



HANS KELSEN

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Hans Kelsen

*(Com nota de Carré de Malberg e o debate
ocorrido na sessão de 1928 do Instituto
Internacional de Direito Público.)*

Introdução
SÉRGIO SÉRVULO DA CUNHA

Tradução do alemão
ALEXANDRE KRUG

Tradução do italiano
EDUARDO BRANDÃO

Tradução do francês
MARIA ERMANTINA GALVÃO

Revisão técnica
SÉRGIO SÉRVULO DA CUNHA

EDUARDO DE MELLO E SOUZA
OAB/SC 11.073-D

Martins Fontes
São Paulo 2003

Títulos dos originais:

Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit im Dienste des Bundesstaates, nach der neuen österreichischen Bundesverfassung vom 1; Der Drang zur Verfassungsreform; Die Grundzüge der Verfassungsreform (I und II); Die Bundesexekution. Ein Beitrag zur Theorie und Praxis des Bundesstaates, unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Reichs- und der österreichischen Bundes-Verfassung; La garantie jurisdictionelle de la Constitution (La justice constitutionnelle); Wer soll der Hüter der Verfassung sein?; Judicial Review of Legislation. A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution.

Copyright © Hans Kelsen Institut, Viena.

Copyright © 2001, Livraria Martins Fontes Editora Ltda.,
São Paulo, para a presente edição.

1ª edição

fevereiro de 2003

Revisão gráfica

Sandra Garcia Cortes

Sandra Regina de Souza

Ana Maria de Oliveira Mendes Barbosa

Edna Gonçalves Luna

Produção gráfica

Geraldo Alves

Paginação/Fotolitos

Studio 3 Desenvolvimento Editorial

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Kelsen, Hans, 1881-1973.

Jurisdição constitucional / Hans Kelsen ; introdução e revisão técnica Sérgio Sêrvulo da Cunha. – São Paulo : Martins Fontes, 2003. – (Justiça e direito)

Título original: Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit im Dienste des Bundesstaates ...

Tradução do alemão Alexandro Krug ; tradução do italiano Eduardo Brandão ; tradução do francês Maria Ermantina Galvão.

“(Com nota de Carré de Malberg e o debate ocorrido na sessão de 1928 do Instituto Internacional de Direito Público)”

ISBN 85-336-1473-X

1. Áustria – Constituição (1920) 2. Áustria – Direito constitucional 3. Jurisdição (Direito constitucional) I. Cunha, Sérgio Sêrvulo da, II. Título, III. Série.

03-0673

CDU-342.56

Índices para catálogo sistemático:

1. Jurisdição constitucional : Direito constitucional 342.56

Todos os direitos desta edição para a língua portuguesa reservados à
Livraria Martins Fontes Editora Ltda.
Rua Conselheiro Ramalho, 330/340 01325-000 São Paulo SP Brasil
Tel. (11) 3241.3677 Fax (11) 3105.6867
e-mail: info@martinsfontes.com.br http://www.martinsfontes.com.br

Índice

<i>Introdução à edição brasileira</i>	VII
A jurisdição constitucional e administrativa a serviço do Estado federativo segundo a nova Constituição federal austríaca de 1.º de outubro de 1920	3
A intervenção federal (Contribuição à teoria e prática do Estado federativo, com particular atenção à Constituição do Reich alemão e à Constituição federal austríaca)	47
A garantia jurisdicional da Constituição (Exposições e debates na sessão de outubro de 1928 do Instituto Internacional de Direito Público)	119
I – A jurisdição constitucional (Exposição de Hans Kelsen)	121
II – Debate no Instituto Internacional de Direito Público	187
III – A sanção jurisdicional dos princípios constitucionais (Nota de R. Carré de Malberg)	195
A pressão pela reforma constitucional	211
As linhas fundamentais da reforma constitucional (I) ...	221

As linhas fundamentais da reforma constitucional (II) ...	231
Quem deve ser o guardião da Constituição?	237
O controle judicial da constitucionalidade (Um estudo comparado das Constituições austríaca e americana)	299

Quem deve ser o guardião da Constituição?*

* "Wer soll der Hüter der Verfassung sein?", in *Die Justiz. 1930-31*, Heft 11-12, vol. VI, pp. 576-628.

I. A busca político-jurídica por garantias da Constituição, ou seja, por instituições através das quais seja controlada a constitucionalidade do comportamento de certos órgãos de Estado que lhe são diretamente subordinados, como o parlamento ou o governo, corresponde ao princípio, específico do Estado de direito, isto é, ao princípio da máxima legalidade da função estatal. Sobre a conveniência de tal busca é possível – segundo distintos pontos de vista políticos e em relação a distintas Constituições – chegar a opiniões bastante diversas. Pode haver situações em que a Constituição não se efetiva, mesmo em pontos essenciais, de modo que as garantias, ao permanecer inoperantes, perdem todo o sentido. A própria questão técnico-jurídica quanto à melhor configuração das garantias da Constituição pode ser respondida de maneiras muito diferentes, considerando-se a particularidade de cada Constituição e a divisão do poder político que efetua; em particular, estabelecendo se se deve dar preferência às garantias preventivas ou às repressivas, se a ênfase deve ser colocada na eliminação do ato inconstitucional ou na responsabilidade pessoal de quem o pratica, etc. Todos esses temas podem ser debatidos a fundo. Apenas um ponto parece ter até agora ficado fora da discussão, parece ser uma noção de obviedade tão primária que quase não se

considerou necessário salientá-la dentro do exaustivo debate que o problema da garantia constitucional suscitou nos últimos anos: o fato de que, caso se deva mesmo criar uma instituição através da qual seja controlada a conformidade à Constituição de certos atos do Estado – particularmente do Parlamento e do governo –, tal controle não deve ser confiado a um dos órgãos cujos atos devem ser controlados. A função política da Constituição é estabelecer limites jurídicos ao exercício do poder. Garantia da Constituição significa a segurança de que tais limites não serão ultrapassados. Se algo é indubitável é que nenhuma instância é tão pouco idônea para tal função quanto justamente aquela a quem a Constituição confia – na totalidade ou em parte – o exercício do poder e que portanto possui, primordialmente, a oportunidade jurídica e o estímulo político para vulnerá-la. Lembre-se que nenhum outro princípio técnico-jurídico é tão unânime quanto este: ninguém pode ser juiz em causa própria.

Quando portanto os representantes da teoria constitucional do século XIX, orientados pelo assim-chamado *princípio monárquico*, defendiam a tese de que o natural *guardião da Constituição* seria o monarca, esta não passava – quem poderia hoje duvidar disso! – de uma ideologia muito evidente, uma das tantas que formam a assim chamada doutrina do constitucionalismo, e através da qual essa interpretação da Constituição procurava mascarar sua tendência básica: a de compensar a perda de poder que o chefe de Estado havia experimentado na passagem da monarquia absoluta para a constitucional¹. O que em realidade se queria era – por razões cujo valor político não discutiremos aqui – impedir uma eficaz garantia da Constituição, pelo menos contra

1. Em minha *Allgemeine Staatslehre* (“Teoria geral do Estado”), Berlim, 1925, demonstrei essa tendência do constitucionalismo em várias de suas teses.

violações por parte de quem mais a ameaçava, ou seja, o próprio monarca, ou, mais precisamente, o governo, ou seja, o monarca em conjunto com os ministros que assinavam seus atos, pois aquele não podia agir por si só. 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 chefe de Estado.

