
A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional



ISSN 1516-3210

A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional	Belo Horizonte	ano 10	n. 39	p. 1-256	jan./mar. 2010
--	----------------	--------	-------	----------	----------------

A&C REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA
Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

INSTITUTO DE DIREITO
**ROMEUFELIPE
BACELLAR**

© 2010 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive por meio de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa
Revisoras: Lourdes Nascimento, Ana Flávia Inácio Ferreira
Projeto gráfico: Luis Alberto Pimenta
Diagramação: Bruno Lopes
Bibliotecária: Paloma Fernandes Figueiredo - CRB 2751 - 6ª Região

Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andares - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
Internet: www.editoraforum.com.br
e-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Impressa no Brasil / Printed in Brazil
Distribuída em todo o Território Nacional

A246	A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional. ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
	Trimestral
	ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba
	ISSN 1516-3210
	1. Direito Administrativo. 2. Direito Constitucional. I. Fórum.
	CDD: 342 CDU: 33.342

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa especialmente credenciada pelo Ministério da Educação - Portaria nº 2.012/06), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema double-blind peer review).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta revista está indexada em:

- Base RVBI (Catálogo do Senado)
- Library of Congress (Biblioteca do Senado dos EUA)
- Ulrich's Periodicals Directory

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral
Romeu Felipe Bacellar Filho
Diretor Editorial
Paulo Roberto Ferreira Motta
Editora Acadêmica Responsável
Ana Cláudia Finger
Secretário Editorial Executivo
Daniel Wunder Hachem
Conselho Diretivo
Adriana da Costa Ricardo Schier
Edgar Chiuratto Guimarães
Célio Heitor Guimarães

Conselho Editorial
Adilson Abreu Dallari (PUC/SP)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)
Carlos Ari Sundfeld (PUC/SP)
Carlos Ayres Britto (UFSE)
Carlos Delpiazzi (Universidad de La República – Uruguai)
Cármén Lúcia Antunes Rocha (PUC/MG)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC/SP)
Clèmerson Merlin Clève (UFPR)
Clovis Beznos (PUC/SP)
Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile)
Eros Roberto Grau (USP)
Guilherme Andrés Muñoz (in memoriam)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)
Jorge Luís Salomoni (in memoriam)
José Carlos Abraão (UEL)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC/SP)
José Luís Said (UBA – Argentina)
José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz - Bolívia)
Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)
Juarez Freitas (UFRGS)
Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)
Lúcia Valle Figueiredo (in memoriam)
Luís Enrique Chase Plate (Universidad Nacional do Paraguai)
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)
Marçal Justen Filho (UFPR)
Marcelo Figueiredo (PUC/SP)
Márcio Cammarosano (PUC/SP)
Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Nelson Figueiredo (UFG)
Odilon Borges Junior (UFES)
Pascual Caiella (Universidad de La Plata - Argentina)
Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)
Paulo Henrique Blasi (UFSC)
Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)
Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
Rogério Gesta Leal (UNISC)
Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional do Chile)
Sérgio Ferraz (PUC/RJ)
Valmir Pontes Filho (UFCE)
Weida Zancaner (PUC/SP)
Yara Stroppa (PUC/SP)

Conselho Consultivo
Prof. Dr. Antonello Tarzia (Università Commerciale Luigi Bocconi - Itália)
Profa. Dra. Cristiana Fortini (UFMG - MG)
Prof. Dr. Eduardo Biacchi Gomes (UniBrasil - PR)
Prof. Dr. Eduardo Talamini (UFPR - PR)
Prof. Dr. Emerson Gabardo (UniBrasil - PR)
Prof. Dr. Fabrício Macedo Motta (UFG - GO)
Prof. Dr. Fernando Vernalha Guimarães (Unicuritiba - PR)
Prof. Dr. Gustavo Henrique Justino de Oliveira (USP - SP)
Prof. Dr. Isaac Damsky (Universidad de Buenos Aires - Argentina)
Prof. Dr. José Pernas García (Universidad de La Coruña - Espanha)
Prof. Dr. Mário Aroso de Almeida (Universidade Católica de Lisboa - Portugal)
Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier (UniBrasil - PR)
Prof. Dr. Paulo Roberto Ferreira Motta (UTP - PR)
Profa. Dra. Raquel Dias da Silveira (Faculdades Dom Bosco - PR)
Profa. Dra. Tatyana Scheila Friedrich (UFPR - PR)
Prof. Dr. Ubirajara Costódio Filho (Unicuritiba - PR)
Profa. Dra. Vanice Lirio de Valle (Universidade Estácio de Sá - RJ)

O guardião da Constituição: debate entre Carl Schmitt e Hans Kelsen

Fabiano Ferreira Furlan

Promotor de Justiça no Estado de Minas Gerais. Mestre em direito. Doutorando em Direito Público pela PUC Minas e autor do livro Sigilo bancário.

Resumo: As décadas de vinte e trinta do século passado são marcadas pelo debate estabelecido entre Carl Schmitt e Hans Kelsen. O primeiro entende que o Presidente do Reich alemão deveria figurar como o guardião da Constituição com atuação nos momentos de crise. Kelsen, no entanto, visualiza um sistema de garantia da Constituição através da atuação de um Tribunal Constitucional no âmbito do controle de concentrado de constitucionalidade. Além da apresentação dos principais fundamentos do debate estabelecido entre ambos, faz-se alusão a contribuições surgidas posteriormente que lograram implementar a discussão.

Palavras-chave: Schmitt. Kelsen. Häberle. Guardião. Constituição.

Sumário: 1 Introdução - 2 Apontamentos sobre a biografia de Carl Schmitt - 3 Apontamentos sobre a biografia de Hans Kelsen - 4 A visão de Schmitt - 4.1 Compreensão de guardião da Constituição para Schmitt - 4.2 Motivos que levaram Schmitt a escolher o Presidente do Reich como o guardião da Constituição - 4.3 Tribunal Constitucional como guardião na visão de Schmitt - 5 A visão de Kelsen - 5.1 Compreensão de guardião da Constituição para Kelsen - 6 O debate entre Schmitt e Kelsen - 6.1 Os argumentos de Schmitt - 6.2 Os argumentos de Kelsen - 7 Peculiaridades do debate travado - 8 Conclusões - Referências

1 Introdução

Os estudos jurídicos e filosóficos revelam a preocupação permanente com a busca de um modelo de Estado ou mesmo de um modelo de interpretação que possa suavizar os abusos de poder cometidos por atores estatais que ocupam posições decisivas na condução dos destinos de seus administrados.

