

O GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO A PARTIR DA DUALIDADE ENTRE POLITEIA E NOMOI: O ARGUMENTO DE HANS KELSEN

THE GUARDIAN OF THE CONSTITUTION ACCORDING TO THE DUALITY OF POLITEIA AND NOMOI: HANS KELSEN'S ARGUMENT

Alan Ibn Chahrur¹

Resumo: O presente artigo pretende analisar uma via de leitura para o debate entre Kelsen e Schmitt, acerca de quem deve ser o guardião da Constituição, relacionando as divergências intelectuais de ambos à dualidade entre as noções gregas de *politeia* e *nomoi*, conforme um argumento pouco explorado que Kelsen desenvolve a propósito do tema. Com isso se pretende destacar, de um lado, a maneira com que ambos os autores orientam suas análises a partir de conceitos de Constituição e de Estado diametralmente opostos e irreduzíveis, mas, também, tenciona-se evidenciar ainda o diálogo de fundo que Kelsen estabelece com o platonismo, no curso do debate com Schmitt.

Palavras-chave: Constituição. Guardiã. Platão.

Abstract: The present paper has the intent to analyze one possibly interpretation of the debate between Kelsen and Schmitt over who should be the guardian of the Constitution, and intends to do so through the process of relating their intellectual divergence to the duality of the greek notions of *politeia* and *nomoi*, according to an overlooked argument that Kelsen proposes about the theme. Such an investigation can highlight on one hand the manner in which both of the authors orient their individual analysis according to completely opposed and irreducible concepts of the Constitution and the State. But on the other front, it can also shed light on top of the background dialogue that Kelsen establishes with the philosophy of Plato, while engaged in his debate with Schmitt.

Keywords: Constitution. Guardian. Plato.

1. Introdução

Como destaca o professor Giorgio Lombardi (2009, p. IX), da Universidade de Turim, no curso do estudo introdutório que precede a recente reedição espanhola do texto *O Guardiã da Constituição*, de Carl Schmitt (2007), publicado originalmente em 1929 e substancialmente ampliado no ano de 1931, juntamente com o ensaio *Quem deve ser o guardião da Constituição?* publicado por Hans Kelsen (2007) ainda naquele mesmo ano; não há dúvida de que a famosa polêmica que opôs os dois grandes

¹ Bacharel em Direito pelo UNIVEM-SP, Licenciado em Filosofia pela UNESP, Mestre em Teoria Geral do Direito e do Estado pelo UNIVEM-SP e Doutorando em Filosofia pela UNICAMP (bolsista CNPq), na área de concentração da Teoria Geral do Direito e do Estado. É professor contratado (referência MS-2 – substituto) do Departamento de Ciências Humanas da FAAC – Faculdade de Arquitetura, Artes e Comunicação da UNESP de Bauru-SP e professor efetivo da Secretaria de Educação do Governo do Estado de São Paulo (PEB-II). Advogado. E-mail: alanchahrur@gmail.com

luminares do direito público do início do século XX, já nos estertores da República de Weimar (1929-1933), constitui um referencial incontornável no percurso formativo de qualquer jurista.

Seja no plano teórico ou no âmbito prático, é certo que a retomada desse debate hoje - o qual não por acaso situa-se no contexto do sempre cambiante equilíbrio institucional da república germânica que antecedeu a segunda grande guerra - configura ainda uma necessidade premente, dado que a comunidade jurídica se defronta diuturnamente com as dificuldades na efetivação do dito Estado Constitucional, ao mesmo tempo em que assumem como palavras de ordem, na sociedade brasileira de agora, os temas da *crise política* e da *ruptura institucional*, discutidos sem maior cerimônia segundo as inclinações ideológicas dos mais variados matizes.

Nesse ambiente pouco amistoso, o diálogo com dois *juristas* cuja trajetória impõe essa solene designação, hoje pouco lembrada, em face do legalismo raso e inconsistente que domina a formação atual dos bacharéis, tão orgulhosos do título pouco lisonjeiro de “operadores”, permite-nos aprender com Kelsen e Schmitt, primordialmente, que não se faz Teoria do Direito independentemente de certos pressupostos epistemológicos e ético-políticos. Portanto, se os operadores ou burocratas de plantão, que temos a infelicidade de encontrar tantas vezes nas figuras dos advogados, dos promotores, dos juízes e até mesmo de alguns professores, não dispõem de tempo para “teorias”, pois que aferrados à visão “prática” da “interpretação” de regulamentos, portarias e quejandos, o fato é que o *jurista* enquanto tal não pode dispensar o enfrentamento a sério com a *Filosofia do Direito*. Uma esfera de reflexões no interior da qual os referidos autores articulam-se com toda a maestria que lhes é peculiar, o que tampouco descaracteriza a natureza eminentemente *jurídica* de suas proposições, ao contrário daquilo que certas vozes medíocres nunca cessam de afirmar, na tentativa pouco nobre, ainda que muito humana, de rebaixar ao nível de sua própria insignificância aqueles que contribuíram de modo substancial a ponto de lograr seu lugar de destaque na história da ciência do direito.