A Constituição da monarquia constitucional tem um acentuado caráter dualístico. Ela divide o poder político entre dois pólos: Parlamento e governo, sendo que este já de antemão possui uma certa preponderância sobre o primeiro, de modo algum apenas *de facto*, mas sim também *de jure*. Que o governo, particularmente o monarca que o encabeça, seja tanto na realidade política quanto nas normas da Constituição, um órgão que como o Parlamento exerce o poder estatal – e mesmo em maior medida que este – não pode ser posto em dúvida; tampouco se pode duvidar de que o poder confiado ao governo esteja em permanente concorrência com o do Parlamento. Portanto, para tornar possível a noção de que justamente o governo – e apenas ele – seria o natural *guardião da Constituição*, é preciso encobrir o caráter de sua função. Para tanto serve a conhecida doutrina: o monarca é – exclusivamente ou não – uma terceira instância, objetiva, situada acima do antagonismo (instaurado conscientemente pela Constituição) dos dois pólos de poder, e detentor de um poder neutro. Apenas sob esse pressuposto parece justificar-se a tese de que caberia a ele, e apenas a ele, cuidar que o exercício do poder não ultrapasse os limites estabelecidos na Constituição. Trata-se de uma ficção de notável audácia, se pensarmos que no arsenal do constitucionalismo desfila

também outra doutrina segundo a qual o monarca seria de fato o único, porque supremo, órgão do exercício do poder estatal, sendo também, particularmente, detentor do poder legislativo: do monarca, não do parlamento, proviria a ordem para a lei, a representação popular apenas participaria da definição do conteúdo da lei. Como poderia o monarca, detentor de grande parcela ou mesmo de todo o poder do Estado, ser instância neutra em relação ao exercício de tal poder, e a única com vocação para o controle de sua constitucionalidade? A objeção de que se trata de uma intolerável contradição seria totalmente descabida, pois seria aplicar a categoria do conhecimento científico (ciência jurídica ou teoria do Estado) àquilo que só pode ser entendido como ideologia política. Num sistema intelectual cujo profundo parentesco com a teologia não é ignorado hoje por ninguém, o princípio de contradição não tem mais lugar. O que importa não é estabelecer se as teses de tal teoria constitucional são verdadeiras, mas sim se alcançam seu objetivo político: e de fato o fizeram em medida máxima. Dentro da atmosfera política da monarquia, essa doutrina do monarca como *guardião da Constituição* era um movimento eficaz contra a busca, que já então aflorava de quando em quando, por um tribunal constitucional².

II. Na situação política em que a Constituição democrático-parlamentar do *Reich* alemão veio inevitavelmente a se encontrar no momento em que para sua própria defesa, como estimam seus defensores, transigiu por assim dizer em apenas um único de seus artigos, o de n.º 48 – colocando-se num espaço jurídico demasiado estreito para conse-

2. Trata-se evidentemente da mesma ideologia, somente que a serviço do princípio democrático, quando se proclama o parlamento como *guardião da Constituição* porque, como diz Bluntschli, o “corpo legislativo” carrega em sua conformação as mais importantes garantias “de que não exercerá suas atribuições com espírito inconstitucional” (*Allgemeines Staatsrecht*, 4.ª ed., 1868, v. 1, pp. 561-62).

guir evitar, com tal manobra, o perigo de ser golpeada – num semelhante estado de coisas, enfim, seria com certeza compreensível se o debate sobre a questão das garantias da Constituição fosse provisoriamente adiado*. É pois surpreendente o fato de uma nova coleção de monografias sobre direito público, as “*Contribuições para o direito público da atualidade*”³, iniciar sua série com um trabalho que, com o título *O guardião da Constituição [Der Hüter der Verfassung]*, está dedicado justamente ao problema da garantia da Constituição. Mais surpreendente ainda, porém, é que esse escrito tire do rebotalho do teatro constitucional a sua mais antiga peça, qual seja, a tese de que o chefe de Estado, e nenhum outro órgão, seria o competente guardião da Constituição, a fim de utilizar novamente esse já bem empoeirado adereço cênico na república democrática em geral e na Constituição de Weimar em particular. O que mais admira, porém, é que o mesmo escrito, que pretende restaurar a doutrina de um dos mais antigos e experimentados ideólogos da monarquia constitucional – a doutrina do *pouvoir neutre* do monarca, de Benjamin Constant – e aplicá-la sem qualquer restrição ao chefe de Estado republicano, tenha como autor o professor de direito público na Berliner Handelshochschule, Carl Schmitt, cuja ambição é mostrar-nos “o quanto muitas formas e conceitos tradicionais estão estreitamente ligados a situações passadas, não sendo hoje mais nem sequer ‘vinho velho para odres novos’, mas sim apenas rótulos falsos e antiquados”⁴, e que não se cansa de lembrar “que a situação da monarquia constitucional do século XIX, com sua separação entre Estado e sociedade, política e economia, encontra-se superada”⁵

* Veja-se a nota da revisão à p. 97 deste volume. (N. do R.T.)

3. *Beiträge zum öffentlichen Rechte der Gegenwart*. Ed J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1931.

4. SCHMITT, *Verfassungslehre*, p. 9.

5. SCHMITT, *Hüter der Verfassung*, p. 128, cf. tb. p. 117.

e que portanto as categorias da teoria do Estado constitucional não são aplicáveis à Constituição de uma democracia parlamentar-plebiscitária como a Alemanha de hoje. Daí deduz ele, por exemplo, que o conceito de “lei formal”, oriundo do constitucionalismo do século XIX e que deveria assegurar ao Parlamento, enquanto “*legislador*”, o direito de aprovar o orçamento, não poderia manter seu sentido original na Constituição de Weimar, e que portanto, apesar da expressa disposição dos arts. 85 e 87, não seria de modo algum “absoluta e incondicionalmente necessária” a forma de uma lei do *Reich* para a fixação do orçamento, a autorização de crédito e a assunção de garantias, bastando em lugar disso o decreto do presidente na forma do art. 48-2*. Tentativas similares de dissolver ou atenuar a assim-chamada reserva financeira da Constituição também foram, evidentemente, feitas pela teoria constitucional, que não se viu impedida pelo conceito de *lei formal* de sustentar que o monarca poderia fixar o orçamento e autorizar crédito mediante decretos de necessidade, como por exemplo demonstra a teoria e a prática do famigerado art. 14 na Áustria. Porém a consciência *histórico-crítica* que nos preserva do *formalismo irrefletido* de compreender disposições da Constituição do *Reich* como “o orçamento é fixado através de lei” e “tal aquisição (de recursos financeiros mediante crédito), bem como a assunção de garantias a cargo do *Reich*, só poderão acontecer em função de uma lei do *Reich*”, no sentido de que o orçamento só pode ser fixado através de lei e que a autorização de crédito e a assunção de garantias só pode ter lugar em função de uma lei – essa *consciência histórico-crítica* não deve nos

* No Brasil, atualmente, o presidente da República costuma editar medidas provisórias dispondo sobre diretrizes orçamentárias (por ex., MP 1.817, de 22.3.1999, MP 1.643, de 18.3.1998) e abrindo créditos extraordinários (por ex., MP 1.752-36, de 7.5.1999, 1.813, de 23.4.1999, 1.785-3, de 26.3.1999, etc.). (N. do R.T.)

impedir de retomar uma ideologia do constitucionalismo que, mais claramente que qualquer outra, traz na testa o seu vínculo com a época, seu nascimento de uma situação histórico-política específica: a doutrina do *pouvoir neutre* do chefe de Estado! Essa fórmula de Constant torna-se, nas mãos de Schmitt, um instrumento capital para sua interpretação da Constituição de Weimar. Somente com esse auxílio ele consegue estabelecer que o *guardião da Constituição* não seja, digamos – como se deveria supor a partir do art. 19 –, o Tribunal Federal ou outro tribunal, mas sim apenas o presidente do *Reich*, e isso já com base na própria Constituição em vigor, e não, por exemplo, depois de uma reforma constitucional.

