

Controle concentrado de constitucionalidade

O “Guardião da Constituição” no embate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt

Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia

Sumário

1. Introdução. 2. Estado, Constituição e normas constitucionais. 2.1. A *Grundnorm* de Kelsen. 2.2. Constituição e leis constitucionais em Schmitt. 3. Justiça constitucional. 3.1. O controle de constitucionalidade e o Tribunal Constitucional Kelseniano. 3.2. A crítica de Schmitt ao Tribunal Constitucional. 4. Quem deve ser o guardião da Constituição?

1. Introdução

Este ensaio buscará cuidar do embate entre dois dos mais notáveis juristas do século XX, Hans Kelsen e Carl Schmitt, acerca da questão sobre quem deveria ser o “Guardião da Constituição”. Pretendemos mostrar mais de cerca os fundamentos do sistema de controle concentrado, tal como foram pensados no Estado Social (para depois revê-los desde o atual paradigma do Estado Democrático de Direito). Ademais, a discussão mostrará, de forma geral, os princípios do próprio controle *judicial* de constitucionalidade. Isso porque é com Kelsen que o controle de constitucionalidade passa a ser tido como um *capítulo* do Direito. O que havia antes, principalmente nos EUA, eram práticas jurisprudenciais que, como bem dizia Lúcio Bittencourt, declaravam o princípio da nulidade absoluta de uma lei declarada inconstitucional sem mostrar-lhes os fundamentos (BITTENCOURT, 1997, p. 140-141).

Kelsen leva a sério o tema do controle de constitucionalidade, buscando dar-lhe con-

Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia é Advogado, Mestre e Doutorando em Direito Constitucional pela UFMG.

tornos científicos; não só do controle concentrado que ele cria, mas também do controle americano, que ele busca estudar, até mesmo para ao final tecer-lhe críticas. O confronto entre Kelsen e Schmitt representa – além de uma belíssima demonstração de técnica e retórica – a afirmação da teoria kelseniana sobre o controle judicial de constitucionalidade.

O resultado dessa oposição é uma teoria mais depurada por parte de Kelsen, oferecendo a todos um trabalho final muito melhor. Para nós, o trabalho de Kelsen é um referencial não só pela grandeza de suas teses, mas também porque foi justamente ele o criador do controle concentrado que viemos a copiar em meados do século passado e que hoje tem enorme importância no que se refere à jurisdição constitucional no Brasil. Não é possível estudar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade (ou de constitucionalidade) nas várias ações hoje existentes em nosso intrincado sistema de controle concentrado de constitucionalidade sem estudar os fundamentos dados pelo jurista vienês; é importante, outrossim, para vermos o quanto seus ensinamentos podem ser adequados à nossa realidade constitucional.

Para tanto, seguiremos as discussões travadas entre os dois juristas acerca de quem deveria ser o “Guardião da Constituição” e como essa discussão contribuiu para a Teoria da Jurisdição Constitucional (OLIVEIRA, 2000, p. 119 et seq.).

Os textos que utilizaremos para expor o tema serão basicamente, de Carl Schmitt, *Der Hüter der Verfassung (A defesa da constituição)*, publicado no princípio de 1931, e a resposta de Kelsen, *Were soll der Hüter der Verfassung sein? Quem deve ser o Guardião da Constituição?*, publicado pouco depois.

Mesmo antes da publicação de Schmitt, Kelsen já sofria ferrenha oposição de alguns juristas, que acusavam sua teoria de “extremadamente formalista, uma lógica vacia, incapaz de dar cuenta de los fenómenos reales, de la vida del derecho, una teoría sin sustancia” (HERRERA, 1994, p. 198).

Quanto a Schmitt¹, seu antagonismo a Kelsen já pode ser visto desde a primeira década do século, mas, a partir da publicação de *A defesa da Constituição*, tornou-se uma confrontação direta.

Vale a pena lembrar que a época em que os dois juristas publicaram os textos acima foi marcada pela instabilidade. Em 1929, a grande crise econômica mundial afetou sensivelmente a República de Weimar. Havia também internamente uma crise de sustentação política do governo. A partir do final de 1930, o chanceler Brüning começa a governar por regulamentos (editados pelo presidente), que se apoiavam na segunda parte do famoso artigo 48 da Constituição de Weimar:

“Art. 48. (...) No caso de a ordem e a segurança pública do Reich serem perturbadas ou ameaçadas, o Presidente do Reich pode tomar as medidas necessárias para seu restabelecimento, se for necessário, com o auxílio das forças armadas”.

O próprio Schmitt (1983, p. 25), a despeito de apoiar publicamente a decisão de Brüning, reconhece a crise vivida pela Alemanha, chegando a escrever no prefácio de seu livro que a análise acerca do guardião da Constituição era um trabalho “difícil e perigoso”; na Áustria, a situação não era muito diferente, conforme veremos *infra*.

Além disso, ambas teorias se deparam com o problema da unidade do Estado, ameaçada pela emergência política do proletariado, principalmente após a 1ª Guerra. Procuram elas, de alguma forma, mostrar como seria possível a integração dessas massas em um Estado cujas lutas prefaciavam a aniquilação e/ou a ameaça bolchevique.

A proposta da Constituição de Weimar apontava na direção de uma democracia orgânica em um Estado Social e inclusivo, inaugurando uma nova fase dentro do constitucionalismo; mas, como dissemos, justamente essa ordem estava a ruir. O “Estado Plural” vai ser grandemente combatido por Schmitt, que vê na homogeneidade o princí-

pio da democracia. Kelsen, ao revés, apóia o aumento de agentes na política e ataca, dizendo que, na verdade, as elites estavam a temer uma emergência do proletariado. É esse o pano de fundo que dará a tônica das discussões que se seguem.

Apenas para podermos situar a concepção de cada um sobre a defesa da Constituição, vamos, ainda que sucintamente, expor algumas de suas idéias centrais sobre uma concepção de Estado, de democracia e de Constituição.

Antes, porém, queremos deixar aqui uma observação a respeito dos textos de Kelsen que pesquisamos no sentido de concordar com Herrera (1994, p. 215), quando afirma que ocasiões como essa servem para desmistificar o autor de *Teoria pura do direito* como um teórico despreocupado dos problemas concretos; muito ao contrário, como se verá, o que percebemos foi um publicista ferrenhamente defensor da democracia e da formação plural e democrática das leis no Parlamento.

2. Estado, Constituição e normas inconstitucionais

2.1. A Grundnorm de Kelsen

Kelsen acredita no Parlamento como instituição nuclear da democracia representativa. Como bem analisou Fioravanti (1999, p. 156), na perspectiva de Kelsen, a Constituição democrática não possui donos, não é *filha* de um sujeito ou de um poder, mas de “*un proceso que produce constitución en la medida en que es capaz de mediar, de componer, de representar en su interior la pluralidad de las fuerzas y de los concretos intereses existentes*”. Os grupos representados no Parlamento, em suas discussões, procurariam não verdades absolutas (como acusava Schmitt, infracitado), mas verdades relativas, que gerariam *compromisso*, essência da democracia e que consiste em “posponer lo que separa a los asociados en favor de lo que los une” (KELSEN, 1992, p. 453)².

Contribuiriam para esse mecanismo as oscilações de maiorias, o que possibilitaria sempre a revisão dos compromissos de acordo com a representação mais atual. Apesar da possibilidade de se constituírem novos compromissos, isso não poderia significar mudanças tão drásticas justamente porque, ao final, *o Parlamento teria de ser fiel à Constituição, já que lhe é tributário quanto à sua origem e atribuições*³. Por essa razão, para Kelsen (1998, p. 129), não faz sentido opor a Justiça Constitucional frente a uma pretensa “soberania do Parlamento” (que, aliás, não existe para ele). É que

“no se puede dejar de reconocer que la Constitución regula, en definitiva, el procedimiento legislativo de la misma forma que las leyes regulan el procedimiento de los tribunales y de las autoridades administrativas, que la legislación está subordinada a la Constitución exactamente igual que la justicia y la administración lo están a la legislación”.

