XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

HISTÓRIA DO DIREITO

VALTER MOURA DO CARMO

RICARDO ADRIANO MASSARA BRASILEIRO

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

H673

História do direito [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Ricardo Adriano Massara Brasileiro; Valter Moura do Carmo– Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-545-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Sociedade. 3. Gestão. 4. Administração. XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (26 : 2017 : São Luís/MA, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade Federal do Maranhão - UFMA
São Luís – Maranhão - Brasil
www.portais.ufma.br/PortalUfma/index.jsf

XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

HISTÓRIA DO DIREITO

Apresentação

Com imensa alegria apresentamos à comunidade jurídica brasileira a obra "História do Direito I", resultante dos estudos apresentados e amplamente discutidos no XXVI Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Luis/MA nos dias 15 a17 de novembro de 2017.

Os textos revelam um criterioso processo de pesquisa e elaboração, enlevados por pesquisadores de múltiplas instituições de ensino brasileiras, compondo uma recolha ao mesmo tempo crítica e abrangente, que perpassa o estudo histórico do Direito de diversas épocas.

Mais uma vez, uma abordagem séria e crítica da história do Direito se mostra válida para a expansão dos horizontes compreensivos seja dos eventos do passado, seja das possibilidades do presente.

Os estudos componentes dessa obra são os seguintes:

1. A (RE)DEFINIÇÃO DO CONCEITO DE DEMOCRACIA NO SÉCULO XXI

2. A CONSTRUÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO MODERNO: UMA ANÁLISE DA IMPORTÂNCIA DO CONSTITUCIONALISMO INGLÊS, NORTE-AMERICANO E FRANCÊS E SUA INFLUÊNCIA NA SOCIEDADE MODERNA

3. A FORMAÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO FUNDAMENTAL À FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE NA EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

4. DO IMPÉRIO À REPÚBLICA: DEMOCRACIA E AS INTERSEÇÕES ENTRE DIREITO, POLÍTICA E LITERATURA NO MARANHÃO DO FINAL DO SÉCULO XIX E INÍCIO DO XX

5. INTRODUÇÃO HISTÓRICA AO DEBATE SOBRE QUEM DEVE SER O GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO ENTRE HANS KELSEN E CARL SCHMITT

6. O “IMPÉRIO DO BRASIL” E A NEGAÇÃO DA CIDADANIA AOS ÍNDIOS E NEGROS ESCRAVOS NA ASSEMBLEIA CONSTITUINTE DE 1823

7. OS PRIMÓRDIOS DOS DIREITOS HUMANOS DA IDADE ANTIGA ATÉ A IDADE MÉDIA NA HISTÓRIA DA CIVILIZAÇÃO OCIDENTAL

8. PROCESSO PRIVADO ROMANO: ORALIDADE E ESCRITURA

9. REGISTROS PAROQUIAIS DA FREGUESIA DE BENFICA EM BELÉM: ANÁLISE DA ORIGEM FUNDIÁRIA

10. REVOLUÇÃO FRANCESA E RESTAURAÇÃO: NOTAS SOBRE OS MODELOS CONSTITUCIONAIS ADOTADOS NOS PAÍSES DO PRATA E NO BRASIL NO INÍCIO DO SÉCULO XIX

11. UMA ANÁLISE DO INSTITUTO DA ADOÇÃO NO DIREITO ROMANO E UMA BREVE COMPARAÇÃO COM A LEI BRASILEIRA VIGENTE

12. “PALAVRAS QUE SE SOLTAM DA TRIBUNA TÊM UM ALCANCE MUITO LONGE, QUE NEM SEMPRE SE PODE PREVER”: BERNARDO PEREIRA DE VASCONCELOS, UM JURISTA ELOQUENTE.

Agradecemos aos autores e participantes pela riqueza dos trabalhos apresentados e pelo profícuo debate que se seguiu.

Boa leitura!

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - Unimar

Prof. Dr. Ricardo Adriano Massara Brasileiro - FDMC

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

INTRODUÇÃO HISTÓRICA AO DEBATE SOBRE QUEM DEVE SER O GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO ENTRE HANS KELSEN E CARL SCHMITT

CONSTITUTIONAL REVIEW AND THE DISPUTE ABOUT WHO SHOULD BE THE GUARDIAN OF CONSTITUTION BETWEEN HANS KELSEN AND CARL SCHMITT

Ricardo Evandro Santos Martins

Resumo

O ensaio trata de uma introdução histórica à disputa entre Hans Kelsen e Carl Schmitt sobre quem deveria ser o "Guardião da Constituição" através da exposição do "modelo austríaco" de controle de constitucionalidade e como Schmitt o criticou. Assim, ao final, este ensaio expõe a defesa de Kelsen sobre sua posição em relação a guarda da Constituição.