Quando Constant afirma que o monarca seria detentor de um poder *neutro*, apóia essa tese essencialmente na suposição de que o executivo esteja dividido em dois poderes distintos: um passivo e outro ativo, e que o monarca detenha simplesmente o passivo. Somente enquanto “passivo” é que tal poder seria “neutro”. Fica evidente a ficção de se apresentar como meramente “passivo” o poder de um monarca a quem a Constituição confia a representação do Estado no exterior – sobretudo a assinatura de tratados –, a sanção das leis, o comando supremo do exército e da frota, a nomeação de funcionários e juízes, entre outras coisas, e de contrapô-lo enquanto tal ao executivo restante, visto como um poder ativo⁶. A tentativa de aplicar a ideologia de Constant (do *pouvoir neutre* do monarca) ao chefe de Estado de uma

6. B. Constant, originalmente um republicano moderado, toma-se monarquista depois da Revolução, defendendo, após a queda de Napoleão, as dinastias legítimas no livro *De l'esprit de la conquête et de l'usurpation*. Com esse escrito torna-se também co-fundador da *ideologia da legitimidade*. Não obstante, participa da tentativa de colocar Bernadotte no trono; como a ação fracassa, Constant passa para o lado dos Bourbons. Escreve no *Journal des Débats* contra Napoleão, que retornava de Elba, qualificando-o de Átila e

república democrática torna-se particularmente discutível se estiver relacionada com a tendência de estender a competência deste último para ainda mais adiante do âmbito normal de atribuições de um monarca constitucional. É verdade que, no intuito de que o chefe de Estado apareça como o apropriado “guardião da Constituição”, Schmitt caracteriza o seu *pouvoir neutre* não como uma instância que está acima dos “detentores de direitos de decisão e de influência política”, ou como um “terceiro mais alto”, nem como “senhor soberano do Estado”, mas sim como um “órgão justaposto”, como um poder “que não está acima, mas sim ao lado dos outros poderes constitucionais”. Ao mesmo tempo, porém, através de uma interpretação mais do que extensiva do art. 48, ele procura ampliar a competência do presidente do *Reich* de maneira tal que este não escapa de tornar-se senhor soberano do Estado, alcançando uma posição de poder que não diminui pelo fato de Schmitt recusar-se a designá-la como “ditadura” e que, em todo caso, segundo as expressões acima citadas, não é compatível com a função de um garante da Constituição.

Que Schmitt acredite poder aplicar sem maiores problemas a tese ideológica do *pouvoir neutre* do monarca constitucional ao chefe de Estado de uma república democrática, eleito sob a alta pressão das correntes político-partidárias, é tanto mais estranho porque, por vezes, ele vê claramente as

Gengis Khan. Após algumas semanas, porém, ele é “membro do Conselho de Estado” e escreve, por incumbência de Napoleão, os atos complementares às Constituições do Império. Após a segunda Restauração, Constant é novamente partidário da *Charte* e dos *Bourbon*. Assim, por exemplo, ele diz na Câmara dos Deputados em 1820: “Les Bourbons avec la Charte sont un immense avantage, parce que c’est un immense avantage qu’une famille antique sur un trône incontesté.” Depois da expulsão de Carlos X vamos encontrá-lo novamente como zeloso defensor da legitimidade de Luís Felipe. Cf. A. M. Dolmatowsky, “Der Parlamentarismus in der Lehre Benjamin Constants”, in: *Zeitschrift f. d. ges. Staatswissenschaften*, 63. Jahrgsg, 1907, p. 602.

circunstâncias reais que tornam transparente o caráter ideológico da doutrina constitucional do monarca como guardião da Constituição. Assim, ele afirma que na monarquia constitucional o perigo de uma violação da Constituição provinha do governo, ou seja, da esfera do *executivo*, circunstância que deveria ser totalmente eliminada pela idéia tanto de um poder “neutro” do monarca na função de chefe do governo e do executivo, como de sua vocação para atuar como guardião da Constituição! Schmitt, aqui, reconhece o perigo por parte do governo monárquico no século XIX apenas com a intenção de poder afirmar que “hoje”, ou seja, no século XX e na república democrática, o temor de uma violação constitucional se dirigiria “sobretudo contra o legislador”, isto é, não contra o governo presidencial, mas sim contra o Parlamento. Como se *hoje* na Alemanha a questão da constitucionalidade da atividade que o *governo*, composto por presidente e ministros, desenvolve com base no art. 48, não fosse uma questão de vida ou morte para a Constituição de Weimar! Deveras, se não se cogita a possibilidade de violação constitucional por parte do governo, a fórmula que proclama o chefe de Estado *guardião da Constituição* soa bastante inofensiva; e não é mais preciso protestar contra a inexatidão de uma fórmula com a qual a função de garantia da Constituição não é reclamada apenas – como poderia parecer – para a pessoa do presidente da república, mas sim para o colégio composto por ele e os ministros que assinam seus atos. Contudo, faremos bem se não perdermos de vista que nessa argumentação trata-se apenas de uma teoria política do “como se”.

III. Para sustentar a tese de que o presidente do *Reich* seria o guardião da Constituição, Schmitt tem que se voltar contra a instituição, freqüentemente reclamada e em muitos Estados também concretizada, de uma jurisdição constitucional, ou seja, contra a atribuição da função de garantia da

Constituição a um tribunal independente. Este funciona como um tribunal constitucional central na medida em que, num processo litigioso, deve decidir sobre a constitucionalidade de atos do Parlamento (especialmente leis) ou do governo (especialmente decretos) que tenham sido contestados, cassando tais atos em caso de sua inconstitucionalidade, e eventualmente julgando sobre a responsabilidade de certos órgãos colocados sob acusação. Pode-se certamente discutir sobre a conveniência de tal instituição, e ninguém afirmará que se trata de uma garantia absolutamente eficaz em qualquer circunstância. Mas de todos os pontos de vista segundo os quais se possa debater o problema político-jurídico de um tribunal constitucional central e estabelecer seus prós e contras, um ponto é de fato insignificante: o de se tal órgão seria um *tribunal* e sua função verdadeiramente *jurisdicional*. No plano da teoria do direito, essa é realmente uma questão de classificação muito importante; da sua solução, contudo, tanto em sentido afirmativo como negativo, nada resulta a favor ou contra que se confie a referida função a um órgão colegiado cujos membros, a ser nomeados de alguma maneira, tenham garantida a plena independência: uma independência em relação a governo e Parlamento e que chamamos *judiciária*, porque nas modernas Constituições costuma ser concedida aos tribunais (aliás, não apenas a estes). Deduzir, a partir de um conceito qualquer de *jurisdição*, que a instituição aqui referida como *tribunal constitucional* seria impossível ou inconveniente, seria um caso típico daquela *jurisprudência conceitual*, que já pode ser considerada como superada hoje em dia.

