

O guardião da constituição: Hans Kelsen, o viajante cansado

The guardian of the constitution: Hans Kelsen, the weary traveler

Fernanda Filomena Fazoli Gotardelo, Mestre em Constitucionalismo e Democracia pela Faculdade de Direito do Sul de Minas. <https://orcid.org/0009-0007-6540-3547>

Resumo: A presente pesquisa analisa o debate ocorrido no ano de 1933 entre os juristas Hans Kelsen e Carl Schmitt sobre quem deveria ser o guardião da Constituição. Sob a perspectiva normativista, Kelsen defende que esse papel deve ser exercido pelas Cortes Constitucionais; em contrapartida Schmitt, fundamentado no decisionismo, atribui tal prerrogativa ao chefe do poder político. A metodologia pautou-se na revisão bibliográfica analítica, abrangendo obras dos dois autores e o diálogo com teorias contemporâneas. O estudo conclui que a guarda da Constituição deve ser realizada pelas Cortes Constitucionais, assegurando a estabilidade institucional e a preservação do pluralismo jurídico.

Palavras-chave: Hans Kelsen. Carl Schmitt. Debate jurídico. Guardião da Constituição.

Abstract: This research analyzes the debate held in 1933 between jurists Hans Kelsen and Carl Schmitt concerning the guardianship of the Constitution. From a normativist perspective, Kelsen argues that this role should be performed by Constitutional Courts; in contrast, Schmitt, grounded in decisionism, attributes such prerogative to the head of political power. The methodology was based on an analytical literature review, encompassing works by both authors and a dialogue with contemporary theories. The study concludes that the guardianship of the Constitution must be carried out by Constitutional Courts, ensuring institutional stability and the preservation of legal pluralism.

Keywords: Hans Kelsen. Carl Schmitt. Legal debate. Guardian of the Constitution.

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa analisa o debate jurídico estabelecido em 1933 entre Hans Kelsen e Carl Schmitt, cujo cerne reside na controversa definição sobre a guarda da Constituição. Enquanto a perspectiva normativista kelseniana advoga pela competência das Cortes Constitucionais como instâncias garantidoras da ordem

jurídica, o decisionismo de Schmitt sustenta que tal prerrogativa deve ser centralizada na figura do chefe do poder político. Trata-se de uma questão atemporal, pois o embate entre os autores concentra-se em uma indagação para o estudo do Direito: *quem deve ser o guardião da Constituição, as Cortes ou o chefe do poder político?*

Tal antagonismo alinha-se entre Constitucionalismo e Democracia, permitindo refletir sobre a importância das Cortes Constitucionais na proteção da sociedade contra manobras políticas ditatoriais e autoritárias. O contexto histórico desse debate remete ao período entreguerras quando o mundo ainda sofria os impactos da Primeira Grande Guerra Mundial (1914-1918) e a Alemanha estava prestes a vivenciar a ascensão de Adolf Hitler ao poder político. Para desvelar as complexidades desse embate, o presente artigo percorre as bases teóricas de ambos os juristas, confrontando normativismo de Kelsen com o decisionismo de Schmitt. Assim, esse estudo teórico não visa apenas o resgate histórico, mas a compreensão de como tais fundamentos moldam as instituições modernas.

Para a realização deste objetivo, emprega-se a metodologia analítica fundamentada na revisão bibliográfica. O estudo baseia-se em livros, artigos, resenhas, textos jornalísticos, e conteúdos audiovisuais disponíveis em plataformas *online*, permitindo o exame das duas perspectivas em disputa. Tal abordagem possibilita refletir sobre a diversidade de autores que discutem o tema, ressaltando sua relevância acadêmica para a compreensão das tensões institucionais contemporâneas.

Percebe-se, assim, a relevância desse debate jurídico para a comunidade científica, estendendo-se do contexto original de produção às discussões atuais. A influência intelectual de Kelsen e Schmitt para o pensamento jurídico, assegura a atualidade dessa pesquisa ao propor reflexões que transcendem o cenário entreguerras. Contribuindo para a análise de temas que atravessam diferentes períodos históricos, dada a importância dessa dicotomia para a Ciência do Direito e para a compreensão das tensões permanentes entre a norma jurídica e a vontade política.

