

O debate sobre o “Guardião da Constituição”: a problemática da legitimidade democrática da decisão final quanto à constitucionalidade das normas

The debate on the ‘Guardian of the Constitution’: the problematic of the democratic legitimacy of the final decision regarding the constitutionality of norms

Matheus Pelegrino da Silva ¹

Resumo

O artigo discute qual concepção de guarda da constituição, a de Kelsen ou a de Schmitt, corresponde em maior grau ao modo como constituições são protegidas, bem como as consequências relacionadas à forma de proteção oferecida com respeito à questão da legitimidade democrática das decisões sobre a constitucionalidade das normas. As interpretações de Kelsen e de Schmitt das noções “povo” e “constituição” são apresentadas juntamente com os argumentos desenvolvidos por eles para justificar suas posições a respeito de quem deve ser o guardião da constituição. Considerando como as decisões sobre a constitucionalidade das normas são justificadas, argumenta-se que apesar de o modelo de corte constitucional de Kelsen ser usualmente adotado, ainda assim se pode identificar um elemento da concepção de Schmitt sobre a guarda da constituição.

Palavras-chave: Kelsen. Legitimidade democrática. Schmitt. Tribunal Constitucional.

¹ Doutor em Direito pela Albert-Ludwigs-Universität Freiburg e doutor em Filosofia pela UNISINOS. Pós-doutorado no exterior junto à Faculdade de Direito da Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, Freiburg, Alemanha (2018-2019) e anteriormente outro pós-doutorado, desta vez junto ao PPG Direito UNISINOS (2016-2018). Possui graduação em Ciências Jurídicas e Sociais (Direito) pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2005), Bacharelado em Filosofia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2007), mestrado em Filosofia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2010) e mestrado em Direito pela Albert-Ludwigs-Universität Freiburg (2015). E-mail: mathpelegrino@hotmail.com

Abstract

The article discusses which conception of guard of the constitution, Kelsen's or Schmitt's, corresponds in a higher degree to the usual way of protecting constitutions and also which are the consequences related to the kind of protection that is offered regarding the question of the democratic legitimacy of decision about the constitutionality of norms. Kelsen's and Schmitt's interpretations of the notions "people" and "constitution" are presented together with the arguments that they developed to justify their positions on who should be the guardian of the constitution. Considering how decisions about the constitutionality of norms are justified, it is argued that even though Kelsen's model of constitutional court is usually adopted, there is still an element of Schmitt's conception of guard of the constitution to be identified.

Keywords: Constitutional Court. Democratic legitimacy. Kelsen. Schmitt.

Introdução

O debate conduzido por Hans Kelsen e Carl Schmitt a respeito do guardião da constituição pode ser descrito como uma "discussão entre surdos"², visto que as divergências essenciais entre as compreensões de ambos os autores podem ser identificadas já quando se considera os significados de "constituição" adotados por ambos. Uma possível estratégia a fim de expor esse debate consistiria em analisar em quais pontos as compreensões de Kelsen e Schmitt a respeito do que é a constituição como mais elevada fonte do direito apresentam aspectos e relações distintas. Ainda que essa espécie de análise possa render frutos, seus resultados ofereceriam muito mais informações para determinar por quais motivos existiam diferenças de opinião do que elementos para responder a questão sobre quem deve ser o guardião da constituição.³ Por esse motivo o presente texto foca na resposta à questão sobre qual das duas compreensões, a de Kelsen ou a de Schmitt,

² Nesse sentido, cf. BEAUD, Olivier. Kelsen contre Schmitt: un dialogue de sourds? In: BEAUD, Olivier; PASQUINO, Pasquale (Orgs.). **La controverse sur 'le gardien de la Constitution' et la justice constitutionnelle**. Kelsen contre Schmitt. Paris: Panthéon-Assas, 2007. p. 197-207. p. 197-200. PASQUINO, Pasquale. Hans Kelsen: Verfassungsgerichtsbarkeit und Demokratietheorie. In: BEAUD, Olivier; PASQUINO, Pasquale (Orgs.). **La controverse sur 'le gardien de la Constitution' et la justice constitutionnelle**. Kelsen contre Schmitt. Paris: Panthéon-Assas, 2007. p. 19-31. p. 21 e nota de rodapé número 9.

³ No início de um de seus textos Lepsius menciona várias alternativas de tratamento do debate entre Kelsen e Schmitt a respeito do guardião da constituição, bem como uma lista extensa de fontes bibliográficas sobre o tema. Cf. LEPSIUS, Oliver. Der Hüter der Verfassung – demokratietheoretisch betrachtet. In: BEAUD, Olivier; PASQUINO, Pasquale (Orgs.). **La controverse sur 'le gardien de la Constitution' et la justice constitutionnelle**. Kelsen contre Schmitt. Paris: Panthéon-Assas, 2007. p. 103-126. p. 103-104 e notas de rodapé 3 a 7.

seria a mais adequada, quando o objetivo é descrever as propriedades da espécie de guarda da constituição que normalmente é praticada, e igualmente sobre como as duas concepções expõem o significado da legitimidade democrática, principalmente com respeito às decisões dentro das alternativas interpretativas existentes. Uma consequência dessa abordagem é que a análise não foca na questão sobre quem é o guardião da constituição, mas sim na questão sobre como as constituições são normalmente interpretadas e protegidas, bem como quanto ao grau de correspondência entre a proteção praticada e as perspectivas defendidas por Kelsen e Schmitt.

O estudo das contribuições de Kelsen e Schmitt a respeito da problemática da proteção da constituição irá inicialmente levar em conta três elementos, como os autores interpretaram os conceitos “povo” e “constituição”, quais argumentos foram apresentados a fim de justificar a escolha de uma determinada autoridade como guardião da constituição, e quão adequadas são as propostas de Kelsen e Schmitt com respeito à forma de garantir a legitimidade democrática do controle da constitucionalidade das normas. Posteriormente serão formuladas algumas considerações quanto ao modo como o controle da constitucionalidade normalmente ocorre e sobre como os conceitos “povo” e “constituição” são compreendidos na prática das decisões judiciais, a fim de avaliar em qual grau as concepções de Kelsen e Schmitt a respeito da proteção da constituição são adequadas para descrever o controle de constitucionalidade praticado, para, por fim, ser possível analisar de que maneira a problemática da legitimidade democrática será tratada nas decisões.

1. Significado da constituição e proteção da constituição segundo

Kelsen

Já na primeira página de *Quem deve ser o guardião da constituição?* Kelsen apresenta um dos elementos essenciais de sua concepção de constituição: “A função política da constituição é estabelecer limites jurídicos ao exercício do *poder*. [Identificar uma] garantia constitucional significa obter a

certeza de que esses limites não serão ultrapassados.”⁴ Que constituições possam conter essa função não se encontra em questão, porém pode-se discutir se existe um vínculo necessário entre a existência de uma constituição e a adoção da meta de limitar o exercício do poder estatal.⁵ As reflexões de Kelsen a respeito da proteção da constituição encontram-se vinculadas diretamente à ideia de um estado de direito, com “o princípio específico do estado de direito [que determina] o mais alto grau de conformidade ao direito [por parte] da função estatal”⁶, porém naturalmente pode-se questionar se não seria uma das metas de uma norma constitucional não apenas criar aquelas limitações oferecidas pela moldura normativa, mas também limitações adicionais, as quais se apresentariam de modo inexato como uma pluralidade de alternativas, mas que de fato apenas deveriam compreender uma destas.

Tomando em consideração sua compreensão da constituição como meio para a construção de limites ao exercício do poder estatal,⁷ Kelsen vincula a proteção da constituição com um fato “inquestionável”:

Caso algo possa ser estabelecido como inquestionável, então isto [que segue], [a saber] que uma tal função [a função de estabelecer limites jurídicos ao exercício do poder] não pode ser menos adequada a uma instância do que precisamente àquela à qual a constituição transfere o exercício do poder – seja como um todo, seja em parte –, e que por isto possui a capacidade jurídica e a motivação política para violar a constituição. Pois não se possui concordância maior do que sobre qualquer postulado técnico-jurídico do que sobre aquele [que afirma] que ninguém deve ser *juiz dos próprios interesses*.⁸

⁴ KELSEN, Hans. *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* In: OUYEN, Robert Chr. van (Org.). **Wer soll der Hüter der Verfassung sein?** Abhandlungen zur Theorie der Verfassungsgerichtsbarkeit in der pluralistischen, parlamentarischen Demokratie. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008. p. 58. Essa e todas as demais traduções citadas são originais. Sobre o tema, cf. KELSEN, Hans. *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*. In: OUYEN, Robert Chr. van (Org.). **Wer soll der Hüter der Verfassung sein?** Abhandlungen zur Theorie der Verfassungsgerichtsbarkeit in der pluralistischen, parlamentarischen Demokratie. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008. p. 1-3 e 8.

⁵ Lagi destaca que do ponto de vista histórico o estabelecimento de um tribunal constitucional durante a monarquia austro-húngara tinha por objetivo evitar excessos que poderiam ser praticados pelo parlamento e pelos partidos. Cf. LAGI, Sara. **El pensamiento político de Hans Kelsen (1911-1920):** Los orígenes de De la esencia y valor de la democracia. Madrid: Biblioteca Nueva, 2007. p. 162-168.

⁶ KELSEN, Hans. **Wer soll der Hüter der Verfassung sein?** p. 58.

⁷ Cf. KELSEN, Hans. **Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit**. p. 6-7.

⁸ KELSEN, Hans. **Wer soll der Hüter der Verfassung sein?** p. 58-59.

