

# A GUARDA DA CONSTITUIÇÃO EM HANS KELSEN

**MARTONIO MONT'ALVERNE BARRETO LIMA**

Doutor em Direito pela Universidade de Frankfurt/M. Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza.

O ensaio *Der Hüter der Verfassung* (O guardião da Constituição), de Carl Schmitt, apareceu pela primeira vez em março de 1929, no respeitável periódico – já àquela época – *Archiv des öffentlichen Rechts* (n. XVI, p. 161-237). 1929 não foi um ano fácil: a quebra da bolsa de Nova York e o convencimento dominante de que a democracia liberal nada mais tinha a oferecer preparavam o terreno para o que ainda estava por se consolidar. O governo fascista italiano já tinha se estabelecido, e o Tratado de Latrão apaziguou os ânimos da Igreja. Os tempos eram de reflexões autoritárias, e uma voz que ousasse propor a defesa de elementos institucionais democráticos era vista pela grande maioria dos intelectuais, inclusive, como, no mínimo, uma voz assaz idealista. A Alemanha de Weimar já dava claros sinais de fraqueza e a subida do Partido Nacional-Socialista Alemão dos Trabalhadores (NSDAP) indicava que a Europa e o mundo não seriam mais os mesmos num breve espaço de tempo. Como um “desmacha-prazer” surge, em 1934, uma das obras mais importantes do pensamento democrático constitucional, a *Teoria do Estado*, de Hermann Heller, sem que seu autor tenha sobrevivido à publicação: a introdução desta primeira edição de 1934 foi escrita por Gerhart Niemeyer.

A formulação dominante era a de que o político seria o determinante para a construção de um Estado possível. Importante ressaltar: não o político advindo da tensão traduzida por meio da heterogeneidade das forças sociais presentes em qualquer cenário pluralista, mas o político cuja definição se aproximava da noção de amigo (*Freund*) e inimigo (*Feind*) para determinação das ações a serem efetivadas pelo Estado. Derivando dessa premissa, o constitucionalismo operava a submissão do direito à política, invertendo assim a possibilidade de um Estado Democrático de Direito, onde a política se submete ao direito. O argumento de que a força política totalizadora de um Estado prevalecia, e, com isso, as soluções deveriam lidar com este problema – como a Primeira Grande Guerra havia demonstrado. As construções teóricas mesmo em favor da democracia liberal perdiam seu vigor e – mais grave – em poder de convencimento. Deve ser lembrado que não é o simples fato de que a política tinha de ser relegada ao âmbito do maldito. A questão teórica central é a de que o decisionismo político como produto das reflexões antidemocráticas procurava maximizar a esfera da exclusão de participação, eliminando com isso toda e qualquer possibilidade de intervenção de atores sociais – como os partidos políticos – em processos decisórios da sociedade, os judiciais inclusive. Se a representação política era tida como extremamente nociva à mecânica do razoável funcionamento do Estado, não seriam as questões constitucionais, a mediação dos conflitos entre administração pública e cidadãos, por exemplo, com seus caprichos e minúcias, que iriam significar impedimento para que o Estado se mobilizasse no sentido da defesa de sua

totalidade, elemento fundamental de sua existência. No caso do controle da constitucionalidade, o decisionismo político demonstrou enorme dificuldade em aceitar que este tipo de atividade resultasse de processos em que a discussão política caracterizadora da heterogeneidade democrática que se mostrava por meio da representação nos parlamentos obtivesse algum ganho, no sentido, especialmente, de participar em algum momento do controle de leis e atos normativos. Mantidas as devidas proporções, essa idéia ainda permanece até hoje, uma vez que os tribunais constitucionais que se formaram segundo o modelo da *Supreme Court* dos Estados Unidos da América, como o Supremo Tribunal Federal do Brasil, mantêm referido tipo de entendimento, na esperança de afastar a heterogeneidade da política representativa e democrática do teor de suas composições e de suas decisões. Este, aliás, é um dos centros de divergência entre Hans Kelsen e Carl Schmitt e se constitui, ainda, no *Schnittpunkt* em que divergem análises que não subestimam o poder da teoria política daquelas que aplicam a política totalizada e unificadora para explicar e construir o fenômeno do controle de constitucionalidade. Retomarei neste ensaio estes pontos.