2 ANALISANDO HANS KELSEN

A trajetória de Kelsen, marcada por sucessivos exílios e perseguições ideológicas, transcende o mero relato biográfico para se converter no fundamento de sua produção intelectual. A figura do viajante cansado, expressão adotada pelo próprio jurista em sua autobiografia,¹ ao vislumbrar o Oceano Pacífico em seu último refúgio, sintetiza sua proposta teórica: a Teoria Pura do Direito surge como um anteparo contra o arbítrio. Para Kelsen, o exílio imposto pela política evidenciava a vulnerabilidade do ordenamento jurídico quando este se torna submisso a ideologias, justificando a necessidade de uma Ciência do Direito autônoma e imune a instrumentalizações de poder.

Para além de sua história pessoal, Kelsen é reconhecido pelo refinamento técnico de sua teoria, sendo amplamente aclamado pelas contribuições deixadas à Ciência do Direito. O rigor científico de sua produção é um marco para o pensamento jurídico, conforme observa Simioni (2014):

[...] foi com Kelsen e a sua teoria pura do direito que a autonomia do acontecimento jurídico conquistou sua mais refinada fundamentação científica. Para Kelsen, o direito não poderia ser concebido nem como interesses sociais, tampouco como uma motivação psíquica 1718. A unidade analítica de Kelsen passou a ser a norma jurídica, como o resultado da interpretação sintático-linguística dos textos jurídicos. (...) Assim Kelsen dotou o direito não apenas de uma autonomia operacional, mas sobretudo construiu uma autonomia científica do acontecimento jurídico com base na análise linguística própria do direito².

Essa abordagem representou um avanço significativo para a Teoria do Direito e para os estudos sobre a interpretação e a decisão judicial, demonstrando que o pensamento kelseniano superou os paradigmas de pesquisa vigentes até então. Sobre essa evolução teórica, Streck (2017) observa:

¹ KELSEN, Hans. *Autobiografia de Hans Kelsen*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012.

² SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 777-778.

É preciso compreender, em síntese, que, enquanto as demais teorias positivistas tratavam diretamente da lei, Kelsen deu um salto e preferiu tratar do discurso científico sobre a lei e o Direito. E isso só foi possível com os pressupostos neopositivistas, reconhecidos por autores como Luiz Alberto Warat e Norberto Bobbio. Nessa construção da ciência como metalinguagem reside a diferença fulcral de sua teoria em relação aos demais positivismos³.

Ao estabelecer a distinção entre o Direito e a Ciência do Direito, Kelsen estrutura sua teoria situando a norma hipotética fundamental como o ponto de partida para a comunicação entre o ordenamento e a sociedade. Streck (2019) afirma que esse avanço é central para a hermenêutica jurídica. Nessa perspectiva “[o] Direito é a linguagem-objeto, a ciência do Direito é a metalinguagem: dois planos distintos e incomunicáveis⁴”, que garantem o rigor analítico da disciplina e a autonomia do pensamento jurídico.

É esse rigor metodológico, pautado na distinção entre metalinguagem e linguagem-objeto, que é possível enfrentar a persistente disputa sobre quem deve exercer, de fato, a guarda da Constituição. Para desvelar como essa estrutura redefine o papel do intérprete, a perspectiva de Streck (2017) demonstra que o estatuto da pureza kelseniana não se aplica ao fenômeno jurídico em si, mas ao olhar científico que sobre ele se debruça:

[...] em Kelsen, há uma cisão entre Direito e Ciência do Direito que irá determinar, de maneira crucial, seu conceito de interpretação. A “pureza” em Kelsen, é da Ciência do Direito e não do Direito. Por isso, a interpretação, em Kelsen, será fruto de uma cisão: interpretação como ato de vontade e interpretação como ato de conhecimento⁵.

Essa distinção contribui para a compreensão do pensamento de Kelsen, pois destaca a relação entre o ato interpretativo e a proteção dos princípios

³ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento, 2017. p. 19.

⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Compreender direito – hermenêutica*. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 67.

⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento, 2017. p. 17.

constitucionais. Percebe-se que, para o autor, a interpretação jurídica ocorre justamente por essa cisão. Assim, o que garante a segurança do sistema não é a ausência de vontade, mas sim o fato dessa vontade ser exercida dentro dos limites da moldura normativa.