Ainda que essa afirmação não possa, em princípio, ser observada como falsa, é necessário notar que ela não apresenta de modo algum uma verdade inquestionável. Basta a seguinte ponderação de natureza lógica para colocar em questão a validade desta compreensão: também quando a afirmação de que “ninguém deve ser *juiz dos próprios interesses*” não tenha de ser compreendida como uma afirmação contra a verificação de algo, mas sim como a defesa da ideia de que decisões (empregando esta palavra, neste contexto, em seu sentido mais amplo) são melhores ou se encontram em mais alto grau em conformidade com o direito quando elas são verificadas por uma outra autoridade ou órgão, como tal essa afirmação não é cogente, mas sim depende de uma fundamentação, pois sem mais não existe qualquer razão para adotar essa compreensão como tal.⁹

Kelsen oferece alguns argumentos que suportam essa compreensão da necessidade de uma verificação da constitucionalidade das normas criadas. Em virtude do fato de que para ele a existência da constituição se encontra diretamente vinculada à existência da adoção da meta de estabelecer limites ao exercício do poder estatal, ele argumenta que caso a autoridade que recebeu da constituição uma atribuição de poder para criar determinada espécie de norma também houvesse recebido a atribuição de poder para verificar a constitucionalidade da norma por ela criada, então existiria o risco de que o exercício do poder atribuído a tal autoridade fosse além dos limites estabelecidos pela constituição. Devido ao fato de que o tribunal constitucional, diferentemente dos órgãos legislativos, não teria recebido qualquer competência para criar normas, tal tribunal, conforme Kelsen, estaria em condições de garantir a constitucionalidade das normas criadas.¹⁰

⁹ Uma crítica semelhante à afirmação de Kelsen de que “ninguém deve ser *juiz dos próprios interesses*” pode ser encontrada no seguinte texto: Cf. SCHÖNBERGER, Christoph. Die Verfassungsgerichtsbarkeit bei Carl Schmitt und Hans Kelsen: Gemeinsamkeiten und Schwachstellen. In: BEAUD, Olivier; PASQUINO, Pasquale (Orgs.). **La controverse sur ‘le gardien de la Constitution’ et la justice constitutionnelle**. Kelsen contre Schmitt. Paris: Panthéon-Assas, 2007. p. 177-195. p. 191-192.

¹⁰ A esse respeito Kelsen escreve: “Em nenhum outro caso de garantia à conformidade jurídica do que precisamente naquele da garantia *constitucional* está sugerido de modo mais claro o confiar a destruição do ato contrário ao direito ao próprio órgão que estabeleceu o ato contrário ao direito. E em nenhum outro caso essas modalidades seriam mais inadequadas do que precisamente nesse. Pois a única forma através da qual a garantia da conformidade jurídica pode ser em alguma medida vista como eficaz consiste na determinação da contrariedade ao

Kelsen apresenta como argumento para justificar a compreensão de que um órgão legislativo não deveria ser o guardião da constituição o apontamento do fato de que este órgão não se sentiria obrigado a observar as normas constitucionais. Porém, ainda que seja uma verdade que o órgão legislativo de fato pode se sentir “como *livre criador do direito*”¹¹, apenas tal fato não basta para embasar a afirmação de que outro órgão seria mais apto a fim de conduzir a verificação da constitucionalidade das normas criadas. Se de fato é verdade que um órgão se sente mais livre quando seus atos não podem ser controlados por qualquer outra autoridade, então esta observação também pode ser empregada contra a proposta de Kelsen. Um tribunal constitucional pode atuar “como *livre criador do direito*”, exemplificativamente naquelas situações em que este tribunal declara normas constitucionais (e até mesmo normas constitucionais que asseguram a proteção de uma minoria) inconstitucionais. O argumento de que tribunal não possui qualquer direito de criar normas não basta por si só a fim de comprovar as vantagens desta alternativa em comparação com as outras opções. Por um lado, órgãos legislativos seriam capazes de criar normas inconstitucionais, por outro, um tribunal constitucional seria capaz de declarar como inconstitucionais normas que de fato são constitucionais.

Considerando a questão de modo abstrato não existe qualquer fundamento para afirmar que um desses órgãos irá observar ou violar as normas constitucionais em mais alto grau. Também a afirmação de Kelsen, segundo a qual “o legislador *negativo*, [...] o tribunal constitucional, encontra-se quanto a sua função determinado de modo essencial por meio da

direito por um *outro* órgão e a *obrigação* de suspender o ato contrário ao direito por parte daquele órgão que estabeleceu o ato contrário ao direito não é aqui praticável, pois em virtude de sua natureza o parlamento não pode ser obrigado de modo eficaz. Esperar que ele [o parlamento] suspensa uma lei por ele elaborada tendo por fundamento – expresso por *outra* instância – a inconstitucionalidade, isso seria ingenuidade política. Na realidade o órgão legislativo se sente compreensivelmente como *livre criador do direito* e não como um órgão da aplicação do direito que [se encontra] vinculado pela constituição, ainda que conforme a *ideia* ele seja isto. Caso também esse último momento deva se tornar válido, então não é permitido que se torne o próprio parlamento garante dessa ideia. Somente um órgão distinto do legislador, *independente* deste e também de toda outra autoridade tem de ser incumbido [da tarefa] de destruir os atos inconstitucionais do legislador. Essa é a instituição de um *tribunal constitucional*”. (KELSEN, Hans. **Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit**. p. 23-24).

¹¹ KELSEN, Hans. **Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit**. p. 23.

constituição”¹², não oferece qualquer fundamento convincente para que se aceite que um tribunal iria observar as normas de forma mais neutra do que um órgão legislativo.¹³ As atividades de tribunais, assim como as atividades de órgãos legislativos, são “determinadas por meio da constituição”, e se é verdade que os órgãos legislativos podem ultrapassar estes limites, então por qual motivo deveria ser excluída a alternativa de que também um tribunal constitucional pudesse ultrapassar estes limites?

Pelo mesmo motivo pode-se também por em questão a hipótese de que um tribunal constitucional iria proteger os interesses das minorias de modo mais efetivo do que ocorreria caso esta proteção ficasse a cargo de um órgão legislativo. Que um órgão seja independente de outro, tal como Kelsen afirmou, isto por si só não justifica que se pense que por conta desta independência as minorias receberão maior proteção. Essa situação será reconhecida em certa medida pelo próprio Kelsen quando ele escreve que o tribunal constitucional “precisa agir a serviço da *proteção das minorias*”¹⁴, ou seja, tal tribunal não necessariamente irá agir desta forma.

Outro problema com respeito à defesa da proteção e controle da constitucionalidade das normas através de um tribunal constitucional se encontra na questão relativa à legitimidade democrática de um controle da constitucionalidade através de indivíduos que não são selecionados de forma democrática. Kelsen sabia que os critérios para a criação de um tribunal constitucional iriam desempenhar um papel com respeito ao grau de

¹² KELSEN, Hans. **Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit**. p. 26.

¹³ A respeito dessa temática Troper destaca que a atividade de um tribunal constitucional não é necessariamente apenas passiva, não é necessariamente apenas a atividade de um legislador negativo: “Por outro lado, raramente as cortes se limitam a anular ou a validar as leis adotadas pelo parlamento, mas [também] inserem de modo implícito ou explícito na motivação [da decisão] diretrizes [voltadas] à atenção do legislador e das autoridades aplicadoras [do direito]”. TROPER, Michael. Kelsen et la cour constitutionnelle. In: BEAUD, Olivier; PASQUINO, Pasquale (Orgs.). **La controverse sur ‘le gardien de la Constitution’ et la justice constitutionnelle**. Kelsen contre Schmitt. Paris: Panthéon-Assas, 2007. p. 83-101. p. 94.

¹⁴ “No que diz respeito especialmente à impugnação das *leis* seria de extrema importância que se assegurasse [a existência de] uma *minoría* – de algum modo qualificada – no parlamento que decidiu em favor da criação de uma lei inconstitucional. E isso muito mais [de tal modo que] o controle judicial da constitucionalidade [...] precise agir a serviço da *proteção das minorias*”. KELSEN, Hans. **Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit**. p. 45. Grifos do autor.

legitimidade democrática das decisões deste tribunal¹⁵, porém mesmo sua proposta mais democrática, conforme a qual os membros do tribunal constitucional seriam escolhidos de modo proporcional pelos partidos, não basta para evidenciar que a verificação da constitucionalidade deva ser realizada por um órgão distinto do órgão legislador. Caso a representatividade dos vários interesses seja o fundamento para a defesa da compreensão de que os partidos devem escolher os membros do tribunal constitucional, então se pode apresentar duas considerações¹⁶ contra esta alternativa: 1ª) todos os grupos de interesses são representados de modo proporcional no tribunal constitucional, porém isto apenas significa que ocorre uma duplicação, pois a mesma maioria que decidiu pela criação de uma norma irá decidir a favor da constitucionalidade da norma criada. 2ª) alguns ou vários grupos de interesse não conseguirão votos suficientes para eleger um membro do tribunal constitucional, eis que o número de representantes dos distintos interesses no

¹⁵ “Nem a mera escolha através do parlamento nem a nomeação [realizada de modo] exclusivo através do chefe do estado ou do governo são realmente aconselháveis. Digna de menção é uma combinação entre ambos, algo como a escolha através do parlamento tendo por base uma sugestão do governo, a qual torna nomeáveis vários candidatos para cada posto a ser ocupado, ou o contrário. É de grande relevância que quando da composição do tribunal constitucional *especialistas em direito* sejam levados em conta de forma apropriada. [...] Também é importante que sejam excluídos do pertencimento ao tribunal constitucional os membros do parlamento ou do governo, pois seus atos devem ser controlados pelo tribunal. Por mais desejável que seja que todas as *influências político-partidárias* sejam mantidas distantes da judicatura do tribunal constitucional, este postulado é de difícil realização. Não se deve ignorar o fato de que também especialistas – de modo consciente ou inconsciente – serão motivados por considerações políticas. Caso esse risco seja especialmente elevado, então é melhor aceitar no lugar de uma influência político-partidária inoficial e incontrolável a participação legítima dos partidos políticos na formação do tribunal. Talvez de tal forma que uma parte dos lugares será ocupada por meio de uma escolha por parte dos parlamentares, e que nesta escolha a força proporcional dos partidos seja levada em consideração. Caso os outros lugares sejam ocupados por especialistas, então estes terão espaço muito mais desimpedido para oferecer suas considerações puramente técnicas, pois então sua consciência *política* não será perturbada graças à intervenção dos incumbidos de garantir os interesses políticos.” (KELSEN, Hans. **Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit**. p. 26-27).