Trata-se de uma preocupação bastante antiga, posto que, no século IV antes de Cristo, Aristóteles¹ já se ocupava dessa questão, quando desenvolveu as linhas iniciais da separação de poderes entre os detentores de funções estatais, ideia que, posteriormente, veio a ser implementada por John Locke² e por Montesquieu.³

Entre esses estudos, destaca-se a contribuição trazida pela discussão jurídico-filosófica que se estabeleceu entre Schmitt e Kelsen sobre a melhor maneira de se garantir a defesa da Constituição.

¹ ARISTÓTELES. A Política, p. 199.

² LOCKE. Segundo tratado sobre o governo, p. 106.

³ MONTESQUIEU. Do espírito das leis, p. 165.

Carl Schmitt, em 1929, publica um trabalho em que retoma a concepção de Benjamim Constant sobre a vertente de um poder neutro incorporado pelo guardião da Constituição, identificando-o na figura do Presidente do Reich alemão. O guardião, contudo, não desempenha uma atuação permanente, pois passa a atuar apenas nos momentos de crise.

O trabalho de Schmitt, ampliado em 1931, desperta a atenção de pessoas que vão travar debates calorosos com aquele. Uma dessas pessoas é Hans Kelsen, que, ainda naquele ano, publica um ensaio em que reforça suas ideias sobre a importância das atividades desenvolvidas por um Tribunal Constitucional na seara da jurisdição constitucional.

Detalhes do raciocínio desses dois expoentes da cultura jurídica passam a ser expostos de forma sintetizada e devem ser apreciados de acordo com o contexto da realidade histórica da época, ora revelada pelos aspectos inerentes à biografia de cada um deles. A vida de ambos é marcada pelo regime nazista a partir da ascensão de Hitler ao poder e da inauguração do Terceiro Reich alemão.

2 Apontamentos sobre a biografia de Carl Schmitt

Carl Schmitt nasceu em Plettenberg, região da Vestfália, Alemanha, em 11 de julho de 1888. Atuou como Professor nas Universidades de Berlim, Greifswald, Bonn e Colônia, cidades alemãs.⁴ Em 1º de maio de 1933, ainda aderiu ao Partido Nazista.⁵

Uma das passagens que mais rendeu críticas a Schmitt ficou marcada pela elaboração do texto “O Führer protege o Direito”, em 1934, pois dava a impressão de que Schmitt buscava alicerçar o nazismo com todas as vicissitudes decorrentes desse regime. De acordo com os apontamentos de Freund,⁶ apesar dessa compreensão inicial, Schmitt apenas acreditava que, após um momento mais crucial marcado pela ascensão de Hitler ao poder, este pudesse se transformar em um protetor moderado da Constituição sem partir para extremismos que desfigurariam o próprio sistema constitucional.

A adesão ao regime nazista, contudo, é uma realidade em Schmitt, embora mitigada por dúvidas sobre a sua real adesão à vertente antissemita do nazismo. Por ser católico e ter relações de amizade com judeus chegou mesmo a enfrentar certa dose de desconfiança por parte do próprio regime a que aderiu, de modo que passou a ser observado pelo serviço secreto.

⁴ LORENZO. *Direito & Justiça*, p. 337.

⁵ HERRERO. *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, p. X.

⁶ FREUND. *L'aventure du politique: entretiens avec Charles Blanchet*, p. 52.

A prova de que Schmitt não aderiu ao antissemitismo pode estar no fato de ter dedicado uma de suas obras ao amigo judeu Fritz Eisler e ainda chamado a lei racial de Nuremberg de Constituição da liberdade.⁷

Após a segunda guerra, Schmitt também chegou a ser inquirido no Tribunal de Nuremberg, mas não sofreu qualquer condenação que afetasse a sua liberdade de locomoção.

Em razão de sua adesão ao nazismo teve os direitos políticos cassados e foi proibido de lecionar.⁸

A história ainda registra uma passagem entre Schmitt e Kelsen: este teria aprovado o nome daquele para figurar como Professor em Colônia, em 1932; porém, com a ascensão do nazismo, Kelsen chegou a ser demitido da Universidade, oportunidade em que Schmitt recusou-se a assinar um abaixo-assinado elaborado pelos professores que buscavam a reconsideração do ato de demissão.⁹

Falece em 7 de abril de 1985, com 97 anos.

3 Apontamentos sobre a biografia de Hans Kelsen

Hans Kelsen nasceu em Praga, em 11 de outubro de 1881, cidade que atualmente integra a República Checa, mas que, na época, pertencia ao Império Austro-Húngaro.

Praga deixou de ser a capital da Checoslováquia, em 31 de dezembro de 1992, em razão da dissolução estabelecida entre Checos e Eslovacos, oportunidade em que passou a assumir a posição de capital da República Checa.

Formou-se na Faculdade de Direito de Viena, onde passou a lecionar a partir de 1911 — ano em que publicou o seu primeiro livro, *Problemas capitais da teoria do direito estatal*¹⁰ — fazendo-o até 1930.

Chegou a atuar como Juiz da Suprema Corte Constitucional da Áustria (1920 a 1930), sendo certo que a Constituição austríaca de 1920 foi redigida sob sua influência.¹¹

Foi perseguido pelo regime nazista. Na época (1930 a 1933), Kelsen residia na Alemanha, onde dava aulas na Universidade de Colônia.

Ressalte-se que, no período da segunda guerra, a própria Checoslováquia acabou sendo cedida à Alemanha nazista através do que ficou convenionado pelo Pacto de Munique.

⁷ LORENZO. *Direito & Justiça*, p. 335.

⁸ LORENZO. *Direito & Justiça*, p. 335.

⁹ LORENZO. *Direito & Justiça*, p. 337.

¹⁰ CUNHA. *Jurisdição constitucional*, p. VII.

¹¹ GRANDE Enciclopédia Barsa, p. 396.

Esse Pacto foi assinado em Munique, em 29 de setembro de 1938, pela Alemanha, Itália, França e Inglaterra e consistia basicamente na aquiescência desses países à pretensão de Hitler no sentido de que a região dos Sudetas, na Checoslováquia, fosse cedida à Alemanha.

A perseguição nazista fez Kelsen optar por morar em Genebra, na Suíça (1933 a 1940), onde também lecionou. E, 1940 ainda, Kelsen optou por residir nos Estados Unidos da América do Norte, onde lecionou em Harvard e em Berkeley, na Califórnia, até aposentar-se em 1952. Faleceu naquela cidade em abril de 1973.