Palavras-chave: Carl schmitt, Hans kelsen, Controle de constitucionalidade, "guardião da constituição"

Abstract/Resumen/Résumé

This paper is an introduction about the dispute between Hans Kelsen and Carl Schmitt on who who should be the "Guardian of the Constitution" by exposing the "Austriac model" of constitutional review and how Schmitt criticized it. So, in the end, this paper exposes the defense of Kelsen on its position about the guard of Constitution.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Carl schmitt, Hans kelsen, Constitutional review, "guardian of the constitution"

1 INTRODUÇÃO

No atual contexto da Teoria e da Filosofia jurídicas em que se anuncia um suposto "pós-positivismo", além de questões como interpretação das normas, especialmente as constitucionais de direitos e garantias fundamentais, legitimidade jurídica do órgão de controle de constitucionalidade e, também, do crescente ativismo judicial, o rico debate travado na década de 1930 entre Hans Kelsen e Carl Schmitt ainda sim é de grande relevância.

Esse foi um período importantíssimo para enfrentarmos todas estas questões contemporâneas do pensamento e da *práxis* jurídicos. O debate Kelsen-Schmitt é atualíssimo, principalmente na situação da democracia brasileira, em que se encontram questões semelhantes as das invocadas por Kelsen e Schmitt sobre quem deve ser o "Guardião da Constituição". Neste trabalho, contudo, nos limitaremos a contextualizar a situação da Áustria, onde Kelsen fora ministro da Corte Constitucional, e, especialmente, da República de Weimar (Alemanha) para que possamos, além de compreender melhor este antigo debate, traçar quais foram as críticas de Schmitt a Kelsen e como este fez sua defesa ao primeiro. Além disto, ao final, nos posicionaremos sobre o debate Kelsen-Schmitt com base nos argumentos expostos ao longo do texto de ambos os juristas, em que optamos pelo modelo kelseniano de controle constitucional como o vencedor do debate.

É importante que compreendamos esse debate para entendermos melhor, também, a situação brasileira atual, herdeira do juspositivismo kelseniano, criador do modelo de controle de constitucionalidade concentrado e abstrato feito por um Corte Constitucional ou também conhecido por "modelo austríaco". Será fundamental, também, como visto, entender como Schmitt previu os problemas da atividade jurisdicional e do ativismo judicial tão caros e contemporâneos para a jovem democracia brasileira, conforme veremos logo a seguir.

2 A CAMINHO DA POLÊMICA KELSEN-SCHMITT: A ELABORAÇÃO DO "MODELO AUSTRÍACO" DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A República austríaca correspondeu ao território da Áustria alemã, resultado do desmembramento do Império Austro-húngaro ocorrido após a I Guerra Mundial e fruto do Tratado de Versalhes e de St. Germain. Este período é caracterizado pela instabilidade que, com o tempo, levou ao processo de fortalecimento do Poder Executivo, passando pela reforma constitucional de 1929, até a ascensão nazista na Alemanha. Contudo, destaca-se que, antes da tomada do austríaco pelo nazismo, Kelsen colaborara para com a redação da Constituição austríaca, fazendo com que se criasse uma Corte Constitucional que funcionaria como único órgão competente para exercer o controle de constitucionalidade dos atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo. (CUNHA. In: KELSEN, 2007b, p. 8).

Kelsen explicou, então, no seu texto, de 1924, chamado *A jurisdição constitucional e administrativa a serviço do Estado federativo segundo a nova Constituição federal austríaca de 1º. De outubro de 1920*, que após a queda da monarquia austríaca, juntamente com os Estados tcheco-eslovaco, polonês e iugoslavo (ou seja, após o fim da I Guerra Mundial), a República da Áustria, que substituiu o Império Austro-Húngaro, possuía um Estado unitário e centralista com base em uma constituição provisória. E somente com a Constituição definitiva, a qual Kelsen ajudou na sua feitura, foi que a Áustria passou a ser tornar um Estado federativo pela "Lei de 1º de outubro de 1920", fazendo com que a Constituição austríaca, deste modo, segundo afirmava Kelsen, fosse um Estado federativo (KELSEN, 2007b, p. 5-7).

Assim, o que mais diferenciava a Constituição austríaca das demais de sua época, era, justamente, a formulação, de autoria atribuída a Kelsen, de um órgão jurisdicional apartado dos três poderes e que deveria realizar o controle de constitucionalidade dos atos normativos do Poder Legislativo e do Poder Executivo de maneira concentrada e abstrata [1]. E este órgão foi denominado de Corte Constitucional. Pois, deveria, de acordo com as formulações kelsenianas, exercer a jurisdição constitucional, controlando a constitucionalidade das normas com base na Constituição Federal da Áustria. Kelsen, deste modo, também defendia a tese de que a Corte Constitucional, ao reconhecer uma lei como inconstitucional, deveria anulá-la totalmente ou em parte, mostrando, assim, uma característica particular do "modelo austríaco", a saber, a tese

[1] Maia questiona a "paternidade" atribuída a Kelsen sobre o chamado "modelo austríaco" de controle de constitucionalidade das leis, indicando outros juristas europeus que já haviam pensado sobre a revisão constitucional concentrada anteriormente a Kelsen, como Robert Von Mohl, entre outros. (MAIA, 2007, p. 243).

de que a decisão jurisdicional do controle de constitucionalidade seria constitutiva e de efeito anulatório e *ex nunc*. (KELSEN, 2007b, p. 25).

