmittianos, refutando a legitimidade da jurisdição constitucional como defensora da Constituição, Kelsen demonstra que o “Estado total” preconizado por Schmitt, de forma a consolidar sua unidade política, ao atribuir ao chefe de Estado a tarefa de guardião da Constituição, consubstancia-se como ilegítimo e antidemocrático.

Apesar de o entendimento schmittiano considerar que a jurisdição constitucional – composta por um conjunto de pessoas ilegítimas para o exercício da função de defesa da Constituição, visto que não foram escolhidas por um processo democrático, representativo dos anseios populares –, manifestar-se-ia de forma ilegítima e antidemocrática, sua teoria do chefe de Estado como guardião da Constituição não se apresenta, da mesma forma, como legítima e democrática.

Na verdade, a atribuição de tal função ao chefe de Estado, fundada no poder neutro de Constant, e não à jurisdição constitucional, tal como concebe Schmitt, não se mostra compatível com os princípios democráticos e da separação dos poderes, em face da atribuição de funções distintas ao mesmo órgão.

A argumentação schmittiana de que o chefe de Estado, cujo mandato é conferido pelo povo, representaria a vontade geral da maioria, em prol da unidade política, é extremamente contestável e discutível não apenas pelo fato de que a vontade geral não se efetiva verdadeira e legitimamente, mas também pela consideração de que a eleição não se apresenta como uma garantia ao chefe de Estado no sentido de equilibrar interesses conflitantes. Reportando-se às palavras de Kelsen (2003, p. 283), “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”.

Nesse diapasão, arremata dizendo que:

Não há, particularmente, razões suficientes para considerar a independência do chefe de Estado eleito mais forte ou mais garantida de que a do juiz ou do funcionário. Não se pode, sobretudo, desvalorizar a neutralidade do juiz de carreira em favor da do chefe de Estado com o argumento de que “Os verdadeiros detentores do poder político podem facilmente obter a influência necessária sobre o preenchimento dos postos de juízes e a nomeação dos peritos. Se o conseguem, a resolução em forma judiciária ou técnica das controvérsias torna-se um cómodo instrumento político, e isso é o oposto do que na verdade se objetivava com a neutralização” (KELSEN, 2003, p. 283-284).

Em conformidade com o entendimento de Kelsen, similarmente à argumentação schmittiana de que o chefe de Estado seria um guardião democrático da

Constituição, poder-se-ia atribuir também tal função, com base em fundamentos diferentes, à jurisdição constitucional, manifestada na figura do Tribunal Constitucional, exigindo-se que, para tanto, seja conferida conotação democrática à posição jurídica e ao modo de nomeação de seus membros, consubstanciada, respectivamente, pela consideração dos juízes como funcionários de carreira e por sua escolha por meio de processo popular e democrático, tal como ocorrera relativamente à Corte Constitucional austríaca, nos moldes da Constituição de 1920, cujos membros foram escolhidos pelo Parlamento (KELSEN, 2003, p. 291).

Dessa maneira, considerando que não há como separar as funções exercidas pelo Poder Executivo como chefe de Estado e como guardião da Constituição, bem como o fato de os atos originados do Legislativo e Executivo constituírem o alvo principal de declaração de inconstitucionalidade, quando incompatíveis com a Constituição, não se pode atribuir a tarefa de defesa da Constituição seja ao Poder Executivo, seja ao Legislativo.

Diante de tais considerações, a jurisdição constitucional, especialmente quando é atribuída ao Tribunal Constitucional, ergue-se como uma terceira instância, situada fora da esfera dos demais Poderes, capacitando-a a exercer a função de defesa da Constituição de forma independente e imparcial, alheia às decisões e discussões de cunho político. Segundo Kelsen (2003, p. 276), “a vantagem fundamental de um tribunal constitucional permanece sendo que, desde o princípio, este não participa do exercício do poder, e não se coloca antagonicamente em relação ao Parlamento ou ao governo”.

## CONCLUSÃO

O pensamento científico só é capaz de desenvolver-se a partir das contribuições da metodologia científica e da epistemologia. Se a construção científica não necessita ser comprovada, bastando ser demonstrada de forma racional e com base em premissas justificáveis, torna-se extremamente relevante, para se chegar ao resultado pretendido com a investigação, a organização do pensamento científico, a partir da criação de uma estratégia que busque tornar a teoria ou a ideia proposta mais inteligível e com alto poder de persuasão. Além disso, o desenvolvimento científico depende da capacidade de demonstração das condições de verdade dos discursos científicos.

Os metodólogos contemporâneos contribuíram para o desenvolvimento científico a partir da apresentação de teorias construídas sob novas perspectivas, refutando ou não ideias já consolidadas. A esse respeito, a teorização de Kuhn acerca dos paradigmas – e da possibilidade de superação de um por outro – reflete a ideia de flexibilidade e dinamicidade dos “modelos” científicos desenvolvidos, incentivando, portanto, o debate científico a partir de perspectivas diversas e com base em argumentos distintos capazes de produzir novas compreensões.

O debate científico promovido entre Kelsen e Schmitt sobre o órgão responsável pela custódia da Constituição insere-se nesse contexto. A contribuição dos autores para a comunidade científico-acadêmica perpassa, sobretudo, pela discussão acerca da legitimidade do órgão – seja de natureza política seja jurisdicional – responsável pela guarda da Constituição. A contextualização da discussão com o princípio da separação entre os poderes trouxe elementos relevantes para a solidificação de argumentos favoráveis à defesa da justiça constitucional.

Em que pese o debate ter sido superado cientificamente com a consolidação da jurisdição constitucional, na maioria dos países, como um modelo de tutela constitucional legítimo e compatível com o princípio da separação entre os poderes e com o Estado Democrático de Direito, certo é que sua contribuição científica foi fundamental – e ainda o será – para o incremento da discussão, ainda presente na comunidade acadêmica atual, sobre a legitimidade dos órgãos jurisdicionais de tutela constitucional, sobretudo a partir da possibilidade de apresentação de novos argumentos que poderão levar a uma viragem paradigmática – a “revolução científica” referida por Kuhn.

## REFERÊNCIAS

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- DIAS, Elizabeth de Assis. As relações entre Popper e Kuhn. In: OLIVEIRA, Paulo Eduardo de (Org.). *Ensaio sobre o pensamento de Karl Popper*. Curitiba: Círculo de Estudos Bandeirantes, 2012. p. 145-146.
- GÁRCIA, Pedro de Veja. Prólogo. In: SCHIMITT, Carl. *La defensa de la Constitución: estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguarda de la constitución*. Traducción de Manuel Sánchez Sarto. Madrid: Tecnos, 1983.
- KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Tradução de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 3. ed. São Paulo: Perspectiva, 1991.
- MORRISON, Wayne. *Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*. São Paulo: RT, 1999.
- SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución: estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguarda de la constitución*. Traducción de Manuel Sánchez Sarto. Madrid: Tecnos, 1983.
- SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do Estado: o substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

Data de recebimento: 29/11/2017

Data de aprovação: 02/08/2018