O Brasil não ficou imune a estas correntes, na medida em que a Constituição de 1937 provou a recepção desta idéias e sua implantação. Acompanhando o desenlace mundial, o Brasil em 1945 inicia seu processo de democratização, assim como a Europa sobrevivente de seu mais devastador embate bélico. Esse detalhe, porém, não é o ponto mais importante do ensaio que aqui apresento.

No volume 6 de 1930-1931, páginas 576 a 628 do periódico *Die Justiz*, Hans Kelsen responde ao ensaio de Carl Schmitt acima mencionado a respeito do guardião da Constituição. O título do ensaio de Kelsen é *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* (Quem deve ser o guardião da Constituição?). Hans Kelsen já era conhecido do público de intelectuais e de professores, desfrutando de relações de amizade com Hermann Heller. Na verdade, os positivistas alemães representaram uma das mais firmes resistências ao nazismo,<sup>1</sup> ao contrário do movimento positivista brasileiro que desencadeou o processo de queda da monarquia.<sup>2</sup> Por uma razão elementar: como o direito posto era aquele reconhecido como direito, os positivistas viram no assalto nazista à tomada do Estado uma perversão, a qual pouco tempo depois mostrou todo o seu horror ao mundo inteiro. Demais – e como novidade – o direito posto pela República de Weimar deveria ser aceito como válido pelo fato de que era não somente democrático em si, mas produto de processo democrático, como bem afirmou Hermann Heller na sua *Staatslehre*. “Se se prescindir de uma normalidade social positivamente valorada, a Constituição, como uma mera formação normativa de sentido, diz sempre muito pouco”.<sup>3</sup> De volta a Kelsen e o seu guardião da Constituição. A resposta de Kelsen tornou-se fonte inspiradora da formação, composição e competências dos tribunais constitucionais. Schmitt, identificado como o “Kronjurist”<sup>4</sup> do Terceiro Reich, não somente foi obrigado a se desvincular oficialmente da vida acadêmica, como sobreviveu ao abandono de sua obra pela maior parte de intelectuais e dos políticos. O compromisso com a construção de uma democracia na Alemanha exigiu uma *Aufarbeitung der Vergangenheit* que se estende até os dias atuais e onde os colaboradores do nazismo, em todos os graus, não foram olvidados.

Logo no primeiro momento do seu *Quem deve ser o guardião da Constituição*, reconhece Kelsen que a “exigência jurídico-política para garantias da Constituição (...)

corresponde especificamente ao princípio do Estado de Direito (*rechtsstaatliches Prinzip*) de legalidade (*Rechtmäßigkeit*) da função estatal<sup>5</sup>. Não se tem, ainda, o Kelsen da *Teoria pura do direito*, embora sinais evidentes nessa direção no próprio *Quem deve ser...* sejam perfeitamente visíveis.<sup>6</sup> Por outro lado, chama a atenção o detalhe de que o qualificado utilizado por Kelsen inclua categoria teórica fora do âmbito do direito, ou seja, a política. Esse não é um momento isolado do ensaio e se constitui mesmo na força central do primeiro argumento de Kelsen contra Schmitt. Esse primeiro argumento de Schmitt é aquele de que o controle da constitucionalidade deve vir a ser exercido pelo chefe de Estado (*Staatsoberhaupt*) como requisito para a república democrática em geral. Para Kelsen, o mais surpreendente é que Carl Schmitt, professor de Direito do Estado da Escola Superior de Comércio de Berlim, “renove e transfira a teoria do poder neutro (*pouvoir neutre*) de Benjamin Constant, um dos mais antigos e respeitados ideólogos da monarquia constitucional, sem qualquer limitação, para um chefe de Estado republicano”,<sup>8</sup> reafirmando, ainda Kelsen, a surpresa com a idéia de Schmitt de que a “situação da monarquia constitucional do século XIX, com sua separação entre Estado e sociedade, política e economia não mais existe”. Schmitt prossegue na sua idéia – sempre combatida por Kelsen – de que uma corte constitucional com poderes de declaração de inconstitucionalidade de leis e de suspensão de eficácia de leis inconstitucionais, composta por homens a partir de uma proporcionalidade partidária, não pode ser denominada corte judiciária.<sup>9</sup>