Somente liberados desse preconceito tão em voga é que podemos então nos aventurar com proveito na leitura de ambos os referenciais, até mesmo para assim separar tanto a contribuição teórica de Kelsen, quanto de Schmitt, das contingências pessoais da vida particular de cada qual, evitando a tentação sempre presente de desqualificar uma pela outra. O expediente tão comum que busca deslegitimar a contribuição teórica de Schmitt, a partir de sua conhecida relação com o nacional

socialismo que marcou a Alemanha na primeira metade do século XX, simplesmente não pode merecer crédito, assim como a disparatada tentativa de subtrair qualquer autoridade aos fundamentos de Kelsen, um autor de origem judaica, em razão da suposta contribuição de seu trabalho para o estabelecimento do supracitado regime nazista. A incongruência, sobretudo, deste último argumento anti-kelseniano em particular, por vezes referido como a falácia do *reductio ad hitlerum*, já mereceu inclusive um adequado repúdio no eloquente artigo de Caio Henrique Lopes Ramiro e Luiz Henrique Martim Herrera, publicado na prestigiosa Revista de Informação Legislativa do Senado Federal (2015), em seu volume 52, no primeiro trimestre do ano corrente.

Nesse sentido, se a inegável associação de Schmitt com o *Reich* alemão constitui um fato histórico a ser explorado e debatido, mas que em nada diminui a relevância de suas contribuições teóricas, o absurdo implícito na associação de Kelsen com o mesmo sistema político justifica a citação direta dos professores:

Diante dessa compreensão, seu nome é invocado irresponsavelmente para tão somente dar estética e autoridade (verdade) a afirmações relativas a tudo o que se refere a ‘aplicação da letra (fria) da lei’, ‘recusa à aplicação de princípios’, ‘totalitarismo, sobretudo do regime nazista’, ‘não reconhecimento de valores’, entre outras que serão expostas adiante. Deduz-se, portanto, do contexto de que Hans Kelsen é um normativista que seria ele, na mesma medida, um pensador dedicado apenas ao direito positivo e ao exercício da aplicação autômata do fato correspondente ao texto. Diariamente o que vemos, pois, é um ‘epistemicídio’ da teoria desenvolvida por Hans Kelsen, na medida em que se desconhece sua proposta. (RAMIRO & HERRERA, 2015, p.243)

A superação dessas limitadas leituras, aqui sumariamente indicadas, é condição necessária para compreendermos a real amplitude do pensamento de referenciais tão expressivos. E no presente caso, buscaremos demonstrar as múltiplas implicações teóricas do debate entre ambos, por meio da breve análise acerca de um específico argumento de Hans Kelsen, no qual o teórico mobiliza as noções gregas de *politeia* e *nomoi* relacionando-as ao problema das garantias constitucionais. Um movimento que, a nosso ver, expõe em grande medida a chave a partir da qual Kelsen lê suas divergências com Schmitt, na medida em que este poderia ser tomado, sobretudo, como um defensor de postulados metafísicos ainda ligados ao pensamento de Platão.

2. O debate entre Kelsen e Schmitt

De início, qualquer referência ao debate entre Kelsen e Schmitt não prescinde da análise, ainda que superficial, dos conceitos cardinais que orientam seus posicionamentos antagônicos. De modo que, após uma breve incursão pelas principais linhas de força do pensamento de ambos, dentro das óbvias limitações impostas pela estrutura de um artigo, poderemos então nos deter no objeto central das reflexões presentes: o argumento a partir do qual Hans Kelsen pretende relacionar o tema da garantia da Constituição à dualidade entre as noções gregas de *politeia* e *nomoi*.

Pretendemos com isso sublinhar o diálogo de fundo que Kelsen parece sempre estabelecer com Platão, ao longo de seu debate com Schmitt, uma vez que o dualismo metafísico inaugurado pelo filósofo grego constituiria a base teórica contra a qual a Teoria Pura do Direito pretende de fato se insurgir. Por conseguinte, o pensamento de Schmitt aparentemente se coloca muito mais, para Kelsen, como um refinamento ou uma reelaboração das bases teóricas do pensamento platônico, o que permite ao jurista austríaco contestar seu adversário intelectual segundo uma leitura particular dos diálogos de Platão, como intentaremos demonstrar, sem qualquer pretensão de abordar diretamente o platonismo em si ou mesmo as inevitáveis divergências relativas aos fundamentos da argumentação de Kelsen.

De uma perspectiva contemporânea é certo, como escreve o Ministro Gilmar Ferreira Mendes (SCHMITT, 2007, p. XIII), ao prefaciar a edição brasileira de *O Guardião da Constituição*, que a história em certo sentido deu razão à Kelsen, na medida em que a ascensão do totalitarismo alemão confirmou a profética afirmação de Schmitt de que o sistema político de Weimar permitiria que seu maior inimigo assumisse o poder, para então destruir, de dentro do sistema, todo o regime constitucional de 1919. Afinal, como se sabe, o núcleo teórico da proposta de Schmitt sempre consistiu em negar o autor qualquer modalidade de controle concentrado de constitucionalidade, pois para o professor, que não se furtou a advogar em favor do governo do *Reich* na demanda contra o *Länder* de Prússia, perante o Tribunal Estadual em 1932, a Constituição seria, na verdade, a decisão consciente de uma unidade política concreta, que define a forma e o modo de sua existência, não se resumindo a um simples conjunto de dispositivos legais. Eis a base de sua conhecida conclusão, segundo a qual somente o Presidente do *Reich* teria legitimidade para desempenhar a função institucional de preservação da Constituição.