¹⁶ Junto a essas considerações deve-se considerar a seguinte observação de Troper: de fato, caso se tenha demonstrado de forma perfeita que a justiça é necessariamente política, [ainda assim] não se explicou porque uma decisão política deve ser tomada por uma corte e não muito mais por um parlamento. [...] caso se trate de um poder discricionário e por isto político, qual é a justificativa para que a jurisdição não seja exercida por uma autoridade eleita?” TROPER, Michael. **Kelsen et al cour constitutionnelle**. p. 92.

parlamento é muitas vezes maior do que o número de membros de um tribunal constitucional.¹⁷

Junto a essas observações sobre os critérios para a escolha dos membros do tribunal constitucional, Kelsen oferece outro argumento a fim de defender a ideia de um tribunal como guardião da constituição. Kelsen comenta que esse tribunal deveria ser composto por “especialistas”, de tal forma que por este motivo seria possível afirmar que ainda que as decisões desse tribunal levassem em conta os interesses partidários, elas ainda assim seriam tomadas tendo por fundamento critérios de direito positivo. Entretanto, mesmo que seja verdade que especialistas se encontram em melhores condições a fim de identificar os limites da criação normativa em conformidade à constituição, é necessário mencionar neste contexto dois aspectos que podem colocar em questão o argumento de Kelsen.

Em primeiro lugar é de se observar, tal como o próprio Kelsen destaca, que a criação do direito nem sempre ocorrerá dentro dos limites do direito a ser aplicado, com a consequência que sob certas circunstâncias também normas inconstitucionais podem vir a ser normas válidas. Essa situação, a qual se inclui no fenômeno da atribuição alternativa de poder¹⁸, diz respeito não apenas às normas que são criadas por um parlamento, mas também às decisões de tribunais. Isso significa que não somente o parlamento pode criar normas inconstitucionais, mas também que um tribunal constitucional, o qual teria sido criado com a meta de controlar a constitucionalidade das normas, poderia declarar normas inconstitucionais como sendo normas constitucionais.

Entretanto o principal problema com respeito à defesa da legitimidade democrática das decisões de um tribunal constitucional não se encontra na interpretação de textos normativos constitucionais polissêmicos, isto é, não se

¹⁷ Relativamente ao problema da representatividade da pluralidade social existente, cf. OUYEN, Robert Chr. Van. **Bundesverfassungsgericht und politische Theorie**. Ein Forschungsansatz zur Politologie der Verfassungsgerichtsbarkeit. Wiesbaden: Springer, 2015. p. 106-107.

¹⁸ Cf. KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. 2. Aufl. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017. p. 472-487. SILVA, Matheus Pelegrino da. Positive oder Vorausgesetzte alternative Ermächtigung? Kelsens Lehre der alternativen Ermächtigung und die Bedingungen der Zuschreibung der rechtlichen Bedeutung für einen Akt. **Rechtstheorie**, no prelo, 2019. Quanto à questão da atribuição alternativa de poder em sua relação com a discussão sobre a proteção da constituição, cf. TROPER, Michael. **Kelsen et la cour constitutionnelle**. p. 88.

encontra nas decisões em que um texto normativo constitucional é vinculado com uma e não com outra norma constitucional, de tal forma que por este motivo certa norma criada será declarada inconstitucional. Tal como observado pelo próprio Kelsen, quanto maior for o número de conceitos polissêmicos e discutíveis que uma constituição contém, tais como “justiça”, “liberdade”, “igualdade”, tanto maior é a chance de que um tribunal constitucional declare inconstitucional uma norma criada pelo parlamento. Kelsen tenta solucionar esse problema na medida em que ele argumenta que se deveria evitar o emprego de tais termos na elaboração de constituições¹⁹, entretanto, ainda que uma constituição na qual tais conceitos não são encontrados oferece maior segurança, muitas constituições contêm tais conceitos. Caso a discussão sobre o guardião da constituição seja uma discussão sobre como as constituições existentes devem ser protegidas, então os argumentos de Kelsen perdem em poder de convencimento com respeito ao controle da constitucionalidade das normas por meio de um tribunal constitucional em todos aqueles casos onde a constituição contém tais termos polissêmicos. Simplesmente afirmar que as constituições deveriam evitar tais termos não basta a fim de tratar do problema da proteção da constitucionalidade das normas criadas.

Um problema subsequente com respeito ao tratamento dado por Kelsen à interpretação de conceitos como “liberdade”, “justiça” e “igualdade” consiste em sua compreensão de que estes conceitos não possuiriam “grande significado”²⁰. Ainda que esses conceitos possam ser vinculados a conteúdos

¹⁹ “O que a maioria dos juízes desse tribunal consideram justo pode se encontrar em plena contradição com o que a maioria da população considera justo, e encontra-se sem dúvida em contradição com o que a maioria do parlamento que aprovou precisamente esta lei considera justo. [...] Caso portanto se deva evitar uma tal *transferência de poder* não pretendida e altamente inadequada *do parlamento para uma instância que se encontra fora do mesmo*, [...] então a constituição, quando ela estabelece um tribunal constitucional, deve evitar toda *fraseologia* dessa espécie [o emprego de termos como “justiça”]. (KELSEN, Hans. **Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit**. p. 40. Grifos do autor).

²⁰ KELSEN, Hans. **Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit**. p. 38-39. No mesmo sentido Kelsen também afirma: “Caso se deseje restringir o poder dos tribunais, e por isto o caráter político de sua função, [...] então é preciso que o espaço de livre discricionariedade, o qual as leis garantem o emprego, seja reduzido tanto quanto possível. Então as normas constitucionais que podem ser empregadas por um tribunal constitucional, especialmente aquelas que determinarão o conteúdo de leis futuras, não devem operar por meio de palavras de ordem vagas como *liberdade, igualdade, justiça*, etc. De outro modo existiria o risco de uma transferência de poder não pretendida pela constituição e altamente inapropriada do ponto de

distintos, por si só este fato não basta a fim de extrair a conclusão de que eles não possuem “grande significado”. Da mesma forma como na comunicação ordinária é possível transmitir uma informação com um único sentido por meio de conceitos polissêmicos – supondo-se neste caso que aquele que comunica e o que recebe o comunicado encontram-se de alguma forma em condições de vincular estes conceitos polissêmicos com um único significado –, não se pode excluir a alternativa de que o mesmo fenômeno possa ocorrer com respeito à criação de normas constitucionais. A presença de determinações constitucionais, por exemplo, sobre a igualdade, não precisa ser compreendida como um “enfeite político”²¹, pois não se deve excluir a possibilidade de que o poder constituinte pretendia afirmar algo bem preciso por meio do emprego deste conceito, que ele considerou determinada compreensão de igualdade como um postulado essencial. Também não deve ser ignorado que em várias situações tribunais constitucionais não decidirão casos tendo por base textos normativos dotados de um único sentido, mas sim por meio de uma determinada interpretação e aplicação de determinações constitucionais sobre igualdade, liberdade, justiça, etc.

Agora, se atinge o ponto no qual a defesa do controle da constitucionalidade das normas criadas pelo parlamento é confrontada com um grande problema. O parlamento, o poder estatal que representa em maior grau a pluralidade dos interesses dos submetidos ao direito, possui a capacidade de criar uma norma com um conteúdo que conforme uma interpretação de um texto normativo constitucional pode ser considerada inconstitucional, ainda que, conforme outra interpretação do mesmo texto normativo, esta norma venha a se mostrar constitucional.

Conseqüentemente, a defesa da ideia de um tribunal constitucional como guardião da constituição implica em aceitar o risco de que um órgão estatal com baixa legitimidade democrática se encontre em posição de declarar nulas as normas criadas por outro órgão estatal, o qual possui maior legitimidade democrática. Expresso de outro modo: caso o guardião da

vista político, do parlamento para uma instância externa a ele”. KELSEN, Hans. **Wer soll der Hüter der Verfassung sein?** p. 76.

²¹ KELSEN, Hans. **Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit.** p. 39.

constituição seja um tribunal constitucional, então existe o risco de que uma norma democrática legítima, criada dentro da moldura oferecida pelo texto normativo constitucional, seja declarada nula por este tribunal tendo por base uma interpretação possível, porém não necessária, do texto normativo constitucional em questão.