4 A visão de Schmitt

Schmitt defendeu sinteticamente suas ideias sobre a existência de um guardião da Constituição em 1929 para, nos anos seguintes, 1930 e 1931, aprofundar um pouco mais seus estudos,¹² que foram desenvolvidos sob a ótica do Estado Alemão, mas despertou o interesse acadêmico e político mundial em razão da sua importância.

Para Schmitt, o guardião da Constituição, nos momentos de crise institucional, deveria ser o Presidente do Reich.

A palavra Reich é traduzida do alemão como reino ou império e é utilizada para designar alguns períodos históricos da Alemanha: o período do Sacro Império Romano-Germânico (Primeiro Reich, de 843 a 1806), os períodos dos imperadores (Kaisers – Segundo Reich, de 1871 a 1918) e o do regime nazista (Terceiro Reich, de 1933 a 1945).¹³

Muitas críticas foram dirigidas a Schmitt a partir do desenvolvimento de seu pensamento sobre a identificação de um guardião da Constituição na figura do Presidente do Reich, com destaque para a resposta apresentada por Hans Kelsen, ainda em 1931.

Passa-se à análise de aspectos da visão de Schmitt.

4.1 Compreensão de guardião da Constituição para Schmitt

Schmitt vale-se das ideias de Benjamin Constant para conceber o Presidente do Reich como um terceiro neutro e, conseqüentemente, o guardião da Constituição.

Benjamin Constant lança suas reflexões sobre a existência de um poder neutro, intermediário e regulador (*pouvoir neutre, intermédiaire e régulateur*), em 1814, na França, quando esse país ainda travava sérias

¹² MENDES. O guardião da Constituição, p. IX.

¹³ GRANDE Enciclopédia Barsa, p. 220, 223.

lutas contra as incursões de Napoleão Bonaparte e a reformulação da relação Estado/monarquia sob o crivo da monarquia constitucional do Rei Luís XVIII.¹⁴

Schmitt compreende que o guardião da Constituição não estaria acima dos outros poderes constitucionais, mas ao lado, em uma relação de coordenação. Mais ainda, esse terceiro neutro não teria uma atuação contínua e regulamentadora, mas apenas intermediária, reguladora, defensora e só ativa em momentos de emergência.¹⁵

4.2 Motivos que levaram Schmitt a escolher o Presidente do Reich como o guardião da Constituição

São pelo menos cinco os motivos que levaram Schmitt a visualizar o Presidente do Reich como o guardião da Constituição:

1. O Presidente em questão ocuparia o centro de um sistema de neutralidade e independência político-partidária.¹⁶ Denota-se claramente que Schmitt destacava o Presidente do Reich da conjuntura padrão-estatal, colocando-o como um verdadeiro quarto poder. A neutralidade era concebida como imparcialidade e objetividade, sendo certo que o Presidente do Reich estaria protegido das influências político-partidárias por gozar de independência nesse sentido. Mesmo que viesse a sofrer influências de ordem político-partidária, não haveria afetação de sua condição de neutralidade e independência a ponto de comprometer sua atuação como guardião da Constituição.
2. O Presidente do Reich tinha relativa estabilidade.¹⁷ É que possuía um mandato por um período (sete anos) que lhe garantia estabilidade no poder e independência de atuação. A relativa estabilidade facultava ao Presidente tecer atuações precisas que não fossem prejudicadas pela permanência no poder e ainda não prejudicaria medidas cuja força pudesse ser esvaziada em razão da exiguidade temporal de um mandato curto.
3. Possuía poderes eficientes para atuar em caso de necessidade.¹⁸ O Presidente do Reich tinha poderes destacados, inclusive, como legislador extraordinário para os parâmetros de um Estado

¹⁴ SCHMITT. O guardião da Constituição, p. 194.

¹⁵ SCHMITT. O guardião da Constituição, p. 193.

¹⁶ SCHMITT. O guardião da Constituição, p. 232.

¹⁷ SCHMITT. O guardião da Constituição, p. 233.

¹⁸ SCHMITT. O guardião da Constituição, p. 233.

Legiferante como sistema fechado de legalidade. Uma análise superficial poderia indicar que o Presidente do Reich assumiria uma posição de inferioridade em relação ao Parlamento, já que este poderia revogar decisões tomadas pelo primeiro caso não concordasse com o que ficou decidido.¹⁹ O aprofundamento da questão, contudo, leva à conclusão diversa, pois o Presidente do Reich pode adotar pelo menos duas posturas distintas que não integram a dinâmica ordinária do Parlamento principalmente em um Estado Legiferando em que se defenda um sistema fechado de legalidade. A primeira é a possibilidade de legislar e executar a lei que instituiu, o que não ocorre com o legislador ordinário. A segunda consiste na possibilidade de revogar pelo menos sete direitos fundamentais nos momentos de crise.

4. O princípio democrático é preservado já que o Presidente do Reich é eleito pela totalidade do povo.²⁰ A possibilidade de eleição, como está atrelada ao exercício da soberania popular, conecta-se intimamente com o princípio democrático. Konrad Hesse, referindo-se a eleição do parlamento, aponta que a eleição representa a formação da vontade política direta do povo.²¹
5. Por fim, o Presidente representaria um contrapeso para o pluralismo de grupos sociais e econômicos de poder, de modo a melhor defender a unidade do povo alemão.²² Esse pluralismo é muitas vezes visualizado por Schmitt dentro da conjuntura do Parlamento. Este se afigura como cenário de um sistema pluralista de modo a revelar, em certa medida, o Estado democrático como um Estado partidário.

4.3 Tribunal Constitucional como guardião na visão de Schmitt

Schmitt é contrário à ideia do Judiciário figurar como guardião da Constituição e chega a indicar os motivos que levaram juristas a compreender que um Tribunal Constitucional poderia desempenhar esse papel. Além de expor os motivos, Schmitt passa a rebatê-los na mesma sequência de seu raciocínio, na maior parte das vezes.

Primeiro, aponta os reflexos da influência gerada pelas atividades da Suprema Corte norte-americana.²³ Os EUA têm uma tradição acentuada

¹⁹ SCHMITT. Legalidade e legitimidade, p. 73.

²⁰ SCHMITT. O guardião da Constituição, p. 233.

²¹ HESSE. Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha, p. 126.