Na obra *Teoria Pura do Direito*⁶, Hans Kelsen discorre sobre os métodos de interpretação, esclarecendo que o Direito Positivo não comporta uma única resposta correta. Segundo o autor, pode haver múltiplas interpretações válidas, desde que situadas no confronto entre as normas da ordem jurídica. É nesse cenário que Kelsen introduz a metáfora da moldura, estabelecendo que, dentro desses limites normativos, encontram-se diversas possibilidades para a formação da decisão jurídica. É precisamente nesse ponto que a moldura kelseniana tensiona a visão de Schmitt: enquanto para este a decisão é um ato de vontade pura que institui a própria ordem, para Kelsen, essa vontade é domesticada pela estrutura normativa. Assim, a decisão não é um impulso soberano, mas uma escolha técnica limitada por fronteiras jurídicas.

Dessa articulação, depreende-se que a interpretação possui um espaço de mobilidade definida pela célebre metáfora da moldura. Dentro desses limites normativos, o intérprete encontra diversas possibilidades de sentido, cabendo-lhe decidir por uma delas no momento da aplicação do Direito. Vale ressaltar que essa sofisticação teórica é aprofundada na segunda edição da *Teoria Pura do Direito*, versão que apresenta maior densidade analítica ao detalhar o funcionamento desse espaço de movimentação do magistrado e o papel da Ciência do Direito.

A partir das disposições da *Teoria Pura do Direito*, Kelsen pretendia alcançar maior segurança jurídica às decisões dos tribunais, reduzindo as influências do poder político sobre as possíveis interpretações no ordenamento. O núcleo desse processo reside na linguagem normativa, ferramenta que confere autonomia à Ciência do Direito e permite que a aplicação da norma ocorra de forma técnica e objetiva, preservando a independência do sistema jurídico frente a interesses externos.

⁶ KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

Quanto à compreensão da hierarquia das normas na teoria kelseniana, a organização escalonada do sistema jurídico revela-se necessária para a manutenção da unidade do ordenamento. Nesse sentido, Simioni (2014) esclarece que a interpretação deve acompanhar o processo de aplicação do Direito em sua transição entre os diferentes níveis normativos, pontuando o seguinte:

Kelsen define a interpretação como “uma operação mental que acompanha o processo de aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior”. A ideia de interpretação, aqui, fica reduzida então a uma operação lógica de dedução do sentido de uma norma jurídica, que parte das normas hierarquicamente superiores para as normas inferiores. A interpretação é um ato de conhecimento e de aplicação do direito⁷.

A aplicação do Direito pressupõe, portanto, uma compreensão abrangente do sistema jurídico, de modo que as diversas possibilidades normativas sejam observadas sem que se negligencie qualquer hipótese contida no ordenamento. Conforme pontua Simioni (2014) o ato de “interpretar é compreender as possibilidades de sentido e não um único sentido⁸”, superando a busca por uma resposta única e evidenciando o refinamento analítico presente no pensamento de Kelsen. Nesse contexto o autor destaca a expressiva contribuição da teoria kelseniana para o Direito na atualidade, ressaltando como seus fundamentos permanecem relevantes para a estruturação das práticas jurídicas atuais:

[...] a teoria pura de Kelsen, embora fundamentada simplesmente em uma exigência científica, apresentou-se como uma teoria adequada também para satisfazer três exigências importantes para uma concepção moderna de direito: a) autonomia do direito tanto em relação aos interesses sociais quanto ao reconhecimento psíquico do dever; b) um maior grau de abstração do direito para ampliar o seu campo de aplicação para além dos conflitos de interesses, já que, por exemplo, os acidentes tecnológicos já não podiam ser julgados na forma de

⁷ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 192.

⁸ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014.

interesses; e c) possibilidade de conectar o direito à ideia de um instrumento das políticas públicas do Estado de Bem-estar Social, quer dizer, um direito desconectado agora aos interesses do Estado- já que, não custa lembrar, na época mantinha-se de modo bastante forte e consolidada a semântica política liberal da oposição entre Estado e sociedade⁹.

Essa perspectiva estabelece uma nova “atitude interpretativa”¹⁰ do Direito, baseada em princípios que integram a própria normatividade do sistema jurídico, assegurando que a construção do sentido normativo ocorra dentro dos limites estabelecidos pela estrutura legal. Tal abordagem reforça a autonomia do fenômeno jurídico e garante que a aplicação da norma permaneça vinculada ao rigor do sistema, mesmo diante das complexidades das políticas contemporâneas.