Schmitt parte nesse sentido de uma radical divisão entre as esferas do *político* e do *jurídico*, tomadas sempre como polos irreduzíveis entre si, sob pena de implicar a visão contrária justamente uma descaracterização da natureza da decisão política fundamental, que deve garantir a unidade da Constituição. A partir desse dístico primordial, Schmitt se permite derivar toda uma série de dualismos que lhes são correlatos e dependentes, como a oposição entre Sociedade e Estado e, no limite, a oposição entre lei e sentença. Segundo encontramos no terceiro capítulo de sua monografia, prescreve o autor:

Para responder à pergunta fundamental da teoria constitucional deve-se repetir, aqui, mais uma vez que não há Estado de Direito sem uma Justiça independente, não há justiça independente sem vinculação material a uma lei e não há vinculação material à lei sem diversidade objetiva entre lei e sentença. O Estado de Direito civil baseia-se justamente na diferença objetiva entre diversos poderes. Pode-se rejeitar a diferenciação dos poderes devido a tendências absolutistas, como usual na teoria do direito público da monarquia constitucional alemã, e pode-se, também, deixar ao juiz uma certa liberdade, mas não se lhe pode outorgar a *decisão política*, que é assunto do legislador, sem alterar seu posicionamento de direito público. (SCHMITT, 2007, p.55)

Nessa linha, nada mais natural que a conclusão decorrente, segundo a qual toda decisão judicial já está contida na lei, sendo apenas deduzida a partir de uma operação lógica, como Schmitt expõe na sequência:

Uma lei não é uma sentença judicial, uma sentença judicial não é uma lei e, sim, decisão de um ‘caso’ com ‘base em uma lei’. A posição especial do juiz no Estado de direito – sua objetividade, seu posicionamento acima das partes, sua independência e sua inamovibilidade – baseia-se no fato de que ele decide justamente com base em uma lei e de que sua decisão, *em seu conteúdo*, é derivada de outra decisão de modo mensurável e calculável já contida na lei. (SCHMITT, 2007, p. 56-57)

Portanto, resta claro que o teórico não reconhece a jurisdição como ato produtor de direito, pois a criação do fenômeno jurídico deve ser tomada como prerrogativa exclusiva do legislador, enquanto decisão *política*. Tanto mais porque: “É inevitável que a justiça, enquanto permanecer justiça, sempre chega tarde politicamente e ainda mais quando a forma do processo, no Estado de Direito, for minuciosa e cuidadosamente mantida sob os auspícios da jurisdição” (SCHMITT, 2007, p.48). Consequentemente,

uma vez descrita como uma atividade que se resume ao mero exercício de subsunção da norma a um fato concreto, a atividade jurisdicional, tal como Schmitt a concebe, não pode em absoluto assumir o dever de julgar a eventual inconstitucionalidade das leis ordinárias, pois isso significaria então a ousada presunção de subsumir uma norma não mais a um fato, mas sim à outra norma de hierarquia superior.

No conflito sempre possível entre a lei ordinária e as determinações constitucionais, em se colocando a questão sobre qual de duas leis contraditórias deve prevalecer (a Constituição ou a lei ordinária), normas gerais seriam comparadas umas às outras e nunca aplicadas via o procedimento vertical da subsunção. De modo que, uma vez tornadas discutíveis e duvidosas as normas que deveriam ser sobrepostas ao “suporte fático” do direito, cessa todo o campo de atuação do poder jurisdicional, o que implica que o conteúdo normativo duvidoso só pode ser colocado fora de dúvida e fixado de forma autêntica pela decisão política. E não se trata, como Schmitt deixa claro, de encontrar qualquer alternativa por meio de um argumento racional, segundo a força do convencimento. A questão envolve: “[...] justamente uma decisão por meio de eliminação *autoritária* da dúvida” (SCHMITT, 2007, p. 68). Nesse momento, uma inconstitucionalidade duvidosa é tornada então evidente, pelo poder autocrático da autoridade política.

Antes de toda possível objeção, a inclinação teórica de Schmitt pode ser compreendida tendo a seu favor o ambiente histórico de frágil equilíbrio institucional da República de Weimar, marcado pela constante ingerência dos poderes constituídos nas competências a princípio privativas de cada qual. E aqui podemos lembrar, a exemplo do que argumenta o autor (SCHMITT, 2007, p. 43), do Decreto de 18 de Julho de 1930, no qual o presidente do *Reich* dissolveu o parlamento alemão, com base no mais famoso e crítico dos artigos da Carta Constitucional então vigente, determinando: “Depois de o Parlamento ter hoje decidido exigir que meus decretos de 16 de julho, promulgados com base no art.48 da Constituição do Reich, sejam tornados sem efeito, dissolvo o Parlamento com base no art.25 da Constituição” (SCHMITT, 2007, p. 43-44).

O notório dispositivo da Constituição de Weimar, a respeito do qual Kelsen escreveu que seu uso impróprio foi o meio pelo qual se destruiu o caráter democrático da República alemã (KELSEN, 2007, p. 306), preparando-se assim o advento do regime nacional socialista, ostentava a seguinte redação:

Art.48 -

§ 1º Se um estado não cumpre os deveres que lhe incumbem por força da Constituição ou das leis do *Reich*, o presidente do *Reich* pode obriga-lo com ajuda da força armada.

§ 2º Achando-se a segurança e a ordem públicas gravemente perturbadas ou comprometidas, o presidente do *Reich* pode tomar as medidas para o seu restabelecimento, e havendo necessidade pode valer-se da força armada. Para isso, pode suspender parcial ou totalmente o exercício dos direitos fundamentais garantidos nos arts. 114, 115, 117, 118, 123, 124 e 153.