Assim, a grande importância dada por ele ao Parlamento não configura uma “soberania do Parlamento” e nem qualquer defesa de uma “ditadura da maioria”, antes pelo contrário, apesar do apoio às decisões colegiadas no Parlamento, Kelsen coloca as leis daí decorrentes dentro de uma (rígida) estrutura escalonada, em que estas estão abaixo – e, logo, sob a dependência – da Constituição⁴, e, como veremos *infra*, uma das funções da Justiça Constitucional é justamente a defesa das minorias.

A Constituição da Áustria a ser aqui considerada é a aprovada em 1920 até as reformas de 1930. As emendas após 1930 não serão por ele consideradas para tratar do tema da jurisdição constitucional, porque, nas palavras do próprio Kelsen ([19--?], p. 81), tais emendas “fueron decretadas bajo un régimen semifacista y tenían la tendencia de restringir el control democrático de la constitucionalidad de las leyes”.

É sobre aquele período anterior que Kelsen traça uma proposta de proteção de

tipo judicial e concentrada à Constituição, o que representou não só uma novidade, mas uma revolução conceptual, que viria a propagar-se pelas mais diversas regiões do globo, conforme vimos na primeira parte deste trabalho. Nesse *status* constitucional, foram dadas garantias à Constituição contra *leis* e *regulamentos*. Sobre os “regulamentos”, vale a pena esclarecer que estes não são apenas aqueles editados pelo governo para darem eficácia às leis (os nosso conhecidos decretos), mas aos doutro tipo, isto é, aos regulamentos editados “diretamente debaixo da Constituição”.

Kelsen ([19--?], p. 82) tem uma especial preocupação com essa espécie normativa – preocupação essa que não se mostraria infundada dados os acontecimentos futuros. Segundo o mestre vienês, o controle sobre os regulamentos era até mais importante do que o sobre as leis, já que “el peligro de que los órganos administrativos excedam los límites de su poder de crear normas jurídicas generales es mucho mayor que el peligro de una ley inconstitucional”. A observação, inclusive, é particularmente interessante e vale para nosso atual momento institucional; referimo-nos às medidas provisórias que têm se proliferado e que certamente ameaçam a ordem constitucional tanto ou mais que as leis.

Conclui Kelsen ([19--?], p. 84),

“la utilización abusiva del artículo 48 de la Constitución de Weimar, que autorizaba al Gobierno a promulgar reglamentos, fue el camino a través del cual el carácter democrático de la República fue destruido en Alemania, y preparó el ascenso del nacional-socialismo al poder” [grifos nossos] (Cf. KELSEN, 1998, p. 133-134).

Mais à frente, mostraremos o quanto ele estava preocupado com os regulamentos no tocante à independência do Tribunal Constitucional em relação à Administração e à forma de escolha dos juízes.

Qual a concepção de Kelsen sobre a Constituição? A *Grundnorm* é a Norma

Fundamental. Trata-se de uma norma que se constitui no fundamento do Estado (que na verdade com ele se confunde) e que regula a produção de todas as outras normas, por isso, deve ser rígida e assegurada a maior estabilidade possível. A unidade do ordenamento jurídico dá-se enquanto as leis ordinárias são produzidas em conexão de dependência em relação à Constituição.

Fala-se então de Constituição em sentido *material* – normas que regulam a produção das demais normas – e Constituição em sentido *formal* – um documento que contém normas referentes a assuntos politicamente relevantes. Sinteticamente, pode-se entender Constituição como

“un principio en el que se expresa jurídicamente el equilibrio de las fuerzas políticas en el momento que se toma en consideración” (...) [é também, como norma superior,] “la norma que regula la elaboración de las leyes, de las normas generales en ejecución de las cuales se ejerce la actividad de los órganos estatales, de los tribunales y de las autoridades administrativas” (KELSEN, 1998, p. 115; Cf. FIORAVANTI, 1999, p. 155).

A nova fase do constitucionalismo, o Social, inaugurado formalmente com a Constituição de Weimar, não passa despercebida por Kelsen. Observa ele que, nas “Constituições modernas”, é ampliado o conteúdo de normas naquele segundo sentido, pois contém um catálogo de direitos fundamentais dos indivíduos ou liberdades individuais.

A consequência é que agora uma lei pode ser inconstitucional por contrariar o procedimento de sua elaboração (inconstitucionalidade formal) ou por seu conteúdo contrariar os princípios da mesma (inconstitucionalidade material). Com a ajuda da pirâmide hierárquica do ordenamento, Kelsen (1998, p. 110) mostra que, no transcurso desde a Constituição até a sentença (e regulamentos), “el Derecho regula su propia creación y el Estado se crea y se recrea sin tre-

gua con el Derecho”⁵ (Cf. KELSEN, 1998, p. 111-112).

A *regularidade* da lei e normas inferiores (ou, o que dá no mesmo, a garantia da Constituição) se afere pela relação de correspondência de um grau inferior com um superior. Dessa forma, não só as normas individuais (sentença e atos administrativos) podem ser conferidas com relação à lei, mas também esta pode ser avaliada frente à Constituição. Essa regularidade apenas pode ser aferida por um Tribunal Constitucional, conforme falaremos mais adiante.

2.2. Constituição e leis constitucionais em Schmitt

A respeito do Parlamento e da Democracia, era opinião de Schmitt (1983) que a crença de que a democracia exercida no Parlamento por meio do livre jogo de opiniões não era mais do que uma “metafísica liberal”. Democracia para Schmitt é vista como homogeneidade e, por isso, não estaria ameaçada pelo fascismo ou pelo comunismo, mas pela democracia de massas.

Schmitt diferencia Constituição (um todo unitário ou decisão política sobre a existência de um Estado) e leis constitucionais (realização normativa). Constituição é a decisão conjunta de um povo sobre sua existência política (SCHMITT, 1983, p. 130). A Constituição seria democrática quando

“ha sido querida por el pueblo soberano, que en ella aparece como unidad política capaz de decidir sobre su propio futuro, [logo, o grande inimigo da Constituição se mostra] en el gran proceso histórico, evidente a lo largo del siglo XX, de articulación de la sociedad civil y política en sentido pluralista, que en esta línea se ve como algo que continuamente corroe y pone en discusión la unidad del pueblo soberano representada en la constitución” (FIORAVANTI, 1999, p. 159).

Para o autor alemão, a Constituição de Weimar era “liberal”, portanto desconforme à realidade (devedora de uma tradição

já superada), mas essa não é uma crítica que apenas opõe o empírico e o ideal; trata-se de condenar todo o modelo e sua base legítima. O problema é que a Constituição de Weimar surgira na época em que o Reich estava limitado pelo Tratado de Versalhes.

Desde a reconstrução histórica feita por ele, a Constituição de Weimar era, quanto à sua ideologia, uma Constituição “póstuma”, porque buscava realizar as já fracassadas idéias liberais-burguesas do século XIX, mantendo suas instituições e regulamentos.

No século XIX, imperava o dualismo Estado (burocrático, monárquico, que suscita desconfiança) vs. Sociedade (representada no Parlamento), e a Constituição era um contrato entre esses. Apenas em tal quadro, em que a Constituição é vista como um contrato entre Monarca e Povo (representado no Parlamento), em que o segundo precisava a todo momento opor a Constituição frente à insubordinação do primeiro, é que o Parlamento pode ser visto como o protetor da Constituição, de forma similar a uma parte contratante quando vela pelo pactuado⁶.