Para que essa arquitetura jurídica não permanecesse apenas no plano abstrato, Kelsen projetou um modelo institucional específico para a guarda da Constituição: o Tribunal Constitucional. Ao contrário da visão personalista de Schmitt, Kelsen defendia que a proteção do ordenamento deveria caber a um órgão técnico e independente. Nessa função, o Tribunal não teria o poder de criar leis baseado na vontade política, mas possuiria a autoridade técnica para anular atos que violassem a hierarquia normativa. Esse desenho institucional assegura o Guardião como um mecanismo de controle dentro do próprio Estado de Direito, garantindo a supremacia da Constituição por meio do rigor processual.

Em contrapartida ao caráter personalista do decisionismo de Schmitt, Kelsen priorizava dimensões democráticas das decisões políticas. Para o autor, a legitimidade do sistema jurídico deve estar amparada em procedimentos que assegurem o equilíbrio institucional, distanciando a aplicação da norma do arbítrio individual do governante. Essa ênfase no rito democrático como garantia de liberdade é evidenciada no trecho a seguir:

⁹ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 151-152.

¹⁰ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014.

Como bem salientou João Batista Marques em artigo recente, a democracia para Kelsen é procedimental, ou seja: (...) de maneira a ser exercida por representantes em um órgão articulador das decisões políticas relevantes, mediante um método ou procedimento formal de tomada de decisões baseado na transação, na negociação, que deverá existir entre a maioria e a minoria, com o necessário respeito à segunda¹¹.

A análise do texto supracitado evidencia a essência democrática da Teoria de Kelsen, que já naquela época ressaltava a importância da participação das minorias no processo legislativo. Para o autor, o regime democrático não se resume à imposição da vontade da maioria, mas pressupõe um ambiente de diálogo, negociação e respeito aos grupos minoritários dentro da dinâmica governamental. Esse compromisso com a proteção do pluralismo e das garantias institucionais constitui um dos legados do pensamento kelseniano para o Direito contemporâneo.

3 ANALISANDO CARL SCHMITT

Carl Schmitt destaca-se como um dos especialistas mais significativos e controversos no Direito Constitucional e Internacional do século XX. A relevância acadêmica decorre da densidade da produção intelectual do autor, ao passo que a controvérsia em torno da trajetória associa-se à atuação como jurista da Coroa do Terceiro Reich, do partido nazista. Entre as principais referências teóricas schmittianas, sobressai a Teoria do Poder Neutro de Benjamin Constant, que concebe a existência de uma quarta função estatal destinada a regular o equilíbrio entre os três poderes e a garantia das liberdades individuais.

A transposição desse conceito para o pensamento de Schmitt revela-se essencial para fundamentar a atribuição da guarda da Constituição ao chefe de Estado. Acerca dessa influência e das nuances que cercam tal proposição, Pereira e Baracho Jr. (2019) dispõem o seguinte:

¹¹ GODOY, Paula Véspoli. *Hans Kelsen e Carl Schmitt: o debate entre normativismo e decisionismo*. 2010. 131 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 107.

Segundo a teoria do poder neutro de Constant, marco teórico de Schmitt na proposição do chefe do Estado como guardião da Constituição, não haveria violação ao princípio da separação dos poderes, ao conferir excessivas atribuições e competências ao representante máximo do Poder Executivo; pelo contrário, a assunção de tal poder ao chefe de Estado, o qual se encontra em uma posição neutra, faz-se necessária para a manutenção do equilíbrio entre os Poderes, legitimando, assim, sua atribuição de defensor da Constituição¹².

Surge, no entanto, um questionamento: seria possível ao chefe do Poder Executivo ocupar uma posição efetivamente neutra? A análise crítica sugere que a vinculação prévia a ideologias político-partidárias torna a imparcialidade de difícil alcance, o que possibilita a manipulação da interpretação do ordenamento jurídico para o atendimento de interesses particulares. Tal cenário compromete a integridade das instituições e abre margem para o autoritarismo que contraria os princípios fundamentais da democracia.