Segundo explica Souza Neto, para Kelsen, a decisão judicial possuía natureza constitutiva e não declaratória, ou seja, o magistrado realizaria, portanto, um ato simultâneo de cognição e de vontade, criando um "Direito novo". Por isso, um ato jurídico nunca poderia ser declarado nulo por uma sentença judicial, devendo ser, em regra, somente anulado, surtindo efeitos *erga omnes* e *ex nunc*, ou seja, para todos, e prospectivamente. (SOUZA NETO, 2002, p. 123). Assim, pode-se ver que, por entender que o magistrado ordinário era, ao mesmo tempo, um aplicador e um criador do Direito, Kelsen compreendia que o controle de constitucionalidade, feito pela Corte Constitucional, também deveria se fazer por decisões constitutivas, fazendo com que o magistrado constitucional agisse como uma espécie de legislador, já que também criaria "Direito novo" no momento do controle de constitucionalidade. Todavia, o magistrado constitucional, por sua vez, já não seria como os legisladores do Poder Legislativo, pois estes legisladores, segundo Kelsen, possuem mais discricionariedade para criar o Direito, sendo, portanto, este o motivo para o Mestre de Viena ter afirmado que a diferença entre a criação jurídica do legislador e a criação jurídica do magistrado seria apenas quantitativa e não qualitativa.

> A liberdade do legislador, que só está subordinado à Constituição, submete-se a limitações relativamente fracas; seu poder de criação permanece relativamente grande. A cada grau que se desce, a relação entre liberdade e limitação se modifica em favor do segundo termo: a parte da aplicação aumenta, a da livre criação diminui. (KLESEN, 2007a, p. 126).

Logo, seriam os magistrados da Corte Constitucional legisladores também. Porém, pelo fato de revogar as leis sentenciadas como inconstitucionais, o juiz constitucional seria, na verdade, um "legislador negativo", porque retiraria do ordenamento jurídico uma norma quando entendesse que esta continha incoerência com a Constituição, garantindo, assim, os termos constitucionais frente à legislação ordinária. Destarte, a ideia de uma Corte Constitucional é oriunda do raciocínio de Kelsen quanto à possibilidade de haver irregularidade não somente nos atos pelo Poder Executivo de execução das normas ou de irregularidades na aplicação destas normas jurídicas pelo Poder Judiciário, pois poderia haver, também, irregularidades nos atos de criação pelo Poder Legislativo de normas regulares jurídica e objetivamente válidas. (KELSEN, 2007a, p. 126).

Assim, para Kelsen, deveria haver o resguardo da garantia constitucional das leis para que estas estivessem em conformidade com a Constituição a qual é o documento político-jurídico máximo de uma República de Estado de Direito (*Rechtsstaat*). E, quanto a este tema sobre o "resguardo" dos preceitos constitucionais, foi travado na década de 30, justamente neste período entre a I e a II Guerra Mundial, um rico debate entre Hans Kelsen e o jurista alemão Carl Schmitt, conforme está mais bem exposto nos tópicos a seguir.

3 CRÍTICA DE CARL SCHMITT A HANS KELSEN: A CRISE NA REPÚBLICA DE WEIMAR E O *FÜRHER* COMO "GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO"

Conforme explica Maia, após a quebra da bolsa de valores em 1929, a política austríaca, assim como a alemã, sofreu um "embrutecimento" devido à crise econômica no pós-29. Por isso, a democracia em desenvolvimento na Áustria se desestabilizou frente aos clamores de uma "verdadeira democracia". Ou seja, ocorreu um aumento de força política dos grupos extremados, o que desaguou em uma reforma na Constituição austríaca, fazendo com que Kelsen, que até então era componente da Corte Constitucional da Áustria, perdesse a vitaliciedade de seu cargo. (MAIA, 2007, p. 241).

Por conseguinte, Kelsen, após a reforma constitucional, acabou por ser, em 1930, destituído do cargo de ministro da Corte Constitucional austríaca, tendo ido, posteriormente, lecionar na Alemanha, na Universidade de Colônia. Neste período, quando Kelsen já estava trabalhando na Alemanha, onde vigia a Constituição da República de Weimar, o Mestre de Viena replicou o texto do jurista alemão Carl Schmitt, *O Guardião da constituição,* de 1931, com seu texto a favor do "modelo austríaco" intitulado *Quem deve ser o Guardião da constituição?.* (MAIA, 2007, p. 240). Porém, antes de adentrarmos na resposta de Kelsen a Schmitt, tema que será tratado no tópico seguinte, é preciso, que expliquemos por ora, quais foram as críticas de Schmitt ao "modelo austríaco" de controle de constitucionalidade, contextualizando, antes ainda, a problemática situação da jovem e frágil democracia da República de Weimar.