Com o tempo, porém, o Parlamento começa a se sobrepôr e passa a ser o centro das atividades estatais; o Estado Legislativo vai se aperfeiçoando e desaparece aquela dualidade, pois o Estado passa a ser a “auto-organização da sociedade”, intervencionista, assistencialista. Aqueles que se mostravam descontentes com as mudanças trataram logo de atacar esse “Estado Total”, principalmente seu órgão mais saliente, o Parlamento: logo surgem reclamações de garantias contra o legislador – aqui estaria o “germe” das aspirações a um controle das leis⁷. Vale a pena ressaltar que Schmitt não estava solitário nessas observações, como aponta Fioravanti (1999, p. 151), as discussões em torno de um pretensão “absolutismo parlamentar” estiveram presentes desde o início da República de Weimar.

Voltando à questão da Constituição como contrato entre Governo e Parlamento, tendo como substrato uma sociedade dualista ou até pluralista, se antes de 1919 po-

dia-se falar nessa idéia contratualista, após a Constituição introduz-se a “idea democrática de la unidad homogénea e indivisible de todo el pueblo alemán”, que *se deu* uma Constituição, por um *ato unilateral*. Logo, a Constituição já não mais pode ser vista como um contrato, senão no que tange ao compromisso federativo.

Ao lado de – e competindo com – esse elemento unilateral, haveria outro, o dos grupos *pluralistas* (SCHMITT, 1983, p. 114), que formariam, sobre todo o território nacional, “constelações sociais” e “complexos de poder”. Apesar de não negar sua existência e sua força – pelo contrário, Schmitt mostra o quanto têm eles influenciado a política do Reich –, ele acaba por relegar-lhes o papel de *amostras da fragmentação pluralista do Estado*, que não é vista com bons olhos por ele, conforme dissemos acima, dentro de sua visão de democracia como unidade do povo.

Dessa forma, a atuação desses grupos de poder faria a Constituição transformar-se mais uma vez em um *compromisso*, apenas não mais entre Rei e Parlamento, mas entre os próprios grupos sociais. Tal concepção, *ultrapassada*, de Constituição não pode ser aceita na nova ordem, sendo de todo incompatível com aquele ato unilateral.

Mesmo que houvesse coalizões entre esses grupos formando “compromissos”, elas seriam variáveis e instáveis, o que geraria desagregação. A Constituição, assim, uma obra atomizada dos grupos sociais (Constituição como convênio), poderia pois ser reclamada pelos mesmos, frente ao Estado. Schmitt (1983, p. 116) cita casos do Tribunal de Justiça Constitucional, em que se percebe que as partes “aparentes” na verdade representavam estruturas sociais ou coalizões de partidos em disputa, o que é incompatível com sua teoria democrática⁸.

Além de pôr em perigo a formação da unidade nacional, o pluralismo do conceito de legalidade destruiria o respeito à Constituição e transformaria sua área de atuação em uma zona cinzenta.

Ainda que não concordemos com sua opinião sobre a influência “danosa” dos grupos pluralistas, há um ponto que deve ser levado em consideração pela sua atualidade:

“Los grupos (...) que en cada momento dominan, consideran sinceramente como legalidade la utilización exhaustiva de todas las posibilidades legales y el aseguramiento de sus posiciones, el ejercicio de todas las atribuciones políticas y constitucionales en materia de legislación, administración, política personal, (...) de onde resulta naturalmente que toda severa crítica e incluso cualquier amenaza a su situación aparece para esos grupos como ilegalidad, como acto subversivo o como un atentado contra el espíritu de la Constitución” (SCHMITT, 1983, p. 153)⁹.

Um outro aspecto na doutrina de Schmitt (1983) é a “teoria da exceção”. Em sua *Teología política* (1922), ele define o soberano como aquele que “decide sobre o Estado e a exceção”. O ordenamento jurídico está assentado sobre uma *decisão*¹⁰ e não sobre uma norma. Contrapõe-se a Kelsen, que identifica Estado e Ordenamento Jurídico, além de priorizar a formação democrática das leis a partir das discussões parlamentares.

Schmitt critica ainda Kelsen dizendo que sua teoria de Estado constitui uma “metafísica monista que exclui o arbitrário e a exceção”. Segundo ele, a exceção faz parte do direito, pois é na situação de exceção que a subsistência do Estado mostra sua superioridade sobre a validade da norma jurídica, pois é aí que a decisão fica livre de toda obrigação normativa e a norma se reduz a nada (SCHMITT, 1983, p. 132; HERRERA, 1994, p. 199).

3. Justiça constitucional

3.1. O controle de constitucionalidade e o Tribunal Constitucional Kelseniano

Em primeiro lugar, vale apontar que a justiça constitucional, para Kelsen (1998, p.

109), é “un elemento del sistema de medidas técnicas que tienen como fin asegurar el ejercicio regular de las funciones estatales”¹¹. A importância que já à época de Kelsen se dava à jurisdição constitucional deve-se, segundo o mesmo, a razões teóricas e jurídicas – às primeiras, pois somente há pouco tempo teria surgido a doutrina do escalonamento das normas, que é para ele o que dá suporte ao controle de constitucionalidade.

Quanto às razões políticas, como bem mostra Kelsen, as doutrinas que até então se debruçavam sobre a realidade das monarquias constitucionais, paradoxalmente, não valorizavam o controle de constitucionalidade das leis — já que é aqui que surge a doutrina da *Constituição como limite*. Essas doutrinas, ao contrário, apresentavam o monarca como o “artífice único” ou autêntico da legislação, e a função do Parlamento seria a de apenas aderir, de maneira mais ou menos necessária, às suas ordenações.

Hodiernamente, portanto, a justiça constitucional deparava-se com um problema teórico-constitutivo básico: como tratar da regularidade da legislação, ou criação do Direito, usando padrões estabelecidos pelo próprio Direito, objeto do controle?¹² Esse problema fica ainda maior – diz Kelsen (1998, p. 110) – quando se confundem legislação e criação do Direito, e, conseqüentemente, Direito e lei. A identificação entre legislação e criação do Direito não pode ser aceita por Kelsen, pois, segundo sua doutrina, o aplicador da norma (juiz/administrador) também cria Direito.

Haveria, enfim, duas formas de garantia da regularidade das normas. As chamadas garantias preventivas e as repressivas. O controle preventivo refere-se às formas políticas de responsabilização pessoal do órgão que promulgou a lei e o outro, repressivo, jurídico, consiste em nada menos que a não aplicação da lei.

As garantias repressivas referem-se à teoria das nulidades: nulo (*a priori*) é o ato quando qualquer pessoa pode lhe examinar a regularidade; anulável quando neces-

sita de outro ato jurídico que lhe retire sua “qualidade jurídica”. Essa distinção torna-se muito importante quando combinada à distinção entre inconstitucionalidade formal e material (supracitado - 2.1.); no primeiro caso, temos um ato nulo (trata-se de uma pseudolei) e, no segundo, o ato é anulável (aqui, sim, a lei é inconstitucional).

Dessa forma, dentro de uma *teoria das garantias*, como observa o Professor José Alfredo de Oliveira Baracho (1999, p. 100), Kelsen percebeu muito bem que a “anulação do ato inconstitucional representa a principal garantia e o meio mais eficaz de preservação da Constituição”.

A despeito da teoria das nulidades, Kelsen (1998, p. 124) diz que no sistema de direito positivo não é possível conceber-se uma norma que possa ser tida como nula, pois apenas há nulidade após o reconhecimento por uma autoridade pública, e nunca *a priori*¹³. Por isso, apenas se pode falar em nulidade como anulação com efeito retroativo. Leis criadas em desconformidade com o procedimento legislativo (ou que não contenham o conteúdo por ele determinado) são “válidas” – no sentido de existentes – a despeito de revogáveis por um processo especial.