Dessa forma, o decisionismo fundamenta-se na vontade soberana que precede e sustenta a ordem jurídica. Para aprofundar a compreensão sobre as bases dessa perspectiva existencial do Direito e sua reação ao racionalismo normativista, Baracho (1978) observa:

[O] conceito existencial-decisionista, baseado em Carl Schmitt, cuja visão do mundo jurídico está animada pela reação contra o normativismo e o racionalismo, de modo que a ideia de criação jurídica estatal é dominada pela ação volitiva que passa a ser conhecida como “decisão política”. No começo e no término do processo jurídico-político existe, para Schmitt, um elemento voluntarista, a decisão, que é o fiat lux, criador das normas e que as acompanha em sua existência e aplicação¹³.

¹² PEREIRA, Brunno Cláudio Penna Amorim; BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. O debate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt sobre a custódia da Constituição. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 35, n. 1, p. 317-333, jan./jun. 2019.

¹³ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria da Constituição. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 15, n. 58, p. 27-54, abr./jun. 1978. p. 34-35.

Para contrapor as críticas de seus oponentes, Schmitt (2009) aprofunda a fundamentação de sua teoria, assumindo que a guarda da Constituição exige uma capacidade de decisão que transcende a técnica jurídica, conforme se observa no registro a seguir:

Carl Schmitt sustenta que a essência da Constituição é ser o conjunto de decisões políticas fundamentais do poder constituinte. Referindo-se à Constituição de Weimar assinala que ela constitui:

- a) A decisão em favor da democracia;
- b) A decisão em favor de uma estrutura de forma federal;
- c) A decisão em favor de direitos fundamentais;
- d) A decisão em favor da divisão de poderes¹⁴.

Em oposição à Kelsen, a perspectiva de Schmitt concentra-se na primazia da decisão política em que a soberania vincula-se à capacidade de decidir e defender a nação frente ao inimigo, conceito este de natureza estritamente pública e política. Em Schmitt, as peculiaridades da ação política não decorrem de critérios morais, estéticos ou econômicos, mas da capacidade de identificar a alteridade hostil que põe em risco a existência do grupo. Segundo Schmitt: “A diferenciação especificamente política, à qual se podem reconduzir as ações e os motivos políticos, é a diferenciação entre amigo e inimigo¹⁵”. Essa fronteira existencial é o que, em última análise, define a unidade e a autoridade soberana.

Somada a essa distinção, sobressai a crítica de Schmitt ao liberalismo. Para o jurista, o modelo liberal neutraliza o Estado e afronta a soberania do chefe do poder político, diluindo a capacidade decisória necessária para a manutenção da ordem e da paz social. Conforme destaca: “De uma maneira completamente sistemática, o pensamento liberal contorna ou ignora o Estado e a política¹⁶”. É nesse cenário de necessidade de uma autoridade inquestionável que Schmitt propõe sua definição

¹⁴ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria da Constituição. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 15, n. 58, p. 27-54, abr./jun. 1978. p. 32.

¹⁵ SCHMITT, Carl. *O conceito do Político*. Belo Horizonte: Alianza Editorial, 2009. p. 50-51.

¹⁶ SCHMITT, Carl. *O conceito do Político*. Belo Horizonte: Alianza Editorial, 2009. p. 123.

mais célebre: “Soberano é quem decide sobre o estado de exceção¹⁷”, estabelecendo que o poder supremo se manifesta precisamente no momento da ruptura da normalidade jurídica. Nessa perspectiva a soberania manifesta-se na capacidade de agir em situações críticas nas quais o ordenamento jurídico mostra-se insuficiente. Acerca desse debate e do contraste entre a decisão e o formalismo kelseniano, Godoy (2010) nos explica:

Neste prólogo, Legaz y Lacambra destaca a importância de Carl Schmitt na paisagem cultural compreendida entre os anos de 1918 e 1939. Os intelectuais da época se atraíam pela grande cultura alemã e, por isso, tinham que estudar duas figuras importantes: Hans Kelsen e Carl Schmitt. Enquanto Kelsen buscava no formalismo o refúgio das possíveis verdades jurídicas, Schmitt verifica a situação concreta, pela razão, e afirmava o poder personalista da decisão¹⁸.