²² SCHMITT. O guardião da Constituição, p. 234.

²³ SCHMITT. O guardião da Constituição, p. 19.

sob a perspectiva do controle difuso. Não obstante, a Suprema Corte já enfrentou conflitos sobre matérias constitucionais, o que lhe confere a condição de modelo de atuação judicial para o mundo.

A experiência da Suprema Corte norte-americana para Schmitt, contudo, deve ser vista com reserva. É que a realidade norte-americana é diversa da apresentada no Estado continental europeu. Essas realidades distintas não autorizam a extração de uma conclusão que conduza a um encaixe perfeito entre as peculiaridades dos casos submetidos a julgamento nos dois continentes. No mais, a própria Suprema Corte dos EUA já produziu decisões que acirraram conflitos raciais e ainda agravaram a situação da exploração do trabalho da mulher, de crianças etc.

De fato, sob o lema da preservação dos ideais do Estado Liberal, a Suprema Corte implementou decisões que garantiam a manutenção de situações que ampliaram o desequilíbrio social, principalmente, sob o aspecto racial.

Essa realidade assumiu ainda maior relevo na conhecida Era Lochner. Uma fase da Corte em que esta via a liberdade de decisões contratuais como necessárias para a proteção dos indivíduos contra poder coletivo do Estado. Tinha-se que, se o Estado (Juiz) protege uma decisão discriminatória de uma parte privada, no sentido, por exemplo, de não negociar com afro-americanos, não estaria discriminando, mas garantindo sua neutralidade na aplicação de uma regra também neutra, acolhida pela common law.²⁴

O segundo fundamento aduz que há o hábito entre as pessoas de interpretar equivocadamente o que vem a ser o Estado de Direito.²⁵ É que, no âmbito do Estado de Direito, é comum, natural, que todas as questões sejam levadas à análise judicial, inclusive, as questões políticas. Isso, na sua visão, seria um erro, pois as questões políticas são assunto do legislador.

E, finalmente, o terceiro fundamento diz respeito à experiência histórica,²⁶ por exemplo, do século XIX, época em que o governo era a esfera opressora dos indivíduos. Traduz-se aqui as perseguições e abusos notoriamente conhecidos e patrocinados por monarcas e déspotas do gênero.

Dentro do mesmo crivo histórico, a experiência atual do Legislativo também não lhe rende prestígio, pois o que se vê é a constante preservação dos interesses pessoais e dos grupos políticos que o compõem, o que afasta seus membros da legitimidade popular.

²⁴ TUSHNET. *Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*, p. 174.

²⁵ SCHMITT. *O guardião da Constituição*, p. 33.

²⁶ SCHMITT. *O guardião da Constituição*, p. 36.

Em razão das desconfianças que pesam sobre o governo e sobre o Legislativo, só sobrou o Judiciário. Trata-se de verdadeira falta de opção.

5 A visão de Kelsen

A opção de um Tribunal Constitucional como guardião da Constituição, não exclusivo, passa a fazer parte da realidade de Kelsen a partir da Constituição austríaca de 1920.

Kelsen não faz uso frequente da palavra guardião no desenvolvimento de seu raciocínio sobre a jurisdição constitucional, porém não o repele, ainda mais quando, na mesma obra, rebate expressamente a posição de Schmitt.²⁷

Com a Constituição austríaca de 1920, a Áustria, que era um Estado unitário (império), assume a conformação de um Estado federativo de perfil democrático-parlamentar.

Kelsen teve importante colaboração na redação da Constituição apontada, pois exerceu papel decisivo na criação de uma Corte Constitucional apta a fazer o controle constitucional de leis e atos administrativos individuais dos Estados-membros e da União.²⁸ Claro que o exercício do controle concentrado de constitucionalidade não era a única atividade desenvolvida pela Corte. Por vezes, desempenhava o controle de legalidade, apesar da existência de um Tribunal Administrativo, e ainda decidia recursos após o esgotamento da cadeia de instâncias.²⁹

Denota-se que Kelsen repudiava e mitigava a via difusa no desenvolvimento do controle de constitucionalidade, pois tinha receio de que decisões e contradições proferidas no âmbito desse controle pudessem comprometer a própria autoridade da Constituição.

O controle difuso só era admitido pela Constituição austríaca de forma muito limitada, em especial, na aferição de questões preliminares que não autorizavam o ingresso na apreciação de mérito da matéria constitucional em si, como a verificação da mera existência da publicação de uma lei.³⁰

5.1 Compreensão de guardião da Constituição para Kelsen

Kelsen parte da preocupação com o exercício da jurisdição constitucional para desenvolver seu raciocínio.

²⁷ KELSEN. *Jurisdição constitucional*, p. 121, 237.

²⁸ KELSEN. *Jurisdição constitucional*, p. 19.

²⁹ KELSEN. *Jurisdição constitucional*, p. 20, 29.

³⁰ KELSEN. *Jurisdição constitucional*, p. 40.

A jurisdição constitucional é compreendida como a garantia jurisdicional da Constituição que tem por objetivo assegurar o exercício regular das funções estatais.³¹ O exercício do controle de constitucionalidade, como mecanismo fundamental da jurisdição constitucional, deveria ser confiado a um Tribunal Constitucional.

Kelsen, porém, não esgota a possibilidade de existência de um guardião da Constituição na figura de um Tribunal Constitucional, embora este desempenhe papel fundamental de controle sob a perspectiva do controle concentrado de constitucionalidade. Reconhece a existência de outros guardiões quando atuam na defesa da Constituição, como ocorre na hipótese em que o Chefe de Estado veta uma disposição legislativa por força de sua inconstitucionalidade.³²

6 O debate entre Schmitt e Kelsen

6.1 Os argumentos de Schmitt

Schmitt compreendia que o Presidente do Reich deveria ser considerado o guardião da Constituição, em especial, nos momentos de crise, como já se ressaltou. Trava, então, um debate com Kelsen, cujo pensamento pode ser resumido na utilização dos argumentos que se seguem.

Para Schmitt, a neutralidade da teoria pura do direito de Kelsen não passava de um reforço dos ideais liberais e de proteção da burguesia.³³ Mais ainda, um Tribunal Constitucional acabaria por atribuir poderes de legislador aos seus membros, de modo a politizá-lo e a romper com o equilíbrio do sistema constitucional.

Schmitt compreendia também que a possibilidade de revisão dos atos do legislativo por um Tribunal Constitucional afrontaria a separação de poderes.