A questão sobre quando um ato é nulo/anulável deve ser decidida por uma esfera pública. O particular não pode ter a prerrogativa de atribuir nulidade a uma norma, pois faria com que a mesma tivesse cessada sua força coativa. Se o indivíduo ainda assim o faz, é *por sua conta e risco*, pois pode vir a sofrer conseqüências caso a norma seja posteriormente tida como constitucional.

Assim, apenas os tribunais poderiam verificar a constitucionalidade das leis. Mas todo e qualquer tribunal? Não, segundo a concepção kelseniana. Se qualquer tribunal pudesse verificar a regularidade de normas gerais em um caso concreto, isso resolveria o problema para aquele caso, mas sua atuação “apenas” pontual não conferiria unidade ao sistema, podendo causar insegurança jurídica; esta foi a maior crítica de

Kelsen ([19--?], p. 83) ao sistema difuso americano, *in verbis*, “la ausencia de una decisión uniforme en torno de la cuestión sobre cuándo una ley es inconstitucional (...) es un gran peligro para la autoridad de la Constitución”.

Se o controle difuso não é a melhor opção, propõe então o mestre de Viena um controle “concentrado”. Mas, para isso, era necessária uma redefinição da organização judiciária, já que a cúpula do Judiciário austríaco (como de resto em toda Europa Continental) não possuía força suficiente para possibilitar o respeito às sentenças. De fato, a *Obster Gerichtshof* não possuía autoridade para que suas decisões sobre a constitucionalidade das leis se impusessem aos demais tribunais ordinários (e administrativos) inferiores, nem mesmo aquela Corte Suprema estaria obrigada a decidir da mesma forma em caso análogo posterior.

A criação de um Tribunal Constitucional era, pois, de suma importância para Kelsen, principalmente no que diz respeito à Constituição Austríaca (cujo projeto lhe pertencia). Senão vejamos. A Constituição de 1920 previu, nos artigos 137 a 148, a criação do primeiro Tribunal Constitucional, o *Verfassungsgerichtshof*, a quem foi dada a competência primordial de anular leis que considerasse inconstitucionais.

As decisões desse Tribunal anulavam a lei inconstitucional, valendo (em princípio) para o futuro. Caso o *Verfassungsgerichtshof* considerasse que a lei é inconstitucional, a decisão valeria contra todos, e a lei seria anulada, cassada (*aufhebt*), ou seja, perderia a eficácia a partir da decisão. Isso quer dizer que, até a sentença começar a ter eficácia, a lei seria válida e os atos celebrados com base nela permaneceriam inalterados; em contrapartida, a decisão, quando começasse a produzir efeitos, atingiria a todos os órgãos do Estado e aos cidadãos em geral.

Essa peculiaridade torna-se muito importante no Brasil a partir do momento em que as Leis 9.868/99 e 9.882/99 que regulamentaram as ações referentes ao controle

concentrado de normas contêm dispositivo semelhante, possibilitando ao Supremo Tribunal Federal,

“tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, (...) por maioria de dois terços de seus membros, (...) decidir que ela [a decisão] só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado” (art. 27 da lei 9.868/99).

Voltando ao Tribunal Constitucional Austríaco, Kelsen defendia que ele deveria ser independente do Governo e do Parlamento; seus membros eram escolhidos pelo Parlamento entre juristas renomados (Kelsen mesmo presidiu o Tribunal por largo tempo). A razão de assim ser está relacionada diretamente com a posição do Tribunal Constitucional como legislador negativo. Como a Constituição lhe confere uma função tipicamente legislativa (derrogar leis), segue-se natural para Kelsen a escolha de seus membros pelo órgão legislativo, o que de pronto diferenciava os juízes daquela Corte dos demais, escolhidos pela Administração. Tal é a importância disso que o jurista vienês, ao se referir à reforma de 1929, destaca, como um dos indícios da ascensão do nazismo na Áustria, a mudança na forma de escolha dos membros da Corte Constitucional, pois, com a citada reforma, os antigos juízes do Tribunal Constitucional foram *afastados* e os novos juízes passaram a ser escolhidos pela Administração.

É curioso observar que o jurista vienês não faz referência às outras mudanças que a reforma de 29 provocou no *Verfassungsgerichtshof*, ao alargar a legitimidade ativa da “ação de inconstitucionalidade”. A possível razão dessa omissão, como já referido, é que essas reformas já apontavam para a queda do Estado austríaco e, com ele, da Constituição tão cara a Kelsen.

Sob o aspecto político, o Tribunal Constitucional possuía duas funções: garantir a idoneidade da democracia, oferecendo às minorias um instrumento para se defende-

rem das decisões da maioria, e ser também uma garantia para o Parlamento, na medida em que controlava também os regulamentos do Governo. Importante salientar que essas eram as razões de existir um órgão de controle de constitucionalidade, na perspectiva de Kelsen. Quanto à proteção das minorias, diz ele:

“Si se considera que la esencia de la democracia se halla, no en la omnipotencia de la mayoría, sino en el compromiso constante entre los grupos representados en el Parlamento por la mayoría y por la minoría y, como consecuencia de ello, en la paz social, la justicia constitucional aparece como un medio particularmente idóneo para hacer efectiva esta idea” (KELSEN, 1998, p. 152).

Dessa forma, o Tribunal Constitucional podia então garantir a paz política dentro do Estado. Dizia Kelsen (apud HERRERA, 1994, p. 204), em seu ensaio *Essência da democracia*, que “uma democracia sem controle não pode durar”.

3.2. A crítica de Schmitt ao Tribunal Constitucional

Preliminarmente, começa Schmitt (1983, p. 27), “la demanda de un protector, de un defensor de la Constitución es, en la mayoría de los casos, indicio de situaciones críticas para la Constitución”. Assim teria sido, segundo seu parecer, na Inglaterra após Cromwell e na França, na Constituição de 1799, que, após grande agitação política, coloca o Senado como *conservateur* da Constituição. Se no século XIX, na Alemanha, os problemas constitucionais puderam ser tidos apenas como políticos e os mecanismos de defesa da Constituição, deixados de lado, admite o jurista alemão que, desde a Constituição de Weimar, voltam a interessar as garantias especiais da Constituição e se demanda que “alguém” a proteja, pelas razões que abaixo relacionamos.

A princípio, pensa-se em um controle judicial, mas essa é apenas uma solução *in-*

tuitiva, pois ignora a superioridade do Parlamento sobre o Judiciário, na medida em que as decisões deste baseiam-se em leis ditadas por aquele. Os ensaios sobre um controle de tipo judicial produzidos até então foram como que *atos reflexos* às ambições intervencionistas do Estado, capitaneadas, segundo Schmitt, pelo Parlamento.

Considerando a situação constitucional política em que vivia, essa não lhe parecia a melhor resposta à questão. O Estado abstencionista do século XIX desaparecera, dando lugar cada vez mais a um Estado que intervém, e em que “todos os problemas se tornaram estatais”.

Seguindo os apelos dos que pediam um controle contra o Parlamento, o Tribunal de Justiça Constitucional do Reich chegou a se colocar como protetor da Constituição. No mesmo sentido, pululavam projetos de lei que atribuíam a um tribunal a missão de defender a Constituição. Mais uma vez, Schmitt atribui tal posicionamento à ideologia que concebe que um procedimento judicial resolve todos os problemas e desconhece a diferença entre uma sentença e uma resolução acerca de um preceito constitucional, limitando a proteção apenas contra leis e regulamentos.

Schmitt admite que os tribunais façam um controle geral e acessório das leis, mas isso não significaria, pelo menos na Alemanha, uma defesa da Constituição. Para isso, ele diferencia *proteção* e *controle*. O que os tribunais em geral fazem é o controle das leis (tal atividade é ocasional, *incidenter*, difusa), mas não a proteção. Dizer o contrário é querer importar o sistema de controle americano, que não poderia ser adaptado a nenhum Estado da Europa Continental.

