

# ENTRE O DIREITO E A POLÍTICA: A CONSTITUIÇÃO EM KELSEN E SCHMITT

BETWEEN LAW AND POLITICS: THE CONSTITUTION IN KELSEN AND SCHMITT

*Samuel Cruz de Paula Marques<sup>1</sup>*

**RESUMO:** Este artigo realiza uma análise comparativa entre as teorias de Hans Kelsen e Carl Schmitt, a partir das obras “Teoria Geral do Direito e do Estado” e “Teoria da Constituição”, respectivamente. O enfoque será dado na questão constitucional e na sua interpretação a partir da teoria de ambos. A exposição estrutura-se em duas dimensões analíticas: (i) os fundamentos históricos e teóricos de cada autor; (ii) as diferenças conceituais quanto à forma, função, legitimidade e suspensão da constituição. Conclui-se que Kelsen e Schmitt não apenas representam modelos teóricos contrastantes, mas expressam respostas antagônicas aos dilemas centrais da modernidade constitucional.

**Palavras-chave:** Hans Kelsen. Carl Schmitt. Positivismo. Decisionismo. Teoria constitucional.

**ABSTRACT:** This article presents a comparative analysis between the theories of Hans Kelsen and Carl Schmitt, based on their works “General Theory of Law and State” and “Constitutional Theory”, respectively. A snip will be made regarding the constitutional case and its interpretation based on the theory of both. The exhibition will be structured in two analytical dimensions: (i) the historical and theoretical foundations of each author; (ii) conceptual differences regarding the form, function, legitimacy and suspension of the constitution. It is concluded that Kelsen and Schmitt not only represent contrasting theoretical models, but embody opposing responses to the central dilemmas of constitutional modernity.

**Keywords:** Hans Kelsen. Carl Schmitt. Positivism. Decisionism. Constitutional theory.

## 1. INTRODUÇÃO

A modernidade trouxe consigo um ponto nodal, uma questão central, a necessidade de construção de um novo paradigma político jurídico: as constituições. O século XX – já sob um extenso arcabouço conceitual de teorias do Estado e da Constituição<sup>2</sup> elaboradas previamente – foi palco da intensificação desta discussão e de um embate paradigmático entre duas de suas maiores teorias jurídicas: de um lado, a pureza metodológica e normatividade formal proposta por Hans Kelsen; do outro, a concepção decisionista e material de Carl Schmitt. Ambos pensadores alemães, suas formulações teóricas conversam com tradições distintas<sup>3</sup>, mas possuem um ponto de convergência: tanto o positivismo kelseniano quanto o decisionismo schmittiano se desenvolvem em íntima correlação com as transformações político-institucionais da Alemanha do final do século XIX e início do século XX. A República de Weimar, em especial, se constituiu como pano de fundo imediato para a elaboração de suas respectivas obras e a radicalização de suas divergências.

1 Graduando em Direito pela Universidade de Brasília. Integrante do CECC (Centro de Estudos de Constitucional Comparado). E-mail para contato: samuelmcruz5@gmail.com

2 O “arcabouço conceitual” a que se faz referência compreende a consolidação de distintas matrizes teóricas no pensamento jurídico e político europeu, como a Teoria Geral do Estado de Georg Jellinek, por exemplo.

3 Refere-se ao contraste entre o normativismo jurídico de Kelsen e o decisionismo político de Schmitt, raízes teóricas que expressam respostas opostas à crise do liberalismo no século XX.

Não obstante, suas teses transcenderam o contexto alemão e se transformaram em verdadeiros paradigmas político-jurídicos que embasam até hoje as mais diversas discussões da teoria constitucional. A normatividade pura e a construção escalonada estrutural de Kelsen continuam a influenciar modelos de controle de constitucionalidade e formulações normativas sobre o Estado de Direito. Por sua vez, a ideia da constituição como decisão política originária do poder constituinte de Schmitt reverbera em debates sobre legitimidade democrática, soberania, regimes de exceção e identidade coletiva.

É neste contexto, portanto, que o presente artigo se insere. Seu objetivo é realizar uma breve sistematização da teoria destes dois pensadores - em especial analisar as principais obras de Kelsen e Schmitt, “Teoria geral do Direito e do Estado”<sup>4</sup> e “*Constitutional Theory*”<sup>5</sup>, respectivamente. Será feito um recorte na questão da constituição e nas suas divergências conceituais.

O artigo estrutura-se em dois eixos principais: (i) a construção dos principais fundamentos teóricos de cada autor, inseridos em seu contexto histórico; (ii) a exposição da tensão contrastante entre seus enfoques – a partir do entendimento da forma, função, legitimidade e suspensão constitucional de cada um.

## 2. KELSEN E SCHMITT: CONTEXTO HISTÓRICO E TEÓRICO

O confronto entre as teorias constitucionais de Hans Kelsen e Carl Schmitt só é plenamente compreendido à luz do contexto histórico e teórico que o moldou. Ambos autores são frutos da Alemanha do final do século XIX e do século XX, que passou por intensas transformações em sua estrutura político-institucional: foi reconhecida oficialmente como uma unidade política unificada e independente (1871);<sup>6</sup> viu a ascensão e queda de um império (1871-1918)<sup>7</sup>; se configurou como uma república (1918-1933)<sup>8</sup>; se constituiu em um Estado autoritário nazista<sup>9</sup>, e, sem sucesso, foi protagonista de mais uma guerra de escala mundial (1939-1945).

Essa turbulência claramente suscitou uma discussão no que tange à eficácia do parlamentarismo liberal e dos princípios democráticos como sistemas de organização política. Estes desafios, portanto, tornaram-se as questões centrais na Alemanha do século XX e vieram acompanhadas de diversas abordagens teóricas que buscavam solucionar tal problemática. Dentre elas, duas em particular se destacaram. Tanto Kelsen quanto Schmitt foram produtos e protagonistas da Alemanha entre guerras - campo prático que permitiu que suas teorias fossem testadas, instrumentalizadas e/ou rejeitadas – e, portanto, sofre-

4 KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. Revisão técnica de Pérciles Prade. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

5 SCHMITT, Carl. **Constitutional theory**. Tradução de Jeffrey Seitzer. Durham; London: Duke University Press, 2008.

6 SARLET, Wolfgang Ingo; GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **História constitucional da Alemanha: da Constituição da Igreja de São Paulo à Lei Fundamental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 84-91.

7 STOLLEIS, Michael. **O direito público na Alemanha: uma introdução à sua história do século XVI ao XXI**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 91-100

8 SARLET, Wolfgang Ingo; GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *op. cit.*, p. 129-147.

9 *Ibid.*, p. 207-210.

ram grande influência de seus desdobramentos; as respostas teóricas dadas a estes desafios, contudo foram radicalmente divergentes.

Hans Kelsen surge como um dos principais expoentes da tradição juspositivista europeia<sup>10</sup>. Seu objetivo nunca foi estabelecer uma metodologia que analisasse o direito como “um produto da justiça, como o filho humano de um progenitor divino<sup>11</sup>” – como lhe é frequentemente atribuído –, mas sim a delimitação de uma ciência que, nas palavras de Kelsen:

insiste numa distinção clara entre o Direito empírico e a justiça transcendental, excluindo esta de seus interesses específicos. Ela vê o Direito não como a manifestação de uma autoridade supra-humana, mas como uma técnica social específica baseada na experiência humana; a teoria pura recusa-se a ser uma metafísica do direito<sup>12</sup>.