Por fim, cabe ainda mencionar um aspecto quanto ao tratamento da temática da legitimidade democrática do controle da constitucionalidade por meio de um tribunal constitucional, qual seja, que as concepções de povo e de representação popular sustentadas por Kelsen exercem influência tanto no tratamento da interpretação de expressões disputáveis como “igualdade”, quanto com respeito à crítica do controle da constitucionalidade por meio de um presidente do império (*Reichspräsident*) (tal como proposto por Schmitt). Kelsen tomou como ponto de partida de seu tratamento da temática a ideia fundamental de que um povo não exhibe qualquer unidade²², que o único critério que permite a identificação do povo de um estado é composto pelas normas jurídicas, conforme as quais determinados indivíduos devem ser compreendidos como membros de certo estado.²³ Uma vez que, conforme

²² Essa compreensão é exposta de modo muito claro no seguinte texto: “Dividido por posições nacionais, religiosas e econômicas, [o povo] aparece, aos olhos do sociólogo, mais como uma reunião de grupos do que como uma massa coesa de um único e mesmo estado de agregação. Somente em sentido *normativo* pode-se falar aqui de uma unidade. Pois, enquanto unidade do pensamento, do sentimento e da vontade, enquanto solidariedade de interesses, a unidade do povo é um *postulado* ético-político, o qual a ideologia nacional ou estatal assume enquanto real com a ajuda de uma ficção de aceitação tão universal, que hoje em dia já não se pensa em investigá-la. Somente com um fundamento na teoria *jurídica* o povo deixa-se apresentar enquanto uma massa única; a *unidade* dos indivíduos cujas condutas são regradas pela *ordem jurídica estatal*. Nela se constitui – enquanto conteúdo cuja ordem as normas jurídicas formam – a unidade da pluralidade de comportamentos humanos, a qual apresenta o ‘povo’ enquanto elemento do Estado, enquanto uma ordem social específica”. (KELSEN, Hans. Von Wesen und Wert der Demokratie. 2. Aufl. In: JESTAEDT, Matthias; LEPSIUS, Oliver (Orgs.). **Verteidigung der Demokratie**. Abhandlungen zur Demokratietheorie, Tübingen: Mohr Siebeck, 2006. p. 163. Grifos do autor).

²³ Em uma de suas críticas à concepção de povo de Schmitt Kelsen escreve o seguinte: “Significa simplesmente tomar a ideologia como realidade, quando [...] não apenas se *postula* quanto à instituição do chefe de estado um símbolo ético-político, mas além disto se compreende o produto ou o criador como *real* no sentido de uma unidade estatal dada de um *efetivo interesse solidário*. Pois é esse o sentido próprio da teoria do *pouvoir neutre* do monarca, a qual C.S. transfere para o chefe de estado republicado, [de tal modo que] ela deva proteger as oposições de interesse radicais que de fato existem, as quais se expressam nos partidos políticos e no fato ainda mais significativo das oposições de classes. Em sua configuração aparentemente democrática a fórmula desta ficção diz o seguinte: o povo que constitui o estado é um coletivo homogêneo, ele possui, portanto, um interesse coletivo unificado, o qual se expressa em uma vontade coletiva unificada”. KELSEN, Hans. **Wer soll**

Kelsen, não existe qualquer povo que corresponda a uma unidade – visto que o povo será apenas considerado como um grupo graças a um critério puramente normativo –, de fato ele tem razão quando critica a alternativa de Schmitt para o controle da constitucionalidade. Caso o povo não adote qualquer sistema de valores comum, então quando se objetiva preservar a legitimidade democrática da constituição é de fato melhor que a interpretação dos textos normativos constitucionais não seja realizada por uma única pessoa. Mesmo quando não é o caso de um tribunal constitucional ser capaz de representar os submetidos ao direito de modo mais objetivo e neutro do que o parlamento, permanece sendo um fato que seria ainda menos adequado atribuir este controle ao presidente do império. Apesar de todos esses aspectos é necessário observar que nem sempre as decisões concretas sobre questões relativas à constitucionalidade de normas partirão da concepção de que não existe qualquer interesse comum do povo.²⁴ Esse tema é retomado na última seção, quanto então se discute de que modo essa questão precisa ser analisada e quais são as suas consequências para a discussão sobre a proteção da constituição.

der Hüter der Verfassung sein? p. 93. Grifos do autor. Sobre esse tema, cf. OUYEN, Robert Chr. Van. **Hans Kelsen und die offene Gesellschaft**. Wiesbaden: VS Verlag, 2010. p. 49-51.

²⁴ Relativamente às relações entre as compreensões de Schmitt sobre povo e democracia Lepsius escreve de modo apropriado o seguinte: “A discussão sobre o ‘Guardião da constituição’ será primeiramente determinada por meio de um dissenso a respeito do objeto a ser protegido. Para Kelsen são normas, instituições e competências. Por trás disso se encontra o conceito de democracia, o qual está relacionado com a criação e a legitimação do poder público. As instituições da democracia servem à criação soberana e a constituição regula este processo e a ordenação de sua competência. O povo, sujeito da legitimidade democrática, será compreendido em sua função como *pouvoir constitué* [poder constituído]. Por meio da mudança fundamental do ano de 1918 o princípio democrático de direito constitucional foi instalado. Diferentemente [é o caso] com Schmitt: O que deve ser protegido é uma unidade substancial da decisão política coletiva. Por trás disso não está algum conceito de democracia de direito constitucional, mas sim de teoria do estado. O estado é a forma de organização dessa unidade e o povo legitima o estado por meio da decisão política. Schmitt compreende o povo [enquanto] sujeito da legitimação democrática em sua função como *pouvoir constituant* [poder constituinte]. Para ele a soberania popular apresenta a mudança mais fundamental do ano de 1918. Seu guardião é o presidente do império. Por isso ele apenas pode ser guardião de uma ideia, pois o povo da soberania popular permanece [sendo] uma imagem ideal”. (LEPSIUS, Oliver. **Der Hüter der Verfassung – demokratietheoretisch betrachtet**. p. 122).

2. Significado e proteção da constituição conforme a compreensão de Schmitt

Quatro dos pontos nos quais Kelsen e Schmitt concordam com respeito à discussão sobre o guardião da constituição são (1º) a compreensão de que a constituição precisa ser protegida de abusos por parte do legislador²⁵, (2º) quanto à perspectiva de que a proteção das minorias encontra-se entre as tarefas genuínas de um estado democrático²⁶, (3º) a defesa da ideia de que a proteção da constituição se encontra essencialmente vinculada à defesa da democracia²⁷, e (4º) a compreensão de que a aplicação das normas constitucionais é dependente de interpretação, com a consequência que estas decisões conduzem ao exercício de uma atividade política.²⁸ Apesar desses pontos em comum, é possível encontrar divergências entre esses autores quanto à resposta à questão sobre quem deve ser o guardião da constituição e como os conceitos “povo” e “constituição” devem ser compreendidos.

Diferentemente de Kelsen, Schmitt sustenta por meio de uma interpretação dos conflitos sociais, assim como do significado dos conceitos “povo” e “constituição”, a hipótese de que a proteção da constituição não deve ocorrer por meio de um tribunal constitucional, mas sim através de um presidente do império. Ao tratar dessa temática, Schmitt oferece por um lado argumentos que são formulados tendo em conta uma constituição específica, a constituição de Weimar, porém ele também apresenta argumentos que

²⁵ A esse respeito Schmitt escreve: “A necessidade de uma proteção é sentida principalmente frente ao legislador, isto é, o parlamento, e como consequência disto limita-se o problema da proteção da constituição arbitrariamente ao problema da proteção contra leis e decretos inconstitucionais e se desnatura também este problema novamente na medida em que se busca o guardião da constituição na esfera do judiciário, sem pensar muito a respeito disto, tal como disse *Rudolf Smend* em uma crítica casual, porém certa”. SCHMITT, Carl. **Der Hüter der Verfassung**. 5. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 2016. p. 5. Grifos do autor.

²⁶ “Hoje a regulamentação de direito constitucional já realiza grande parte das tarefas, [serve] certas questões e interesses, os quais de outro modo seriam matérias de legislação comum, a fim de oferecer proteção frente a esse legislador, i. e., a maioria parlamentar modificável. O ‘fundamento’ de direito constitucional deve garantir determinados interesses, especialmente os interesses das minorias, frente a qualquer maioria. Encontra-se aí uma mudança de função incomum e uma tendência orientada contra o princípio da maioria democrática”. (SCHMITT, Carl. **Der Hüter der Verfassung**. p. 24).

²⁷ Veja o texto das notas de rodapé 41 e 52.

²⁸ Nesse sentido, cf. JESTAEDT, Matthias. Der „Hüter der Verfassung“ als Frage des Rechtsgewinnungsverständnisses – ein etwa anderer Blick auf die Schriften von Carl Schmitt und Hans Kelsen. In: BEAUD, Olivier; PASQUINO, Pasquale (Orgs.). **La controverse sur ‘le**

possuem natureza geral e que se encontram vinculados à meta de mostrar que também sem as determinações constitucionais concretas presentes na constituição de Weimar existem motivos para tratar o presidente do império como o guardião da constituição. Esses fundamentos são uma consequência do fato de que Schmitt opera com uma concepção de “constituição de um estado”²⁹, conforme a qual a constituição não deve ser compreendida apenas como a fonte normativa mais elevada, mas também como indicação de “uma espécie e forma concreta especial da existência do estado”, de tal modo que a palavra “constituição” deve indicar “a *condição total de unidade e ordem estatal*”^{30 31}.

Em *O guardião da constituição* destaca-se que nos casos de decisão sobre a constitucionalidade das leis não se trata apenas de uma questão de interpretação e aplicação das normas constitucionais, mas também de uma escolha, a qual não ocorre *tendo por base* estas normas constitucionais, mas sim uma decisão³², graças a uma “decisão pura”.³³ A esse respeito Schmitt

gardien de la Constitution’ et la justice constitutionnelle. Kelsen contre Schmitt. Paris: Panthéon-Assas, 2007. p. 155-175. p. 160.