De outro lado, também ruim é a alternativa de se confiar tal missão a um Tribunal Constitucional; diz Schmitt (1983, p. 58) citando Hugo Preuss, “pai” da Constituição de Weimar, que retirar dos juízes comuns a função do controle difuso e atribuí-la a um Tribunal excepcional seria como “encomendar as ovelhas ao lobo”.

Apenas poderia haver um controle judicial em um país onde toda a vida política estivesse sob o controle dos tribunais, como seria o caso dos EUA (SCHMITT, 1983, p. 46, 52) (ver infracitado, 3.2), em que o tribunal, com base em princípios gerais e critérios fundamentais, defendesse a ordem social e econômica existente.

Afora isso, para que fosse possível poder falar-se em contradição de uma lei frente à Constituição, seria imprescindível que a norma constitucional se pudesse subsumir de forma precisa, concreta, no litígio e, frente a isso, estar em contradição com a norma ordinária. O juiz poderia, então, *nessa situação de necessidade*, deixar de aplicar essa última, mas não lhe retirar a validade. Caso contrário, qualquer pessoa, física ou jurídica, poderia arrogar-se em protetor da Constituição. *Se não há um caso concreto, então a atividade resume-se apenas em comparar “normas sobre normas”, o que desqualifica a atividade do juiz como jurisdicional e o transforma em legislador.*

Colocada nesses termos a verdadeira atuação difusa dos tribunais no trato das leis, Schmitt propõe-se a rebater o *natural* controle judicial da função de proteção da Constituição.

A atribuição de soluções judiciais a problemas políticos, no ideal do Estado de Direito, apenas traz prejuízos para o Poder Judiciário, pois representaria mais uma “politização da justiça” do que uma “juridicização da política”¹⁴. A distinção entre controle judicial e proteção política advém de uma distinção anterior, feita por Schmitt, entre *Constituição* e *lei constitucional*: as leis ordinárias podem ser controladas judicialmente frente às leis constitucionais, mas a Constituição, como decisão política de um povo, tem de ser protegida politicamente.

Mas não é isso o que se tem feito, não é assim que a doutrina (e até o Tribunal de Justiça Constitucional do Reich, como vimos *supra*) tem trabalhado. Ao contrário, tem-se preferido trabalhar com “ficções sem conteúdo”. Parte-se de que, se no século XIX o

Parlamento era o natural defensor da Constituição frente ao Governo (daí as teorias em torno das monarquias constitucionais), agora no século XX, se o Executivo não pode sê-lo, e nem o Legislativo, pois, como se disse, ele assumiu grande importância na estrutura do Estado, segue-se intuitivamente que cabe ao Judiciário ser o guardião da Carta Política.

A limitação de um controle judicial, que não pode ir além do jurídico, pois do contrário iria desnaturar-se, pode ser exemplificada por dois acontecimentos importantes da história constitucional alemã: o conflito prussiano de 1862 – 1866 e a dissolução do *Reichstag* em 1930¹⁵. Casos como esses, em que a questão ultrapassava o âmbito jurídico, penetrando no político, deixaram o Tribunal de Justiça Constitucional sem ação, sem poder decidir; ora, isso mostra o que Schmitt tem sempre afirmado: o juiz apenas pode dar conta das leis e regulamentos, não de questões políticas, função essa típica do Legislativo.

Assim, a atual teoria da defesa da Constituição formulada, segundo ele, frente às variações das maiorias parlamentares seria devedora do constitucionalismo do século XIX, em que tal função cabia ao Parlamento (que representava a sociedade), em sua luta contra o soberano, não podendo, pois, dar-se ao juiz aquela função – que é – política, sem alterar sua posição constitucional.

Schmitt insiste nesse ponto: *sentença e lei são coisas diversas*. Não se pode aceitar, por formalismo, que qualquer ato proferido pelo juiz seja tido como jurídico. Para ser uma decisão judicial, é-lhe fundamental derivar de uma lei (lei essa que deve ser minimamente específica a ponto de obrigar de modo concreto o juiz).

“Si las normas de la política, en lugar de ser determinadas por el Chanciller del Reich, lo fueron por el Tribunal Supremo, bajo la égida de su independencia judicial, ello no produciría Justicia ” (SCHMITT, 1983, p. 81).

As conclusões são inevitáveis: *nenhuma lei pode proteger outra lei*; lei é fundamento, e não objeto de decisão; subsumir um fato a uma lei não é o mesmo que subsumir uma lei simples frente a uma lei constitucional. Quanto à última, não se olvide que só é possível, como dissemos, falar-se em emparelhamento de uma lei a outra caso haja um fato concreto subjacente, e mesmo aí, na verdade, a subsunção se dá entre cada lei e o fato, para se saber se o legislador, intérprete autêntico, atribuiu correto conteúdo à lei constitucional.

Sobre a atuação de Tribunais com função de controle, para o jurista alemão, em quaisquer decisões existe um elemento de pura *decisão*, que não deriva da norma, mas que, pelo contrário, é *sentido e objeto* desse tipo de sentença. Isso estaria presente em Tribunais como a Suprema Corte Americana, em que a existência de votos vacilantes ou divergentes mostraria que o que ela faz não é, por meio do livre jogo de argumentações, chegar a esclarecer o sentido verdadeiro da Constituição, em contraposição a uma norma alegada inconstitucional, mas tão-só, *suprimir a dúvida de modo autoritário* (mais uma vez, o elemento decisionista e uma supervalorização da exceção).

Isso tornar-se-ia ainda mais evidente em um Tribunal tal qual o pretendido por Kelsen, que apenas cuida de resolver “dúvidas e divergências de opinião” (pois não há um caso subjacente) e em que ao elemento decisionista somar-se-ia o fato de que dita Corte, sendo formada por *expertos*, tornaria seus “informes” uma atividade pericial tipicamente administrativa e não judicial, mas que, ao se tornarem obrigatórios, converter-se-iam em *sentenças* (SCHMITT, 1983, p. 93)¹⁶.

Um Tribunal Constitucional, ademais, só é possível se a Constituição é vista como um contrato (uma relação jurídica bilateral e não uma decisão política unitária). O que ocorre é que Kelsen (1998, p. 152) entende democracia como compromisso constante entre os grupos presentes no Parlamento e a

Constituição como Lei Constitucional, ou seja, como norma, como um sistema de direitos, que podem ser vindicados pelas partes (SCHMITT, 1983, p. 102).

Schmitt (1983), ao contrário, faz diferença entre *litígios constitucionais* (políticos) e as *dúvidas e opiniões sobre a interpretação das leis constitucionais*, estas como se disse podem ser ocasionalmente resolvidas pelos juízes sem alterar sua competência. Mas se for colocado para os primeiros quaisquer lides que tenham imediata ligação real com a Constituição, isso seria o mesmo que dar ao próprio tribunal a missão de delimitar sua competência.

O máximo que pode-se admitir no federalismo da Constituição de Weimar é que o Tribunal de Justiça Constitucional do Reich resolva questões políticas entre a União e os Länder, entre os Länder e até no interior de um Länder (como quando alguma associação invoque para si a proteção baseada no Livro Segundo, referente aos Direitos e Deveres Fundamentais), mas sempre dentro da teoria contratual do federalismo.

Já que, para além dos casos de litígios federais, a Jurisdição Constitucional não se traduz na melhor forma de constituir um defensor da Constituição, já que a justiça é incompatível com a política, e tendo em mira todas as considerações acima, quem deve ser o defensor da Constituição?

4. Quem deve ser o guardião da Constituição?

Concluindo o pensamento de Schmitt (1983), ao contrário do Poder Judiciário, apenas o Executivo poderia fazer frente à grandeza do Parlamento.