A resposta de Kelsen não é menos surpreendente e reveladora, desde já, da insuficiência da teoria constitucional para, sozinha, explicar toda a complexidade do fenômeno de funcionamento de uma Constituição como instrumento político da sociedade. Kelsen escreve: “O pensamento de que somente o legislativo, e não o judiciário, é verdadeiramente político é tão falso, quanto o argumento de que somente o legislativo produz direito e o judiciário, quando da aplicação do direito, apenas o reproduz. (...) Na verdade, quando o legislador investe o juiz, dentro de determinadas fronteiras, de ponderar sobre interesses contrários e decidir conflitos em favor de alguns e desfavor de outros, transfere para o juiz, este mesmo legislador, a tarefa de criação de direito, e com isso, um poder que confere à função judicial o mesmo caráter ‘político’ que o legislador possui”.<sup>10</sup> Peremptório, conclui Kelsen: “Entre o caráter político do legislador e o do juiz, existe apenas uma diferença quantitativa e nenhuma qualitativa”.<sup>11</sup> Neste sentido, todo conflito jurídico seria, para Kelsen, um conflito político de poder.

Dois reflexões teóricas parecem possíveis. A primeira delas foi aqui anteriormente lembrada: o constitucionalismo necessita da teoria política – e de uma teoria política da democracia, após as experiências catastróficas do século XX – para garantir consistência empírica aos textos que produz (e que significam, em sociedade como as oriundas da redemocratização dos anos 80 na América Latina, a sua razão de ser). Sem o componente da análise política, a aplicação das Constituições e a visão possível de seus direitos, garantias e instituições pouco contribuirão para sua própria existência, enquanto referência democrática a ser efetivada. Do ponto de vista acadêmico, é extremamente revitalizador observar que Hans Kelsen fornece elementos para tal afirmação e constatar, com certa tristeza, que o positivismo jurídico brasileiro reinante na grande parte das academias de direito do Brasil ignora o conjunto da obra de Kelsen,

apenas reproduzindo passivamente parte de suas reflexões; reflexões estas que, empobrecidamente, não vão além de uma leitura desatenta da *Teoria pura do direito*.

A natureza política determinante do controle jurisdicional em abstrato da constitucionalidade provoca um outro debate. Segundo as formulações daquele que representaria o positivismo jurídico na sua maior radicalidade, a participação do Legislativo no controle da constitucionalidade seria o critério legitimador para sua influência não somente na forma e na definição das competências das cortes controladoras, mas mesmo na sua composição. Este ponto ainda autoriza uma conclusão, por exemplo, sobre aquilo que correntes do pensamento do direito político sustentam modernamente: a existência da jurisdição constitucional não é indicador de “saúde democrática”<sup>12</sup> e deve permanecer nas mãos do Legislativo. Afinal, o próprio Kelsen reconhece que a crítica de Schmitt a respeito dos limites da atuação das cortes constitucionais é legítima.<sup>13</sup> Parece claro, dessa forma, que mesmo Kelsen enxergava na solução do controle jurisdicional da constitucionalidade por tribunais constitucionais a solução de um problema importante da teoria do Estado ao mesmo tempo em que não esquecia dos outros tipos de indagação que exigiriam resposta dotada de níveis de aceitação democrática razoáveis.

A crítica de Kelsen a Schmitt a respeito da politização da jurisdição constitucional não se encerra neste argumento. Para Kelsen, um outro problema da concepção de Schmitt é o fato de que este concebe o Judiciário como um autômato do direito (*ein Rechtsautomat*<sup>14</sup>), a quem compete apenas a aplicação do direito de acordo com o fato já determinado pelo legislador. Para Schmitt, o Judiciário é vinculado às normas que possibilitam apenas uma “subsunção segundo o fato ocorrido” (*tatbestandmäßige Subsumption*<sup>15</sup>), em que o conteúdo é pacífico, não mais sendo objeto de discussão, uma vez que tal já se deu no parlamento. A politização da justiça significaria para Schmitt uma ameaça à própria justiça: “à própria justiça? Como? Se o tribunal constitucional não é tribunal?”, indaga um curioso Kelsen.<sup>16</sup>

Um outro ponto importante na discussão entre Kelsen e Schmitt diz respeito ao pluralismo político da sociedade e seu caráter eventualmente nocivo para a consecução dos fins do Estado. Muito mais do que uma ligeira discussão sobre a guarda da Constituição, é identificável neste momento a visão de Estado de Carl Schmitt e sua defesa da totalidade nazista que se instalaria na Alemanha a partir de 31 de janeiro de 1933. Para Schmitt, o Estado total faz desaparecer a tensão produzida pelo pluralismo, qual seja o antagonismo entre sociedade e Estado. O espaço do pluralismo é aquele independente do Estado, representado pela construção da vontade livre da sociedade, liberta do complexo de poder (*Machtkomplex*) do Estado, e produtora de um outro complexo de poder a ser operado mesmo contra o Estado, onde, principalmente, os partidos políticos se movimentam. Este seria, segundo Kelsen, o Estado legislativo atual moderno, com o qual Schmitt definia o então “Reich” da Alemanha.<sup>17</sup>