§ 3º O presidente do *Reich* deve dar imediato conhecimento, ao *Reichstag*, de qualquer medida adotada com base nas cláusulas/parágrafos 1 e 2 deste artigo. Essas medidas deverão ser abrogadas por determinação do *Reichstag*.

§ 4º Havendo perigo na demora, pode o governo de um estado, com relação ao seu território, adotar medidas provisórias tal como indicado na cláusula/parágrafo segunda. Essas medidas devem ser abrogadas por determinação do presidente do *Reich* ou do *Reichstag*.

§ 5º Lei do *Reich* trará disposições necessárias nessa matéria. (KELSEN, 2007, p. 97)²

Schmitt sustenta, lendo o Decreto de 1930 a luz do art.48, a legitimidade da dissolução do Parlamento, porquanto a inação do poder legislativo contra o decreto, se existente, decorrera no caso da incapacidade parlamentar para articular politicamente a maioria necessária a fim aprovar uma reação aos mandamentos presidenciais, mediante, por exemplo, a promulgação de uma resolução nos termos do art.48, §3º, tendente a anular os decretos por ventura promulgados com base no art.48, §2º. A eventual inoperância da coalização parlamentar redundava, quando muito, em um enfraquecimento do substrato de representação política que um tribunal não pode suplantar, ao menos não sem converter-se – eis o ponto – em uma instância ativa que passaria a atuar com toda abertura política, mesmo que sob a roupagem do processo jurisdicional.

Contra esses conceitos nucleares a oposição contundente de Kelsen não é menos conhecida, mormente a partir do monismo epistemológico do teórico de Viena, que

² A nosso ver citação não dispensa a correlação, ainda que controversa segundo muitos, com o art.142 da Constituição Federal de 1988, atualmente vigente, segundo o qual: “As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, **à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem**” (grifamos). No Brasil, talvez o jurista Ives Gandra da Silva Martins seja um dos que melhor alertou para a extensão desse dispositivo, por meio do qual o constituinte transigiu com cada qual dos poderes outorgando-lhe competência concorrente para “proteger” quaisquer de suas atribuições mediante o recurso ao poderio militar. E não se trata aqui de sustentar a prevalência das forças armadas sobre os demais poderes, como alguns poderiam equivocadamente supor, mas sim de identificar o modo como a Constituição distribui igualmente entre os três poderes a prerrogativa ao recurso extremo para “garantia da lei e da ordem”, permitindo assim que se sobreponha, eventualmente, aquele capaz de angaria o maior apoio político e a conseqüente legitimidade no contexto social, dadas as contingências de qualquer momento de crise.

desconstrói a dualidade entre o jurídico e o político, classificando com um obsoleto “automatismo jurídico” a possível dedução, pelo juiz, de um conteúdo já previsto na decisão política expressa em lei. Aqui Kelsen enxerga os efeitos deletérios da ideologia política que se ressentia da transição do poder régio ilimitado para a monarquia constitucional. Nesse sentido:

Também essa doutrina descende do estoque da ideologia da monarquia constitucional: o juiz tornado independente do monarca não deve se conscientizar do poder que lei lhe confere, que – dado seu caráter geral lhe deve conferir. Ele deve crer que é um mero autômato, que não produz criativamente direito, mas sim apenas ‘acha’ direito já formado, ‘acha’ uma decisão existente na lei. Tal doutrina já foi desmascarada há muito tempo. (KELSEN, 2007, p.258)

É no mesmo tom que Kelsen lê a base teórica sob a qual Schmitt outorga ao presidente *Reich* a preeminência sobre os demais poderes, a saber, a tese do poder neutro do monarca, derivada de Benjamin Constant. E a esse respeito se manifestou o teórico de Viena:

[...] para tornar possível a noção de que justamente o governo — e apenas ele — seria o natural guardião da Constituição, é preciso encobrir o caráter de sua função. Para tanto serve a conhecida doutrina: o monarca é — exclusivamente ou não — uma terceira instância, objetiva, situada acima do antagonismo (instaurado conscientemente pela Constituição) dos dois polos de poder, e detentor de um poder neutro. Apenas sob esse pressuposto parece justificar-se a tese de que caberia a ele, e apenas a ele, cuidar que o exercício do poder não ultrapasse os limites estabelecidos na Constituição. Trata-se de uma ficção de notável audácia, se pensarmos que no arsenal do constitucionalismo desfila também outra doutrina segundo a qual o monarca seria de fato o único, porque supremo, órgão do exercício do poder estatal, sendo também, particularmente, detentor do poder legislativo: do monarca, não do parlamento, proviria a ordem para a lei, a representação popular apenas participaria da definição do conteúdo da lei. Como poderia o monarca, detentor de grande parcela ou mesmo de todo o poder do Estado, ser instância neutra em relação ao exercício de tal poder, e a única com vocação para o controle de sua constitucionalidade? (KELSEN, 2007, p. 241)

Consequentemente, Kelsen sustenta que, quando os representantes da teoria constitucional do século XIX, na linha de um assim chamado *princípio monárquico*, defendiam a tese de que o natural guardião da Constituição seria o monarca, estes, no limite, postavam-se como adeptos de uma tendência ideológica evidente, por meio da

qual se procurava mascarar o interesse fundamental de compensar a perda de poder que o chefe de Estado havia experimentado na passagem da monarquia absoluta para a constitucional. Como asseverou o autor:

O que em realidade se queria era – por razões cujo valor político não discutiremos aqui – impedir uma eficaz garantia da Constituição, pelo menos contra violações por parte de quem mais a ameaçava, ou seja, o próprio monarca, ou, mais precisamente o governo, ou seja, o monarca em conjunto com os ministros que assinavam seus atos, pois aquele não podia agir por si só. (KELSEN, 2007, p. 241)

Kelsen destaca (2007, p. 246) ainda a dificuldade, inerente à tentativa de transpor o conceito de poder neutro imanente ao regime monárquico, seja absoluto ou constitucional, à figura do chefe de estado de uma república democrática “eleito sob a alta pressão das correntes político-partidárias”, segundo sua expressão. Até mesmo pela abertura constante do art.48, Kelsen já antevia com precisão a ameaça do próprio chefe de estado à Constituição estabelecida, concluindo que justamente aquele com maior oportunidade de violá-la jamais poderia ser alçado ao posto de guardião. Afinal, o truísmo de obviedade tão primária reza desde sempre que “ninguém pode ser juiz em causa própria”.

As bases teóricas do normativismo kelseniano já eram então amplamente difundidas, a partir de seu posicionamento intermediário entre os extremos de um direito natural metafísico, pautado na regulação das normas jurídicas por valores transcendentais, em oposição ao juspositivismo cientificista do século XIX, na esteira do qual os grandes nomes do Direito, como Georg Jellinek (2000, p. 326), defendiam ser dever do jurista a descrição das conexões de causa e efeito dos fatos sociais à maneira da ciência natural, devido à “força normativa” inerente às relações fáticas de dominação.

Por outro lado, desde o início a perspectiva clássica da Teoria Pura do Direito (KELSEN, 1992, p. 10) concebe a norma jurídica como um esquema de interpretação das condutas humanas que, em termos lógicos, outorga um sentido objetivo a determinados atos de vontade realizados por certos indivíduos. De maneira que o elemento primordial, que transforma um evento particular em fato jurídico, não é mais sua facticidade propriamente dita, o seu “ser natural”, mas sim um ato da razão, a saber, o procedimento intelectual que confronta o fato com um sistema normativo de

referência, positivado na forma de um código ou da Constituição, por exemplo. Nas palavras de Kelsen:

Para que um fato material não seja qualificado como assassinato, mas como execução de uma sentença criminal, dependemos da qualidade, imperceptível aos sentidos, que emerge do raciocínio consistente no confronto deste ato como Código Penal e de Processo Penal. (KELSEN, 1992, p. 10, tradução nossa).

A base dessa distinção, que permanece indelével até a segunda e definitiva edição da Teoria Pura do Direito em 1960 (KELSEN, 2006, p. 4), se encontra na rígida cisão metodológica entre as esferas do ser (*Sein*) e do dever-ser (*Sollen*), princípio que funda o dualismo epistemológico entre fato e valor, entendidos aqui enquanto opostos irreduzíveis entre si e delimitados de maneira estanque. Trata-se de um instrumental teórico que, por si só, reverbera toda a herança kantiana de Kelsen e esclarece muito do repúdio do autor pelo juspositivismo de seu tempo, pródigo em sustentar, à maneira do já citado Jellinek, a preponderância da “força normativa do fático”. Kelsen, ao contrário, em parágrafos que bem repercutem a influência da Crítica da Razão Pura (KANT, 2012), abre a apresentação de seu sistema com cristalina exposição de princípios:

A distinção entre ser e dever-ser não pode ser mais aprofundada. É um dado imediato da nossa consciência. Ninguém pode negar que o enunciado: tal coisa é – ou seja, o enunciado através do qual descrevemos um ser fático – se distingue essencialmente do enunciado: algo deve ser – com o qual descrevemos uma norma – e que da circunstância de algo ser não se segue que algo deva ser, assim como da circunstância de que algo deve ser se não segue que algo seja. (KELSEN, 2006, p. 4).

A semelhança do excerto em destaque com as conclusões de Kant (2012, p. 432), quando da resolução da terceira antinomia da razão pura, que opunha os conceitos da causalidade por liberdade à lei universal da necessidade natural, não é mera coincidência. Pois, conquanto pouco detalhista e nada abundante na exposição de suas premissas especulativas, isso nos demonstra que o jurista Hans Kelsen, ao longo de toda a sua extensa produção intelectual, jamais deixou de manejar, com plena consciência, as estruturas filosófico-conceituais mais marcantes de sua formação, particularmente no que tange ao criticismo transcendental, o qual fora eleito desde o início como sua filosofia de referência, ou sua “estrela-guia”, consoante a eloquente declaração de sua autobiografia (KELSEN, 2011, p. 25).

No mais, a lição do próprio Kant na *Crítica da Razão Pura*, ao formular sua proposta de abordagem da terceira antinomia da razão, expõe o alicerce que sustenta a metodologia diretiva do sistema kelseniano:

O dever exprime um tipo de necessidade e conexão com os fundamentos que não aparece de outro modo em toda a natureza. O entendimento só conhece aí aquilo que é, foi ou será. É impossível que algo deva ser aí de outro modo, a não ser como de fato já o é, em todas as suas relações temporais; o dever, no entanto, caso só se tenha em vista o curso da natureza, não tem absolutamente nenhum significado. Nós não podemos, de forma alguma, perguntar o que deve acontecer na natureza; menos ainda as propriedades que um círculo deve ter; devemos perguntar apenas o que aí acontece, ou quais as propriedades que o último tem. (KANT, 2012, p. 437, B 575)