A prerrogativa de decidir sobre o estado de exceção, entre outras medidas jurídico-políticas, implica a detenção do poder supremo para deliberar sobre questões existenciais do Estado, como a guerra e a paz. Essa perspectiva decorre de uma interpretação extensiva do artigo 48 da Constituição de Weimar, dispositivo que confere ao Presidente do Reich a autoridade para adotar medidas extraordinárias em momentos de crise, como o Estado de exceção.

Tais atribuições incluíam a capacidade de intervir diretamente na ordem jurídica e suspender direitos civis, sob a justificativa de restabelecer a segurança e a ordem pública. Ao destacar essa competência, Schmitt consolida a figura do chefe do poder político como o guardião da unidade política, cujo poder se manifesta na capacidade de agir além das limitações normativas quando a sobrevivência do Estado está em risco.

Art. 48- Se um estado não cumpre os deveres que lhe incumbem a Constituição ou as leis do Reich, o presidente do Reich pode usar força militar para lhes obrigar. No caso da segurança pública ser seriamente ameaçada ou perturbada, o Presidente

¹⁷ SCHMITT, Carl. *O conceito do Político*. Belo Horizonte: Alianza Editorial, 2009.

¹⁸ GODOY, Paula Véspoli. *Hans Kelsen e Carl Schmitt: o debate entre normativismo e decisionismo*. 2010. 131 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 91.

do Reich pode tomar as medidas necessárias para restabelecer a lei e a ordem, se necessário utilizando da força armada. Na consecução deste objetivo ele pode suspender os direitos civis descritos nos artigos 114, 115, 117, 118, 123, 124 e 153, parcial ou totalmente¹⁹.

O Presidente do Reich deve informar o Reichstag imediatamente sobre todas as medidas tomadas baseadas nos parágrafos 1 e 2 do presente artigo. As medidas têm de ser imediatamente suspensas se o Reichstag exigir.

Se o perigo for iminente, o governo estadual pode, para o seu território específico, implementar medidas, como descritas no parágrafo 2. Estas medidas devem ser suspensas se assim o exigirem o presidente do Reich ou o Reichstag.

Maiores detalhes serão estabelecidos pela legislação do Reich²⁰.

Mesmo diante dessa construção do poder soberano, identifica-se, contudo, uma lacuna teórica no pensamento de Schmitt ao sugerir que a decisão judicial seria um ato puramente mecânico de aplicação de uma vontade política pré-existente. Essa visão é contraposta pela perspectiva kelseniana, que demonstra o caráter produtivo e constitutivo da jurisdição. No Direito contemporâneo a atividade do magistrado não se limita a uma subsunção passiva, pelo contrário, envolve a interpretação do ordenamento jurídico como um sistema complexo, permitindo que a decisão seja construída a partir das múltiplas possibilidades normativas oferecidas pelo sistema e não apenas como um reflexo de decisões políticas externas. Contudo, a persistência desse antagonismo entre a norma e a exceção faz com que o debate de 1933 não se encerre no passado, mas encontre novos desdobramentos nas tentativas atuais de compreender o conflito político dentro da democracia.

¹⁹ PARLAMENTO FEDERAL ALEMÃO. *Lei Federal da República Federal da Alemanha*. Versão alemã de 23 de maio de 1949. Edição de junho de 2022. Tradutor: Assis Mendonça, Aachen Revisor jurídico: Urbano Carvelli, Bonn. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>.

²⁰ GODOY, Paula Véspoli. *Hans Kelsen e Carl Schmitt: o debate entre normativismo e decisionismo*. 2010. 131 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.

Exemplo dessa atualização teórica é o trabalho de Mouffe (2015), que, ao analisar a obra de Schmitt, propõe a transposição do conceito de antagonismo para o de agonismo. Nessa perspectiva, a autora busca ressignificar a figura do inimigo schmittiano, convertendo-a na categoria de adversário político. Diferente do inimigo - cuja existência em Schmitt pressupõe uma ameaça existencial e a possibilidade de eliminação -, o adversário é compreendido como um oponente legítimo que integra a disputa democrática.