Schmitt escreve um texto crítico do "modelo austríaco" de controle de constitucionalidade em 1931. Este texto foi fruto da turbulência política que a Alemanha estava passando, assim como a Áustria de Kelsen, no período pós-29. Este período de profunda crise econômica, o qual, por sua vez, só veio a agravar a situação que os vencedores desta Guerra impuseram à Alemanha, acabou por gerar inconformismo quanto à situação democrática germânica da nova Constituição da República de Weimar.

A República de Weimar foi proclamada por Philipp Scheidemann. Scheidemann assinou o armistício em novembro de 1918, logo após o fim da I Guerra Mundial. O Tratado de Versalhes, assinado em junho de 1919, impôs à Alemanha uma série de restrições políticas e econômicas que acabaram por enfraquecê-la perante os outros países da Europa já industrializada. A nova República veio, então, como um sopro democrático substituinte de uma Alemanha ainda presa na monarquia constitucional dos tempos de Bismarck. Deste modo, a Constituição da República de Weimar fora a primeira promulgada e não mais arraigada no chamado "princípio monárquico" o qual dizia que o monarca tinha poderes para além da soberania popular, uma vez que seria, por este princípio, o próprio monarca o "líder" e o espírito da nação alemã.

Com isso, a nova República, chamada de República de Weimar, tinha a sua Constituição como texto fundamental a qual instaurava uma democracia parlamentar e que, também, trazia consigo a previsão de direitos e garantias fundamentais, não sendo, portanto, apenas um texto com previsões de organização institucional ou com meras limitações do Estado para com seus súditos. A Constituição da República de Weimar fundava-se no princípio da supremacia constitucional, tendo avançado, também, no aspecto jurídico quanto à previsão de direitos e garantias de proteção das minorias e de direitos sociais.

Como visto, a Constituição de Weimar foi inovadora em diversos aspectos. No entanto, a crise econômica agravada com a queda da bolsa de valores em 1929 fez com que a nova República da Alemanha entrasse em uma crise política e jurídica profunda. Diante dos problemas econômicos enfrentados pela Alemanha, o Chanceler e o Presidente da República de Weimar valeram-se do Artigo 48 da Constituição de Weimar, o qual permitia que o Presidente promulgasse "medidas necessárias", isto é, que legislasse, de certo modo.

Assim, o Presidente acabou por criar medidas de austeridade e de mais arrecadação de impostos. Contudo, este mesmo Artigo 48 previa o "controle de validade" das normas feitas pelo Poder Legislativo, ou seja, era permitido que o Parlamento invalidasse os atos normativos do Presidente caso estes fossem contrários à ordem pública. E o Parlamento decidiu pela

invalidade destas “medidas necessárias”, fazendo com que o Presidente dissolvesse o mesmo, abrindo novas eleições o que gerou uma crise suficiente para que o partido de extrema direita nacional-socialista ganhasse maioria parlamentar. (MAIA, 2007, p. 139).

Foi no meio desta crise jurídica e política que Schmitt polemizou com Kelsen. A Constituição de Weimar, como já dito, previa o “controle de validade” das normas pelo Parlamento, mas não havia expressamente a possibilidade do controle de constitucionalidade. Kelsen chegara a ajudar em um projeto de emenda à Constituição de Weimar o qual criaria um sistema de controle de constitucionalidade concentrado e abstrato feito por um órgão jurisdicional e independente do Judiciário. Devido a isto, Schmitt, então, passou a defender um modelo de constitucionalidade baseado na sua concepção de Estado de Direito e de teoria jurídica, criticando, ao mesmo tempo, o chamado “modelo austríaco” de Kelsen.

Para Schmitt, esta demanda por um protetor ou defensor de uma Constituição é, na maioria dos casos, um indício de situação de crise para esta mesma Constituição. (SCHMITT, 1983, p. 27). A defesa do modelo em que o controle de constitucionalidade é feito pelo Judiciário, para Schmitt, teria como consequência não uma judicialização da política, mas sim, antes, uma politização da Justiça. E, isto, para Schmitt era resultado de uma concepção de Estado de Direito em que a Justiça, entendida como todo o organismo judiciário, se fazia formalista. (SCHMITT, 1983, p. 57). Por isto é que Schmitt pergunta-se até que ponto seria possível instituir dentro da esfera da Justiça (jurisdicional) o protetor da Constituição? (SCHMITT, 1983, p. 62).

Schmitt alerta para o perigo de uma jurisdição ser a protetora da Constituição. Ele desconfiava que esta atividade jurisdicional pudesse ter a capacidade de ser neutro, adjetivo essencial para atividade jurisdicional, segundo sua concepção de atividade jurisdicional. Para o jurista alemão, não poderia haver neutralidade uma jurisdição que decidisse pela constitucionalidade de norma feita pela maioria parlamentar, uma vez que uma jurisdição constitucional, por exemplo, seguindo o “modelo austríaco”, passaria a exercer uma função juscriativa e, por isto, política, pois seria próprio do Legislativo criar “Direito novo”.