A aferição da legalidade ou da constitucionalidade não exige a constituição de uma instância especial, sob pena de cada repartição pública ou mesmo cada cidadão serem considerados eventuais guardiões da Constituição.³⁴

A estrutura judicial foi pensada para funcionar após a ocorrência do evento (post eventum). Eventual inversão na ordem de atuação vai transformar o juiz em um sujeito politicamente ativo.³⁵ Cabe ao juiz aplicar a lei, sendo que as questões políticas devem ficar com o legislador. Inversões, mais uma vez, vão criar um mundo de ficção.

³¹ KELSEN. *Jurisdição constitucional*, p. 123.

³² KELSEN. *Jurisdição constitucional*, p. 286.

³³ MENDES. *O guardião da Constituição*, p. XI.

³⁴ SCHMITT. *O guardião da Constituição*, p. 31.

³⁵ SCHMITT. *O guardião da Constituição*, p. 47.

Schmitt evidencia a existência de contradição entre o exercício da função jurisdicional e o da função política, sendo certo que a decisão sobre a constitucionalidade das leis não deixa de representar uma decisão política.

Segundo Schmitt, não existe suporte fático no exercício do controle de constitucionalidade por um Tribunal Constitucional, pois é a própria norma que seria analisada. Não há a subsunção de um fato material a uma norma, já que é a própria norma que está sendo objeto de controle.³⁶

Schmitt compreende a Constituição e as emendas constitucionais como um contrato em uma federação, porém, quando aborda especificamente a Constituição do Reich, seu pensamento caminha no sentido de visualizá-la como uma decisão de uma unidade homogênea e indivisível de todo o povo alemão, o que, inclusive, constava expressamente no preâmbulo daquele documento. O povo alemão é que se outorgou uma Constituição por meio de um ato unilateral, o que redimensiona e mitiga sua visão contratual.³⁷

Para Schmitt, o Tribunal Constitucional consolidaria uma aristocracia de toga que violaria o princípio democrático, até mesmo pelo seu modo burocrático-aristocrático de organização.³⁸

O decisionismo — que se revela pelo fato de que toda decisão tem um conteúdo de pura decisão que não é extraído do conteúdo da norma — afetarà muito mais a decisão de uma instância retratada por um Tribunal Constitucional.³⁹

Perigo ainda maior reside na possibilidade de o próprio Tribunal Constitucional fixar sua competência, em especial, através da definição de expressões constitucionais.⁴⁰

6.2 Os argumentos de Kelsen

Kelsen vislumbra no exercício da jurisdição constitucional, em especial no controle do conteúdo das leis, a possibilidade de se proteger as minorias contra as incursões da maioria.⁴¹

Para Kelsen, a suposição de que política, como exercício do poder, só caberia ao legislativo, enquanto o juiz, como instrumento desse poder, apenas faria aplicar o ordenamento criado, é falsa. Na medida em que o legislador autoriza o juiz a avaliar interesses conflitantes, dentro de certos

³⁶ SCHMITT. O guardião da Constituição, p. 63.

³⁷ SCHMITT. O guardião da Constituição, p. 80, 90.

³⁸ SCHMITT. O guardião da Constituição, p. 228.

³⁹ SCHMITT. O guardião da Constituição, p. 67.

⁴⁰ SCHMITT. O guardião da Constituição, p. 73.

⁴¹ KELSEN. Jurisdição constitucional, p. 181.

limites, bem como resolver esses conflitos, está conferindo-lhe um poder de criação do direito e, portanto, um poder que “dá à função judiciária o mesmo caráter político que possui”.

Há apenas uma diferença quantitativa — mas não qualitativa — entre o caráter político da legislação e o da jurisdição.⁴² A diferença quantitativa refere-se à relação de compatibilidade vertical entre as disposições normativas.

Kelsen reformula a relação tradicional entre legislação e execução, vislumbrando uma relação de hierarquia e não de coordenação. Assim, a lei ordinária em relação à Constituição seria um ato de aplicação do direito, mas em relação ao decreto regular seria um ato de criação do direito.⁴³

A anulação de uma lei no exercício do controle de constitucionalidade não representaria realmente o exercício de uma função jurisdicional, mas se constituiria em uma função legislativa. É que a anulação de uma lei tem o mesmo conteúdo de generalidade que a sua criação.

A diferença fundamental entre a atividade do legislador e a do Tribunal Constitucional é que, enquanto o primeiro observa a Constituição de um modo menos rigoroso — pois sua vinculação é maior quanto ao aspecto procedimental (de forma), porém menor quanto ao conteúdo normativo (material) — a atividade do legislador negativo da jurisdição constitucional é absolutamente determinada pela Constituição.⁴⁴

Kelsen aponta para a existência do suporte fático como sendo não a norma em si, mas a sua produção. Desse modo haveria a subsunção de um fato material (produção da norma) a uma norma.⁴⁵

O fato de Schmitt identificar o Estado alemão como uma unidade homogênea e indivisível de todo o povo transfere para o Presidente do Reich, eleito pelo mesmo povo, a missão de defender essa unidade que, para Kelsen, não passa de uma ficção, pois a ideia de uma vontade geral não existe, da mesma forma como a eleição não representa qualquer garantia.⁴⁶

Não faz sentido a afirmação de que o Judiciário e o funcionalismo de carreira ficariam sobrecarregados pelo excesso de trabalho gerado pela jurisdição constitucional, pois “não se pode comparar todo o judiciário a um camelo que desabarà no chão se lhe pusermos em cima o fardo adicional da jurisdição constitucional”, posto que a atividade central seria desenvolvida apenas pelo Tribunal Constitucional.⁴⁷

⁴² KELSEN. *Jurisdição constitucional*, p. 251.

⁴³ KELSEN. *Jurisdição constitucional*, p. 125, 260.

⁴⁴ KELSEN. *Jurisdição constitucional*, p. 153.

⁴⁵ KELSEN. *Jurisdição constitucional*, p. 256.

⁴⁶ KELSEN. *Jurisdição constitucional*, p. 280, 283.

⁴⁷ KELSEN. *Jurisdição constitucional*, p. 285.