Para Kelsen, esta formulação de Schmitt não representa nenhuma novidade: “já o Estado da Antiguidade, e mesmo o Estado absoluto, ou seja, aquele Estado policial do século XVIII, era um ‘Estado total’” (...).<sup>18</sup> Na perspectiva de transposição do pluralismo de forma ameaçadora para a estrutura interna do Estado (por intermédio do controle jurisdicional da constitucionalidade), Schmitt, de acordo com Kelsen, afirma que a jurisdição constitucional se manifesta como um processo de direitos subjetivos que se

faz prevalecer perante a Constituição e perante os poderes do Estado.<sup>19</sup> O que se torna “completamente sem fundamento”, para Kelsen, é a afirmação de Schmitt de que referida prevalência de direitos significaria a “dissolução do conceito de Estado”.<sup>20</sup>

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

Sem dúvida que não há como deixar de ver maior proximidade com a democracia em Kelsen do que em Schmitt. Tal conclusão não esgota o tema do controle jurisdicional da constitucionalidade, e comporta mesmo algumas outras reflexões advindas da teoria política; território em que o democrata Kelsen poderia avançar mais, uma vez que o político Schmitt avançou: infelizmente, no rumo oposto ao da democracia. O que ambos não analisaram foi o papel preponderante político dos tribunais no arco do poder do Estado. Kelsen e Schmitt sempre expõem o argumento do conflito de poder interno do Estado entre parlamento e governo. Neste sentido, para nossos autores, a tensão justificadora da existência de um tribunal constitucional se localizaria nesse espaço. Curiosamente não incluem Kelsen e Schmitt o Judiciário como eventual produtor de conflito – e muito menos como parte nos conflitos. Se é verdade que, à época em que Kelsen escreveu *Quem deve ser...*, o exemplo do “court packing plan” de Roosevelt contra a Suprema Corte do Estados Unidos da América ainda não tinha surgido, tampouco havia se dado em toda a sua intensidade, não há como esquecer, na história, o papel da mesma Suprema Corte na sangrenta luta pela igualdade racial desde 1857, com o julgamento de “Dredd Scott v.” e seu papel de “policy maker”. Esse papel vem crescendo a cada dia e em todas as sociedades que contam com controle jurisdicional na constitucionalidade, de forma a construir claramente uma usurpação do político por tribunais que não se submetem a qualquer tipo de controle direto por parte do povo. É o que se conhece nos dias atuais por judicialização da política; fenômeno da teoria do Estado moderna do qual o Brasil com o seu Supremo Tribunal Federal tão bem conhecem. Especificamente, Kelsen admite mesmo que o principal mérito (*Hauptvorzug*) de um tribunal constitucional consiste exatamente no detalhe de que não é esse tribunal interessado no exercício do poder.

Este não é um detalhe qualquer. Merece maior atenção. O controle jurisdicional da constitucionalidade foi concebido como elemento de garantia da própria Constituição. Louvável a intenção. O problema que ainda não parece ter sido enfrentado suficientemente é o de que os resultados desse tipo de controle exibem em todas as suas experiências um ultrapassar das determinações do poder constituinte sem que nenhum tipo de mecanismo tenha sido concebido para lidar, agora, com o controlador do controlador. Daí a proposição (é verdade, ainda carente de amadurecimento teórico) de que o controle da constitucionalidade deva residir no próprio Legislativo. Uma vez que no exercício do controle da constitucionalidade a possibilidade de ir além da fronteira estabelecida

pelo poder constituinte é presente, que referida ultrapassagem se dê por quem possui algum tipo de legitimidade popular e possa ser substituído, por um determinado período de tempo, diretamente pelo povo. Formulações recentes sobre a continuidade do poder constituinte, recusando a visão tradicional de que o poder constituinte se esgota no momento em que se termina a elaboração de uma Constituição, autorizam que se reflita por esse novo caminho, pois é reconhecido que o processo desencadeado pelo constituinte “não se detém”, tratando-se, portanto, de tornar o poder constituinte e, conseqüentemente, a soberania popular, “ilimitados”.<sup>21</sup>