Doravante, se torna compreensível a conclusão que Kelsen sustentou à exaustão, sempre rejeitando de plano toda possibilidade de fundamentação do Direito – concebido enquanto sistema de normas situado no plano deôntico do dever-ser – em qualquer espécie de contexto fático, para buscar, ao contrário, desvinculá-lo das relações de poder que se manifestam no plano natural do *Sein*, onde até então o positivismo jurídico do século XIX pretendia circunscrevê-lo, valendo-se do que o autor toma por “conceitos híbridos” como a “vontade” do Estado, do “povo” e outras construções conceituais que a seu ver não encontram correspondência imediata na esfera das relações causais. Consequentemente, se a norma não encontra fundamento no fato, assim como o dever-ser não pode jamais ser derivado do ser, resta claro que: “O fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de outra norma” (KELSEN, 2006, p. 215).

A extensão desse princípio de validade, plenamente coerente com a sobredita epistemologia dualista de cunho kantiano, possibilita em um segundo momento a incorporação da teoria da hierarquia das normas (*Stufenbaulehre*) de seu ex-aluno Adolf Merkl à Teoria Pura do Direito, apenas para engendrar aquela que configura talvez a mais antológica imagem associada ao nome de Kelsen até o momento presente: a pirâmide normativa. Um sistema fechado, no interior do qual as normas inferiores encontram seu fundamento nas prescrições superiores, procedendo-se sucessivamente até o ápice do direito interno, cujo ponto limite pode ser situado na Constituição dos Estados nacionais, que por sua vez encontram fundamento na assim chamada norma fundamental, o elemento que confere unidade ao sistema.

No interior dessa estrutura piramidal, justamente por ser da natureza do direito regular sua própria criação, todo ato de aplicação se transforma concomitantemente em

um ato de criação de direito. Consequentemente, para Kelsen (2007, p. 251), o exercício do poder legislativo tem continuação ou, até, seu real início, tanto na jurisdição quanto na administração pública. E rebatendo os que ainda hoje criticam seu sistema como um formalismo inócuo, para o qual o direito é simples “norma” que “prende o juiz à lei”, Kelsen faz questão de destacar que: “Entre o caráter político da legislação e o da jurisdição há apenas uma diferença quantitativa, não qualitativa” (KELSEN, 2007, p. 251). Portanto contra a Teoria Pura do Direito, o desafio de Schmitt reside menos em demonstrar que a decisão soberana pode ser expressa em termos puramente políticos, e mais em convencer que a jurisdição pode ser compreendida em termos puramente jurídicos, à maneira de um silogismo formal, carente de qualquer conteúdo político de cunho “decisionista”, para falar em termos propriamente schmittianos.

A subsunção de normas sobre normas, tão criticada por Schmitt como o desafio intransponível de toda jurisdição constitucional, tampouco subsiste no sistema de Kelsen, haja vista que quando da decisão sobre a constitucionalidade de uma lei, segundo o teórico de Viena (KELSEN, 2007, p. 256), o suporte fático que deve ser subsumido à legislação - pois a subsunção ainda ocorre - é o *próprio processo de produção da norma*, enquanto verdadeiro suporte fático material, regulado pela norma constitucional. Na avaliação desse processo deve a jurisdição constitucional atuar como verdadeira jurisdição, valorando a dinâmica do processo legiferante seja segundo sua forma ou seu conteúdo, já que mesmo este encontra previsão na Constituição, culminando assim na absoluta identificação entre os eventuais vícios formais ou materiais da produção legislativa.

No entender de Kelsen, se existem referenciais jurídicos hodiernos que de fato não encontram a mínima correspondência fática, ao mesmo tempo em que não se apresentam como propriamente *jurídicos* são, isso sim, aos ideais da “vontade” do Estado como unidade abstrata do “corpo coletivo” que o compõe, segundo defende Schmitt. Todos se resumindo a dualismos fictícios, para não dizer transcendentais, que o autor da *Teologia Política* pressupõe como reais, na esteira da “unidade política” do povo.

Em face desses dualismos schmittianos abertamente classificados como metafísicos, segundo Kelsen, é que podemos situar a remissão deste autor feita com o intuito de posicionar o debate com seu antagonista em termos análogos ao dilema da *politeia* versus *nomoi*, oriundo do pensamento grego. Para tanto, uma particular assertiva de Kelsen nos parece demonstrar, a toda evidência, que o teórico de Viena

encontra em Schmitt apenas um adversário intelectual indireto, na medida em que suas conclusões poderiam ser colocadas como reflexo de uma tradição anterior e muito mais abrangente que a própria Teologia Política de seu interlocutor. E dizemos isso sem qualquer demérito à Schmitt, uma vez que a dita tradição a que nos referimos encontra seu representante capital na figura de Platão, à sombra do qual todo o ocidente necessariamente se apequena. A ousadia de Kelsen, assim, consistiria muito mais na tentativa pouco modesta de opor a Teoria Pura do Direito às diversas espécies de “especulações metafísicas” que, a exemplo da proposta de Schmitt, remontam no extremo ao dualismo metafísico do pensamento platônico. A passagem em referência segue desta forma:

Além disso as normas constitucionais a serem aplicadas por um tribunal constitucional, sobretudo as que definem o conteúdo de leis futuras – como as disposições sobre direitos fundamentais e similares -, não devem ser formuladas em termos demasiado gerais, nem devem operar com chavões vagos como ‘liberdade’, ‘igualdade’, ‘justiça’, etc. Do contrário existe o perigo de uma transferência de poder – não previsto pela Constituição e altamente inoportuno – do Parlamento para uma instância externa a ele, ‘a qual pode tornar-se o expoente de forças políticas totalmente distintas daquelas que se expressam no Parlamento’. Essa porém não é uma questão específica da jurisdição constitucional; vale também para a relação entre a lei e os tribunais civis, criminais e administrativos que devem aplicá-la. **Trata-se do antiquíssimo dilema platônico: politeia ou nomoi?; reis-juizes ou legislador régio?** [...] Pois um tribunal que não aplica no caso concreto uma lei por sua inconstitucionalidade ou um decreto por sua ilegalidade, elimina uma norma geral e assim atua também como *legislador negativo* (no sentido material da palavra *lex* – lei). (KELSEN, 2007, p. 263, grifo nosso)

Nos parece inegável que Kelsen sempre considerou Platão como seu grande interlocutor, muito mais do que o próprio Schmitt, porquanto o grande teórico da antiguidade, mais que qualquer um depois, desenvolvera em profundidade uma reflexão abrangente sobre o problema da justiça, reconhecendo nesta questão, por sua vez, um dilema somente capaz de ser resolvido em termos de metafísica. A princípio, também reforça essa tese o substancial volume que Kelsen dedicou ao pensamento de Platão, o qual em edição póstuma mereceu dos editores do Instituto Hans Kelsen, em Viena, o sugestivo epíteto de *A ilusão da Justiça* (KELSEN, 2008), já editado no Brasil, muito embora o trabalho permaneça talvez como uma das obras menos debatidas do *corpus* kelseniano.

Segundo o volume em referência, na base da tradição ocidental todas as grandes sínteses sobre o problema da justiça remontam em última instância aos fundamentos da especulação metafísica de Platão ou, de outra banda, às bases da teologia cristã, centrada no culto religioso à figura de Jesus de Nazaré. E precisamente porque objetiva desenvolver uma ciência do direito, alheia a toda metafísica, pois que fundada no fenômeno histórico e concreto do direito positivo, Kelsen deve abandonar os dualismos transcendentais invariavelmente reproduzidos por Schmitt. O que não significa negar o mérito da base teórica em questão, como cita o próprio Kelsen, na abertura de *A Ilusão da Justiça*, em uma passagem que pode surpreender uma vez mais aqueles que lhe atribuem a pecha de formalista estéril blindado à discussão substantiva:

De todo o grande contingente daqueles que – desde que o ser humano adquiriu a capacidade de pensar – se ocuparam da questão da justiça, duas cabeças alçam-se muito acima de todas as demais. A primeira, cingida do glorioso esplendor da especulação filosófica; a outra, da coroa de espinhos da crença religiosa. Tanto quanto o divino Salvador, Jesus de Nazaré, apenas o filósofo de Atenas, o ‘divino’ Platão, lutou pela justiça. [...] Somete os diálogos de Platão revelam-se tão completamente impregnados do pensamento da justiça quanto o está a pregação de Jesus. Se a questão da justiça constitui o problema central de toda teoria e prática social, então o pensamento europeu atual, em uma de suas esferas mais importantes, apresenta-se fundamentalmente marcado pela maneira como o filósofo grego e o profeta judeu colocaram essa questão e a responderem. Se é que nos cabe esperar encontrar uma resposta para ela, para a questão da justiça absoluta, havemos de encontra-la em um ou no outro – ou, do contrário, tal questão será inteiramente irrespondível. E isso porque inexistente, e decerto nem pode existir, pensamento mais profundo e querer mais sagrado voltados para a solução do enigma da justiça. (KELSEN, 2008, p. 1, grifo do autor)

A referência ao ideal da justiça absoluta expõe com destaque, a nosso ver, as divergências de Kelsen com as alternativas postas por ambos os luminares do pensamento, uma vez que é notória a inclinação tanto da vertente especulativa de Platão, quanto da herança religiosa de Jesus, por uma resposta metafísica ao problema da Justiça. E essa resposta Kelsen jamais pode aceitar, na qualidade de um jurista formado e informado na esteira do criticismo transcendental de Kant. Consequentemente nos parece que todos os argumentos mobilizados contra Schmitt, ao final, decorrem da leitura que Kelsen faz de seu pensamento como um pensamento metafísico, que busca elementos transcendentais como a “vontade” do Estado e a “unidade” política do “povo”.

A própria noção do chefe do poder executivo ou do monarca como titular de um poder “neutro”, incumbido da guarda da Constituição, nos remete sem dificuldade ao ideal do autocrata absoluto consubstanciado no rei-filósofo de Platão. Pois como disse o último, no conhecido diálogo do *Político*, retomado por Kelsen (2008, p.499), decerto a feitura das leis “faz parte, em certa medida da arte de governar”, “mas o melhor é quando o poder não está nas leis, mas sim nas mãos de um rei dotado de compreensão”, a tal ponto que, se onde quem governa é quem está na posse do saber real, as leis são supérfluas e até danosas.