Formado no ambiente austro-húngaro anterior à Primeira Guerra Mundial e ativo na participação da Constituição austríaca de 1920<sup>13</sup>, desloca-se posteriormente para o contexto alemão; Kelsen vai propor uma reconfiguração da ordem jurídica capaz de manter a previsibilidade e coerência do sistema, por meio de uma democracia liberal que expressa a vontade de uma comunidade regulada por uma ordem normativa<sup>14</sup>. Suas ideias de norma fundamental e hierarquia normativa vão buscar solucionar as tensões entre legalidade e legitimidade que marcam o pós-guerra e evidenciam uma clara característica kelseniana: a racionalização analítica e a abordagem científica.

Schmitt vai radicalmente contra a linha adotada por Kelsen. Seus marcos teóricos são desenvolvidos na crítica do liberalismo jurídico e na recusa da neutralidade normativista kelseniana. Profundamente envolvido na cena intelectual da República de Weimar<sup>15</sup>, Schmitt se insere no debate da filosofia política e recoloca a questão da decisão política – e portanto da soberania – como fundamento da constituição<sup>16</sup>. Sua teoria resgata a ideia do poder constituinte como definidora da existência da unidade política *in toto*<sup>17</sup>, ideia esta que foi elaborada pela primeira vez no contexto da Revolução Francesa – o “*pouvoir constituant*”<sup>18</sup> – e que foi amplamente deixada de lado nas correntes juspositivistas.

10 GALUPPO, Marcelo Campos. Positivismo jurídico. In: FILGUEIRAS, Fernando *et. al.* (org.). **Dimensões políticas da justiça**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2009. p. 85-106.

11 KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. Revisão técnica de Péricles Prade. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. XXIX (prefácio).

12 KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. Revisão técnica de Péricles Prade. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. XXIX (prefácio).

13 VITA, Leticia. **La legitimidad del Derecho y del Estado en el pensamiento jurídico de Weimar**: Hans Kelsen, Carl Schmitt y Hermann Heller. Buenos Aires: Editorial Eudeba – Universidad de Buenos Aires, 2014, p. 50.

14 KELSEN, Hans, *op. cit.*, p. 407-427.

15 VITA, Leticia Jesica, *op.cit.*, p. 103-108

16 SCHMITT, Carl. **Constitutional theory**. Tradução de Jeffrey Seitzer. Durham; London: Duke University Press, 2008, p. 136.

17 *Ibid.*, p. 125

18 *Ibid.*, p. 128.

A radicalização weimariana<sup>19</sup> e a ascensão de regimes autoritários espalhados pela Europa - o fascismo italiano, o salazarismo português, o stalinismo russo e principalmente o nazismo alemão – serviram não só como fundamentos empíricos para as ideias de Schmitt, mas também como oportunidades de intervenções práticas.

Delineados estes horizontes históricos, é necessário entender a fundo como as concepções de cada autor – no que tange ao Direito como ordenamento, à sua estrutura, ao poder, e à constituição – se inserem no debate da teoria jurídica e constitucional. Mesmo que de maneira antagônica, ambas abordagens refletem a urgência de oferecer respostas ao colapso das estruturas do Estado de Direito e a emergência de alternativas para a legitimação do poder jurídico-político.

## 2.1. O JUSPOSITIVISMO KELSENIANO E A FORMA NORMATIVA

A teoria kelseniana emerge, em grande medida, como crítica às correntes jusnaturalistas que, até o final do século XIX, representavam a essência das reflexões sobre o Direito e o Estado. Esta nova abordagem é caracterizada essencialmente pelo seu caráter científico; seu objetivo é a construção de uma análise conservada de elementos externos. Suas ideias representavam, para além de uma reconfiguração dogmática na teoria jurídica, uma ruptura epistemológica com qualquer fundamentação - não só metafísica, mas também ética, moral ou sociológica – do Direito; Kelsen parte, fundamentalmente, da distinção entre o “ser” e o “dever ser” como estrutura geral que é característica nuclear do ordenamento jurídico<sup>20</sup>.

A compreensão plena do entendimento constitucional kelseniano só é possível a partir do reflexo de sua teoria; serão expostos, portanto, dois pontos centrais para a construção de um pano de fundo teórico que permitirá construir qual a abordagem constitucional elaborada por Kelsen e quais divergências ela possui com o conceito schmittiano. Neste sentido, o destaque será dado para: (i) o conceito de Direito e sua relação com o Estado e (ii) o sistema escalonado e a norma fundamental<sup>21</sup>.

### 2.1.1. O CONCEITO DE DIREITO E SUA RELAÇÃO COM O ESTADO

A construção do Estado moderno e a crescente complexidade da sociedade exigiram correntes teóricas que providenciassem a legitimidade necessária para o funcionamento do ordenamento jurídico. A teoria kelseniana se insere nesse cenário e leva a essência juspositivista ao seu limite: a construção de uma ciência “pura” para a análise do direito - ou seja, a separação de outras esferas sociais de seu objeto de estudo –, a fundamentação enquanto auto-fundamentação (em outras palavras, a centralidade do Direito positivo como auto legitimidade jurídica), a validade das normas encontrada dentro do

19 SARLET, Wolfgang Ingo; GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **História constitucional da Alemanha**: da Constituição da Igreja de São Paulo à Lei Fundamental. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 198-200.

20 KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. Revisão técnica de Péricles Prade. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 49-51.

21 Esta é uma sistematização arbitrária; são conceitos centrais na obra de Kelsen que foram escolhidos como objeto de exposição.

próprio ordenamento e a coerência interna do sistema estruturada em um sistema hierárquico normativo<sup>22</sup>.

Fundamentalmente, o Direito é explicado como uma ordem da conduta humana. O termo, utilizado cotidianamente de maneira muitas vezes equivocada, não se refere a uma regra isolada, mas sim a “um conjunto de regras que possui o tipo de unidade que entendemos por sistema”<sup>23</sup>. Esta afirmação é fundamental, pois, nas palavras do autor:

É impossível conhecermos a natureza do Direito se restringirmos nossa atenção a uma regra isolada. As relações que concatenam as regras específicas de uma ordem jurídica também são essenciais à natureza do Direito. Apenas com base numa compreensão clara das relações que constituem a ordem jurídica é que a natureza do Direito pode ser plenamente entendida<sup>24</sup>.

O Direito, portanto, enquanto sistema normativo, regula a conduta humana em moldes específicos que o diferenciam de outras ordens normativas. Essa concepção leva Kelsen a estabelecer critérios para distinguir o Direito de outras formas de regulação social, tais como:

(i) sua estrutura de sanções organizadas socialmente, vinculadas a um contexto institucional; (ii) seu caráter coercitivo, baseado em punições, e não em recompensas; (iii) o monopólio da força legítima, enquanto exclusividade do sistema jurídico; e (iv) sua função de garantir uma paz relativa, operando como instrumento de contenção da violência social mediante regulação da força<sup>25</sup>. Se a sociedade vivesse em perfeita harmonia a coerção – e, portanto, o Direito – não seriam necessários.