²⁹ Relativamente a essa oposição Schmitt escreve o seguinte: “Pertencem a todo estado a unidade política e a ordem social, alguns princípios de unidade e ordem, alguma instância de decisão para os casos críticos quanto a conflitos de interesse e de poder. Essa situação geral de unidade política e ordem social pode ser denominada constituição. A palavra indica nesse caso não um sistema ou uma série de proposições jurídicas e normas, conforme as quais são reguladas a formação da vontade estatal e o exercício da atividade estatal, por meio de cuja observância a ordem será observada, mas sim, na prática, apenas o estado particular concreto, o Império alemão, França, Inglaterra – em sua existência política concreta”. SCHMITT, Carl. **Verfassungslehre.** 8. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 1993. p. 4. Cf. SCHMITT, Carl. **Verfassungslehre.** p. 7.

³⁰ SCHMITT, Carl. **Verfassungslehre.** p. 3. Com respeito às relações entre estado, constituição e povo no pensamento de Schmitt Dyzenhaus escreve o seguinte: “A teoria de Schmitt encontra-se baseada em três identidades virtuais, talvez até mesmo exatas, entre o povo, o estado e a constituição. Uma constituição não é nada mais do que a expressão aproximadamente formalizada de um estado particular, e o próprio estado não é mais do que a expressão institucionalizada da coletividade política do povo”. (DYZENHAUS, David. **Legality and legitimacy.** Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar. New York: Oxford University Press, 1997. p. 51).

³¹ Sobre a concepção de constituição de Schmitt, cf. DIVELLE, Armel le. Le gardien de la constitution de Carl Schmitt. Éléments sur les paradoxes d’une “théorie” constitutionnelle douteuse. In: BEAUD, Olivier; PASQUINO, Pasquale (Orgs.). **La controverse sur ‘le gardien de la Constitution’ et la justice constitutionnelle.** Kelsen contre Schmitt. Paris: Panthéon-Assas, 2007. p. 33-79. p. 43-47.

³² Também em Kelsen pode-se encontrar um elemento decisionista, tal como Schönberger e Paulson destacaram. Cf. SCHÖNBERGER, Christoph. **Die Verfassungsgerichtsbarkeit bei Carl Schmitt und Hans Kelsen: Gemeinsamkeiten und Schwachstellen.** p. 182. PAULSON, Stanley L. Hans Kelsen and Carl Schmitt. Growing Discord, Culminating in the “Guardian” Controversy of 1931. In: MEIERHEINRICH, Jens; SIMONS, Oliver (Eds.). **The Oxford**

aponta que quando um tribunal toma uma decisão dessa espécie, este tribunal tem de ser visto como “claramente legislador constitucional exercendo uma função altamente política”³⁴, isto é, esta decisão consiste não apenas da aplicação de normas, mas de uma espécie de criação de uma norma, pois antes da decisão existe uma pluralidade de alternativas em conformidade com a constituição, porém após a decisão, em certo sentido, somente uma norma constitucional será tratada como válida, precisamente aquela que o tribunal constitucional escolheu por meio da verificação da constitucionalidade.

Em conexão com o tema da proteção da constituição como uma atividade política Schmitt desenvolve por meio da análise e interpretação da relação entre estado e sociedade um raciocínio a fim de argumentar de modo mediato contra Kelsen no sentido de que a legitimidade de um tribunal constitucional não decorreria da defesa dos interesses dos vários grupos sociais, pois tal resultado ocorreria quando um presidente do império decidisse, eis que este último tomaria decisões sem levar em conta os interesses dos grupos, mas sim apenas os interesses de todo o povo.

A compreensão de Schmitt de que o presidente do império deveria ser o guardião da constituição é desenvolvida por ele por meio de considerações

handbook of Carl Schmitt. New York: Oxford University Press, 2016. p. 510-546. p. 527-528. Quanto à adoção de um elemento decisionista Carrino observa que existe uma distinção importante entre as concepções de Kelsen e Schmitt quanto ao tema, pois para o primeiro, porém não para o segundo, as decisões sempre possuem uma natureza provisória e modificável. “o normativismo kelseniano não se opõe nitidamente ao decisionismo de Schmitt: este [o normativismo de Kelsen] é acima de tudo a forma relativística, crítica do decisionismo, a forma tipicamente moderna do fato – inegável para toda concepção política realista – de que governar significa, em última instância, decidir. O que contrapõe Kelsen a Schmitt de modo nítido é a calibragem distinta da decisão, provisória para o primeiro, radical e definitiva (pré-moderna) para o segundo”. CARRINO, Agostino. **L'ordine delle norme.** Stato e diritto in Hans Kelsen. 3. ed., Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1992. p. 229.

³³ SCHMITT, Carl. **Der Hüter der Verfassung.** p. 45. Nesse contexto Schmitt irá empregar o conceito “decisionismo”. A esse respeito ele escreve o seguinte: “Em toda decisão, mesmo naquela de um tribunal que decide processos por meio da subsunção em conformidade com fatos constitutivos, existe um elemento de pura decisão, o qual não pode ser deduzido do conteúdo da norma. Eu indiquei isso como ‘decisionismo’. [...] O significado não consiste na argumentação convincente, mas sim na decisão por meio da remoção autoritária da dúvida. [...] o elemento decisionista não [é] apenas uma parte da decisão, [...] é muito mais a decisão como significado e propósito do exposto, e seu valor não se encontra em uma argumentação convincente, mas sim na remoção autoritária da dúvida, a qual surge a partir das várias argumentações possíveis e em contradição umas com as outras.” SCHMITT, Carl. **Der Hüter der Verfassung.** p. 45-46. Quanto ao decisionismo de Schmitt, cf. DYZENHAUS, David. **Legality and legitimacy.** p. 42-51.

³⁴ SCHMITT, Carl. **Der Hüter der Verfassung.** p. 48.

sobre a forma como o Estado se encontra em relação aos grupos de interesses. Conforme Schmitt, no passado o estado podia ser distinguido da sociedade, de tal maneira que existiam aspectos da vida social, por exemplo com respeito à economia e à religião, nos quais não era possível identificar qualquer intervenção estatal.³⁵ Contudo, essa situação não mais pode ser identificada, argumenta Schmitt, pois em seu tempo estado e sociedade se mostram como “fundamentalmente idênticos”.³⁶ Essa “alocação pluralística do estado”³⁷ significa para ele a dissolução da existência do Estado como uma unidade que se posiciona acima dos interesses sociais, e a representatividade, o parlamento, não é para ele uma via a fim de “ir além dos limites partidários”³⁸, pois “o parlamento” se transformou de “transformador dos interesses políticos em uma vontade sobrepártidária em um palco para a divisão pluralística dos poderes sociais organizados”.³⁹

Diferentemente de Kelsen, Schmitt defende a concepção de que podem existir interesses de todo o povo, e isto também quando todo o povo não compartilha tais interesses.⁴⁰ Para ele, o presidente do império poder-se-ia

³⁵ SCHMITT, Carl. **Der Hüter der Verfassung**. p. 73.

³⁶ SCHMITT, Carl. **Der Hüter der Verfassung**. p. 78.

³⁷ SCHMITT, Carl. **Der Hüter der Verfassung**. p. 89.

³⁸ A ideia de Schmitt de que o parlamento deveria representar todo o povo será criticada nos seguintes textos: Cf. DIVELLE, Armel le. **Le gardien de la constitution de Carl Schmitt**. p. 50-53. HERRERA, Carlos Miguel. **Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen**. Paris: Éditions Kimé, 1997. p. 194-196 e p. 201-212. PREUß, Ulrich K. Carl Schmitt and the Weimar Constitution. In: MEIERHEINRICH, Jens; SIMONS, Oliver (Eds.), **The Oxford handbook of Carl Schmitt**. New York: Oxford University Press, 2016. p. 471-490. p. 476-484.

³⁹ SCHMITT, Carl. **Der Hüter der Verfassung**. p. 89. Quanto à compreensão de Schmitt a respeito das relações entre estado e sociedade, cf. LEPSIUS, Oliver. **Der Hüter der Verfassung – demokratietheoretisch betrachtet**. p. 110-114. SOMEK, Alexander. Politischer Monismus versus formalistische Aufklärung. Zur Kontroverse zwischen Carl Schmitt und Hans Kelsen. In: PAULSON, Stanley L.; WALTER, Robert, (Orgs.). **Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre**. Ergebnisse eines Wiener Rechtstheoretischen Seminars 1985/86. Wien: Manz, 1986. p. 109-136. p. 122-124.

⁴⁰ Com respeito à compreensão de povo de Schmitt Lepsius escreve: “O povo não será considerado por ele [Schmitt] como uma reunião de indivíduos, como uma pluralidade social, como realidade empírica, mas sim como uma unidade política, a qual consiste da igualdade substancial. Estamos tratando de um conceito ideal de povo, não de um [conceito] real. O conceito de povo de Schmitt não possui qualquer conteúdo empírico, social, mas sim proveniência política, existencial e filosófica. Schmitt compreende o povo como um sujeito teórico-estatal, não em sua função como sujeito do princípio democrático de direito constitucional”. (LEPSIUS, Oliver. **Der Hüter der Verfassung – demokratietheoretisch betrachtet**. p. 114).

constituir em um poder “neutro”⁴¹ e decidir questões a respeito da constitucionalidade de normas de forma democraticamente legítima, pois o presidente do império, diferentemente de um grupo de juízes ou do parlamento, estaria em condições de defender os interesses de todo o povo.⁴²

A problemática da proteção da constituição não é analisada por Schmitt apenas tendo em conta uma compreensão geral sobre a vontade e os interesses do povo, mas também tendo por base considerações sobre o conteúdo da constituição de Weimar.⁴³ Quanto à vontade do povo Schmitt destaca uma situação possível na qual uma constituição é estruturada de tal forma que o poder legislativo apenas refletiria a pluralidade dos interesses sociais, e deste modo para a constituição apenas seria importante oferecer um

⁴¹ “Neutralidade no sentido de imparcialidade e objetividade não consistem em uma fraqueza e em ausência de natureza política, mas sim o contrário. Portanto a solução não consiste em uma imparcialidade não-política, mas sim em uma política informada quanto à matéria, que mantém o interesse no todo à vista e é capaz de tomar decisões. O dar um sistema organizatório que possibilita a formação de uma vontade estatal e de um governo capaz de governar consiste no sentido de toda constituição. O atingir dessa meta consiste principalmente na perspectiva consciente e plenamente ponderada da constituição imperial válida, e todas as suas instituições de uma democracia parlamentar e plebiscitária devem em primeira linha possibilitar um governo capaz de realizar tais tarefas. Ela parte da noção de que um governo baseado em fundamentos democráticos, que existe através do aceite e aclamação do povo, é mais forte e intenso do que qualquer outra forma de governo. Por isso a primeira parte principal da constituição imperial, [a qual possui natureza] organizatória, contém além das determinações do estado de direito federal um balanceamento em princípio bem pensado da democracia parlamentar com a plebiscitária”. (SCHMITT, Carl. **Der Hüter der Verfassung**. p. 115-116.)