É de supor que tampouco Schmitt maneje tal argumentação. Porém ele faz crer o contrário quando, num escrito situado no plano da política do direito e na sua luta contra a jurisdição constitucional, dá ênfase à questão de saber se ela seria verdadeira jurisdição, formulando como problema de-

cisivo o de se o *judiciário* poderia atuar *como guardião da Constituição*. Resulta mesmo estranho que ele, empregando meios relativamente extensos, creia poder demonstrar que os tribunais civis, criminais e administrativos da Alemanha, que exercem um direito de controle material sobre as leis que devem aplicar, não sejam, “num sentido preciso, guardiães da Constituição”. Por motivos pouco compreensíveis, porém, ele não nega esse título à Corte suprema dos Estados Unidos, embora essa Corte não faça essencialmente nada de diferente dos tribunais alemães quando estes exercem seu direito de controle, ou seja, não aplicando ao caso concreto as leis consideradas inconstitucionais. Ora, de um tribunal constitucional central com poder de cassação – ao qual Schmitt não negará a subsunção ao conceito de *guardião da Constituição*, ainda que não queira considerá-lo um “tribunal” – de tal “guardião” efetivo, os tribunais que dispõem de seu poder de controle diferenciam-se apenas no plano quantitativo, ou seja, na medida em que o primeiro não anula a lei inconstitucional apenas para um caso concreto – como os últimos – mas sim para todos os casos. De que serve observar então, como faz Schmitt, que a função constitucional de um guardião da Constituição consiste em “substituir e tornar supérfluo o direito geral e ocasional de desobediência e resistência que repousa no direito de controle material” e que “apenas então estamos diante de um guardião da Constituição no sentido institucional”? Isso, em realidade, não basta para chegarmos ao “sentido preciso” do conceito “guardião da Constituição”; basta apenas para concluir que os tribunais, mesmo quando exercem o direito de controle, “não devem ser considerados guardiães da Constituição”. Uma afirmação meramente terminológica, pois Schmitt não pode desmentir que um tribunal, quando rejeita a aplicação de uma lei inconstitucional, suprimindo assim sua validade para o caso concreto, funciona na prática como garante da Cons-

tituição, mesmo que não se lhe conceda o altissonante título de “guardião da Constituição”, ou seja, se renuncie a uma expressão cujo *pathos* já é, por si só, uma advertência contra tendências ideológicas ligadas a ela. O que importa é determinar a conveniência de se confiar dessa maneira aos tribunais a função de garantia da Constituição, e, em caso negativo, se é necessário retirar-lhes o direito de controle. Será inútil procurar em Schmitt uma solução clara desse problema.

Em compensação acharemos, como foi dito, uma grande quantidade de argumentos com os quais se procura continuamente – de modo bastante sistemático – demonstrar que a decisão sobre a constitucionalidade de leis e a anulação de leis inconstitucionais por um colégio de homens independentes, em processo litigioso – Schmitt realmente não leva em consideração a possibilidade de um controle jurídico de outros atos imediatamente subordinados à Constituição –, não seria *jurisdicional*. Porém os argumentos que apresenta nada provam para o ponto determinante, isto é, no plano da política do direito, mas também são inúteis no plano teórico-jurídico.

IV. Tais argumentos partem do pressuposto errôneo de que entre funções jurisdicionais e funções *políticas* existiria uma contradição essencial, e que particularmente a decisão sobre a constitucionalidade de leis e a anulação de leis inconstitucionais seria um ato *político*, donde se deduz que tal atividade já não seria propriamente jurisdicional. Se devemos dar ao termo “política”, polissêmico e excessivamente mal utilizado, um sentido razoavelmente preciso num contexto de oposição a “jurisdição”, só poderemos supor que seja usado para expressar algo como “exercício do poder” (em contraposição a um “exercício do direito”). “Política” é a função do legislador, o qual submete os indivíduos à sua vontade e exerce um poder justamente pelo fato de obrigá-los a perseguir seus interesses dentro dos limites das nor-

mas que impõem, decidindo assim os conflitos de interesses, ao passo que o juiz, enquanto instrumento – e não 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. Se enxergamos “o político” na resolução de conflitos de interesses, na “decisão” – para usarmos a terminologia de Schmitt – encontramos em toda sentença judiciária, em maior ou menor grau, um elemento decisório, um elemento de exercício de poder. O caráter político da jurisdição é tanto mais forte quanto mais amplo for o poder discricionário que a legislação, generalizante por sua própria natureza, lhe deve necessariamente ceder. A opinião de que somente a legislação seria política – mas não a “verdadeira” jurisdição – é tão errônea quanto aquela segundo a qual apenas a legislação seria criação produtiva do direito, e a jurisdição, porém, mera aplicação reprodutiva. Trata-se, em essência, de duas variantes de um mesmo erro. Na medida em que o legislador autoriza o juiz a avaliar, dentro de certos limites, interesses contrastantes entre si, e decidir conflitos em favor de um ou outro, está lhe conferindo um poder de criação do direito, e portanto um poder que dá à função judiciária o mesmo caráter “político” que possui – ainda que em maior medida – a legislação. Entre o caráter político da legislação e o da jurisdição há apenas uma diferença quantitativa, não qualitativa. Se fosse da natureza da jurisdição não ser política, então seria impossível uma jurisdição internacional; ou melhor: a decisão, segundo as normas do direito internacional, de controvérsias entre Estados, que só se distinguem dos conflitos internos porque aparecem mais claramente como conflitos de poder, deveria receber outra denominação. Na teoria do direi-

to internacional costuma-se distinguir entre conflitos arbitráveis e não-arbitráveis, conflitos jurídicos e de interesses (de poder), controvérsias jurídicas e políticas. Contudo, o que significa isso? Todo conflito jurídico é na verdade um conflito de interesses ou de poder, e portanto toda controvérsia jurídica é uma controvérsia política, e todo conflito que seja qualificado como de interesses, de poder ou político pode ser decidido como controvérsia jurídica, contanto que seja incorporado pela questão sobre se a pretensão que um Estado ergue em relação a outro e que este se recusa a satisfazer – nisto consiste todo conflito – está fundamentada no direito internacional ou não. E tal questão sempre pode ser decidida segundo o direito internacional, ou seja, juridicamente, o que com efeito se verifica, seja positivamente – acolhendo-se a pretensão –, seja negativamente, rejeitando-a. [*Tertium non datur.*] Um conflito não é “não-arbitrável” ou político porque, por sua natureza, não possa ser um conflito jurídico e portanto ser decidido através de um tribunal, mas sim porque uma das partes ou ambas, por uma razão qualquer, não querem deixar que seja resolvido por uma instância objetiva. A tais exigências, e às tendências contrárias ao desenvolvimento da jurisdição internacional que delas nascem, a teoria do direito internacional fornece a necessária ideologia com os conceitos de conflito “arbitrável” e “não-arbitrável”, de controvérsia política e jurídica. Schmitt os transfere para o âmbito do direito interno quando – como muitos outros professores de direito público – os diferencia entre matérias “objeto de jurisdição” [*justiziable*] e matérias “não objeto de jurisdição” [*nicht justiziable*], a fim de advertir contra uma extensão da jurisdição com relação a estas, na medida em que declara que com isso “a jurisdição só pode ser prejudicada”. Segundo Schmitt as questões “políticas” não são objeto de jurisdição. Pois bem, tudo que se pode dizer do ponto de vista de um exame de orientação teó-

rica é que a função de um tribunal constitucional tem um caráter político de grau muito maior que a função de outros tribunais – e nunca os defensores da instituição de um tribunal constitucional desconhecera ou negaram o significado eminentemente político das sentenças deste – mas não que por causa disso ele não seja um *tribunal*, que sua função não seja *jurisdicional*; e menos ainda: que tal função não possa ser confiada a um órgão dotado de independência judiciária. Isto significaria deduzir justamente de um conceito qualquer, por exemplo o de jurisdição, elementos para a conformação da organização estatal.