A verdadeira neutralidade, portanto, não poderia existir no controle de constitucionalidade feito por uma jurisdição, já que, para Schmitt, a função jurisdicional seria tão somente lógico-subsuntiva. Segundo o jurista alemão, a colisão entre norma constitucional e norma infraconstitucional seria, em verdade, uma colisão entre preceitos. (SCHMITT, 1983, p. 48). Assim, um preceito constitucional geralmente é impreciso, o que geraria uma necessidade do magistrado criar “direito novo” sobre a vagueza dos termos constitucionais.

Para Schmitt, o Parlamento também não poderia ser o sobre quem deveria ser o "Guardião da Constituição". O perigo de violação da constituição com normas e atos normativos inconstitucionais surge não só com o Executivo. Há o perigo do Legislativo incorrer em inconstitucionalidades, já que este seria o legítimo órgão juscriativo, conforme Schmitt. Percebe-se, então, que Schmitt defendia que o "Guardião da Constituição" deveria ser mesmo o chefe do Poder Executivo. De acordo com o jurista, no passado, a proteção era contra o Governo, porém, em sua época, o perigo do desrespeito à Constituição advinha mesmo da maioria parlamentar. (SCHMITT, 1983, p. 62).

Assim, para Schmitt, nem o Legislativo e nem o Judiciário poderiam ser os "Guardiões da Constituição". Contrário ao pensamento de Kelsen, Schmitt acreditava que a jurisdição não pode ser função política, logo, não poderia a Justiça exercer o controle de constitucionalidade. Para Schmitt, caso isto ocorresse, esta atividade jurisdicional estaria viciada com a atividade política a qual seria o próprio controle de constitucionalidade. Um exemplo desta politização da atividade jurisdicional, caso esta fosse controladora da constitucionalidade das normas e atos jurídicos, poderia ser explicado pelo o fato de que o caráter político dos processos se revelaria já pelo estabelecimento das competências constitucionais. Isto seria o caso dos processos de "alta traição", pois, segundo Schmitt, reitera-se, só o fato de determinados crimes serem de competência exclusiva de um Tribunal Constitucional já revelaria seu caráter político. (SCHMITT, 1983, p. 63-64).

Como se vê, Schmitt defendia o Presidente da República de Weimar como "Guardião da Constituição". Para o jurista, seria o Presidente aquele quem teria uma posição neutra e igual entre os dois outros Poderes estatais e que, diferentemente do Judiciário ou de uma Corte, não incorreria em um desrespeito a sua função política dentro o princípio da separação dos poderes, uma vez que o Judiciário também não teria, conforme a sua própria concepção tradicional sobre a função jurisdicional, a possibilidade de criar "direito novo". Outra questão seria a de que o Presidente representaria realmente a nação, sendo a própria personificação do espírito nacional frente à pluralidade da democracia de Weimar, por exemplo. Além disto, o Presidente estaria realmente legitimado para controlar a constitucionalidade, pois fora eleito pelo povo, evitando, assim, que uma "aristocracia judiciária" tomasse conta da constitucionalidade das leis e dos atos normativos.

Schmitt, desta maneira, deixou clara a sua posição quanto à pergunta sobre quem deveria ser o "Guardião da Constituição". Para ele, deveria ser o *Fürher*. Ou seja, o Presidente da República é quem deveria realizar o controle de constitucionalidade. E, quanto ao respaldo

normativo, em relação à Constituição de Weimar, Schmitt se fundamentou no já mencionado Artigo 48. Logo, vê-se que o jurista alemão não aceitou a proposta kelseniana de criação de uma Corte Constitucional por todos os motivos já expostos, contudo, Kelsen também não se silenciou às críticas de Schmitt, tendo respondido ponto a ponto a todos os ataques, conforme veremos no tópico a seguir.

4 A RESPOSTA DE HANS KELSEN A CARL SCHMITT: A CORTE CONSTITUCIONAL COMO "GUARDIÃ DA CONSTITUIÇÃO"

Kelsen respondeu, no seu texto chamado *Quem deve ser o guardião da constituição?,* à pretensão de Schmitt de "renovar" os ideais constitucionalistas baseados no princípio monárquico. Segundo o Mestre de Viena, Schmitt queria que se aplicasse ao Chefe de Estado republicano a mesma antiga ideia de que o poder monárquico seria um "poder neutro" conforme a doutrina de Benjamin Constant sobre o *pouvoir neutre.* Contra esta posição, Kelsen acusa Schmitt de ter se alinhado aos representantes da teoria constitucional do século XIX, os quais se baseavam no princípio monárquico. Estes representantes defendiam a tese de que o monarca era o natural "Guardião da Constituição" porque, como denunciou Kelsen, procuravam mascarar a sua tendência de compensar a perda do poder que o chefe de Estado havia experimentado na passagem da época da monarquia absoluta para a constitucional. (KELSEN, 2007c, p. 24-243). Assim, Kelsen, nesta passagem, acusou esta posição de Schmitt de ser apenas uma ideologia dentre tantas que formam a doutrina constitucional.