⁴² Com respeito aos argumentos de Schmitt contra uma proteção da constituição exercitada por um tribunal constitucional ou um parlamento Ooyen escreve o seguinte: “O ‘Guardião’ de Schmitt não pode, uma vez que para ele o conceito de constituição não é um conceito jurídico, ser uma instância ‘jurídica’, mas sim apenas ‘política’ – a distinção adotada por ele entre política e direito encontra-se aqui pressuposta. Pois esse [guardião] ‘guarda’ a ‘democracia’, a unidade homogênea do ‘povo’ – e de fato como ‘decisão amigo-inimigo’. Desse modo se exclui um tribunal, por exemplo, o tribunal estatal criado conforme o Art. 108 WRV [da Constituição imperial de Weimar] junto ao tribunal imperial em Leipzig como ‘guardião’ [da constituição]. O Reichstag [parlamento imperial], como instância política, é segundo Schmitt, por conta da democracia parlamentar pluralística, a expressão de um parlamentarismo degenerado, o qual de qualquer modo e como ‘filho’ do liberalismo não tem nada a ver com a democracia. Resta, portanto, apenas o presidente imperial. Ele seria o ‘poder neutro no estado partidário pluralista’, simbolizado na unidade da pessoa a unidade política e plebiscitariamente legitimado”. (OOYEN, Robert Chr. Van. **Der Staat der Moderne**. Hans Kelsens Pluralismustheorie. Berlin, Duncker & Humblot, 2003. p.181).

⁴³ Por exemplo: “A constituição imperial válida tentou isso com a ajuda de seu elemento plebiscitário. A esse respeito já foi apontado acima, como [consistindo nas] tendências centrífugas, as quais se ocultam sob a palavra ‘neutralidade’”. (SCHMITT, Carl. **Der Hüter der Verfassung**. p. 149).

sistema que tornasse possível firmar compromissos.⁴⁴ Nessa situação, destaca Schmitt, uma “guerra civil”⁴⁵ poderia ser reconhecida e legitimada pela constituição, pois nessa situação “o estado [...] não iria [surgir de modo] neutro no sentido de objetivo e racional, [...] mas sim como um fator de poder invasor, o qual ajudaria um partido a vencer [um debate] contra o outro [partido]”.⁴⁶

Com respeito à discussão sobre o guardião da constituição de Weimar, Schmitt aponta que esta constituição havia reconhecido a existência vontade do povo, da vontade comum, bem como destacado a importância de sua proteção.⁴⁷ Tendo em conta essa ideia de uma vontade do povo, Schmitt critica, por um lado, a proteção da constituição através de um tribunal constitucional, ao passo que, por outro lado, defende tal proteção por meio de um presidente do império.

Conforme a perspectiva de Schmitt, o guardião da constituição deveria ser independente e neutro, de tal modo que suas decisões refletissem os

⁴⁴ “Os ‘métodos de integração funcionais’, denominados deste modo por *R. Smend* (eleições, referendos, coalizões), impuseram-se no estado legislativo atual na esfera da legislação de modo eficaz, tal como indicado [...] acima: o corpo legislativo é uma imagem refletida da pluralidade de complexos de poder sociais organizados. Caso o estado não fosse nada senão esse sistema pluralístico, então ele seria apenas um compromisso contínuo; sua constituição seria um contrato entre os complexos de poder social, os quais formam o sistema pluralista e dizem respeito à proposição *pacta sunt servanda*; as partes no contrato mantêm sua obra, a constituição, em suas mãos, elas permanecem senhoras do contrato constitucional, pois elas poderiam modificá-la por meio de novos compromissos da mesma maneira como elas o firmaram, e se encontram umas frente às outras como grandezas políticas independentes. O que ainda existe em termos de unidade estatal seria então o resultado de uma aliança (tal como todas as alianças e contratos) concluída com reservas existenciais [por parte dos seus membros].” (SCHMITT, Carl. **Der Hüter der Verfassung**. p. 141).

⁴⁵ SCHMITT, Carl. **Der Hüter der Verfassung**. p. 142.

⁴⁶ SCHMITT, Carl. **Der Hüter der Verfassung**. p. 145.

⁴⁷ “Com respeito aos vários casos de “independência” é, portanto, em primeira linha de se observar se a independência deve apenas assegurar uma proteção defensiva e negativa *contra* a formação da vontade política, ou se ao contrário disto ela *garantirá* uma *proporção positiva* independente na determinação ou influência da vontade política. A independência judicial é apenas o outro lado da vinculação legal judicial e nesta medida não-política. A propósito, é de grande significado que tanto a independência dos funcionários quanto a independência dos representantes parlamentares e inclusive a posição do chefe de estado, por meio de dificuldades [para realizar seu] impeachment e através de privilégios especiais, estejam vinculadas de modo estreito com a representação do *todo* da *unidade* política. A constituição de Weimar afirma: ‘Os funcionários são servos da *coletividade*, não de um partido’ (Art. 130). ‘Os parlamentares são representantes de *todo* o povo’ (Art. 21). ‘O presidente do império será eleito por *todo* o povo alemão’ (Art. 41) e representa o Império Alemão em suas relações externas (Art. 45). A vinculação ao *todo* da unidade política contém sempre uma oposição contra os agrupamentos pluralísticos da vida econômica e social e deve conduzir a uma superioridade com respeito a agrupamentos desta espécie”. (SCHMITT, Carl. **Der Hüter der Verfassung**. p. 157-158. Grifos do autor).

interesses políticos. Para ele, o problema com respeito a uma proteção da constituição por meio de um tribunal constitucional reside no fato de que segundo ele este órgão apenas poderia expressar uma forma negativa de independência, a independência em relação aos interesses sociais.⁴⁸ Conforme o autor, isso não basta a fim de se considerar essas decisões democraticamente legítimas, pois por si só a ausência da defesa dos interesses de um grupo ainda não significa que os interesses do povo serão defendidos.⁴⁹

Segundo Schmitt, um presidente do império iria exercitar uma espécie positiva de independência⁵⁰, pois ele seria eleito pelo povo e por este motivo se encontraria em condições de representar os interesses do povo como uma coletividade⁵¹ contra os interesses dos grupos.⁵² Esse argumento apenas se

⁴⁸ “O judiciário, assim como o funcionalismo [público], estarão sobrecarregados de modo insuportável caso cumulativamente se atribua a eles as tarefas e decisões políticas, a respeito das quais a independência e a neutralidade política são desejáveis. Além disso o estabelecimento de um tal guardião da constituição estaria em direta oposição à consequência política do princípio democrático. Frente ao direito de emitir decretos do rei o direito de verificação judicial pode ter obtido sucesso político no século XIX, tanto na França quanto nas monarquias constitucionais alemãs. Hoje o fronte do judiciário não está mais orientado contra um monarca, mas sim contra o parlamento”. (SCHMITT, Carl. **Der Hüter der Verfassung**. p. 155).

⁴⁹ “Contudo no estado atual a independência do juiz não possui de modo algum o propósito de conduzir a uma formação da vontade política correta, mas sim limitar e assegurar uma esfera do judiciário vinculado à legislação dentro de uma entidade estatal organizada. Outras espécies de independência possuem outras funções, entre elas, tal como acima [...] indicado, precisamente aquela de possibilitar um método de formação da vontade política forte, independente e desvinculado do estado. Isso deixará de ser notado frequentemente, como consequência da confusão entre neutralização, despartidarização e despolitização, porém é imediatamente reconhecível quando se observa que as várias independências correspondem, ainda que nem sempre pensadas e conduzidas deste modo, a [várias] inamovibilidades, imunidades e [...] incompatibilidades. Acima de tudo o direito do estado alemão reconhece de qualquer modo uma incompatibilidade da posição do presidente do império com aquela dos parlamentares do parlamento imperial (Art. 44). Seu significado político encontra-se em expressar aqui a independência do sistema plebiscitário introduzido pela constituição frente ao [sistema] parlamentar. Ele indica uma independência político-partidária, porém não não-política”. (SCHMITT, Carl. **Der Hüter der Verfassung**. p. 156).

⁵⁰ “O presidente do império encontra-se no ponto médio de um sistema total da neutralidade e independência político-partidária construído sobre a base plebiscitária”. (SCHMITT, Carl. **Der Hüter der Verfassung**. p. 158).