V. Uma vez que Schmitt dá um valor tão particular à comprovação de que a assim chamada jurisdição constitucional não é de fato jurisdição, seria de esperar dele uma definição clara e precisa desse último conceito. Essa expectativa, porém, infelizmente é frustrada. O que ele apresenta como definição de jurisdição é mais do que escasso, e acaba sendo substancialmente um retorno a concepções já há muito reconhecidas como errôneas.

Se reunimos suas observações bastante dispersas sobre essa duvidosa matéria, chegamos por exemplo à seguinte tese: a jurisdição por sua natureza está ligada a normas, isto é, a normas que “possibilitam a subsunção de um fato material” e além disso não são “duvidosas nem polêmicas” em seu conteúdo. Portanto, uma vez que na decisão sobre a constitucionalidade de uma lei nunca se trata da subsunção de um fato material, mas sim, geralmente, de “definição do conteúdo de uma lei constitucional duvidosa”, não se estaria aqui diante de jurisdição. Para começar logo com a segunda qualidade com que a “jurisdição” é aqui caracterizada, só podemos expressar nossa admiração, uma vez que Schmitt parece crer que os tribunais civis, criminais e administrativos, cuja natureza jurisdicional não coloca em dúvida, teriam aplicado sempre e somente normas cujo conteúdo não era

duvidoso nem polêmico, que a controvérsia jurídica a ser decidida por um desses tribunais é sempre uma questão de fato e nunca uma assim-chamada questão de direito, a qual surge apenas quando o conteúdo da norma a ser aplicada for duvidoso e portanto polêmico. Como exemplo de um caso em que não há “patente contradição” entre uma lei constitucional e uma lei ordinária, mas sim “dúvida e diferenças de opinião” sobre “se e em que medida existe uma contradição”, nos é apresentado: “quando a lei constitucional determina que as faculdades de teologia sejam mantidas e uma lei ordinária dispõe que as academias de teologia sejam suprimidas”. O conteúdo da lei constitucional é evidentemente duvidoso, porque é incerto se por “faculdades de teologia” pode-se compreender também “academias de teologia”. Qualquer palavra é supérflua para demonstrar que a jurisprudência dos tribunais ordinários – cujo caráter jurisdicional não pode, nem é nunca posto em dúvida – significa em numerosos casos a definição do conteúdo de uma lei que é, de modo absolutamente idêntico, duvidoso. Quando Schmitt fala da “diferença fundamental entre a decisão de um processo e a decisão de dúvidas e diferenças de opinião sobre o conteúdo de uma disposição constitucional”, só podemos dizer que a maioria das decisões de processos são decisões de dúvidas e diferenças de opinião sobre o conteúdo de uma disposição legal. E, com efeito, nunca se havia feito uma afirmação sobre a jurisdição que desconhecesse tão completamente a sua essência como a seguinte: “Toda jurisdição está ligada a normas e cessa quando as próprias normas tornam-se duvidosas e polêmicas em seu conteúdo”. Basta a inversão dessa frase para trazer de volta a verdade simples e por qualquer um visível de que a justiça em geral só começa realmente quando as normas se tornam duvidosas e polêmicas em seu conteúdo, pois do contrário haveria apenas controvérsias sobre fatos, e não propriamente controvérsias *jurídicas*. Pode-se

duvidar de que seja conveniente confiar a um tribunal independente a definição do conteúdo de uma lei constitucional duvidosa, e por várias razões, pode-se preferir que o governo ou o Parlamento cuidem dessa função. Porém é impossível afirmar que a função de um tribunal constitucional não é jurisdicional quando a norma que deve aplicar tem conteúdo duvidoso, de modo que sua decisão consista na definição desse conteúdo; porque é impossível afirmar que a incerteza do conteúdo da norma seja, no caso de uma lei constitucional, algo diferente do que acontece no caso de uma lei ordinária.

O outro critério – pelo qual as normas a serem aplicadas pelo judiciário devem possibilitar a subsunção de um fato material – não é, realmente, incorreto; porém tanto mais incorreta é a afirmação de que a decisão sobre a constitucionalidade de uma lei não implica tal subsunção. Schmitt infelizmente deixa de explicar melhor o que entende por *Tatbestand*. Mas talvez possamos supor que ele veja realizado o procedimento de subsunção da maneira mais simples e clara quando um tribunal criminal deva decidir sobre uma acusação. Se o tribunal estabelece que o comportamento do acusado é mesmo aquele fato que a lei penal prevê como delito, ou seja, como condição de uma determinada pena, trata-se de procedimento absolutamente idêntico ao que se verifica quando um tribunal constitucional reconhece como inconstitucional uma lei impregnada por alguém. A inconstitucionalidade de uma lei pode consistir não só – como parece à primeira vista – no fato de não ter sido adotada segundo o procedimento previsto pela Constituição, mas também em que possua um conteúdo que, segundo a Constituição, não poderia ter; a Constituição, de fato, não regula apenas o procedimento legislativo, mas também define de algum modo o conteúdo das futuras leis, por exemplo mediante a fixação de linhas diretivas, princípios, etc. Como porém uma jurisdição constitucional em relação às leis só é possível se as normas constitu-

cionais materiais se apresentarem também na forma constitucional específica, isto é, como leis qualificadas – pois do contrário toda lei constitucional material será ab-rogada ou modificada por uma lei ordinária que com ela contraste, não sendo portanto possível uma lei inconstitucional – o controle da constitucionalidade de uma lei por parte de um tribunal constitucional sempre significa a solução da questão sobre se a lei surgiu de maneira constitucional. Pois mesmo quando uma lei é inconstitucional porque tem um conteúdo inconstitucional, ela na verdade só o é por não ter sido adotada como lei que modifica a Constituição. E mesmo no caso de que a Constituição exclua totalmente determinado conteúdo de lei, de modo que uma lei constitucional com tal conteúdo não possa absolutamente ser adotada, por exemplo a lei de um estado-membro que intervém na competência federal (e que, mesmo adotada como lei da Constituição estadual, não esteja conforme à Constituição federal), ainda nesse caso a inconstitucionalidade da lei consiste na sua adoção; não no fato de não ter sido adotada de maneira devida, mas no simples fato de ter sido adotada. O *suporte fático* [*Tatbestand*] que deve ser subsumido à norma constitucional quando da decisão sobre a constitucionalidade de uma lei, não é uma norma – fato e norma são conceitos distintos – mas sim a produção da norma, um verdadeiro suporte fático material, aquele suporte fático que é regulado pela norma constitucional e que, porque e na medida em que é regulado pela Constituição, pode ser *subsumido* pela Constituição como qualquer outro suporte fático sob qualquer outra norma. Pois um suporte fático só pode ser *subsumido* a uma norma se esta regular esse suporte fático, ou seja, estabelecê-lo como condição ou consequência. Tanto se um tribunal civil decide sobre a validade de um testamento ou contrato ou declara inconstitucional um decreto para não aplicá-lo no caso concreto, ou se um tribunal constitucional qualifica uma lei como inconstitucional, em to-

dos esses casos é o suporte fático da produção de uma norma que é *subsumido* à norma que o regula e que é reconhecido como conforme ou contrário a ela. O tribunal constitucional, por outro lado, reage ao julgamento de inconstitucionalidade de uma lei com o ato que corresponde, como *actus contrarius*, ao suporte fático inconstitucional da produção da norma, isto é, com a anulação da norma inconstitucional, seja apenas – de modo pontual – para o caso concreto, seja – de modo geral – para todos os casos.