Essa concepção técnica permite a Kelsen recusar a clássica separação entre Estado e Direito, sustentando que ambos são, na verdade, o mesmo fenômeno visto por perspectivas diferentes. O Estado, nas teorias clássicas<sup>26</sup>, tende a ser explicado a partir de dois conceitos distintos e independentes: o sociológico e o jurídico. Nessa visão tradicional, o *principium individuationis* do Estado necessita de uma realidade social subjacente à jurídica para ser compreendido em sua plenitude. Contra as teorias sociológicas que buscam explicar o Estado a partir de elementos externos ao ordenamento - como organicidade social, vontade coletiva ou dominação<sup>27</sup> –, Kelsen afirma que tais elementos pressupõem uma ordem jurídica prévia. Nas suas palavras:

“A asserção de que o Estado não é apenas uma entidade jurídica, mas uma entidade sociológica, uma realidade social que existe independentemente de sua ordem jurídica, só pode ser comprovada demonstrando-se que os indivíduos que pertencem

22 GALUPPO, Marcelo Campos. Positivismo jurídico. In: FILGUEIRAS, Fernando *et. al.* (org.). **Dimensões políticas da justiça**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2009. p. 85-106.

23 KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. Revisão técnica de Péricles Prade. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 5.

24 *Ibid.*, p.5.

25 Um exemplo é a teoria sociológica de Max Weber, que o próprio Kelsen cita no corpo de seu texto.

26 KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. Revisão técnica de Péricles Prade. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 264-271.

27 KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. Revisão técnica de Péricles Prade. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 264-271.

ao mesmo Estado formam uma unidade e que essa unidade não é constituída pela ordem jurídica, mas por um elemento que nada tem a ver com o Direito. Contudo, tal elemento que constitui o ‘uno entre os muitos’ não pode ser encontrado (...) Se existe uma realidade social relacionada ao fenômeno que chamamos de ‘Estado’ e, portanto, um conceito sociológico distinto do conceito jurídico de Estado, então a prioridade pertence a este, não àquele. O conceito sociológico — cujo direito ao termo ‘Estado’ será ulteriormente examinado — pressupõe o conceito jurídico, não vice-versa<sup>28</sup>”.

A conclusão necessária dessa construção é que, se o Estado pode ser inteiramente explicado pelo conceito jurídico, então este representa seu fundamento nuclear. O Direito não é uma produção do Estado – este não precede nem antecede aquele; o Estado é a comunidade criada por uma ordem jurídica nacional e a personificação de tal ordem<sup>29</sup>. A ordem normativa que constitui a corporação do Estado é, portanto, a essência da distinção entre esta e outras corporações. Essa identificação entre Direito e Estado conduz, necessariamente, à questão da constituição: se o Estado, ao mesmo tempo, é fundado e personifica o Direito, então a constituição representa o grau máximo de fundamento da ordem jurídica. Os moldes de existência, organização e desenvolvimento do Estado no âmbito nacional são, portanto, os moldes constitucionais.

### 2.1.2. O SISTEMA ESCALONADO E A NORMA FUNDAMENTAL

O exposto acima converge para o núcleo da teoria kelseniana: o sistema escalonado de normas e a constituição como norma fundamental do ordenamento jurídico. A análise do Direito como sistema dinâmico revela uma característica peculiar de seu funcionamento: sua autorregulação<sup>30</sup>. Toda norma jurídica é criada por uma norma anterior que regula sua criação

– e até certo ponto seu conteúdo<sup>31</sup>. Essa dinâmica expõe este caráter hierárquico do Direito, de supra e infra-ordenação, onde cada norma jurídica encontra na norma superior a ela seu fundamento de validade.

A constituição representa o último - ou primeiro, dependendo de como é analisado - fundamento do sistema jurídico, a norma superior a todas as outras. Não deve ser feita uma confusão aqui, contudo, entre o sentido material e o formal de constituição: a materialidade constitucional refere-se ao conteúdo das normas, que regula a criação e aplicação de todas as outras normas do ordenamento; a constituição formal é o documento solene e sistematizado que contempla ditas normas<sup>32</sup>.

28 *Ibid.*, p. 264.

29 *Ibid.*, p. 262.

30 *Ibid.*, p. 181.

31 Normas superiores podem regular de maneira positiva - o que deve constar - ou negativa - o que não pode constar - o conteúdo de normas inferiores. Ver KELSEN, 1998, p. 183-184.

32 KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. Revisão técnica de Péricles Prade. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 182.

A questão hierárquica, contudo, traz consigo um problema. Se a conclusão desta reflexão é de que a constituição – unidade – fundamenta o ordenamento – pluralidade –, então o que a fundamenta?<sup>33</sup> De certo não pode ser outra norma, uma vez que a norma fundamental, como o próprio nome já diz, deveria ser a norma superior a todas as outras. Não só isso, mas também porque a última norma de um ordenamento não pode ser posta, uma vez que esta dependeria de uma norma superior fundada em outra norma ainda mais superior, e assim por diante – se evidenciaria um *recursus ad infinitum*<sup>34</sup>. Ou seja, o fundamento de um sistema jurídico como tal deve ser pressuposto: a validade da norma fundamental deve, necessariamente, ser pressuposta, para assim amarrar toda a teoria kelseniana.

Esta norma, fundamento de validade da constituição e do ordenamento como um todo, é a *Grundnorm*<sup>35</sup>. É uma hipótese, a dimensão deontológica de obediência à constituição. Seu conteúdo é indeterminado, se configurando apenas como uma ferramenta metodológica, ou seja, permite a explicação da validade constitucional sem necessidade de se recorrer a um fundamento moral, sociológico ou metafísico. A possibilidade de sua mutação, evidentemente, suscitou diversas críticas, que serão evidenciadas no capítulo final deste texto. Não obstante, ela se configura como uma poderosa ferramenta analítica de estabilidade normativa.

## 2.2. O DECISIONISMO SCHMITTIANO E A DECISÃO SOBERANA

A profundidade da obra de Carl Schmitt só pode ser compreendida à luz dos acontecimentos políticos e ideológicos do século XX, marcado pela crise da democracia liberal, da reconfiguração do Estado moderno e de intensas crises institucionais. O desenvolvimento do marco teórico de Schmitt se configura como uma crítica robusta à neutralidade formal e à teoria pura formulada por Kelsen.

Dentro deste marco teórico, Schmitt vai elaborar suas ideias principais de contraposição ao positivismo jurídico, relegando-o a uma espécie de ilusão, de teoria vazia e abstrata, evidenciando que a normatividade pura não decide nada sozinha, ela apenas pressupõe uma decisão que é essencialmente política<sup>36</sup>. Trabalhando no mesmo limite do Direito positivo que Kelsen trabalhou, Schmitt desloca o centro da constituição da abstração normativa para a decisão política: “*Constituição em seu sentido positivo significa a formação da unidade política por ato consciente, por meio do qual a unidade recebe sua forma particular de existência*”<sup>37</sup>.

33 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 139.

34 BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Tradução de Nello Morra. 4. ed. São Paulo: Ícone, 1989, p. 202.

35 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 141.