⁵¹ Quanto à concepção antipluralista de unidade de Schmitt, cf. SCHÖNBERGER, Christoph. **Die Verfassungsgerichtsbarkeit bei Carl Schmitt und Hans Kelsen: Gemeinsamkeiten und Schwachstellen**. p. 186-188.

⁵² “Que o presidente do império seja o guardião da constituição, isto não apenas corresponde ao princípio democrático, o qual está baseado na constituição de Weimar. O presidente do império será eleito por todo o povo alemão e suas competências frente às instâncias dadas (em especial a dissolução do parlamento imperial e a condução de um referendo popular) não são conforme a matéria apenas um ‘apelo ao povo’. Desse modo, na medida em que ela [a

mostra convincente caso dois pressupostos sejam adotados: a) que algo como os interesses do povo como coletividade possa existir também quando os membros deste povo na realidade não compartilham de tais interesses; b) que o fato de que a maioria do povo escolheu um presidente do império possa de alguma maneira garantir que o presidente do império não somente irá identificar os interesses do povo como coletividade, mas também – a partir de algum fundamento – irá de modo necessário proteger os interesses da coletividade.

Porém, também quando esses dos requisitos não são satisfeitos isto não significa de modo necessário que a posição de Schmitt a respeito de quem deve ser o guardião da constituição seja menos convincente do que a de Kelsen. A consequência da proteção da constituição por meio de um presidente do império que não se encontra em condições de defender os interesses de todo o povo é a adoção de decisões, as quais no melhor dos casos satisfazem os interesses da maioria do povo, e no pior dos casos se posicionam contra os interesses da maioria. Uma situação semelhante pode ser identificada quando se observa que também um tribunal constitucional não se encontra em condições de tomar decisões com um grau de legitimidade democrática mais elevado do que as decisões que seriam tomadas por um presidente do império. A melhor proposta de Kelsen para a preservação da legitimidade democrática das decisões envolve a ideia de que os membros do tribunal constitucional representariam os partidos de modo proporcional. Caso isso de fato ocorra, isso apenas significa que enquanto esses juízes representarem os interesses dos partidos de modo proporcional suas decisões refletirão os interesses da maioria, assim como estes interesses seriam refletidos nas decisões de um presidente do império que age conforme pretendido pela maioria. Caso isso

constituição imperial] transforma o presidente do império em ponto central de um sistema plebiscitário assim como das organizações neutras [do ponto de vista] político-partidário, a constituição imperial válida busca constituir precisamente a partir de princípios democráticos um contrapeso contra o pluralismo de grupos de poder sociais e econômicos e preservar a unidade do povo como um todo político. [...] De todo modo a constituição de Weimar leva a cabo sua tentativa de modo muito consciente e de fato com meios democráticos específicos. Ela pressupõe todo o povo alemão como uma unidade, a qual é capaz de agir de modo direto, não primeiramente através de organizações de grupos, a qual pode expressar sua vontade e que deve no momento decisivo [...] distanciar-se da fragmentação pluralista.” (SCHMITT, Carl. *Der Hüter der Verfassung*. p. 159).

não ocorra desse modo, então as decisões de um tribunal constitucional terão inclusive menos legitimidade democrática do que as decisões de um presidente do império que sempre leva em conta os interesses da maioria.

3. A constituição protegida e o grau de adoção das concepções de Kelsen e Schmitt sobre o tema

Tal como acima exposto, Kelsen e Schmitt sustentam que a interpretação dos textos normativos constitucionais por uma autoridade que possui a última palavra quanto a disputas sobre a constitucionalidade se encontra em vínculo direto com o grau de legitimidade democrática bem como de proteção da própria constituição. Caso se reflita a respeito do modo como as constituições costumam ser protegidas, sobre como questões relativas à constitucionalidade das normas serão decididas, então cumpre apontar alguns aspectos, os quais indicam o grau de recepção das compreensões de Kelsen ou Schmitt.

Em primeiro lugar é de se notar que o modelo de Schmitt, conforme o qual o controle da constitucionalidade seria realizado por uma única autoridade estatal, não foi adotado. Quando se considera qual é a autoridade que controla a constitucionalidade das normas, torna-se claro que em regra a proposta de Kelsen foi adotada e aplicada. Porém, como tal essa situação não significa que a compreensão de Kelsen a respeito da proteção da constituição tenha triunfado. Para que se possa falar em uma adoção significativa do modelo de Kelsen e de uma efetiva garantia da legitimidade democrática das decisões não basta a adoção da necessidade de um controle da constitucionalidade por meio de um grupo de juízes, pois tal como acima argumentado, não basta que se exija que as decisões sejam tomadas por um grupo e não por uma única pessoa, a fim de fundamentar a legitimidade democrática desta alternativa.

Como segundo ponto é preciso observar que a proposta de Kelsen dotada do maior grau de legitimidade democrática, conforme a qual o tribunal constitucional representaria os interesses políticos de modo proporcional, em regra não se materializa nas configurações concretas dos tribunais constitucionais. Ou é o caso de que se verifique uma situação na qual todos os

lugares a serem ocupados no tribunal constitucional são determinados por uma maioria parlamentar de alguma espécie, ou por meio de uma espécie de sistema de rotação. Uma consequência dessa situação é que em várias situações as minorias não estão em condições de indicar um ou mais juízes para o tribunal constitucional.

Também cumpre referir um terceiro ponto importante quando se discute a recepção das compreensões de Kelsen e Schmitt quanto à proteção da constituição. Em primeiro lugar cabe notar que muito frequentemente as decisões de questões interpretativas não ocorrem por meio da representação de interesses de grupos ou dos interesses da maioria do povo, mas sim por meio da adoção de uma alternativa interpretativa diferente daquela que iria corresponder a tais interesses. O principal problema com respeito à questão da adoção da compreensão de Kelsen a respeito da proteção da constituição e de sua concepção de “povo” pode ser identificado o outro aspecto dos critérios de decisão e fundamentação corriqueiros: nas decisões dos tribunais constitucionais encontra-se frequentemente como argumento de fundamentação considerações que não são elaboradas tendo em conta fundamentos relativistas (no sentido de argumentos relativos aos interesses de grupos sociais), mas sim tendo em conta compreensões absolutas sobre os elementos essenciais para a decisão de questões interpretativas.⁵³ Conceitos como “igualdade”, “justiça”, “dignidade” serão tratados como se eles de fato apenas possuíssem um significado bem claro, também quando uma parcela significativa do povo de um estado não concorde com esta interpretação.⁵⁴

⁵³ Essa problemática se encontra vinculada à discussão sobre o “ativismo judicial”, compreendido aqui como a situação na qual um tribunal declara normas criadas por outras autoridades inconstitucionais, e, portanto, inválidas, quando tal decisão está baseada em uma interpretação questionável, debatível, do texto normativo constitucional interpretado. Sobre a definição de “ativismo judicial”, cf. KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meaning of Judicial Activism. **California Law Review**, v. 92, n. 5, p. 1441-1477, 2004. p. 1463-1477. Ainda que nem sempre casos de ativismo judicial se encontram vinculados a conflitos com respeito aos interesses da maioria da população, basta olhar de modo superficial a literatura sobre esta temática para reconhecer que o ativismo judicial existe e se manifestou de modo significativo em um número considerável de situações.

⁵⁴ Van Ooyen analisa algumas decisões do tribunal constitucional alemão nas quais se pode identificar a tendência de empregar as noções schmittianas de unidade, povo e vontade do povo. Cf. Ooyen, Robert Chr. **Hans Kelsen und die offene Gesellschaft**. p. 56-60. Ooyen, Robert Chr. Van. **Bundesverfassungsgericht und politische Theorie**. Ein Forschungsansatz zur Politologie der Verfassungsgerichtsbarkeit. p. 15-21 e p. 102-105.

Essa situação exibe uma propriedade, à qual é relevante para a discussão sobre a adoção da compreensão de Kelsen ou de Schmitt a respeito do controle da constitucionalidade.

Tal como mencionado anteriormente, a perspectiva de Schmitt envolve a ideia de que uma pessoa, o presidente do império, iria tomar decisões, as quais corresponderiam aos interesses de todo o povo. A existência de um controle da constitucionalidade por meio de um tribunal constitucional e não de uma autoridade (o presidente do império) indica a rejeição da alternativa de Schmitt com respeito à questão sobre *quem* deve proteger a constituição, contudo a maneira como este controle é exercido na prática indica também que em várias situações uma das ideias de Schmitt, conforme a qual questões interpretativas devem ser respondidas tendo em conta interesses absolutos, interesses de uma (suposta) coletividade, pode ser identificada na fundamentação de várias decisões. Enquanto decisões de questões interpretativas ocorrerem tendo por base compreensões absolutas, isto é, tendo por base compreensões, as quais mostram (de forma expressa ou implicitamente) maior simpatia por uma vinculação da democracia com a ideia de uma vontade unificada do povo, é sempre possível afirmar que a forma atual de proteção da constituição contém em várias situações um elemento da compreensão de Schmitt a respeito do tema.

Esse modo de proceder do tribunal constitucional com respeito à resposta de questões interpretativas sobre a constitucionalidade das normas oferece uma informação importante a respeito do que será compreendido como a constituição a ser protegida. Enquanto as decisões dos tribunais constitucionais a respeito de questões sobre a constitucionalidade das normas forem tomadas sem levar em conta os vários interesses sociais existentes, mas apenas adotando critérios que deveriam ser considerados como válidos de forma geral, as constituições protegidas terão muito mais a ver com as definições de “povo” e “constituição” de Schmitt do que de Kelsen, pois sob tais circunstâncias as constituições serão tratadas como um meio para proteger e expressar os interesses de uma coletividade. Caso as constituições a serem protegidas sejam interpretadas, por exemplo, tendo por base uma ou outra

concepção de “vontade do povo”, ou até mesmo contra a vontade da maioria do povo, então é possível afirmar que nestas situações a proteção de fato exercitada mostra a tendência de compreender a constituição não como um conjunto de normas com determinada condição hierárquica, mas sim como a expressão de uma “situação geral de unidade política e ordem social”⁵⁵, ou seja, como uma fonte normativa, a qual contém e expressa normas que possuem um único significado (graças à aplicação de uma ou outra compreensão de “vontade do povo”) apesar dos textos normativos polissêmicos que servem de base.