Quando Schmitt caracteriza o controle da constitucionalidade de uma lei no sentido de que aqui é apenas “confrontado o conteúdo de uma lei com o de outra, sendo estabelecida uma colisão ou contradição”, de modo que apenas “são comparadas regras gerais, mas não subsumidas uma à outra ou aplicadas uma à outra”, ele força um entendimento da realidade de modo tal que não vê a diferença entre a lei como norma e a produção da lei como suporte fático. Ele é simplesmente vítima de um equívoco. Em consequência, falha totalmente o seu argumento, apresentado em todas as variações possíveis, de que não existe uma “jurisdição da lei constitucional sobre a lei ordinária”, nem “uma jurisdição da norma sobre a norma, uma lei não pode ser a guardiã de uma outra lei”. Na jurisdição constitucional não se trata – como Schmitt exige da *teoria normativa* que analisa essa função – de que uma norma deva “proteger normativamente a si mesma”, ou que uma lei mais forte deva proteger uma lei mais fraca ou vice-versa, mas sim meramente que uma norma deve ser anulada em sua validade pontual ou geral porque o suporte fático de sua produção está em contradição com a norma que regula tal suporte fático e que está, por isso mesmo, num nível superior.

VI. Para não permitir que a jurisdição constitucional valha como *jurisdição*, para poder caracterizá-la como *legislação*, Schmitt apóia-se numa concepção da relação entre

essas duas funções que acreditávamos até então poder considerar há muito obsoleta. Trata-se da concepção segundo a qual a decisão judicial já está contida pronta na lei, sendo apenas “deduzida” desta através de uma operação lógica: a jurisdição como automatismo jurídico! Schmitt afirma de fato com toda seriedade que a “decisão” do juiz “é deduzida no seu conteúdo de uma outra decisão, mensurável e calculável, já contida na lei”. Também essa doutrina descende do estoque da ideologia da monarquia constitucional: o juiz tornado independente do monarca não deve se conscientizar do poder que a lei lhe confere, que – dado o seu caráter geral – lhe deve conferir. Ele deve crer que é um mero autômato, que não produz criativamente direito, mas sim apenas “acha” direito já formado, “acha” uma decisão já existente na lei. Tal doutrina já foi desmascarada há muito tempo⁷. Não é portanto tão estranho que Schmitt, depois de haver se servido dessa teoria do automatismo para separar, como princípio, a jurisdição como mera aplicação da lei e a legislação como criação do direito, e depois que ela lhe assegurou o principal argumento teórico em sua luta contra a jurisdição constitucional – “uma lei não é uma sentença, uma sentença não é uma lei” –, coloque-a de lado, declarando enfaticamente: “Em toda decisão, mesmo na de um tribunal que resolva um processo mediante a subsunção de um fato material, há um elemento de decisão pura que não pode ser deduzido do conteúdo da lei”. Pois bem, é justamente dessa compreensão que resulta o fato de que entre lei e sentença não existe diferença qualitativa, que esta é, tanto quanto aquela, produção do direito, que a decisão de um tribunal constitucional, por ser um ato de legislação, isto é, de produção do direito, não deixa de ser um ato de jurisdição, ou

7. Cf. minha *Allgemeine Staatslehre*, pp. 231 ss., 301.

seja, de aplicação do direito, e particularmente que, em função de o elemento da *decisão* não se limitar de modo algum à função legislativa, mas sim também – e necessariamente – estar contido na função judicial, ambas devem possuir caráter *político*. Com isso, porém, torna-se vazia toda a argumentação pela qual o controle de constitucionalidade não seria jurisdição por causa de seu caráter político. Permanece apenas a questão sobre por que um autor de inteligência tão extraordinária como Schmitt se enreda em contradições tão palpáveis apenas para poder sustentar a tese de que a jurisdição constitucional não seria jurisdição, mas sim legislação, quando de seu próprio raciocínio se depreende que ela pode e deve ser as duas coisas. É difícil que haja outra explicação além desta: a tese de que a jurisdição constitucional não é jurisdição é tão importante, sendo até mesmo sustentada por Schmitt em contradição com sua própria compreensão teórica, porque constitui o pressuposto de uma exigência da política do direito: como a decisão sobre a constitucionalidade de uma lei e a anulação de uma lei inconstitucional não são *jurisdição*, por isso mesmo tal função não pode ser confiada a um colégio de juízes independentes, mas deve ser confiada a um outro órgão. Trata-se apenas de outro uso da mesma argumentação quando Schmitt divide os Estados – segundo a função preponderante em cada caso – em Estados jurisdicionais e Estados legislativos, concluindo do fato de que um Estado – como o *Reich* alemão hoje – seja um Estado legislativo que: “Num Estado legislativo, ao contrário, não pode haver jurisdição constitucional ou jurisdição do Estado como o apropriado guardião da Constituição”. Do mesmo modo afirma: “Num Estado que não seja puramente jurisdicional, esta [a jurisdição] não pode exercer tal função.” Talvez porém fosse mais correto dizer que um Estado cuja Constituição estabelece um tribunal constitucional não é, por isso mesmo, um “Estado legislativo”, do

que concluir, porque tal Estado não se encaixa nesse esquema teórico, que aqui “não pode” existir um tribunal constitucional. É sempre a mesma técnica de deduzir de um conceito jurídico pressuposto uma configuração jurídica desejada, a típica mistura de teoria jurídica com política do direito⁸.

Uma pesquisa jurídica científica que se ocupa com a possibilidade de uma jurisdição constitucional não deveria,