36 SCHMITT, Carl. **Constitutional theory**. Tradução de Jeffrey Seitzer. Durham; London: Duke University Press, 2008, p.106-135.

37 “*Constitution in the positive sense means the formation of this political unity by conscious act, through which the unity receives its particular form of existence*”. *Ibid.*, p. 97. Todas as citações diretas que constam no corpo do texto em língua estrangeira foram traduzidos pelo autor.

A teoria schmittiana será analisada, neste texto, por meio de dois pontos nodais: (i) o conceito de constituição moderna e seu surgimento histórico e (ii) o poder constituinte<sup>38</sup>.

### 2.2.1.O CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO

O termo “constituição”, por si só, é extremamente vago e pode englobar diversos significados. A construção inicial da abordagem schmittiana consiste em reduzir o escopo de análise e entender a constituição a partir de seu significado absoluto: a condição completa da unidade política<sup>39</sup>. Desde esse momento inicial, já é possível notar a diferença conceitual entre Kelsen e Schmitt: até mesmo os conceitos mais básicos de Schmitt já extrapolam a esfera jurídica, deslocando a centralidade de análise não para uma abstração normativa, mas para o cenário político concreto. A primeira crítica direta ao positivismo jurídico pode ser evidenciada nas seguintes formulações:

Neste processo, constituição e lei constitucional são tratados como idênticos. Cada lei constitucional individual pode aparecer como uma constituição, de modo que o conceito se torna relativo. (...) A definição mais usual é constituição = norma fundamental ou lei básica. O que “fundamental” significa aqui permanece em grande parte obscuro. Frequentemente, significa algo especialmente importante politicamente ou inviolável, assim como também se fala ambigualmente de direitos “fundamentais”, “ancoragem” e assim por diante<sup>40</sup>.

Schmitt evidencia a distinção essencial entre normas constitucionais e a constituição propriamente dita. As normas jurídicas codificadas não esgotam o conceito de constituição, muito pelo contrário; elas representam apenas seu aspecto formal, destituído de significado substantivo caso descolado de uma decisão política fundamental. É nesse ponto que a constituição, enquanto essência organizadora da unidade política, se diferencia da mera legalidade constitucional.

A centralidade da elaboração teórica schmittiana foca na constituição como decisão política originária, e não como um conjunto de normas técnicas. Dentro desse escopo, ele propõe ainda concepções complementares, como a condição concreta e coletiva de uma unidade política, no sentido de algum princípio de ordem ou unidade; um tipo especial de ordem política; o princípio de emergência dinâmica da unidade política, do poder e energia eficaz de formação política<sup>41</sup>.

Schmitt deixa claro que o sentido relativo – a constituição enquanto normas constitucionais individuais – é apenas sua característica formal, e que ela é periférica<sup>42</sup>. A cen-

38 Esta é, novamente, uma sistematização arbitrária; são conceitos centrais na obra de Schmitt que foram escolhidos como objeto de exposição.

39 *Ibid.*, p. 97.

40 “*In the process, constitution and constitutional law are treated as identical. Every individual constitutional law can appear as a constitution, so the concept becomes relative. (...) The usual textbook definition is a constitution = fundamental norm or basic law. What ‘fundamental’ means here remains mostly unclear. It often means something especially politically important or inviolable, just as one also speaks ambiguously of ‘fundamental’ rights, ‘anchorage,’ and so forth*”. *Ibid.*, p. 59.

41 SCHMITT, Carl. **Constitutional theory**. Tradução de Jeffrey Seitzer. Durham; London: Duke University Press, 2008, p. 59-62.

42 *Ibid.*, p. 59-67.

tralidade de sua elaboração teórica se funda na decisão política, na constituição enquanto essência organizadora do Estado.

Esse entendimento é reforçado quando Schmitt insere sua análise no contexto histórico do surgimento das constituições modernas. Em vez de adotar uma perspectiva dogmática ou abstrata, ele busca compreender os significados constitucionais em situações de ruptura real da ordem política. Sua exposição percorre desde a dissolução da tradição feudal e do “Estado de estamentos” até o contexto alemão do século XX<sup>43</sup>. Dois tópicos em especial valem ser ressaltados: o cenário da Revolução Francesa<sup>44</sup> e o contexto alemão. É nesse momento que Schmitt resgata o conceito - há muito abandonado pelo positivismo - de poder constituinte, evidenciando como a Revolução Francesa se tornou “*uma fonte primária, não apenas para o dogma político de todo o período subsequente (...), mas também para a construção jurídica positiva da teoria constitucional moderna*”<sup>45</sup>.

A ideia de nação como povo politicamente consciente e capaz de agir também é evidenciada. Com isso, Schmitt mostra que a existência política precede a formação de uma constituição – mostrando que a criação de uma constituição, ou o pacto constitucional, é diferente do pacto social/estatal<sup>46</sup>.

Dentro do contexto alemão, Schmitt vai mostrar como que a noção de acordo ou pacto constitucional dentro de uma mesma unidade política na verdade é uma falácia, uma fórmula de compromisso dilatatório<sup>47</sup>. Schmitt usa do contexto de seu país de origem para mostrar essa contradição na prática; a monarquia constitucional que foi estabelecida até 1918 teve a oportunidade de ignorar esta discussão como não importante devido ao contexto político e econômico favorável. Sua dissolução, contudo, evidenciou que o verdadeiro pacto constitucional não pode ser feito dentro de uma mesma unidade política – é necessário a presença de dois poderes constituintes de duas unidades diferentes.

### 2.2.2. O PODER CONSTITUINTE

O ápice da teoria schmittiana se resume no resgate da ideia do poder constituinte como fundamento da decisão política concreta do tipo e da forma da existência política de um povo. Se contrapondo a Kelsen, Schmitt evidencia que o fundamento da constituição não é uma norma, mas sim a decisão política concreta. Como já foi evidenciado anteriormente, as leis constitucionais não representam a totalidade da constituição, mas sim as normas que representam a concretização do poder constituinte<sup>48</sup>.

É necessário esclarecer e evidenciar alguns pontos levantados por Schmitt. Primeiro, o poder constituinte não se extingue após seu uso, ou seja, “*A decisão política, que*

43 *Ibid.*, p. 97-111.

44 *Ibid.*, p. 101-103.

45 “*a primary source, not only for the political dogma of the entire subsequent period (...) but rather also for the positive legal, juristic construction of modern constitutional theory*”. *Ibid.*, p. 101.

46 *Ibid.*, p. 112-124.

47 *Ibid.*, p. 125.

48 “*The political decision, which essentially means the constitution, cannot have a reciprocal effect on its subject and eliminate its political existence*”. *Ibid.*, p. 125.

*essencialmente significa a constituição, não pode ter um efeito recíproco em seu sujeito e eliminar sua existência política*<sup>49</sup>. O poder constituinte permanece acima da constituição atemporalmente. Outra função importante é a de preenchimento de lacunas nas normas constitucionais; o poder constituinte existe também para preenchê-las. Este poder é indivisível e unificado; não representa uma autoridade que permanece ao lado de outros poderes, mas representa “*a fundação de todos outros “poderes” e “divisões de poderes”*”<sup>50</sup>. Não só indivisível e unificado, mas também unitário; existe unicamente por meio de apenas um sujeito dentro de uma unidade política definida. O pacto constitucional, portanto, representa justamente uma decisão consciente de duas ou mais unidades políticas – cada uma com seu próprio poder constituinte – de definir sua existência política.