Isso porque, em conformidade com a leitura que ele faz do art. 48 da Constituição de Weimar, o único que ainda manteria a característica de representar plebiscitariamente *o povo em sua unidade* seria o *Presidente do Reich*, porque seria o único a se manter acima de todos os interesses parciais. Segundo o mestre alemão, o presidente, nos

últimos anos, já teria até assumido tal encargo, agindo, com frequência, como defensor da Constituição (SCHMITT, p. 30, 222)¹⁷. O *Reichspräsident* constituir-se-ia em uma instância neutra e superior, capaz de unificar a vontade estatal, diante da “impureza” pluralista.

Além de suprir a lacuna sobre a proteção da Constituição, tal teoria dá sentido à própria existência de um Presidente ou um Rei em um regime parlamentar, que *règne et ne gouverne pas*. De fato, o chefe de Estado não é uma figura apenas “decorativa”, ele possui importantes funções, entre as quais, segundo Schmitt (1983, p. 219), estaria a de representar “la continuidad y permanencia de la unidad política y de su homogéneo funcionamiento” e por isso “deve tener una especie de autoridad que es tan consustancial a la vida de cada Estado como la fuerza y el poder imperativo que diariamente se manifiestan de modo activo”.

De toda sorte, esse papel não é realizado continuamente pelo Presidente; ao contrário, é uma função fundamentalmente “mediadora, tutelar y reguladora”, isto é, ocasional, excepcional, porque não deve competir com os demais poderes, atuando apenas em casos de necessidade. Nesse sentido ele dá como exemplos de atuação dessa função presidencial o *Poder Moderador*, previsto nas Constituições Brasileira de 1824 (art. 98) e Portuguesa de 1826 (art. 71).

Segundo vindica Schmitt, sua doutrina fundamenta-se na teoria política do *pouvoir neutre* de Benjamin Constant¹⁸, para quem os conflitos políticos podem ser resolvidos, excepcionalmente, por um órgão judicial, quando se objetive atribuir pena ao que transgredir a Constituição; ou por um terceiro acima dos litigantes, soberano do Estado.

Mas pode ser dada tal competência a um organismo não superior, mas um *terceiro neutro*, intermediário e regulador, que se coloque não numa relação de superioridade, mas de *coordenação*. Esse outro poder, distinto dos já existentes, garantiria o funcio-

namento constitucional dos outros poderes e da Constituição. A conclusão de Schmitt é automática, o *Presidente do Reich* era o único que poderia ser o “Guardião da Constituição”, pois que não estaria sujeito às paixões dos partidos e logo só ele poderia resolver (“de fora”) os conflitos dos grupos pluralistas, que, disputando em equilíbrio, ameaçavam a Constituição, como ordem política da unidade do povo alemão.

É em resposta à teoria de Schmitt que Kelsen publica o artigo *Quem deve ser o defensor da Constituição?*. A crítica de Kelsen é desenvolvida principalmente sobre a defesa do controle judicial da Constituição em face do caráter “nada novo” e “ideológico” da argumentação de Schmitt. Kelsen ataca primeiramente a falsa distinção feita por Schmitt entre *controle* e *defesa* da Constituição, dizendo ser essa uma distinção apenas terminológica.

Schmitt (1983) tentara retirar o caráter jurisdicional do Tribunal Constitucional, ao argumento de que, em um processo comum, decide-se uma causa, enquanto o Tribunal Constitucional apenas resolveria acerca de dúvidas/divergências acerca de uma lei.

Ora, rebate Kelsen, na maior parte das decisões judiciais decidem-se divergências sobre o conteúdo de uma lei; se não há divergências, cessa a jurisdição. Valendo-se da própria teoria de Schmitt, poder-se-ia concluir que, em um processo sobre a constitucionalidade, há tanta subsunção quanto em um processo criminal, por exemplo. O problema seria que o jurista alemão concebe o controle de constitucionalidade como o confronto entre duas leis, o que não corresponde ao pensamento kelseniano, que é mais complexo: para Kelsen, na verdade, o controle visa averiguar o processo legislativo como *fattispecie* subsumível à Constituição da mesma forma como a doutrina clássica (entre eles o próprio Schmitt) desenvolve a subsunção tendo o *fato* como premissa menor e a *norma* como premissa maior¹⁹.

Assim, *não é que uma lei mais débil é tutelada por outra mais forte, mas sim que deve ser*

anulada porque a fattispecie que a produziu contrasta com a norma que regula esta fattispecie (KELSEN, 1991, p. 248; HABERMAS, 1998, p. 315-316).

Para KELSEN, o principal argumento de Schmitt sobre a danosa influência da política em um Tribunal Constitucional é um falso-problema: se se entende o *político*, no sentido dado por Schmitt, como *exercício do poder*, fácil é perceber que aquele não se limita ao Parlamento, pois que toda sentença, ao resolver um conflito, tem um elemento decisivo²⁰.

Logo, o controle judicial de constitucionalidade das leis não altera a posição constitucional da jurisdição. Kelsen não vê uma distinção qualitativa entre legislação e jurisdição, mas quantitativa, porquanto a legislação produz normas gerais e a jurisdição, normas individuais (dito doutra forma, quem interpreta também cria). Antes pelo contrário, chega mesmo a afirmar que o Judiciário possui até um caráter mais político que o Legislativo:

“quando il legislatore autorizza il giudice a valutare, entro certi limiti, interessi tra loro contrastanti e a decidere il contrasto in favore dell’uno o dell’altro, gli attribuisce un potere di creazione del diritto e quindi un potere che dà alla funzione giudiziaria lo stesso carattere ‘politico’ che – sia pure in misura maggiore – ha la legislazione” (KELSEN, 1991, p. 242).

Schmitt então é que seria “devedor” de uma doutrina própria ao constitucionalismo monárquico, que consideraria o Parlamento como o único órgão político e criador do Direito e o juiz como um “autômato jurídico”, que apenas aplica a lei.

Dessa forma, se a política não se restringe ao Parlamento e se também as sentenças contêm uma fração de poder, *todo conflito judicial é também um conflito de poder*, não há uma natureza política incompatível com a judicial. Além do que, se todo conflito judicial é também político, confiar o controle de constitucionalidade a um Tribunal, em que

a ação segue em contraditório, possuiria a vantagem de dar publicidade à efetiva situação de interesses ao invés de mascará-los sob o capa de “política” e escondê-los debaixo de ficções como “unidade da vontade geral” e “Estado Total”.

O ponto central, portanto, contra a teoria de Schmitt do Presidente como o Guardião da Constituição é, por um lado, o velho princípio “*nessuno può essere giudice in causa propria*” (KELSEN, 1991, p. 232) [apenas em itálico no original] e, por outro lado, a necessidade de que o controle seja feito por um Tribunal independente dos poderes Executivo e Parlamentar, para que possa ter condições de controlar os atos inconstitucionais porventura praticados por algum deles. Como observa o Professor Marcelo Cattoni de Oliveira (2000, p. 31), o debate de europeus e norte-americanos em torno do controle de constitucionalidade e de sua legitimação “é conduzido quase sempre em relação à distribuição de competências entre Legislativo e jurisdição e, como afirma Habermas (1998, p. 314 et seq.), ‘nessa medida ela é sempre uma disputa pelo princípio da divisão dos poderes’”.