> 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 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. Isso também pertence ao método da ideologia constitucional; falar apenas do monarca, quando na verdade está agindo um órgão colegiado em que o monarca não é parte autônoma. Como não se podia declarar abertamente o verdadeiro objetivo político de impedir uma eficaz garantia da Constituição, ele era mascarado com a doutrina segundo a qual tal garantia seria tarefa do Estado. (KELSEN, 2007c, p. 240-241).

Foi por esse motivo que Kelsen, dessa forma, se surpreendeu com a tentativa de Schmitt de adaptar este constitucionalismo construído sobre o princípio monárquico, porque, para o Mestre de Viena, já em sua época, tal doutrina já estava totalmente ultrapassada. Portanto, Kelsen condenava o falacioso argumento da "neutralidade" do chefe de Estado em ser o "Guardião da Constituição" contra os eventuais desrespeitos à Carta Magna pelo Executivo ou pelo Legislativo (KELSEN, 2007c, p. 240).

Realmente é ilógico dar a um dos três Poderes a atribuição de realizar o controle de constitucionalidade das normas e dos decretos com a justificativa de que seria o chefe do Poder Executivo quem estaria em uma posição de "neutralidade" perante os demais poderes. Kelsen, então, questionou Schmitt: como poderia o Executivo julgar sobre a constitucionalidade de seus próprios atos? E por que motivo estaria o chefe do Executivo em uma posição mais "neutra", ou mais legítima, do que a do Legislativo e do Judiciário?

Em sua a réplica a Schmitt, Kelsen lembrou que nenhuma instância era tão pouco idônea para garantir a Constituição do que o Executivo, já que este órgão seria justamente aquele em quem a Constituição confiaria o exercício do "poder" e que, portanto, possuiria, primordialmente, a oportunidade jurídica e o estímulo político para "abusá-lo". Kelsen, nessa passagem, ainda lembrou que nenhum outro princípio é tão unânime quanto o "que ninguém pode ser juiz em causa própria", ou seja, não pode o Executivo julgar as suas próprias inconstitucionalidades, pelo menos de forma "neutra" como Schmitt queria. (KELSEN, 2007c, p. 240).

Assim, segundo afirmou Kelsen em sua réplica, Schmitt caracterizou o *pouvoir neutre* (poder neutro) do Poder Executivo não como uma instância que estaria acima daqueles que detêm o direito de decisão e de influência política, mas sim, como um poder que estaria ao lado dos demais, em equivalência. Por isto, Kelsen explicara que, quando Schmitt questionou o caráter jurisdicional do controle concentrado de constitucionalidade, que é feito por um tribunal constitucional, na realidade, teria o jurista alemão se fundamentado na tese errônea de que há uma contradição entre as funções jurisdicionais e as funções políticas. Pois, para Schmitt, o controle de constitucionalidade feito pela Corte Constitucional, anulando leis inconstitucionais, não seria um exercício de jurisdição constitucional, mas um verdadeiro exercício de atos políticos, já que Schmitt, como já explicado no tópico anterior, não reconhecia a tese de que a jurisdição constitucional também realiza atividade política. (KELSEN, 2007c, p. 248-251).

Assim, quando Kelsen, nessa passagem, disse que Schmitt baseou-se na tese errônea ao declarar como incompatíveis a atividade jurisdicional e a atividade política, em verdade,

explicava o Mestre de Viena que Schmitt fundamentou-se no paradigma jurídico construído sobre a concepção de que a decisão judicial seria um ato de mera aplicação da Lei. E isto está em total desacordo com a teoria do direito de Kelsen. O jurista de Viena desenvolvera, pelo seu normativismo jurídico, a superação dessa concepção do juspositivista tradicional, já que entendia que as decisões judiciais possuíam um espaço discricionário, onde se poderia constituir, pela vontade do magistrado, uma, dentre tantas interpretações possíveis que o texto normativo poderia proporcionar.

Logo, esta concepção de Schmitt, de que o tribunal constitucional não poderia exercer uma função jurisdicional - pois, ao anular uma lei inconstitucional, não estaria o mesmo exercendo uma função jurisdicional, mas sim política -, para Kelsen, era totalmente retrógada e já superada pela sua teoria sobre Ciência do Direito.