Evidencia-se uma ideia central: é preciso entender que a unidade política precede o pacto constitucional. Ou seja, o pacto em que se forma um Estado é diferente do pacto em que se forma uma constituição<sup>51</sup>. Podem existir situações em que ambas situações ocorram de maneira concomitante; mesmo nelas, a presença do poder constituinte pressupõe uma unidade política. Esta só existe mediante uma organização prévia do povo; a característica essencial não é, portanto, a presença do povo, mas sim seu reconhecimento enquanto nação – unidade capaz de agir conscientemente para decidir sobre sua existência política.

A característica mais marcante levantada por Schmitt se resume, contudo, na totalidade do poder constituinte: não existe nenhuma barreira legal ou formal que regule sua atuação<sup>51</sup>. Sua existência permanece acima de qualquer procedimento constitucional prévio, de maneira inalienável. Sendo o povo – por meio do princípio democrático – ou o monarca – pelo princípio monárquico – o sujeito do poder constituinte, sua ação é absoluta e requer apenas a sua vontade para a aplicação plena de seus efeitos.

### **3. FORMA, FUNÇÃO, LEGITIMIDADE E SUSPENSÃO: O EMBATE ENTRE KELSEN E SCHMITT**

É possível agora partir para os eixos estruturantes das divergências das teorias de Kelsen e Schmitt. Se, em um primeiro momento, suas propostas partem de paradigmas distintos – sendo o primeiro marcado por um rigor normativo, herdado do positivismo jurídico, e o outro por uma abordagem decisionista e material – é no campo das diferenças conceituais e funcionais sobre a essência da constituição que se estabelece o verdadeiro centro da controvérsia. A disputa entre Kelsen e Schmitt é, em última instância, um embate sobre a própria essência do jurídico em face do político.

Esta divergência não surge de um desacordo circunstancial, mas de tradições intelectuais consolidadas e radicalmente diferentes umas das outras. A construção constitucional pura, formal, com função objetivamente reguladora e auto legitimada vem de uma tra-

49 “*The comprehensive foundation of all other “powers” and “divisions of powers”*”. *Ibid.*, p. 126.

50 SCHMITT, Carl. **Constitutional theory**. Tradução de Jeffrey Seitzer. Durham; London: Duke University Press, 2008, p. 112-124.

51 *Ibid.*, p. 128.

dição de neutralidade valorativa. Esta abordagem permite que a constituição se mantenha firme em tempos de flutuações políticas. Já a construção schmittiana, de uma constituição axiológica, substancial, com função identificativa e fundamentada no poder constituinte do povo é reflexo de uma corrente contra revolucionária marcada por uma forte crítica ao liberalismo. Sua abordagem se insere – de maneira oportunista diga-se de passagem

– no contexto do autoritarismo nazista e serviu de legitimação para as atitudes do *Führer*.

A análise que se segue será estruturada sob quatro dimensões fundamentais: a forma, a função, a legitimidade e a suspensão da constituição. A forma diz respeito à maneira como a constituição é definida e identificada; a função, aos efeitos esperados da constituição na organização do sistema jurídico e do Estado; a legitimidade, às fontes que conferem autoridade e validade à constituição; entende-se por suspensão os cenários de regime de exceção, golpes de Estado e o vácuo normativo deixado pela mudança abrupta do cenário político-jurídico.

Importa ressaltar que a seguinte exposição não se limita apenas à contraposição dos modelos teóricos contrastes; as consequências e desdobramentos práticos de tal divergência são de importância central.

### 3.1. EM RELAÇÃO À FORMA CONSTITUCIONAL

A construção do Estado enquanto personagem político é uma noção extremamente moderna<sup>52</sup>. É notável que, a partir daí, mais do que nunca, um tipo específico de dispositivo se faz necessário como forma de regular a sociedade. Ao longo da história, várias leis, ordenamentos e estatutos foram criados como forma de regulação; é a partir da Revolução Americana, contudo, que a história viu o surgimento da primeira constituição tipicamente moderna. A pergunta que surge é a seguinte: qual a diferença entre estes dispositivos? Em que medida a forma de um se diferencia da forma do outro? Esta é a pergunta que Kelsen e Schmitt vão se propor a responder: qual a especificidade da forma constitucional? E mais importante do que isso: esta forma é realmente o ponto essencial que diferencia um ordenamento, estatuto ou lei geral de uma constituição?

Este entendimento de forma, evidentemente, é uma construção histórica, uma inovação linguística (pelo menos em relação ao sentido da palavra, uma vez que o termo “constituição” não era desconhecido na primeira metade do século XVIII<sup>53</sup>). Nas palavras de Paixão e Bigliuzzi: “A constituição incorpora aquele potencial de atividade, de criação, de fundação: ela não é mais concebida como a qualidade de um regime, de um governo, de uma nação”<sup>54</sup>.

52 SOARES, Rogério. O conceito ocidental de constituição. *Revista de Legislação e Jurisprudência*, p. 39-66, 1985.

53 PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. *História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2008, p. 166.

54 PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. *História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2008, p. 166.

Kelsen vai levar ao limite esta ideia. A princípio, percebe-se a construção de uma distinção clara na teoria kelseniana entre a materialidade e formalidade da constituição e das normas jurídicas. Entretanto, o conteúdo não tem importância na caracterização do tipo de norma: ou seja, uma lei (norma infraconstitucional) pode ter o mesmo conteúdo de uma norma constitucional<sup>55</sup>. Aqui, portanto, a forma aparece como o único elemento necessário de reconhecimento hierárquico; aparece, também, como garantia de unidade e coerência do sistema.

O ponto de crítica que Schmitt vai levantar é que, ainda que se distinga entre conteúdo e forma, essa distinção é artificial e reduz a constituição a um mero instrumento técnico de organização. A forma como critério valorativo de distinção é inócuo para captar a verdadeira essência constitucional. O destaque schmittiano, portanto, não reside no aspecto hierárquico das normas – ainda que ele reconhece que as normas constitucionais estão acima das demais<sup>56</sup>

–, mas sim na decisão política. Schmitt insiste que as normas constitucionais não são válidas por estarem ancoradas em um pressuposto lógico, muito menos por estarem previstas em um documento formal e sistematizado; elas são válidas pois foram possibilitadas de existir em decorrência do poder constituinte<sup>57</sup>. Esclarecendo:

A decisão política que está na base da teoria do poder constituinte defendida por Carl Schmitt não coincide propriamente com a Constituição promulgada, mas com a vontade organizada de fundar os marcos gerais de convivência jurídico-política adequada, ou seja, consonante com a decisão tomada pela unidade política<sup>58</sup>.