Para Kelsen, Schmitt atribui a condição de guardião ao Presidente do Reich porque este protege a Constituição ao executar uma série de funções ali previstas, porém, ao atuar dessa forma, age como mero executor, da mesma maneira que outras autoridades. Esse raciocínio de Schmitt, na opinião de Kelsen, estenderia a compreensão de guardião da Constituição a outros órgãos, como tribunais e autoridades administrativas, por desempenharem o mesmo tipo de papel.⁴⁸

Guardião da Constituição, no sentido ordinário, significa garante da Constituição, mas Schmitt compreende nesse conceito funções completamente diferentes do controle de constitucionalidade.⁴⁹

Quanto à já mencionada crítica de Schmitt ao fato de o Tribunal se consolidar em uma aristocracia de toga, Kelsen responde, ressaltando que o caráter democrático do Tribunal é dado pelo modo da nomeação de seus membros e de suas posições jurídicas, inclusive, chegando a admitir o procedimento de escolha por eleição, embora revele que o ideal seria garantir uma composição mista, integrada por membros do governo, do parlamento e por juízes de carreira.⁵⁰

Kelsen, como defensor do controle concentrado de constitucionalidade, não se afasta da preocupação com os perigos da intervenção da política na efetivação do julgamento, mas, em resposta aos defensores do controle difuso, aponta que esses perigos também estariam presentes no controle desenvolvido pelos tribunais ordinários. Para atenuar o problema, sugere especial atenção com a composição do tribunal e com a utilização de palavras imprecisas na redação constitucional, o que deve ser afastado.⁵¹

Por fim, ressalta-se mais uma vez que Kelsen não esgota a concepção de guardião da Constituição na figura do Tribunal Constitucional.

7 Peculiaridades do debate travado

A discussão estabelecida, embora empreendida nas décadas de vinte e trinta do século passado, aponta para a busca de um mecanismo que possa apresentar respostas satisfatórias à preservação do sistema constitucional.

Em uma interpretação extensiva, pode-se mesmo extrair do debate apresentado a preocupação com os mecanismos de controle recíproco entre os detentores de funções estatais, ainda mais diante da experiência

⁴⁸ KELSEN. Jurisdição constitucional, p. 289.

⁴⁹ KELSEN. Jurisdição constitucional, p. 290.

⁵⁰ KELSEN. Jurisdição constitucional, p. 154, 291.

⁵¹ KELSEN. Jurisdição constitucional, p. 192.

histórica marcada por exemplos de abusos e excessos cometidos por aqueles que ocuparam o topo dessas funções.

Nesse sentido, infere-se que a discussão retrata um problema mundial e permanece atual.

Sob certa medida, as expectativas populares de contenção dos abusos que estão por trás do nascimento da concepção de um poder neutro, ora refletido na figura do guardião da Constituição de Schmitt, já foram depositadas no Legislativo.

A Revolução Francesa de 1879 é um bom exemplo. Aliás, Benjamim Constant, o precursor da visão de um terceiro neutro, encontra sua fonte de inspiração na realidade francesa da época, que vai culminar, tempos depois, na citada Revolução.

A partir desse movimento, floresce o Estado Liberal, no qual o Poder Legislativo assume posição privilegiada sobre os outros detentores de função estatal, pois se compreendia que a nação era representada por seus membros e, portanto, as leis retratavam a voz da nação. O Judiciário passa a aplicar a lei de forma quase mecânica, enquanto o Executivo vai se limitar a adotar uma postura não intervencionista e restrita ao desempenho de papéis mais singulares.⁵²

É a típica construção do modelo de Estado Legiferante como sistema fechado de legalidade, no qual a lei é o Estado, o Estado é a lei. "O legislador é o guardião último de todo o direito".⁵³

Seja como for, a atividade do Legislativo, nos moldes que impulsionaram sua valorização histórica, não funcionou perfeitamente e até hoje os países colhem frutos negativos dessa opção. De fato, Schmitt estava certo quando identificou no Parlamento a existência de um jogo de interesses que caminha pela troca de apoio por cargos e benesses. Kelsen também percebeu as distorções decorrentes da atividade parlamentar quando sugeriu a implementação de um reforço democrático pelo Parlamento através de medidas, como a extinção da imunidade parlamentar, a ampliação da utilização do plebiscito, a facilitação da apresentação de projetos de lei de iniciativa popular e outras.⁵⁴

Sob o aspecto do Executivo, o passado também revelou grandes dissabores enfrentados pelos súditos. O Império Romano, entre outros, retrata bem a marca da opressão promovida por déspotas e tiranos que assumiram posições de destaque na condução de seus administrados.

⁵² CRUZ. *Hermenêutica e jurisdição constitucional*, p. 218.

⁵³ SCHMITT. *Legalidade e legitimidade*, p. 19.

⁵⁴ KELSEN. *A democracia*, p. 53-59.

Em uma perspectiva atualizada, algumas críticas formuladas por Kelsen ao Presidente do Reich como guardião da Constituição mostram-se pertinentes. Talvez a principal resida no fato de não se poder garantir que o Chefe do Executivo é figura neutra e imparcial.

Não se consegue dizer que o Presidente da República, no Brasil, por exemplo, ocupa posição imparcial e sem vinculação político-partidária, mesmo nos momentos de crise. O que se vê, inclusive, é uma atuação polida e muitas vezes marcada por um agir estratégico que repercute até mesmo na indicação dos outros detentores de funções estatais como é o caso da escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

O Judiciário também não se afasta das pertinentes críticas de Schmitt. Os magistrados de um Tribunal Constitucional passam mesmo a incorporar a condição de personagens do poder constituinte originário, não se contentando com a figura do legislador negativo, de modo a promover construções que não encontram respaldo expresso no texto constitucional, em franco desempenho de atividade jurídico-política.

A atuação dos membros das Cortes Constitucionais como legisladores positivos, o estabelecimento de decisões em conformação contramajoritária, o agir estratégico do Poder Executivo que permeia a escolha dos seus membros e mesmo os julgamentos realizados, a adoção de decisões fora do cenário adequado e sem a promoção das discussões necessárias para tanto integram a realidade dessas mesmas cortes.

Em alguns países, a percepção desse problema já inspirou reações para que as Cortes passem por um processo de limitação de seus poderes, em especial, o de invalidar normas estabelecidas pelo Poder Legislativo no controle concentrado, como ocorre no Canadá, na Nova Zelândia e no Reino Unido. Essa limitação consolida o que se convencionou chamar de modelo fraco de controle de constitucionalidade (*weak-form judicial review*).