Finalmente, o que é no debate de Kelsen e Schmitt revelador é que a tensão política não se efetiva somente entre governo e parlamento, mas se dá, hoje em dia no mesmo grau de intensidade, entre governo, parlamento e Judiciário e igualmente entre administração pública e cidadãos. A resposta de Kelsen a Schmitt demarcou um importantíssimo fato na teoria do direito político. Nem por isso esgotou o tema. É verdade que a qualidade teórica dos argumentos de Kelsen, tendo como aliados os acontecimentos empíricos posteriores ao seu *Quem deve ser...*, serviu para mostrar ao mundo a importância dos juízos de valores e de sua aplicação no direito. Talvez Hans Kelsen não contasse com a possibilidade de ter como critério fortalecedor de suas idéias a categoria do juízo de valor que ele próprio, como se demonstrou, condenou ao final de sua reflexão sobre a guarda da Constituição.

## NOTAS

1. Sobre o assunto: Ingeborg Maus em “Gesetzbindung” der Justiz und die Struktur der nationalsozialistischen Rechtsnormen, *Recht und Justiz im Dritten Reich* (R. Dreier u. W. Seller, Org., Frankfurt/M., Suhrkamp, 1989).

2. Sobre a coesão dos positivistas enquanto grupo de idéias autoritárias durante a transição de monarquia para República no Brasil, cf. Oliveira Vianna: *O ocaso do Império*, Rio de Janeiro, José Olympio, 1959, p. 57 e ss.; e, sob o ponto de vista estrangeiro a respeito do assunto, cf. Nikolaus Werz: *Das neure politische und sozialwissenschaftliche Denken in Lateinamerika*, Freiburg i. B., Arnold-Bergstraesser-Institut, 1992.

3. Hermann Heller, *Staatslehre*, p. 290. No original: “Als bloß normatives Sinngebilde, ohne Rücksicht auf die positive bewertet gesellschaftliche Normalität, besagt die Verfassung immer zu wenig”. V., ainda, José Afonso da Silva, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, São Paulo, RT, 1968, p. 10.

4. *Der Fall Carl Schmitt – Sein Aufstieg zum “Konjuristen des Dritten Reiches”* (Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1995), de Andreas Koenen, é um dos importantes trabalhos recentes a respeito da vida e obra de Carl Schmitt.

5. Hans Kelsen, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, p. 576. No original: “Die rechtspolitische Forderung nach Garantien der Verfassung (...) entspricht dem spezifisch rechtstaatlichen Prinzip möglicher Rechtmäßigkeit der staatlichen Funktion”.

6. As considerações de Kelsen ao final do *Quem deve ser...* a respeito da rigorosa separação entre conhecimento científico e juízo de valor (“die Forderung nach strengster Trennung von wissenschaftlichen Erkenntnis von politischen Werturteil”, idem, *Ibidem*, p. 627) são um claro indicador de que a busca pela neutralidade científica já integrava suas preocupações.

7. Hans Kelsen, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, p. 579.

8. Idem, *ibidem*, p. 580.

9. Hans Kelsen, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, p. 585.
10. Hans Kelsen, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, p. 586.
11. Idem, *ibidem*, p. 586.
12. Javier Perez Royo, *Tribunal constitucional y división de poderes*, Madrid, Tecnos, 1988, p. 65-66.
13. Hans Kelsen, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, p. 595: “Damit soll nicht geleugnet werden, daß die von C. S. aufgeworfene Frage nach den ‘Grenzen’ der Justiz im allgemeinen und der Verfassungsjustiz im besonderen durchaus legitim ist”.
14. Hans Kelsen, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, p. 592.
15. Idem, *ibidem*, p. 588.
16. Idem, *ibidem*, p. 595.
17. Idem, *ibidem*, p. 602.
18. Idem, *ibidem*, p. 603.
19. Idem, *ibidem*, p. 607: “Den pluralistischen Charakter der Verfassungsgerichtsbarkeit sieht C. S. darin, daß sie sich in Form eines Prozesses abspielt, in dem ‘subjektive Rechte’ an der Verfassung oder an der Staatsgewalt geltend gemacht werden. Dies als ‘Auflösung des Staatsbegriffs’ zu deuten, ist wohl gänzlich unbegründet”.
20. Idem, *ibidem*, p. 607.
21. Antonio Negri, *O poder constituinte – Ensaio sobre as alternativas da modernidade*, DP&A, 2002, p. 40.