> "Política" realmente é a função do legislador, em que submete os indivíduos à sua vontade e exerce um poder justamente pelo fato de obrigá-los a perseguir seus interesses dentro dos limites das normas que impõem, decidindo assim os conflitos de interesses, ao passo que o juiz, enquanto instrumento – e sujeito – de tal poder, apenas faz aplicar esse ordenamento criado pelo legislador. Tal concepção, contudo, é falsa, porque pressupõe que o exercício do poder esteja encerrado dentro do processo legislativo. Não se vê, ou não se quer ver, que ele tem sua continuação ou até, talvez, seu real início na jurisdição, não menos que no outro ramo do executivo, a administração. (KELSEN, 2007c, p. 250-251).

Dessa forma, essa citação é a própria explicação sobre a já citada distinção entre a aplicação do Direito feita pelo Legislativo e a aplicação feita pelo Judiciário, onde se explicou que a distinção básica fundamenta-se na tese de que não há uma diferença qualitativa entre estas aplicações. A diferença é somente quantitativa, tendo o legislador, porém, mais discricionariedade em relação ao magistrado.

Por esse motivo, Kelsen discordava da concepção de Schmitt, a qual dizia que seria o juiz um mero autômato e que deveria "deduzir" a decisão judicial contida na Lei, - como se o magistrado "achasse" uma decisão judicial já existente na Lei-. Kelsen entendia que a jurisdição constitucional exercida pela Corte Constitucional sempre seria feita por atos políticos. Em outras palavras, destaca-se que a decisão judicial proferida por um magistrado, sendo ele ordinário ou constitucional, para o Mestre de Viena, seria sempre um ato político. (KELSEN, 2007c, p. 258).

Esse ato político, portanto, proferido pela Corte Constitucional através de decisão judicial, o qual julga a constitucionalidade de uma lei em tese, para Kelsen, seria o melhor

modelo de controle de constitucionalidade para uma república democrática. De acordo com que afirma Lima, o modelo de controle de constitucionalidade de Kelsen era um paradigma da formalidade procedimental de análises dos conflitos baseados no relativismo democrático e na segurança jurídica do procedimento discursivo, enquanto que o modelo de Schmitt era substancialista, pois carregava consigo os valores do líder do Estado (*Führer*) concretizados por um processo político. (LIMA, 2013, p. 2-3). Destarte, muito mais do que uma ligeira discussão sobre a guarda da Constituição, este debate representa a identificação da defesa de Schmitt com a totalidade nazista que se instalou na Alemanha a partir de 31 de janeiro de 1933. Pois, para o jurista alemão, somente o Estado totalitarista faria desaparecer a tensão produzida pelo pluralismo democrático e o seu decorrente antagonismo entre sociedade e Estado. (LIMA, 2010b, p. 9).

Dessa forma, o "modelo austríaco" defendido por Kelsen tinha finalidade de garantir a Constituição e o Estado de Direito e a defesa das minorias. Este ponto de vista de Kelsen era baseado no seu relativismo axiológico, o qual servia de pano de fundo para o seu modelo concentrado e jurisdicional de controle de constitucionalidade. Pois, para que se garantisse verdadeiramente a Constituição de uma república democrática, sem que se cedesse às forças políticas da maioria ou de um grupo politicamente mais forte sobre as minorias – já que, segundo Kelsen, a democracia não significava sobreposição da maioria sobre os demais – seria, portanto, o "procedimento" da jurisdição constitucional a melhor forma de defesa da Constituição. (KELSEN, 2007a, p. 148).

Portanto, justifica-se a posição de Kelsen pela defesa do controle de constitucionalidade feito por um órgão independente dos três poderes estatais e que realizasse atos políticos por meio de sentenças constitutivas de Direito, garantindo a Constituição por meio do contraditório de um processo judicial constitucional (procedimentalismo). Percebe-se, como se vê, que Kelsen defendia a jurisdição constitucional como o "Guardião da Constituição" porque, segundo ele, somente por este modelo procedimental de jurisdição é que se garantiria o pluralismo de valores e opiniões em uma república democrática.

Contudo, apesar de toda sua argumentação contrária à tese "substancialista" de Schmitt, é preciso destacar que Kelsen reconhecera a legitimidade da questão levantada pelo jurista alemão em relação ao excesso de poder político que teria o magistrado ordinário e constitucional quando criasse Direito novo. Assim, Kelsen, nesta mesma passagem citada, afirmou que, caso se queira, portanto, restringir o poder dos magistrados - o caráter político da função -, deve-se, então, limitar ao máximo a margem de discricionariedade que a própria Lei

eventualmente pode conferir aos juízes. Logo, o legislador deveria evitar, por exemplo, a presença de termos demasiadamente genéricos e vagos, como "liberdade", "igualdade" ou "justiça". Pois, se não o fizesse, poderia haver uma transferência de poder do Parlamento para o Tribunal Constitucional de maneira excessiva e insuportável. (KELSEN, 2007c, p, 262).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pela exposição do ensaio, através da contextualização histórica da situação da Áustria e da Alemanha no período do entreguerras, pode-se ter uma melhor compreensão das motivações históricas, políticas e jurídicas do debate travado entre Carl Schmitt e Hans Kelsen. Por meio desta melhor compreensão, é possível vislumbrar as críticas mútuas entre ambos importantes juristas do século XX, assim como a defesa de suas posições opostas quanto a quem deve ser o "Guardião da Constituição". Compreender estes pontos de embate é de fundamental importância para que se possa, inclusive, marcar uma posição sobre qual o melhor modelo ou, então, com uma pretensão mais modesta, apontar os pontos fortes e francos na defesa de ambos os juristas.