Outros radicalizam seus posicionamentos, chegando mesmo a propor, por emenda constitucional, que a atribuição do controle de constitucionalidade dos atos legislativos seja retirada da Corte Constitucional e eventualmente do Judiciário, como faz Mark Tushnet quando analisa o desenvolvimento do controle de constitucionalidade sob a perspectiva do direito norte-americano. Tushnet chega a afirmar que “The Supreme Court and judicial review are false gods”.⁵⁵ Ele ainda trava discussão semelhante no debate estabelecido com Laurence H. Tribe e Jeremy Waldron,

⁵⁵ TUSHNET. Democracy versus judicial review. Dissent. Spring 2005. Disponível em: <<http://www.dissentmagazine.org/article/?article=248>>. Acesso em: 06 jun. 2009.

que tentam apresentar uma resposta à sua formulação inicial, que trata do fim do controle judicial de constitucionalidade nos padrões do direito norte-americano.⁵⁶

Esgotadas as opções entre os detentores de funções estatais mais expressivos (Legislativo, Executivo e Judiciário), pode-se ainda salientar que a figura de um protetor da Constituição chegou mesmo a generalizar-se com Peter Häberle.

Häberle defende o ponto de vista da existência de uma sociedade aberta de intérpretes constitucionais e preleciona que todo aquele que experimenta, vive a Constituição, deve ser considerado seu intérprete.⁵⁷

Daí, conclui-se que todos os indivíduos podem figurar como guardiões da Constituição, uma vez que interagem com o sistema.

A garantia de maior participação popular no processo de controle da constitucionalidade pode trazer resultados positivos na seara da legitimação da decisão. Hoje, a figura do *amicus curiae* no procedimento da ação direta de inconstitucionalidade brasileira (artigo 7º, §2º, da Lei nº 9.868/1999), por exemplo, retrata um avanço nesse sentido.

A figura do *amicus curiae* não é de toda nova no ordenamento jurídico brasileiro, pois a Lei nº 6.385/76, que dispôs sobre o mercado de valores mobiliários e criou a Comissão de Valores Mobiliários, em seu artigo 31, já trazia a previsão de sua observação.

Em que pese o exposto, a noção de existência de uma sociedade aberta a intérpretes constitucionais ainda se pauta em um apelo muito abstrato e de difícil concretização prática, mas pode ser mais bem aproveitada na seara da interpretação constitucional ao permitir que os juristas, de uma forma mais direta, assumam a posição de novos guardiões da Constituição.

O problema decorrente dessa conjuntura, por outro lado, também já foi revelado. Trata-se da excessiva proteção atribuída aos direitos fundamentais por posições jurídicas que tendem a transformá-los em direitos praticamente absolutos.

Essas posições afetam principalmente a essência de órgãos destinados à fiscalização como a Receita Federal do Brasil, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), os Tribunais e Conselhos de Contas e até

⁵⁶ TRIBE; TUSHNET; WALDRON. On judicial review. Dissent. Summer 2005. Disponível em: <<http://www.dissentmagazine.org/article/?article=249>>. Acesso em: 06 jun. 2009.

⁵⁷ HÄBERLE. Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição, p. 15.

o Ministério Público, já que criam barreiras intransponíveis à efetivação da quebra de sigilos sem autorização judicial e outras medidas.

A contradição ainda é notória, uma vez que se gasta dinheiro público na promoção de concursos, para que agentes públicos sejam investidos em cargos destinados à fiscalização, e então dispõe-se que esses mesmos agentes não podem fiscalizar, sendo certo que os limites desse poder sempre condicionaram o agente à perda do cargo e à responsabilização com o patrimônio pessoal no caso de excesso.

Posições extremamente protecionistas abalam o equilíbrio que deveria existir entre o amparo gerado pela defesa de um direito fundamental e os desvios decorrentes, com franca disseminação da impunidade.

Pode ser que as experiências retratadas pelos períodos de ditadura da era Vargas e do regime militar, relativamente recentes — 1985 foi o fim do governo do último Presidente do regime militar, João B. de O. Figueiredo —, tenham influenciado o critério de discernimento dos juristas que viram na interpretação da Constituição Cidadã (1988) a oportunidade de garantirem a superação dos regimes de repressão.

A idade dos onze ministros do Supremo Tribunal Federal — mais de trinta e cinco anos, por força do artigo 101 da Constituição Federal — revela que todos experimentaram direta ou indiretamente os reflexos daqueles períodos de repressão aos direitos individuais, já que possivelmente nasceram no curso de um deles. Algo como um pêndulo que, diante de uma força em um sentido, gera uma reação contrária de intensidade semelhante, no caso, a adoção de posturas excessivamente garantistas, frente ao sistema repressor anterior.

Se essa era a realidade da época, constata-se que a atual pode ser até mais perversa, pois a corrupção, como principal fenômeno de desestabilização do Estado, passou a ser revelada de uma forma muito mais evidente, inclusive com o apontamento de seus autores, sem que a necessária resposta estatal seja dada, justamente porque o império de interpretações jurídicas arraigadas no sentimento apontado anula qualquer mecanismo de controle.

Interessante é notar que países considerados berços de nascimento de muitos direitos fundamentais passaram a implementar significativas mudanças na interpretação desses mesmos direitos para permitir uma fiscalização mais eficiente. A França, a Itália, a Inglaterra e os EUA são exemplos dessa realidade.⁵⁸

⁵⁸ ROCHA. Direito à privacidade e os sigilos fiscal e bancário. Interesse Público, p. 24.

O fortalecimento dos órgãos fiscalizadores é vital para combater a corrupção, principalmente a calcada na ação dos agentes políticos que insistem em espoliar seus súditos.

Resta, pois, o medo da advertência formulada por Schmitt no sentido de que a legalidade e a constitucionalidade são conformadas pelos grupos de interesse que controlam o poder,⁵⁹ sendo certo que estes têm, na figura dos agentes políticos, o seu principal representante.

Embora Schmitt tenha empregado esse raciocínio ao se referir ao Estado Partidário democrático-parlamentarista, sua compreensão, em uma perspectiva mais realista e generalizada, retrata a conjuntura básica do Estado Democrático de Direito dos dias atuais no mundo.

O agir estratégico do mesmo grupo de interesses, com base em discursos de defesa de direitos fundamentais a qualquer preço, logra ainda sufocar reações pacíficas na seara da interpretação jurídica, de modo a manipular e angariar o apoio de juristas de renome sob a perspectiva da ilusão.