Voltando ao publicista austríaco, o que na verdade pretenderia a doutrina de Schmitt seria restaurar a doutrina do constitucionalismo monárquico que considerava o rei como um *pouvoir neutre*. Caso um rei ou um Presidente representassem de fato um poder neutro, isso significaria uma contradição para alguém que diz que as estruturas monárquicas do século XIX teriam sido abandonadas com a Constituição de Weimar. É que Schmitt confia ao Executivo a tarefa de Guardião da Constituição porque parte do pressuposto de que, se nas Monarquias Constitucionais era contra aquele que se deveria ficar atento, hoje o Parlamento é que estaria sob suspeita – pressupondo uma pretensa preponderância deste. A contradição esboça-se claramente: se hoje a situação é outra, como aplicar uma teoria antiga? Como querer dar ao Presidente poderes típicos do Monarca? E mais, Schmitt faz pres-

suposições “*como se*, na Alemanha, o problema da constitucionalidade da atividade do ‘governo’, (...) desenvolvida com base no art. 48, não fosse (...) um problema vital” (KELSEN, 1991, p. 233, 238, tradução livre; 1998, p. 114).

E continua Kelsen, a teoria de Constant é uma “ficção de extrema audácia” que dividia o poder executivo em poder ativo (governo/administração) e passivo (sanção, celebração de tratados, alto comando das Forças Armadas...); este último representava o poder neutro. Mas o monarca não é passivo; de outro lado, o Presidente do Reich não está acima das pressões dos partidos, já que é eleito por eles e com eles mantém relações de dependência política.

Em síntese, Kelsen conclui que as idéias de Schmitt são produto de uma confusão entre um problema de teoria jurídica (o conceito de jurisdição) e outro de política do Direito (a melhor organização de um controle jurisdicional). Além do que, se Schmitt critica a teoria kelseniana acusando-a de normativista e formalista, esquece que tais “abstrações” não haviam impedido que o Tribunal Constitucional Austríaco realizasse uma “boa dose de trabalho criativo”, o que não é examinado por Schmitt, lá do alto de suas próprias abstrações (KELSEN, 1991, p. 252).

Concluindo, a imensa importância que a discussão entre Kelsen e Schmitt tem para toda a Teoria da Constituição e, mais de cerca, para a doutrina acerca do controle de constitucionalidade não nos impede de tecer algumas críticas aos mesmos. Isso, contudo, não invalida a importância de ambos para nós hoje (até o fato de hoje estarmos relendo-os e repensando seus postulados apenas mostra o quanto algumas pessoas conseguem se eternizar por suas contribuições à Ciência).

Assim, porque suas teorias têm algo a nos dizer em pleno século XXI e porque, por outro lado, pior que desconhecê-los é querer aplicar seus postulados sem um mínimo cotejo espaço-temporal é que podemos nos

sentir à vontade em tecer-lhes algumas críticas.

Quanto a Schmitt, além das críticas feitas por Kelsen, é importante ressaltar que, “[q]uién, como en su tiempo C. Schmitt, quisiera convertir en ‘protector de la Constitución’ al presidente del Reich, es decir, à cúpula del ejecutivo, en lugar de a un tribunal constitucional, estaría invirtiendo, por tanto, el sentido que la división de poderes tiene en el Estado democrático de derecho, convirtiéndola exactamente en lo contrario” (HABERMAS, 1998, p. 314).

Gostaríamos de ressaltar algumas opiniões de Kelsen, principalmente por sua importância com relação à nossa realidade constitucional.

Sobre a extensão das funções da Corte mais alta do país, é interessante observar – principalmente em tempos como os que hoje vivemos, em que a todo momento se levantam vozes a favor da criação de um Tribunal Constitucional – a afirmação do jurista vienês de que seria melhor o Tribunal Constitucional não se limitar ao controle de constitucionalidade:

“... puede ser oportuno, si se presenta el caso, hacer también del tribunal constitucional un Alto Tribunal de Justicia, encargado de juzgar a los ministros sometidos a acusación, un tribunal de conflictos central o atribuirle otras competencias para evitar instituir jurisdicciones especiales. Es preferible, en efecto, de una forma general, reducir lo más posible el número de autoridades supremas encargadas de aplicar el Derecho” (KELSEN, 1998, p. 137) [grifos nossos].

Sobre a caracterização da função do Tribunal Constitucional como sendo de um “legislador negativo”, isso contraria a natureza da atividade judicial desenvolvida por qualquer Tribunal, inclusive uma Corte Constitucional; claro está que, como dissemos, não há contradição no pensamento kelseniano em afirmar que o Tribunal Constitucional é um órgão Judicial e ao mesmo

tempo dizer que sua tarefa é de “derrogar leis” à semelhança do que o Parlamento também faz (a distinção seria quantitativa, não qualitativa). Sem embargo, não podemos concordar com um tal posicionamento, pois, como bem mostra o Professor Marcelo Cattoni de Oliveira (2000, p. 122), as atividades Legislativa e Judicial possuem “perspectivas lógico-argumentativas” diversas; enquanto a primeira “visa ao estabelecimento de programas e políticas para a realização dos direitos constitucionais”, a segunda deve ter em mira “a aplicação reconstrutiva do Direito Constitucional”; não podemos nos esquecer, outrossim, da diferença feita por K. Günther (1993) entre discursos de justificação e de aplicação.

Quanto à “danosa influência da política no direito”, como vimos, Kelsen admite que a política é um dado presente; em vez de tentar extirpá-la ou ignorá-la, ele tenta trabalhar com ela de forma a manter o Tribunal o mais imparcial possível. A política entra no raciocínio kelseniano no momento de escolha dos membros da Corte, uma escolha feita pelo Parlamento entre juristas expertos (técnicos), o que garantia a neutralidade do Tribunal. Ele acredita que toda controvérsia jurídica é de interesse político e todo conflito de interesse político pode ser decidido na esfera jurídica. Como se disse, a necessidade de um Tribunal Constitucional reside em ser justamente a instância neutra e equidistante do confronto latente entre Parlamento e Governo.

Dessa perspectiva, dá-se um passo à frente, ao criar um outro órgão e não dar mais poderes a uma das partes, como queria Schmitt. É um avanço outrossim a naturalidade com que ele lida com a questão da interferência do Judiciário nas decisões legislativas (ainda que apenas o Tribunal Constitucional possa fazê-lo). Dessa forma, uma questão que sempre é colocada frente ao controle de constitucionalidade, qual seja, a legitimidade que possuiria o Judiciário de invalidar atos procedentes do órgão de representação popular, parece estar supera-

da em seu pensamento, ainda que se possa vir a criticá-lo por isso (conseqüentemente, não faz sentido a discussão da contradição entre Democracia – materializada no Parlamento – e Constituição – como limite àquela²¹).

Contudo, seguindo o raciocínio de Kelsen, pode-se ver que apenas é possível falar-se em efeitos *ex nunc* porque há o pressuposto de que o Tribunal Constitucional é o único, além do Parlamento, que pode interpretar autenticamente a Constituição. Assim, as leis criadas pelo Parlamento possuem presunção de constitucionalidade porque ele está autorizado a interpretar a Constituição; forma-se aí a presunção (relativa) de constitucionalidade da lei que apenas poderá ser elidida se o outro órgão encarregado – o Tribunal Constitucional – disser que a lei é inconstitucional.

Tais colocações nos obrigam, mais uma vez, a empreender críticas ao seu sistema, pois, apesar de defender o elemento pluralista como forma de obter compromissos – que são, como já se disse, a essência da democracia –, o jurista vienês não pode admitir que outras pessoas sejam legitimadas a interpretar a Constituição, porque, se isso ocorresse, todo seu sistema cairia por terra. Contudo, a legitimidade do ordenamento jurídico moderno está diretamente ligada à aceitação por parte dos cidadãos das normas que lhes são impostas; já que não se pode recorrer a um centro que forneça o substrato dessa legitimidade (Deus ou a razão), o Direito Moderno necessita do cidadão para, paradoxalmente, legitimar uma violência que não é sentida como tal apenas se racional e intersubjetivamente aceita. Nas palavras de Habermas (1998, p. 96), as normas apenas podem cobrar cumprimento “*haciendo que los destinatarios de esas normas jurídicas puedan a la vez entenderse en su totalidad como autores racionales de esas normas*”.