Como já dito na Introdução deste trabalho, aqui, nos posicionamos a favor da defesa do "modelo austríaco" de controle de constitucionalidade pelos principais seguintes motivos:

> 1) o Presidente tem mais chances de abusar do seu poder do que em comparação com um conjunto de ministros que seguem o contraditório e a ampla defesa dentro de um processo da Corte; estamos do lado da posição de que o procedimento é capaz de aferir um melhor controle sobre as vontades políticas de cada ministro, elemento este que não existiria caso o chefe do Executivo fosse o "Guardião da Constituição", uma vez que bastaria o seu *status* de "líder" da nação para legitimar seus atos normativos e controles dos atos dos demais Poderes.
>
> 2) a decisão judicial pode criar direito novo, conforme a concepção de interpretação jurídica de Kelsen, pois, a concepção de Schmitt ainda estava mesmo arraigada em juspositivismo mais próxima da Escola da Exegese francesa, onde se pensava que o papel do magistrado é aplicar

> a norma jurídica no caso concreto por meio de subsunção com o objetivo de resguardar a "vontade do legislador". Esta posição, no entanto, é insustentável após as críticas de Kelsen os quais superaram a ingenuidade da tradição jurídica iniciada pelos racionalistas, quando pensavam que o "juiz é a boca da lei", nunca podendo figurar como um agente criativo de Direito pela sua interpretação, fator este também insustentável diante das reviravoltas linguísticas do século XX;

Todavia, também não podemos incorrer na ingenuidade de desconsiderar o modelo de controle de constitucionalidade de Schmitt pelo simples fato do jurista possuir uma concepção de interpretação jurídica não tão sofisticada, epistemologicamente falando, quanto a de Kelsen. Pois, Kelsen, ainda sim, está em uma posição antiquada frente aos avanços hermenêuticos da contemporaneidade. Também não poder cair na ingenuidade de desconsiderar a teoria do Direito e Política de Schmitt devido ao seu relacionamento com o partido nacional-socialista.

Além das questões históricas e hermenêuticas que impedem que cometemos anacronismos sobre a teoria de Schmitt, há uma motivação maior que faz de seu pensamento extremamente importante para o debate jurídico-filosófico contemporâneo. Schmitt parece que já previa, como visto ao longo deste ensaio, o problema que o modelo, não só de controle de constitucionalidade, mas de teoria do direito que o juspositivismo normativista de Kelsen legaria para depois da polêmica entre os dois. O jurista alemão já alertava para o problema da falta de legitimidade e da politização da Corte Constitucional e do Judiciário quando fizessem controle de constitucionalidade.

Por fim, concluímos que este debate Kelsen-Schmitt parece ainda ter pontos não superados nos atuais tempos de anuncia de uma suposta superação do juspositivismo normativista. E mesmo com os avanços da Filosofia da Linguagem e da Hermenêutica Filosófica, os problemas que giravam em torno da polêmica sobre quem deveria ser o "Guardião da Constituição", ocorrido já na década de 30, ainda estão presentes na teoria e filosofia do direito, assim como, especialmente no campo do direito constitucional, que envolve questões sobre direitos fundamentais e de direito internacional, também.

REFERÊNCIAS

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **Introdução à edição brasileira**. In: KELSEN, Hans. Jurisdição Constitucional. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KELSEN, Hans. A garantia jurisdicional da constituição. In: _____. **Jurisdição Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007a.

_____. A jurisdição constitucional e administrativa a serviço do Estado federativo segundo a nova Constituição federal austríaca de 1º. De outubro de 1920. In: _____. **Jurisdição constitucional**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007b.

_____. Quem deve ser o guardião da constituição? In: _____. **Jurisdição constitucional**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007c.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. **A guarda da constituição em Hans Kelsen**. [2013]. Disponível em: <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/031007.pdf>. Acesso em: ago. 2013.

LIMA, Newton de Oliveira. Substancialismo versus procedimentalismo: discussões sobre a legitimidade da jurisdição constitucional. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, n.57, 2010. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/pdfsGerados/artigos/5141.pdf. Acesso em: ago. 2013.

MAIA, Paulo Sávio Nogueira Peixoto. **O guardião da constituição na polêmica Kelsen-Schmitt**: Rechtsstaat como referência semântica na memória de Weimar. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília, 2007. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10482/3525>. Acesso em: ago. 2013.

SCHMITT, Carl. **La defesa de la Constituicion**. Madrid: Tecnos, 1983.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.