A partir desta exposição, evidenciam-se três pontos principais em que os dois autores divergem. (i) O critério de identificação constitucional: para Kelsen a constituição é a norma suprema do ordenamento pela sua posição formal, por seu critério de validade ser uma norma pressuposta e não posta; a constituição, para Schmitt, é distinguida por seu conteúdo político decisório, válida por estar ancorada na atuação do poder constituinte. (ii) O grau de importância da forma: para Kelsen, alinhado com o primeiro ponto, a forma é o aspecto mais fundamental do sistema jurídico, é a característica que confere o teor específico das normas; para Schmitt a forma é totalmente periférica, derivada da unidade política. (iii) Redutibilidade: a constituição, para Kelsen, pode ser reduzida à sua estrutura normativa, podendo ser decomposta em uma série de normas constitucionais; para Schmitt, a constituição é irreduzível no quesito da legalidade, pois depende de um ato político originário, não podendo ser entendida como a soma de suas partes.

55 KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. Revisão técnica de Péricles Prade. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 182.

56 SCHMITT, Carl. **Constitutional theory**. Tradução de Jeffrey Seitzer. Durham; London: Duke University Press, 2008, p. 125.

57 *Ibid.*, p. 125.

58 FILHO, Agassiz Almeida. **10 lições sobre Carl Schmitt**. 2. ed. São Paulo: Vozes, 2014, p. 121.

### 3.2. EM RELAÇÃO À FUNÇÃO CONSTITUCIONAL

Se as diferenças já eram aparentes no quesito da forma, é no quesito função que a divergência entre estes dois autores se evidencia de maneira incisiva. É evidente que a constituição possui um sentido mais amplo, de ordenação fundamental que dá sentido a uma comunidade<sup>59</sup>. O problema é que este entendimento é insuficiente, e não explica de maneira total a essência de uma organização social ou política. As características nucleares que não se satisfazem com esta definição mais abrangente são, evidentemente, conflitantes nos dois autores.

Kelsen parte da noção de que a estabilidade normativa do sistema jurídico é a parte mais importante do Estado de Direito e que garante a sua continuidade. Toda norma encontra seu fundamento de validade na norma superior a ela; se a constituição é a norma superior a todas as outras, sua função é de garantir toda a validade do sistema jurídico.

Schmitt desloca a centralidade desta dimensão jurídica para a dimensão política: a característica essencial do Estado de Direito é a identificação política e unitária do povo. Se esta é a essência do *Rechtsstaat*, então a função das normas mais superiores de todas é a representação desta unidade. A existência política de um povo é definida – tanto em forma quanto conteúdo – pela decisão fundamental que a deu origem. Não é mais a constituição que legitima o exercício do poder, como na abordagem kelseniana, mas sim o contrário; a legitimidade da constituição parte da reivindicação do povo como sujeito do poder constituinte<sup>60</sup>.

Ademais, o caráter fundacional encontra faces diversas em ambos autores. A compreensão kelseniana é a de que a constituição desempenha uma função de garantia da legalidade. Ela funciona como parâmetro jurídico, como reguladora de atuações. Toda a produção normativa decorrente dela deve se encaixar na moldura legal por ela estabelecida, garantindo a coerência e previsibilidade interna do sistema jurídico. Schmitt rompe com essa compreensão ao afirmar que sua função é mais profunda, e de certa forma anterior: ela é institutiva. O poder político é concretizado pelo momento inaugural da decisão política originária, na concretização do ato do poder constituinte.

Em relação ao conteúdo valorativo, a divergência também é bem evidente. Para Kelsen, a constituição – e também todas as normas dentro do ordenamento jurídico – cumprem uma função formalmente neutra. Por isso, os valores substanciais são irrelevantes para fins de sua função normativa: o que verdadeiramente importa é a sua capacidade de organizar juridicamente toda a produção normativa posterior a ela.

A função valorativa da constituição na teoria schmittiana, por outro lado, é essencialmente axiológica: ela não só contém uma face valorativa, mas se configura sob ela, sob

59 SOARES, José Joaquim Gomes Canotilho. O conceito ocidental de constituição. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, n. 3743, p. 39–66, 1985.

60 SCHMITT, Carl. *Constitutional theory*. Tradução de Jeffrey Seitzer. Durham; London: Duke University Press, 2008, p. 136-137.

uma escolha<sup>61</sup>. Esta é a escolha tomada pelo povo enquanto nação – politicamente consciente e capaz de decidir sobre sua configuração política – na hora do pacto constitucional. A ação do poder constituinte a partir de seu sujeito permite que esta escolha seja feita; as normas constitucionais, evidentemente, não cumprem esta função. Elas apenas representam a ação de tal poder constituinte, mas não são seu objeto de atuação. A constituição enquanto decisão que é, a qual legitima as normas que derivam dela.

Percebe-se, portanto, que a discussão sobre a forma constitucional também reverbera muito na função constitucional kelseniana: esta é totalmente formal, e a função schmittiana é totalmente material. Tal como a forma, a função reflete na essência constitucional que cada autor evoca: de um lado, lógica, organizadora, formal e neutra; de outro, prática, política, substancial e axiológica.

### 3.3. EM RELAÇÃO À LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL

No quesito da legitimidade da constituição, percebe-se o antagonismo teórico nas duas teorias. Sob formas totalmente divergentes de racionalidade, há duas respostas fundamentais sobre a origem e a justificação da ordem político jurídica de uma sociedade. Como já foi analisado no quesito forma e função, a diferença central entre as duas análises é o tipo de fundamentação: enquanto a teoria kelseniana analisa a ordem constitucional de uma perspectiva lógico formal, a teoria schmittiana parte de um ponto material substancial.

Portanto, seus fundamentos de validade constitucional são amplamente distintos. Como um típico teórico positivista, Kelsen vai desenvolver a ideia de auto fundamentação jurídica. De maneira mais ampla, percebe-se que todas as normas são válidas por estarem inseridas em um ordenamento que é por si só válido; um Direito positivo que não é fundamentado externamente – como nos modelos clássicos do jusnaturalismo<sup>62</sup> –, mas internamente.

A análise da legitimidade, portanto, é reduzida a validade: a legitimidade e a validade, na teoria kelseniana, coincidem<sup>63</sup>. A abordagem de Kelsen pode ser então desdobrada em dois pontos de análise: a validade das normas e a validade da constituição. A partir de uma perspectiva estática, o critério social (a eficácia social<sup>64</sup>) é irrelevante como questão definidora da validade normativa. Uma norma é válida apenas na medida em que é criada a partir dos critérios materiais e formais de validade estabelecidos por uma norma superior à ela: “O fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra

61 SCHMITT, Carl. **Constitutional theory**. Tradução de Jeffrey Seitzer. Durham; London: Duke University Press, 2008., *Foreword*, p. xvi.

62 Os modelos jusnaturalistas eram modelos fundamentalistas do Direito. Ou seja, o Direito positivo era fundamentado a partir de alguma concepção - moral, ética, sociológica, religiosa - que não a validade do próprio sistema.

63 KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. Revisão técnica de Péricles Prade. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 171-172.

64 Kelsen caracteriza a eficácia como apenas condição de validade, não como sua razão. Ou seja, uma norma é válida se é eficaz, não porque é eficaz.

norma<sup>65</sup>. Os critérios formais dizem respeito ao tipo de processo específico – qual órgão é responsável e a qual procedimento ele está vinculado, enquanto os critérios materiais dizem respeito ao conteúdo da norma geral.