8. A tese da diferença essencial entre lei e sentença, que ninguém contradiz tão energicamente como Schmitt quando afirma que ambas têm a mesma natureza, na medida em que ambas são *decisões*, constitui estranhamente, para esse mesmo autor, a base de uma polêmica contra a teoria do gradualismo defendida por mim, a qual, reconhecendo a natureza idêntica de legislação e jurisdição, vai em busca de uma diferença quantitativa. Quando a teoria do gradualismo vê uma produção de norma tanto na legislação como na jurisdição, procede tão metodologicamente quanto Schmitt quando este reconhece em ambas o “elemento de decisão”. Daí se explicará a veemência de sua polêmica, que trabalha menos com argumentos objetivos do que com juízos de valor bastante emocionais, como “abstrações vazias”, “metáforas fantasiosas”, “lógica aguada”. O resultado da teoria do gradualismo – elaborada por mim com base numa crítica metodológica radical e numa luta encarniçada contra todo antropomorfismo – a “*Hierarquia das normas*” [*Hierarchie der Normen*], é liquidado rapidamente numa nota como um “antropomorfismo acrítico e privado de método” e “alegoria improvisada”. Teria pouco sentido, na resenha de um trabalho que é eminentemente de política do direito, discutir sobre uma teoria que não oferecerá outra coisa além de uma análise estrutural do direito. Contento-me portanto em afirmar que a doutrina contra a qual Schmitt polemiza não tem quase nada a ver com a teoria defendida por mim. Há aqui um mal-entendido grosseiro. Schmitt crê estar refutando essa teoria quando escreve: “Quando uma norma é mais difícil de modificar que outra, trata-se – sob todos os aspectos pensáveis: lógico, jurídico, sociológico – de outra coisa que uma hierarquia; uma atribuição de competência por meio de lei constitucional não está, com respeito aos atos emanados pelo órgão competente, na posição de autoridade superior (pois uma normatização não é uma autoridade), e a lei ordinária não é, com maior razão, subordinada à lei mais difícil de modificar.” Pois bem, se eu sustentasse que a Constituição só está “acima” da lei porque é mais difícil de modificar que esta, então minha teoria seria de fato tão absurda como Schmitt a expõe. Nessa exposição, porém, é ignorado apenas um pequeno detalhe: que eu diferencio com a máxima ênfase entre Constituição no sentido material e

por fim, ignorar o fato de que já existe um Estado – precisamente a Áustria – em que há mais de um decênio funciona uma jurisdição constitucional central perfeitamente organizada. Analisar a sua real eficiência seria certamente mais frutífero que indagar sobre a sua compatibilidade com o conceito de Estado legislativo. Schmitt se contenta em colocar a “solução austríaca” entre aspas e observar que “no cansaço da primeira década após o *crash*, o exame do significado objetivo de tal alargamento da jurisdição não foi adequado, satisfazendo-se com normativismos e formalismos abstratos”. “Normativismos” e “formalismos” seriam uma referência à Escola de Viena; bem, esta não foi impedida por sua “abstração” de realizar um trabalho criativo-jurídico bastante concreto, onde se inclui a Corte Constitucional austríaca, cujo “significado concreto”, em todo caso, Schmitt deixa de examinar, não descendo para tanto do alto de suas próprias abstrações.

A impossibilidade teórica desse método, a sua contradição interna, tornam-se manifestas também quando Schmitt, na conclusão de seu escrito, põe-se a deduzir das suas premissas teóricas o desejado resultado de política do direito.

Constituição no sentido formal, e que fundamento a subordinação do nível da lei ao nível da Constituição não através da forma da Constituição, puramente acidental e não essencial, mas sim através do seu conteúdo. A Constituição interessa como norma que está acima da legislação porque define o procedimento legislativo, e em certa medida também o conteúdo das leis (a ser emanado com base na Constituição); do mesmo modo que a legislação está acima da assim-chamada execução (jurisdição, administração), eis que regula a formação e – em medida bastante ampla – o conteúdo dos respectivos atos. Na relação entre o nível da legislação e o da execução, a questão da alterabilidade mais fácil ou mais difícil não tem nenhum papel. Schmitt deveria sabê-lo, mesmo que tivesse lido apenas minha comunicação sobre “Essência e desenvolvimento da jurisdição do Estado” [Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit] (in *Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer*, Heft 5, 1928), ou ao menos a p. 36 do mesmo escrito.

Lê-se ali: “Antes portanto de instituir, para questões e conflitos eminentemente políticos, um tribunal como guardião da Constituição, sobrecarregando e ameaçando o judiciário com tal politização”, deveria ser lembrado o conteúdo positivo da Constituição de Weimar, a qual, no juízo de Schmitt, institui o próprio presidente do *Reich* como guardião. Isto significa, nem mais nem menos, que para questões e conflitos eminentemente políticos não se deve instituir um tribunal como guardião da Constituição porque através da atividade de tal tribunal a jurisdição seria politizada, sobrecarregada e ameaçada. A jurisdição? Como poderia justamente a jurisdição ser sobrecarregada e ameaçada pela jurisdição constitucional, quando esta última – como Schmitt ininterruptamente se esforçou por demonstrar – não é absolutamente *jurisdição*?

Não se pode negar que a questão lançada por Schmitt a respeito dos *limites* da jurisdição em geral e da jurisdição constitucional em particular seja absolutamente legítima. Nesse contexto, porém, a questão não deve ser colocada como um problema conceitual de jurisdição, mas sim como um problema sobre a melhor configuração da função desta, devendo-se separar claramente ambos os problemas. Caso se deseje restringir o poder dos tribunais, e, assim, o caráter político da sua função – tendência que sobressai particularmente na monarquia constitucional, podendo, porém, ser observada também na república democrática –, deve-se então limitar o máximo possível a margem de discricionariedade que as leis concedem à utilização daquele poder. Além disso as normas constitucionais a serem aplicadas por um tribunal constitucional, sobretudo as que definem o conteúdo de leis futuras – como as disposições sobre direitos fundamentais e similares –, não devem ser formuladas em termos demasiado gerais, nem devem operar com chavões vagos como “liberdade”, “igualdade”, “justiça”, etc. Do contrário existe o perigo de

uma transferência de poder – não previsto pela Constituição e altamente inoportuno – do Parlamento para uma instância externa a ele, “a qual pode tornar-se o expoente de forças políticas totalmente distintas daquelas que se expressam no Parlamento⁹”. Essa porém não é uma questão específica da jurisdição constitucional; vale também para a relação entre a lei e os tribunais civis, criminais e administrativos que devem aplicá-la. Trata-se do antiqüíssimo dilema platônico: *politeia* ou *nomoi*?; reis-juizes ou legislador régio? Do ponto de vista teórico, a diferença entre um tribunal constitucional com competência para cassar leis e um tribunal civil, criminal ou administrativo normal é que, embora sendo ambos aplicadores e produtores do direito, o segundo produz apenas normas individuais, enquanto o primeiro, ao aplicar a Constituição a um suporte fático de produção legislativa, obtendo assim uma anulação da lei inconstitucional, não produz, mas elimina uma norma geral, instituindo assim o *actus contrarius* correspondente à produção jurídica, ou seja, atuando – como formulei anteriormente – como *legislador negativo*¹⁰. Porém entre o tipo de função de tal tribunal constitucional e o dos tribunais normais insere-se, com seu poder de controle de leis e decretos, uma forma intermediária muito digna de nota. Pois um tribunal que não aplica no caso concreto uma lei por sua inconstitucionalidade ou um decreto por sua ilegalidade, elimina uma norma geral e assim atua também

9. Kelsen, *A garantia jurisdicional da Constituição*. Essas frases correlacionam-se com exposições que anexo aqui na íntegra a fim de mostrar àqueles que tenham lido apenas o escrito de Schmitt o verdadeiro caráter de um dos “zelotes de um normativismo cego”, de sua “lógica normativista e formalística” (41) e das “devastações que essa espécie de lógica promoveu no conceito de lei”. Veja-se o que consta, a propósito, na exposição mencionada, principalmente nas pp. 167-70 deste volume.

10. Veja-se o que consta, a propósito, na exposição sobre “A garantia jurisdicional da Constituição”, principalmente nas pp. 150-3 deste volume.

como *legislador negativo* (no sentido material da palavra *lex*—lei). Apenas observe-se que a anulação da norma geral é limitada a um caso, não se dando — como na decisão de um tribunal constitucional — de modo total, ou seja, para todos os casos possíveis.