Limitar a interpretação (*autêntica*) da Constituição a apenas dois órgãos, além de irreal – pois “todo aquele que vive a Consti-

tuição é um seu legítimo intérprete”²² –, é também temerária. Considerando que o Tribunal Constitucional possui a última palavra, pode ele vir a se transformar numa instância máxima de definição dos valores de uma sociedade, uma espécie de “alter ego” daquela comunidade, o que não parece adequado desde uma perspectiva atual de Estado Democrático de Direito²³.

Para finalizar, gostaríamos de deixar clara nossa posição a respeito da questão sobre quem deve ser o *Guardião* da Constituição e dizer que a mesma não é bem respondida (pelo menos desde o atual paradigma do constitucionalismo) nem atribuindo tal prerrogativa ao Chefe de Estado (SCHMITT, 1983) nem a um Tribunal Constitucional (KELSEN), pois “[a] cidadania não precisa de tutores” (OLIVEIRA, 2001, p. 213, 263); dito doutro modo, somente os cidadãos, legítimos intérpretes da Constituição, podem não apenas *guardá-la*, mas também *desenvolvê-la proceduralmente* em suas relações diárias.

Notas

¹ Para um estudo mais completo da obra de Schmitt, ver, Diniz (1998, p. 150-170).

² Schmitt (1983, p. 61), ao contrário, vê nessa proteção às minorias um atentado ao princípio democrático das maiorias.

³ Colocação semelhante na defesa da *Judicial Review* pode ser vista em Freeman (1994, p. 187).

⁴ “La ley vale ahora [desde a perspectiva de Kelsen, não mais em razão de ter sido elaborada pela “vontade geral” mas] en cuanto, y sólo en cuanto, realice en sí el ideal democrático de la pacífica convivencia entre la pluralidad de las fuerzas e intereses que operan en realidad” (FIORAVANTI, 1999, p. 158).

⁵ Schmitt (1983, p. 83) critica expressamente tal tese, no que diz respeito à hierarquia entre normas, que considera uma “antropomorfización, insensata e confusa”.

⁶ Sobre sua classificação dos Estados segundo a *função estatal que neles predomina*, ver Schmitt (1983, p. 131-132).

⁷ Trataremos mais pormenorizadamente disso mais à frente, ao tratarmos da opinião de Schmitt sobre o controle judicial e suas ferrenhas críticas a ele.

⁸ “En suma, desde el punto de vista del jurista alemán se debía evitar que la crisis del conjunto de los partidos y de la representación política del parlamento arrastrase consigo a toda la Constitución” (FIORAVANTI, 1999, p. 153).

⁹ Sobre as críticas de Schmitt ao pluralismo, ver ainda Herrera (1994, p. 220) e as críticas de Kelsen (1991, p. 261 et seq.) a tal conceito.

¹⁰ A *decisão* é o elemento central da ordem jurídica, cria a norma, mantém-na e a aplica, além de não derivar de nenhum outro elemento (BATISTA, 1999, p. 173 ; DINIZ, 1998, p. 142, 151).

¹¹ Ver também Diniz (1998, p. 150). As funções estatais seriam os atos jurídicos produzidos pelo Estado e se dividem tradicionalmente em: legislação (promovida pelo Poder Legislativo) e execução (que englobaria os Poderes Executivo e Judiciário).

¹² No fundo, o que se apresenta aqui é o conhecido paradoxo sobre o Direito, que cria a si mesmo e se auto-regula. Nesse sentido, Habermas (1998), notadamente o Capítulo 3.

¹³ E “a ordem jurídica não pode fixar as condições sob as quais algo que se apresente com a pretensão de ser uma norma jurídica tenha de ser considerado *a priori* como nulo e não como uma norma que deve ser anulada através de um processo fixado pela mesma ordem jurídica” (KELSEN, 1987, p. 308).

¹⁴ A respeito, há ainda as críticas de B. Constant (1815, p. 65) e de Guizot (1846, p. 101 apud SCHMITT, 1983, p. 75); segundo este, com a juridicização, “la política no tiene nada que ganar, y la Justicia puede perdelo todo”.

¹⁵ Para os detalhes acerca dos dois episódios, ver Schmitt (1983, p. 66-69).

¹⁶ Ver também, na mesma página, nota 65, a opinião de A. Bertram.

¹⁷ Schmitt terá a oportunidade de defender publicamente suas posições em 1932 como Conselheiro do Reich, quando redigiu um *memorandum* a favor de uma intervenção federal na Prússia, com base em sua teoria sobre o Presidente do Reich como “guardião da Constituição” (HERRERA, 1994, p. 214).

¹⁸ Sobre as fontes de que se valeu o jurista alemão, ver Schmitt (1983, p. 214, 216), em que também se poderão encontrar interessantes pareceres de Hugo Preuss e Neumann.

¹⁹ Apesar de trabalhar com esses conceitos, é importante lembrar que Kelsen não vê a atividade jurisdicional como simplesmente dedutiva; qualquer juiz, ao aplicar a lei, não o faz como um autômato, mas como criador de normas individuais.

²⁰ Interessante reler o que já dizia Ruy Barbosa (1932-1934, p. 41-42), referindo-se já à função de controle de constitucionalidade, no começo do século passado: “não há nada, realmente, mais artificial (...) do que a distinção entre questões *políticas* e

jurídicas”. A função de declarar a inconstitucionalidade “é um poder, até certa altura, político, exercido sob as formas judiciais”.

²¹ Um bom panorama dessa discussão pode ser visto em Fioravanti (1999) e também Freeman (1994).

²² Apresentação feita por Gilmar F. Mendes ao livro de Häberle (1997, p. 30-31).

²³ Não vamos nos alongar mais nesse aspecto, já que não é o objeto do presente. Para maiores detalhes, ver, Maus (2000).

Bibliografia

- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do processo constitucional. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 2, n. 3-4, p. 89-154, 1999.
- BARBOSA, Ruy. *Commentarios á constituição federal brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1932-1934. v. 4.
- BATISTA, Vanessa de Oliveira. Elementos de teoria da constituição: de Carl Schmitt aos dias de hoje. *Revista de Direito Comparado da FD-UFMG*, Belo Horizonte, v 3, p. 165, 1999.
- BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2. ed. atualizada por José A. Dias. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.
- _____. *Processo constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.
- DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. *Constituição e hermenêutica constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 1999.
- FREEMAN, Samuel. Democracia e controle jurídico da constitucionalidade: *Lua Nova*, São Paulo, n. 32, p. 181-199, 1994.
- GÜNTHER, Klaus. *The sense of appropriateness: application discourses in morality and law*. New York: State University of New York, 1993.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta, 1998.
- HERRERA, Carlos Miguel. La polémica Schmitt - Kelsen sobre el guardian de la constitución. *Revista de Estudios Políticos*, Madri, n. 86, p. 195-227, 1994.
- KELSEN, Hans. Chi dev'essere il custode della costituzione? In: _____. *La giustizia costituzionale*. Milano: Giuffrè, 1991.
- _____. El control de la constitucionalidad de las leyes: estudio comparado de las constituciones austriaca y norteamericana. *Ius et Veritas*, San Miguel, a. IV, n. 6, p. 81-90, 2000.
- _____. La garantía jurisdiccional de la constitución: la justicia constitucional. In: _____. *Escritos sobre la democracia y el socialismo*. Madrid: Debate, 1998. (Colección universitaria).
- _____. *Teoria geral do direito e do estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1992.
- _____. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1987.
- MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 58, p. 183-202, 2000.
- OLIVEIRA, Marcelo de Andrade Cattoni de. *Devendo processo legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.
- SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución*. Madrid: Tecnos, 1983.