Se todas as normas, para efeito de sua validade, devem estar de acordo com sua norma superior, então existe uma norma a qual todas as outras necessitam, material e formalmente, estar de acordo: esta norma é a constituição. A legitimidade do sistema jurídico como um todo, portanto, pertence à constituição como norma superior total. Se isto é verdade, então a constituição deve ter também, como todas as outras normas, um critério de legitimidade - ou validade, que aqui redundaria no mesmo. Como já foi evidenciado acima, este critério é a *Grundnorm*, um pressuposto lógico que está, em certa medida<sup>66</sup>, acima do Direito positivo.

A legitimidade constitucional para Kelsen, assim, se encontra neste pressuposto lógico que fundamenta a ordem jurídica. A constituição é válida e legítima pois fundamenta e integra um ordenamento hierárquico, cuja validade é garantida não por um conteúdo material, mas por um procedimento formal que regula os critérios de produção normativa: tais critérios, em última análise, são ancorados não em um fato político, moral ou sociológico, mas num pressuposto lógico normativo. Nas palavras de Kelsen:

Se se pergunta pelo fundamento de validade de uma norma pertencente a uma determinada ordem jurídica, a resposta apenas pode consistir na recondução à norma fundamental desta ordem jurídica, quer dizer: na afirmação de que esta norma foi produzida de acordo com a norma fundamental<sup>67</sup>.

Schmitt, como de costume, vai divergir fortemente do entendimento kelseniano. Sua concepção parte de uma lógica decisória e substancialista, rompendo com esta concepção normativista. O foco de análise deixa de ser a norma e sua inserção dentro de um ordenamento e passa a ser o ato fundador que deu origem à unidade política que é organizada por tal ordenamento. A norma é reduzida apenas à solidificação da manifestação do poder constituinte. Schmitt vai introduzir elementos externos ao direito como critérios de justificação de legitimidade. Ou seja,

A constituição é legítima não apenas como condição factual. Ela também é reconhecida como uma ordem justa quando o poder e a autoridade do poder constituinte, em cuja decisão ela se baseia, é reconhecido (...) A decisão não requer nenhuma justificativa por meio de uma norma ética ou jurídica (...) Uma norma não poderia estar em uma posição de justificar nada aqui. O tipo especial de existência política não precisa nem consegue se auto legitimar<sup>68</sup>.

65 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 135.

66 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 5-7.

67 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 139.

68 “A constitution is legitimate not only as a factual condition. It is also recognized as a just order, when the power and authority of the constitution-making power, on whose decision it rests, is acknowledged. (...) The decision requires no justification via an ethical or juristic norm

O critério de legitimidade da constituição, portanto, é o critério de legitimidade do ordenamento e das normas dela derivadas. Este critério deixa de ser um pressuposto lógico normativo e passa a ser a decisão política fundamental. Neste contexto, Schmitt vai diferenciar dois tipos de legitimidade: a dinástica e a democrática<sup>69</sup>. Esta distinção é inserida dentro de um contexto histórico, e é feita a partir do sujeito do poder constituinte. Como explica Schmitt:

Onde a ideia de autoridade predomina, o poder constitucional do rei será reconhecido; onde a ideia democrática da *maiestas populi* prevalece, a validade da constituição reside na vontade do povo. Assim, só se pode falar de legitimidade constitucional em termos históricos e sob a perspectiva que distingue entre legitimidade dinástica e democrática<sup>70</sup>.

Se faz aqui uma importante observação: *The legitimacy of a constitution does not mean that a constitution originated according to previously valid constitutional laws*<sup>71</sup>. Ou seja, a questão de legitimidade constitucional nada tem a ver com o fato de uma nova constituição estar ou não de acordo com sua predecessora. Esta ideia seria completamente ilógica. Como exemplo histórico, ele levanta a Constituição de Weimar de 1919: sua legitimidade está vinculada apenas ao poder constituinte do povo alemão; se ela está de acordo ou não com a constituição que veio antes – a do primeiro Reich alemão, em 1871 – é totalmente irrelevante para esta reflexão. O fenômeno político, portanto, se constitui acima do Direito – indo contra a corrente da clássica teoria constitucional moderna<sup>72</sup>.

### 3.4. EM RELAÇÃO À SUSPENSÃO CONSTITUCIONAL (REGIMES DE EXCEÇÃO E GOLPES DE ESTADO)

A controvérsia até aqui não se limita apenas ao cenário temporal e histórico a qual está inserida; ela reverbera em momentos atuais de crise e ruptura constitucional, influenciando teorias e modelos concretos de organização do poder em resposta às tensões entre legalidade e legitimidade.

A ideia de crises constitucionais ocupa lugar central neste debate pois revela, ao extremo, o limite de cada modelo teórico. Kelsen encontra uma certa dificuldade em explicar este vácuo normativo, uma vez que seu critério de validade funciona perfeitamente dentro de um ordenamento, mas não fora dele. A contradição é evidenciada quando percebe-se que, a *Grundnorm* kelseniana recai sobre o mesmo problema que toda sua teoria

---

(...) *A norm would not at all be in a position to justify anything here. The special type of political existence need not and cannot legitimate itself.* SCHMITT, Carl. *Constitutional theory*. Tradução de Jeffrey Seitzer. Durham; London: Duke University Press, 2008, p. 136.

69 SCHMITT, Carl. **Constitutional theory**. Tradução de Jeffrey Seitzer. Durham; London: Duke University Press, 2008, p. 136.

70 “Where the idea of authority is predominant, the king’s constitution making power will be recognized; where the democratic idea of the *maiestas populi* prevails, the constitution’s validity rests on the people’s will. So one can speak of constitutional legitimacy only in historical terms and under the perspective that distinguishes among dynastic and democratic legitimacy.” SCHMITT, Carl. *Constitutional theory*. Tradução de Jeffrey Seitzer. Durham; London: Duke University Press, 2008, p. 136.

71 *Ibid.*, p. 136.

72 FILHO, Agassiz Almeida. **10 lições sobre Carl Schmitt**. 2. ed. São Paulo: Vozes, 2014, p. 82.

buscava evitar: fazer depender o Direito de um fato<sup>73</sup>. Se dois ordenamentos - como num caso de golpe de Estado - entram em conflito, qual deles deve se sobrepor, uma vez que ambos são válidos e ancorados internamente em um pressuposto lógico?

A teoria schmittiana vai encontrar seu ápice empírico justamente neste ponto cego, conectada com sua fundamentação política<sup>74</sup>. Ora, se a própria natureza do estado de exceção se constitui enquanto suspensão da ordem jurídica, então o mero critério de validade é insuficiente. Deve-se recorrer, portanto, a uma dimensão extrajurídica: a esfera política de decisão. A predominância, portanto, é do ordenamento que se sobrepõe ao outro no caso concreto - o princípio da efetividade. Nesse quadro técnico os golpes de Estado não são eventos “ilegais” ou “antidemocráticos”, mas expressões extremas da soberania enquanto decisão. Nesse sentido, o golpe representa a reativação do poder constituinte originário, que funda uma nova constituição e reconhecimento da unidade política. O soberano se coloca como aquele que decide acerca do estado de exceção<sup>75</sup>.