Esse embate ocorre sob regras institucionais previamente estabelecidas, nas quais o conflito não é suprimido, mas canalizado por meio de procedimentos que conferem legitimidade ao vencedor sem desqualificar a existência do derrotado. Tal reformulação revela-se necessária para a manutenção da democracia, pois permite que a divergência política subsista sem degenerar em violência ou na negação absoluta do outro, transformando a luta pela hegemonia em uma competição institucionalizada. Sobre a natureza dessa relação agonística, Mouffe (2015) esclarece:

(...) entendo por “o político” a dimensão de antagonismo que considero constitutiva das sociedades humanas, enquanto entendo por “política” o conjunto de práticas e instituições por meio das quais uma ordem é criada, organizando a coexistência humana no contexto conflituoso produzido pelo político²¹.

Continua a autora: “Se por um lado queremos reconhecer a permanência da dimensão antagonística do conflito, e por outro permitir a possibilidade de que ele seja “domesticado”, é necessário considerar um terceiro tipo de relação. É esse tipo de relação que eu sugeri chamar de “agonismo”²²”. Para a autora, este segundo estágio da modernidade - conhecida como modernidade reflexiva - exige uma transformação dos velhos conceitos sobre a política e o político.

Dessa forma, o agonismo oferece uma resposta ao dilema do Guardião da Constituição. Ao deslocar o foco da disputa entre cortes ou chefes de Estado, a perspectiva agonística sugere que a verdadeira guarda da constituinte reside no

²¹ MOUFFE, Chantall. *Sobre o Político*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015. p. 8.

²² MOUFFE, Chantall. *Sobre o Político*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015. p. 19.

próprio procedimento democrático. Nesse sentido, o Guardião deixaria de ser uma autoridade absoluta e isolada para se tornar o compromisso com as regras que permitem o conflito.

Nessa mesma linha de análise sobre Schmitt, Rodrigues (2005) evidencia o caráter ditatorial atribuído à teoria de Schmitt. Contudo, tal alusão foi contestada por Schmitt no decorrer do debate com Kelsen, sob o argumento de que a democracia poderia estar presente em diferentes regimes de governo. Essa perspectiva busca redefinir a democracia a partir da unidade política do povo, conforme se observa no trecho a seguir:

A democracia para ele é a identidade da unidade política do povo com seu governante, ou seja, a identidade entre governantes e governados, dominadores e dominados. Por isso, não necessariamente a democracia se opõe à ditadura. Pode haver uma democracia pacifista ou militarista, liberal ou absolutista²³.

Dadas as controvérsias expostas, ratifica-se a relevância e atualidade do tema, especialmente para as pesquisas em Constitucionalismo e Democracia. O embate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt permanece necessário para fomentar as reflexões acadêmicas sobre os fundamentos da Teoria da Constituição, da Democracia, do Direito e da Hermenêutica Jurídica. Dada a profundidade das questões apresentadas, o debate transcende o campo jurídico e estabelece um diálogo interdisciplinar com a Ciência Política, a História, a Sociologia e a Psicanálise, consolidando-se como uma referência para os estudos sobre a decisão e a interpretação jurídica.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há de se ressaltar a qualidade argumentativa do debate em pauta, no qual ambas as vertentes apresentam argumentos de elevada densidade teórica e resistência analítica. Contudo, visando estabelecer um posicionamento institucional, este

²³ GODOY, Paula Véspoli. Hans Kelsen e Carl Schmitt: o debate entre normativismo e decisionismo. 2010. 131 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 62.

estudo filia-se à perspectiva que identifica nas Côrtes Constitucionais o foro adequado para o exercício da guarda da Constituição.

Nesse sentido, Barroso (2023) destaca o papel da jurisdição constitucional na arquitetura do Estado Democrático de Direito, pontuando que:

Tais cortes e tribunais podem declarar a inconstitucionalidade de atos do Legislativo e do Executivo, tendo como um de seus principais papéis arbitrar as tensões que muitas vezes existem entre constitucionalismo e democracia- i.e., entre direitos fundamentais e soberania popular. Cabe a essas cortes e tribunais protegerem as regras do jogo democrático e os direitos de todos contra eventuais abusos de poder por parte da maioria, bem como resolver os impasses entre os Poderes. Em muitas partes do planeta, elas têm sido um importante antídoto contra o autoritarismo²⁴.

Entende-se, portanto, que as Cortes Constitucionais, ao exercerem a Guarda da Constituição, reúnem os pressupostos de tecnicidade, imparcialidade, impessoalidade necessários para a preservação do sistema jurídico. Essa atuação institucional amplia as garantias de êxito do regime democrático de direito, ao passo que estabelece as barreiras contra o arbítrio e o abuso de poder. Assim, assegura-se que a proteção das normas não seja vulnerabilizada por interesses políticos imediatistas, consolidando a estabilidade e o equilíbrio entre as instituições.