Essa relação de poder que apenas conforma a legalidade e a constitucionalidade no interesse dos grupos que já o exercem foi ventilada ainda por Giorgio Agamben quando expôs:

O totalitarismo moderno pode ser definido, nesse sentido, como a instauração, por meio do estado de exceção, de uma guerra civil legal que permite a eliminação física não só dos adversários políticos, mas também de categorias inteiras de cidadãos que, por qualquer razão, pareçam não integráveis ao sistema político. Desde então, a criação voluntária de um estado de emergência permanente (ainda que, eventualmente, não declarado no sentido técnico) tornou-se uma das práticas essenciais dos Estados contemporâneos, inclusive dos chamados democráticos.⁶⁰

A melhor forma de lutar contra essa realidade passa, inexoravelmente, pela reformulação da consciência jurídica com a adesão a interpretações que facilitem o trabalho dos órgãos de fiscalização, sem maior apego ao discurso de proteção dos direitos fundamentais quando e apenas quando esse discurso puder gerar um desequilíbrio que implemente as distorções que imperam no país, principalmente, sob os crivos da corrupção e da garantia da impunidade dos corruptos.

Os juristas passam a assumir de maneira mais direta o papel de guardiões da Constituição, mas precisam aderir a interpretações mais responsáveis para que a redação constitucional não se esvazie em um emaranhado de disposições vazias.

⁵⁹ SCHMITT. O guardião da Constituição, p. 129.

⁶⁰ AGAMBEN. Estado de exceção, p. 13.

8 Conclusões

Carl Schmitt e Hans Kelsen estabeleceram um debate sobre a manutenção do sistema constitucional que, no fundo, não deixa de ser uma discussão sobre o exercício do poder.

Schmitt identificava no Presidente do Reich a figura de um guardião da Constituição com atuação nos momentos de crise, enquanto Kelsen, embora não isolasse a identificação de um guardião na construção de uma Corte Constitucional, depositava nesta suas maiores esperanças na implementação da garantia do equilíbrio do sistema.

Sob esses aspectos, pode-se perceber que a história revela duas observações importantes. A primeira é que a discussão não é nova, pois antes de Cristo o ser humano já se deparava com conflitos relacionados ao exercício do poder e tentava encontrar parâmetros para controlar seus exercentes. A segunda observação é que o centro do controle já esteve nas mãos dos três detentores principais de funções estatais, oportunidade em que alguns aspectos positivos foram colhidos, mas os negativos também apareceram e foram decisivos para a alternância de posições entre eles.

As contribuições de Schmitt e Kelsen permanecem extremamente atuais, ainda mais quando se percebe que muitos países, incluindo o Brasil, têm incorporado o pensamento de Kelsen, de modo a fortalecer a cúpula do Judiciário com a formatação de um modelo de Corte Constitucional.

Häberle também apimentou o debate quando defendeu a ideia de uma sociedade aberta a intérpretes constitucionais, o que permitiu relegar aos juristas a condição de guardiões diretos, mas não exclusivos, da Constituição.

Os juristas, como reais guardiões da Constituição, assumem posição de destaque na seara da interpretação constitucional, mas precisam preservar os direitos fundamentais de um modo mais responsável.

The Guardian of The Constitution: Debate between Carl Schmitt and Hans Kelsen

Abstract: The last century's twentieth and thirtieth decades are marked by the debate between Carl Schmitt and Hans Kelsen. The first one believes that the German Reich President should stand as the Guardian of the Constitution to act on times of crisis. Kelsen, however, sees a system of guarantee for the Constitution through the action of the Constitutional Court within the ambit of the control focus of the constitutionality. Besides the presentation of the main foundations of the debate established between them, the posterior contributions that arise to implement the discussion are referred to.

Key words: Schmitt. Kelsen. Häberle. Guardian. Constitution.

Referências

- AGAMBEN, Giorgio. Estado de exceção. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.
- ARISTÓTELES. A Política. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2004. (Coleção A Obra-Prima de cada autor).
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Processo constitucional e a efetividade dos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord.). Hermenêutica e jurisdição constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- CUNHA, Sérgio Sérvulo da. Introdução à edição brasileira. In: KELSEN. Jurisdição constitucional. Tradução de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- FREUND, Julien. L'aventure du politique: entretiens avec Charles Blanchet. Paris: Éditeur Critérium, 1991.
- GRANDE Enciclopédia Barsa. 3. ed. São Paulo: Barsa Planeta Internacional Ltda., 2005. v. 1.
- GRANDE Enciclopédia Barsa. 3. ed. São Paulo: Barsa Planeta Internacional Ltda., 2005. v. 8.
- HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.
- HERRERO, Montserrat. Estudio preliminar. In: SCHMITT, Carl. Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica. Madrid: Editorial Tecnos, 1996.
- HESSE, Konrad. Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.
- KELSEN, Hans. A democracia. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- KELSEN, Hans. Jurisdição constitucional. Tradução de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- LOCKE, John. Segundo tratado sobre o governo. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2004. (Coleção A Obra-Prima de cada autor).
- LORENZO, Wambert Gomes di. O pensamento político de Carl Schmitt: uma breve introdução. Direito & Justiça: Revista da Faculdade de Direito da PUCRS, Porto Alegre, v. 23, ano XXIII, p. 335-357, jan. 2001.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Apresentação. In: SCHMITT, Carl. O guardião da Constituição. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- MONTESQUIEU. Do espírito das leis. Tradução de Jean Merville. São Paulo: Martin Claret, 2004. (Coleção A Obra-Prima de cada autor).
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Direito à privacidade e os sigilos fiscal e bancário. Interesse Público, Porto Alegre, n. 20, p. 13-43, jul./ago. 2003.
- SCHMITT, Carl. Legalidade e legitimidade. Tradução de Joaquim Carlos Salgado. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SCHMITT, Carl. O guardião da Constituição. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

TRIBE, H. Laurence; TUSHNET, Mark; WALDRON, Jeremy. On judicial review. Dissent. Summer 2005. Disponível em: <<http://www.dissentmagazine.org/article/?article=249>>. Acesso em: 06 jun. 2009.

TUSHNET, Mark. Democracy versus judicial review. Dissent. Spring 2005. Disponível em: <<http://www.dissentmagazine.org/article/?article=248>>. Acesso em: 06 jun. 2009.

TUSHNET, Mark. Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law. EUA: Princeton University Press, 1995.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

FURLAN, Fabiano Ferreira. O guardião da Constituição: debate entre Carl Schmitt e Hans Kelsen. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 10, n. 39, p. 127-146, jan./mar. 2010.

Recebido em: 15.09.09

Aprovado em: 19.02.10