Considerações finais

Caso o debate sobre o guardião da constituição seja analisado à luz dos argumentos oferecidos por Kelsen e Schmitt que se encontram relacionados à meta da preservação da legitimidade democrática, então dois resultados são obtidos, os quais se encontram em conflito um com o outro. Ainda que se suponha que a democracia é a forma de governo na qual o povo é soberano, continua sendo necessário esclarecer o que será compreendido com o conceito “povo”. Enquanto “povo” for tratado como um conceito que apenas corresponde a uma unidade normativa – tal como sustentado por Kelsen –, a questão sobre o guardião da constituição precisa ser respondida tendo em conta o objetivo de preservar a meta de garantir a representatividade da pluralidade dos interesses do povo. Nesse caso a proteção da constituição por meio de um tribunal constitucional oferece (ao menos em parte) a solução mais adequada em comparação com uma proteção por meio de uma autoridade individual. Por outro lado, caso o conceito “povo” seja compreendido como a denominação de uma unidade (eventualmente e possivelmente existente) – tal como sustentado por Schmitt –, então não existe qualquer razão para preferir uma proteção da constituição por meio de um tribunal constitucional. Uma vez que o conceito “povo” – deixando de lado o modo como esse conceito será empregado eventualmente em decisões judiciais – normalmente não é empregado para designar uma unidade real ou potencial, é possível afirmar que a resposta mais

⁵⁵ SCHMITT, Carl. **Verfassungslehre**. p. 4.

adequada à questão “quem deve ser o guardião da constituição?” será oferecida por Kelsen.

Caso a resposta dessa questão não seja formulada tendo em conta considerações teóricas, mas sim observações concretas, então existem dois aspectos a serem considerados. Por um lado, é possível afirmar que a compreensão de Kelsen triunfou, visto que em regra as constituições serão protegidas por um tribunal constitucional. Por outro lado também se pode afirmar que o modo como as constituições em muitos casos são protegidas, especialmente com respeito ao emprego da noção de um interesse do povo e à ausência de uma preocupação de levar em consideração a pluralidade de perspectivas presente na sociedade, pode ser indicado como implicando em uma vitória, ainda que parcial, da compreensão de Schmitt.

Exclusivamente com respeito à questão sobre as consequências dessa situação para a garantia da legitimidade democrática relativamente à interpretação do direito cumpre uma última observação: enquanto for o caso de que no emprego corrente da linguagem o termo “povo” não signifique nada além de uma unidade normativa – e não parece haver qualquer problema em tratar este termo desta maneira –, o exercício de uma proteção da constituição, assim como a interpretação da constituição sem levar em conta os interesses e perspectivas da maioria do povo – ou, alternativamente, por meio da afirmação não fundamentada da existência de uma unidade real com respeito a determinadas temáticas – tem de ser tratado como um fenômeno que não contém em si um grau elevado de legitimidade democrática.

Referências

- BEAUD, Olivier. Kelsen contre Schmitt: un dialogue de sourds? In: BEAUD, Olivier; PASQUINO, Pasquale (Orgs.). **La controverse sur 'le gardien de la Constitution' et la justice constitutionnelle**. Kelsen contre Schmitt. Paris: Panthéon-Assas, 2007. p. 197-207.
- CARRINO, Agostino. **L'ordine delle norme**. Stato e diritto in Hans Kelsen. 3. ed., Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1992.
- DIVELLE, Armel le. Le gardien de la constitution de Carl Schmitt. Éléments sur les paradoxes d'une "théorie" constitutionnelle douteuse. In: BEAUD, Olivier; PASQUINO, Pasquale (Orgs.). **La controverse sur 'le gardien de la Constitution' et la justice constitutionnelle**. Kelsen contre Schmitt. Paris: Panthéon-Assas, 2007. p. 33-79.
- DYZENHAUS, David. **Legality and legitimacy**. Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar. New York: Oxford University Press, 1997.
- HERRERA, Carlos Miguel. **Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen**. Paris: Éditions Kimé, 1997.
- JESTAEDT, Matthias. Der „Hüter der Verfassung“ als Frage des Rechtsgewinnungsverständnisses – ein etwa anderer Blick auf die Schriften von Carl Schmitt und Hans Kelsen. In: BEAUD, Olivier; PASQUINO, Pasquale (Orgs.). **La controverse sur 'le gardien de la Constitution' et la justice constitutionnelle**. Kelsen contre Schmitt. Paris: Panthéon-Assas, 2007. p. 155-175.
- KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. 2. Aufl. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017.
- KELSEN, Hans. Von Wesen und Wert der Demokratie. 2. Aufl. In: JESTAEDT, Matthias; LEPSIUS, Oliver (Orgs.). **Verteidigung der Demokratie**. Abhandlungen zur Demokratietheorie, Tübingen: Mohr Siebeck, 2006.
- KELSEN, Hans. Wer soll der Hüter der Verfassung sein? In: OUYEN, Robert Chr. van (Org.). **Wer soll der Hüter der Verfassung sein?** Abhandlungen zur Theorie der Verfassungsgerichtsbarkeit in der pluralistischen, parlamentarischen Demokratie. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008.
- KELSEN, Hans. Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit. In: OUYEN, Robert Chr. van (Org.). **Wer soll der Hüter der Verfassung sein?** Abhandlungen zur Theorie der Verfassungsgerichtsbarkeit in der pluralistischen, parlamentarischen Demokratie. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008.
- KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meaning of Judicial Activism. **California Law Review**, v. 92, n. 5, p. 1441-1477, 2004. p. 1463-1477.

LAGI, Sara. **El pensamiento político de Hans Kelsen (1911-1920):** Los orígenes de De la esencia y valor de la democracia. Madrid: Biblioteca Nueva, 2007.

LEPSIUS, Oliver. Der Hüter der Verfassung – demokratietheoretisch betrachtet. In: BEAUD, Olivier; PASQUINO, Pasquale (Orgs.). **La controverse sur 'le gardien de la Constitution' et la justice constitutionnelle.** Kelsen contre Schmitt. Paris: Panthéon-Assas, 2007. p. 103-126.

OOYEN, Robert Chr. Van. **Bundesverfassungsgericht und politische Theorie.** Ein Forschungsansatz zur Politologie der Verfassungsgerichtsbarkeit. Wiesbaden: Springer, 2015.

OOYEN, Robert Chr. Van. **Der Staat der Moderne.** Hans Kelsens Pluralismustheorie. Berlin, Duncker & Humblot, 2003.

OOYEN, Robert Chr. Van. **Hans Kelsen und die offene Gesellschaft.** Wiesbaden: VS Verlag, 2010.

PASQUINO, Pasquale. Hans Kelsen: Verfassungsgerichtsbarkeit und Demokratietheorie. In: BEAUD, Olivier; PASQUINO, Pasquale (Orgs.). **La controverse sur 'le gardien de la Constitution' et la justice constitutionnelle.** Kelsen contre Schmitt. Paris: Panthéon-Assas, 2007. p. 19-31.

PAULSON, Stanley L. Hans Kelsen and Carl Schmitt. Growing Discord, Culminating in the "Guardian" Controversy of 1931. In: MEIERHEINRICH, Jens; SIMONS, Oliver (Eds.). **The Oxford handbook of Carl Schmitt.** New York: Oxford University Press, 2016. p. 510-546.

PREUß, Ulrich K. Carl Schmitt and the Weimar Constitution. In: MEIERHEINRICH, Jens; SIMONS, Oliver (Eds.), **The Oxford handbook of Carl Schmitt.** New York: Oxford University Press, 2016. p. 471-490.

SCHMITT, Carl. **Der Hüter der Verfassung.** 5. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 2016.

SCHMITT, Carl. **Verfassungslehre.** 8. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 1993.

SCHÖNBERGER, Christoph. Die Verfassungsgerichtsbarkeit bei Carl Schmitt und Hans Kelsen: Gemeinsamkeiten und Schwachstellen. In: BEAUD, Olivier; PASQUINO, Pasquale (Orgs.). **La controverse sur 'le gardien de la Constitution' et la justice constitutionnelle.** Kelsen contre Schmitt. Paris: Panthéon-Assas, 2007. p. 177-195.

SILVA, Matheus Pelegrino da. Positive oder Vorausgesetzte alternative Ermächtigung? Kelsens Lehre der alternativen Ermächtigung und die Bedingungen der Zuschreibung der rechtlichen Bedeutung für einen Akt. **Rechtstheorie,** no prelo, 2019.

SOMEK, Alexander. Politischer Monismus versus formalistische Aufklärung. Zur Kontroverse zwischen Carl Schmitt und Hans Kelsen. In: PAULSON, Stanley L.; WALTER, Robert, (Orgs.). **Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre**. Ergebnisse eines Wiener Rechtstheoretischen Seminars 1985/86. Wien: Manz, 1986. p. 109-136.

TROPER, Michael. Kelsen et la cour constitutionnelle. In: BEAUD, Olivier; PASQUINO, Pasquale (Orgs.). **La controverse sur 'le gardien de la Constitution' et la justice constitutionnelle**. Kelsen contre Schmitt. Paris: Panthéon-Assas, 2007. p. 83-101.