A metafísica do político deságua, por fim, em um Estado fundamentalmente antidemocrático, porquanto contrário a qualquer forma de governo de uma maioria que não fosse aquela *representada* na unidade da figura do monarca, capacitado intelectualmente para orientar os rumos da *pólis*. Podemos especular tangencialmente, ainda, o quanto do repúdio de Platão pelo governo da massa resulta do ressentimento pela chocante experiência do julgamento de Sócrates, o mestre que o discípulo viu submetido ao juízo do tribunal popular, apenas para ser condenado pelo mesmo à pena capital. A sumária injustiça contra a qual, na leitura de Will Durant (1996, p. 39), poderíamos dizer que toda a produção de Platão parece sempre querer se levantar, em um mesmo grito de repúdio vazado como que nos seguintes termos: “com que direito esse povo ignorante e incapaz pretender se outorgar o direito de decidir os altos destinos da *pólis*, se até mesmo quando foi chamado a decidir o destino de Sócrates ele optou por matar o melhor de nós?”.

Mas não nos deteremos aqui na especulação histórico-filosófica, na qual ingressamos apenas para concluir com a assertiva, que Kelsen nos parece sustentar, de que mesmo em Platão talvez nem sempre a dualidade metafísica tenha culminado na apologia da *politeia* do rei-filósofo, pois que em sua derradeira obra de título expressivo – as Leis – o filósofo tampouco deixou de reconhecer as dificuldades da tentativa de garantir um mínimo de justiça à decisão política, acabando por contentar-se com a segurança do *nomos* expresso na ordem jurídica positiva.

Um argumento que o olhar agudo de Kelsen não poderia deixar de evidenciar, ao longo de sua defesa em prol do Tribunal Constitucional como verdadeiro guardião da lei maior (KELSEN, 2008, p. 503). Uma contestação indireta, como Kelsen pode pretender, à base teórica do pensamento de Schmitt, já que mesmo Platão não se furtara então, em certo sentido, às inclinações de uma perspectiva normativa.

3. Conclusão

E assim, concluímos com a passagem que parece cunhada para a problemática da garantia da Constituição, a ponto de nos oferecer aquela que, segundo o professor de Viena, constitui uma autorizada resposta, datada de mais de vinte séculos atrás, a respeito de quem deve ser o Guardião da Constituição, conforme o derradeiro diálogo de Platão:

Se alguma vez, por determinação divina, viesse realmente ao mundo um homem dotado da capacidade natural de atender às exigências mencionadas (isto é, de servir ao bem comum como interesse supremo absoluto), não necessitaria de leis prescrevendo-lhe o que fazer. Isso porque não há lei ou ordem acima do saber e da compreensão, nem é concebível que a razão seja súdita ou dependente do que quer que seja; ao contrário, ela tem que reinar sobre todas as coisas, se, de acordo com sua essência, for realmente verdadeira e livre. [...] Mas chega desse sonho! Não existem – ou praticamente inexistem – homens assim. Por isso, temos de nos decidir pela segunda alternativa, pela ordem e pela lei, que, se não podem contemplar e considerar tudo e todos, podem ao menos tomar em conta aquilo que ocorre com certa regularidade. [...] Assim, Estados dessa espécie, se desejam imitar com a maior correção possível aquele Estado verdadeiro do regente único que governa em conformidade com a arte política, não podem jamais, uma vez concluído o trabalho da elaboração das leis, agir contrariamente às leis escritas e às estabelecidas pelos costumes locais”. (PLATÃO *apud* KELSEN, 2008, p. 503)

Desse ângulo, para finalizarmos com alguma provocação, não nos parece que se afigura correto dizer que história deu razão a Kelsen, algo *a posteriori*, como escreveu o eminente ministro brasileiro, mas sim que a história de pronto já dava razão *a priori* ao pensamento do teórico, segundo o entendimento milenar de Platão, uma vez que mesmo o grande metafísico, em dada medida, também se permitiu buscar na regularidade da ordem jurídica o ideal de estabilidade e segurança que a via política dificilmente parece capaz de manter.

Referências

- DURANT, W. *A História da Filosofia*. Nova Cultural: Rio de Janeiro. 1996
JELLINEK, G. *Teoría General del Estado*. Fondo de Cultura Económica: México. 2000
KANT, I. *Crítica da Razão Pura*. Trad. Fernando Costa Mattos 3 ed. Vozes: Petrópolis. 2012.
KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito*. 7 ed. Martins Fontes: São Paulo. 2006
_____. *Jurisdição Constitucional*. 2 ed. Martins Fontes: São Paulo. 2007

- _____. *A Ilusão da Justiça*. 4 ed. Martins Fontes: São Paulo. 2008
- _____. *Autobiografia*. 2 ed. Forense Universitária: Rio de Janeiro. 2011.
- _____. *Introduction to the Problems of Legal Theory. A translation of the first edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law*. Trad. Stanley L. Paulson e Bonnie Litschewski Paulson. Clarendon Press: Oxford. 1992
- LOMBARDI, G. Estudio Preliminar - La querela Schmitt-Kelsen: Consideraciones sobre lo vivo e lo muerto em la gran polémica sobre la justicia constitucional del siglo XX. In: *La polémica Schmitt-Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus Quién debe ser el defensor de la Constitución?*. Editorial Tecnos: Madrid. 2009.
- MENDES, G. F. Apresentação. In SCHMITT, Carl. *O Guardião da Constituição*. Del Rey: Belo Horizonte. 2007
- RAMIRO, C. H. L.; HERRERA, L. H. M. Hans Kelsen: Filosofia Jurídica e Democracia. Brasil: Senado Federal. *Revista de Informação Legislativa*. v. 52, n. 205, (jan/mar. 2015)
- SCHMITT, C. *O Guardião da Constituição*. Del Rey: Belo Horizonte. 2007