Dois casos concretos podem exemplificar tal problemática. A Revolução de 1930 no Brasil com uma intervenção militar colocou Getúlio Vargas no poder; a falta de uma constituição durante o governo provisório varguista que a seguiu, contudo, se mostrou um problema. A constituinte do mesmo ano, portanto, apresentou um parecer redigido por Kelsen<sup>76</sup>. A dúvida jurídica que o motivou foi a seguinte: o novo governo poderia legalmente convocar uma constituinte fora dos parâmetros da Constituição de 1891, que já estava suspensa de fato, mas não revogada por via jurídica formal? A articulação kelseniana recorreu, evidentemente, à sua teoria pura como argumentação teórica. O problema é que esta mesma teoria não fornecia uma resposta de maneira clara: Kelsen recorreu, portanto, ao princípio da efetividade - se uma nova ordem jurídica for criada com êxito (ou seja, se ela tiver eficácia), ela se torna válida.

No caso de Schmitt, sua teoria encontrou subsídio no caso do golpe do Partido Nazista em 1933, quando Hitler emergiu ao poder. No seu caso, não houve dificuldade alguma em sua fundamentação teórica: o vácuo normativo que precede o golpe de Estado representa apenas a ação do novo poder constituinte e o papel do soberano em manter a unidade política. Em 1934, Schmitt publica seu artigo “O *Führer* protege o Direito<sup>77</sup>” em meio ao escândalo envolvendo o assassinato de toda alta cúpula da SE. Novamente, sua teoria deixa claro seu embasamento: a ação de Hitler não se configurou como crime de

73 BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução de Nello Morra. 4. ed. São Paulo: Ícone, 1989, p. 202.

74 SILVA, Felipe Alves da. Who watches the watchmen? Kelsen and Schmitt on the guardian of the Constitution. **Cuestiones Constitucionales**: Revista Mexicana de Derecho Constitucional, v. 26, n. 52, e18861, 2024.

75 SCHMITT, Carl. **Teología política I y II**: cuatro capítulos sobre la doctrina de la soberanía; la ley y el juicio. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

76 LOSANO, Mario Giovanni. O parecer de Hans Kelsen de 1933 sobre a Assembleia Nacional Constituinte do Brasil. **IUS Generis**, Guadalajara, n. 57, p. 85–102, jan./jun. 2015. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/3509/350945825023.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2025.

77 SCHMITT, Carl. O *Führer* protege o direito: sobre o discurso de Adolf Hitler no Reichstag, em 13 de julho de 1934. Tradução e apresentação de Felipe Alves da Silva. **Doispontos**: Revista de filosofia, Curitiba; São Carlos, v. 19, n. 2, p. 102–106, jul. 2022. DOI: <https://doi.org/10.5380/dp.v19i2.85803>.

Estado, mas sim como ato de justiça originário. Ou seja, a exceção legítima a suspensão da norma, pois quando o direito formal entra em colapso, a decisão soberana é responsável por restaurar a ordem.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo do presente artigo foi fazer um breve balanço no pensamento de dois dos maiores juristas do século XX: Hans Kelsen e Carl Schmitt. A análise comparativa de suas teorias permitiu mostrar que a controvérsia entre ambos extrapola o plano técnico-jurídico e alcança dimensões mais profundas no próprio núcleo constitutivo de um ordenamento político e jurídico. Por meio da comparação entre seus conceitos de constituição, suas interpretações no quesito forma, função e legitimidade e suas principais divergências no campo prático e teórico, se evidenciou que a teoria jurídica e constitucional é extremamente ampla e repleta de contradições.

Nesse sentido, compreender suas teorias vai muito além de revistar um debate histórico: trata-se de reconhecer os fundamentos e formulações que seguem fornecendo categorias analíticas para problemas contemporâneos e dilemas constitucionais do presente. Em tempos marcados por disputas sobre a autoridade das instituições, tensões entre legalidade e legitimidade e reconfigurações nos limites políticos, os modelos em confronto permaneceram em destaque como forma de compreensão de mundo.

Ao reconstruir seus fundamentos teóricos, suas diferenças conceituais e seus desdobramentos práticos se mostraram na essência do debate contemporâneo constitucional. Trata-se de um embate ideológico entre uma visão racional-formalista e uma concepção existencial-decisionista da constituição. É importante ressaltar que o aspecto conciso deste artigo é insuficiente para abarcar a amplitude do trabalho feito por estes dois grandes juristas alemães; a proposta era trazer, de forma sintetizada, os aspectos e pontos principais que foram levantados de forma a somar a toda teoria constitucional contemporânea. E mais do que isso, buscar responder - ou suscitar reflexões - a seguinte questão: o que confere legitimidade, estabilidade e validade para uma ordem jurídico-política?

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BOBBIO, Norberto; HENRIQUES, Sérgio; MORAIS, Luiz (orgs.). **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. 1. ed. São Paulo: Edipro, 2021.
- FILGUEIRAS, Fernando *et. al.* (org.). *Dimensões políticas da justiça*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2009.
- FILHO, Agassiz Almeida. **10 lições sobre Carl Schmitt**. 2. ed. São Paulo: Vozes, 2014.
- KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. Revisão técnica de Péricles Prade. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LOSANO, Mario Giovanni. O parecer de Hans Kelsen de 1933 sobre a Assembleia Nacional Constituinte do Brasil. **IUS Generis**, Guadalajara, n. 57, p. 85–102, jan./jun. 2015. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/3509/350945825023.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2025.

- PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. **História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional.** Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2008.
- SARLET, Ingo Wolfgang; GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **História constitucional da Alemanha: da Constituição da Igreja de São Paulo à Lei Fundamental.** Porto Alegre: Fundação Fênix, 2021.
- SCHMITT, Carl. **Constitutional theory.** Tradução de Jeffrey Seitzer. Durham; London: Duke University Press, 2008.
- SCHMITT, Carl. **Teología política I y II: cuatro capítulos sobre la doctrina de la soberanía; la ley y el juicio.** Madrid: Editorial Trotta, 2009.
- SCHMITT, Carl. O *Führer* protege o direito: sobre o discurso de Adolf Hitler no Reichstag, em 13 de julho de 1934. Tradução e apresentação de Felipe Alves da Silva. **doispontos: revista de filosofia**, Curitiba; São Carlos, v. 19, n. 2, p. 102–106, jul. 2022. DOI: <https://doi.org/10.5380/dp.v19i2.85803>.
- SILVA, Felipe Alves da. Who watches the watchmen? Kelsen and Schmitt on the guardian of the Constitution. **Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional**, v. 26, n. 52, e18861, 2024. Disponível em: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/18861>. Acesso em: 20 out. 2025.
- SOARES, Rogério. O conceito ocidental de constituição. **Revista de Legislação e Jurisprudência**, n. 3743, p. 39–66, 1985.
- STOLLEIS, Michael. **O direito público na Alemanha: uma introdução à sua história do século XVI ao XXI.** Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- VITA, Leticia. **La legitimidad del Derecho y del Estado en el pensamiento jurídico de Weimar: Hans Kelsen, Carl Schmitt y Hermann Heller.** Buenos Aires: Eudeba – Departamento de Publicações da Faculdade de Direito, Universidad de Buenos Aires, 2014.