A Hermenêutica também incorporou o legado deixado por Kelsen, reconhecendo a profundidade das transformações introduzidas em sua teoria para a evolução do pensamento jurídico. O pensamento kelseniano permitiu que a aplicação do Direito superasse o formalismo estrito das escolas clássicas, conforme desvelado a seguir: “Porém, é com Kelsen que ocorreu uma transformação significativa no compreender o direito, além de ter sido aceito pela academia jurídica: agora, o juiz

²⁴ BARROSO, Luís Roberto. Populismo, autoritarismo e resistência democrática: as cortes constitucionais no jogo do poder. *Revista Direito e Práx.* Rio de Janeiro, v. 14, n. 3, p. 1652-1685, 2023.

pode interpretar, e até criar direito, contrariando quase que totalmente a ideia da Escola Exegética²⁵”

A virada linguística representou um avanço para a Ciência do Direito, consolidando a aplicação do sentido sintático-analítico na interpretação jurídica. Embora a obra kelseniana tenha delimitado o campo científico à descrição da norma, tal abordagem estabeleceu as bases para que as teorias da argumentação pudessem, posteriormente, aprofundar a análise sobre a racionalidade das decisões.

O reconhecimento desse legado é igualmente ratificado nas investigações de Simioni, que ressalta a perenidade do rigor metodológico de Kelsen para a compreensão do fenômeno jurídico na atualidade. A análise de Simioni (2014) reforça a ideia de que a sofisticação teórica do autor permanece como referência para o estudo da norma, conforme se observa a seguir:

Mais do que um deleite sobre conceitos já bem conhecidos, mais do que reconstruir as peças de um castelo já construído, a teoria da interpretação de Hans Kelsen continua sendo um importante esforço de justificação- ainda que puramente formal- da autonomia do direito e da decisão jurídica²⁶.

Apesar da análise elucidar as limitações das fronteiras desse embate político, conclui-se que o cerne da questão transcende a mera identificação do guardião da Constituição. O imperativo reside na eficácia das normas constitucionais, garantindo que os preceitos sejam efetivamente respeitados e concretizados no seio das sociedades por elas regidas. Em última análise, a preservação do Estado Democrático de Direito depende menos da disputa pela titularidade da guarda e mais da capacidade do ordenamento jurídico em projetar sua força normativa sobre a realidade social. Ao superarmos a dicotomia entre Kelsen e Schmitt, percebemos que o verdadeiro guardião da Constituição é a própria democracia em

²⁵ SILVA FILHO, Edson Vieira da; FERMINO, Marcela Modesto. As relações da interpretação jurídica com a proteção dos princípios fundamentais constitucionais: uma aproximação hermenêutica imprescindível para o século XXI. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 51, n. 157, 2024. p. 70.

²⁶ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 141-142.

exercício, assegurando que o texto constitucional não seja apenas uma folha de papel, mas uma garantia de direitos para todos os cidadãos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria da Constituição. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 15 n. 58, abr./jun. 1978.

BARROSO, Luís Roberto. Populismo, autoritarismo e resistência democrática: as cortes constitucionais no jogo do poder. *Revista Direito e Práx.* Rio de Janeiro, v. 14, n. 3, p. 1652-1685, 2023.

GODOY, Paula Véspoli. *Hans Kelsen e Carl Schmitt: o debate entre normativismo e decisionismo*. 2010. 131 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.

MOUFFE, Chantall. *Sobre o Político*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015.

PEREIRA, Brunno Cláudio Penna Amorim; BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. O debate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt sobre a custódia da Constituição. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 35, n. 1, p. 317-333, jan./jun. 2019.

RODRIGUES, Cândido Moreira. Apontamentos sobre o pensamento de Carl Schmitt: um intelectual nazista. *Sæculum - Revista de História*, João Pessoa, n. 12, p. 77-86, 2005.

SCHMITT, Carl. *O conceito do Político*. Belo Horizonte: Alianza Editorial, 2009.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *Compreender direito – hermenêutica*. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

Recebido em: 22/04/2026

Aprovado em: 05/05/2026