VII. É questão de política do direito se o processo através do qual um órgão dotado de independência judiciária examina a constitucionalidade de uma lei deve ser configurado tal como um processo criminal, civil ou administrativo — particularmente, se deve possuir caráter litigioso —, ou seja, se deve ser formulado de modo que os prós e contras da constitucionalidade da lei sejam discutidos o mais publicamente possível. Tal processo não é exclusivo do judiciário; também o processo administrativo pode ser assim formulado. Se a propósito se fala de *forma judiciária*, é porque historicamente, e até hoje, ele aparece principalmente nos *tribunais*. Na antiga Atenas, durante certo período, até mesmo o processo legislativo tinha essa configuração: quando uma lei antiga devia ser substituída por uma nova, a primeira era acusada diante dos nomótetas. E Atenas com certeza era tudo, menos um “Estado jurisdicional”, no sentido da conceituação de Schmitt. O processo dialético do Parlamento moderno é, fundamentalmente, algo muito parecido à “forma judiciária” do processo diante de um tribunal. Seu objetivo é trazer à luz todos os prós e contras de determinada solução, e a experiência demonstra que esse resultado é mais bem garantido quando se confia o ataque e a defesa a duas instâncias diferentes. Isso é imediatamente possível quando na questão em debate existem dois interessados ou dois grupos de interesse com orientação distinta. Esse é sem dúvida o caso da questão de inconstitucionalidade de uma lei. Conflitos de interesse de natureza nacional, religiosa, econômica, antagonismos entre grupos interessados em centralização ou descentralização, e muito mais. Dar a tais antagonis-

mos uma expressão técnico-processual adequada é tarefa do código processual. O caráter litigioso, o assim-chamado *caráter judiciário* do procedimento, é também totalmente indicado quando se trata da aplicação de uma norma constitucional que concede uma margem larga de discricionariedade. O litígio então não trata, ou melhor, não trata somente e não só diretamente sobre a questão da constitucionalidade, mas também sobre a conveniência do ato impugnado; é também uma discussão sobre o melhor modo pelo qual a criação do direito – individual ou geral – deve ocorrer dentro do quadro traçado pela Constituição. Por exemplo, quando está em questão se uma lei ordinária fere a Constituição, e o teor desta não oferece orientação precisa sobre esse ponto, de modo que a decisão do tribunal constitucional significa, em verdade, um desenvolvimento da Constituição em determinada direção, é precisamente nessa situação que o conflito de interesses existente é da máxima importância. E justamente aqui é de particular importância que a vontade estatal, que se manifesta na decisão do tribunal constitucional, aconteça dentro de um processo que expresse os conflitos de interesses existentes. Em todo processo civil, de acordo com a liberdade discricionária que a lei concede ao juiz, o *litígio* versa também sobre a oportunidade da decisão, e a forma judiciária demonstra ser adequada em relação à atividade *política* de criação do direito realizada pelo tribunal, na medida em que se consuma na sentença uma *ponderação de interesses*. Para não falar do processo administrativo, cuja forma judiciária em nada prejudica a discricionariedade outorgada em medida tão ampla à administração. Mesmo que se quisesse falar, com respeito ao poder discricionário concedido à aplicação do direito – não em sentido teórico, mas no plano da política do direito –, de normas mais ou menos “sujeitas à jurisdição” [*justizable*], seria totalmente errônea a afirmação de que “a base para uma possível forma judi-

ciária” do procedimento seria suprimida “na mesma medida que a norma sujeita à jurisdição”.

O verdadeiro sentido da assim-chamada forma judiciária e sua utilidade para o processo diante de uma autoridade que atue como *guardião* da Constituição, certamente não será compreendido se não se contemplar o fato sociológico básico de onde se origina a instituição do processo litigioso: como em qualquer configuração jurídica, assim também na decisão de um tribunal – e em particular naquela de um “guardião da Constituição” – tomam parte interesses contrastantes, e toda “decisão” versa sobre conflitos de interesses, ou seja, em favor de um ou de outro, ou no sentido de uma mediação entre ambos; de modo que um processo de caráter litigioso, se não para outras coisas, serve pelo menos para expor claramente a real conjuntura de interesses. Tudo isso porém não pode ser visto se o contraste de interesses existente é escamoteado pela ficção de um interesse comum ou de uma unidade de interesses; o que é essencialmente diverso e essencialmente maior do que tudo isso pode ser, na melhor das hipóteses, um acordo de interesses. Trata-se da típica ficção de que se lança mão quando se opera com a “unidade” da “vontade” do Estado ou com a “totalidade” do coletivo num sentido outro que o meramente formal, a fim de justificar uma configuração com um certo conteúdo definido da ordem estatal. A essa caracterização conduzem também as considerações em que Schmitt desenvolve a categoria do “Estado total” em contraposição ao sistema do “pluralismo”.

VIII. Ambos os conceitos são introduzidos a fim de caracterizar a situação constitucional concreta do *Reich* alemão. (Os conceitos de “policracia” e “federalismo”, que Schmitt igualmente utiliza ao lado de “pluralismo”, têm um papel relativamente insignificante.) Por “pluralismo” Schmitt compreende “uma multiplicidade composta por complexos de forças sociais solidamente organizados que perpassam todo

o Estado – ou seja, tanto as diferentes áreas da vida estatal quanto os limites territoriais dos estados e das entidades autônomas locais – e que dominam enquanto tais a vontade estatal, sem deixar de ser apenas formações sociais (não-estatais)”. Quanto a esses “complexos de forças sociais” devemos pensar primeiramente nos partidos políticos; já o fato que Schmitt caracteriza com a palavra pluralismo consiste sobretudo no estado de coisas definido até aqui como *Estado de partidos*. Como resulta da conceituação, é precondição decisiva para uma estrutura política considerada *pluralista* que haja uma oposição real entre Estado e sociedade. O pluralismo consiste justamente no fato de que a vontade estatal é dominada por complexos caracterizados como *somente sociais*, expressamente *não-estatais*. Para que se possa realmente falar de “pluralismo”, portanto, deve existir uma esfera de vida social livre do Estado de onde surjam, partindo de diferentes pontos, influências sobre a vontade estatal. Em vez disso, para Schmitt, a “mudança para o Estado total” consiste em que desapareça o conflito entre Estado e sociedade: “A sociedade transformada em Estado torna-se um Estado de economia, de cultura, assistencial, de bem-estar, previdenciário; o Estado transformado em auto-organização da sociedade, e portanto não mais separável desta, abarca todo o social, ou seja, tudo o que diz respeito à convivência dos seres humanos; não existe naquela mais nenhum setor a respeito do qual o Estado possa observar uma neutralidade incondicional, no sentido de uma não-intervenção”. Nessa “violenta mudança” para o “Estado total”, nessa superação do Estado liberal – não-intervencionista, limitado apenas a poucas funções sociais, que deixava à sociedade o máximo de espaço livre e constituía, assim, a real precondição da contraposição conceitual entre Estado e sociedade –, Schmitt enxerga o sinal característico decisivo do moderno “Estado legislativo”, considerando também como tal o *Reich*

alemão da atualidade. Que o conceito de “Estado total”, tal como é definido até aqui, não ofereça qualquer visão nova da realidade sociológica, mas sim apenas uma nova palavra para o que até agora se costumava denominar “objetivo estatal expansivo”, em contraposição a “objetivo estatal limitado”; que o Estado total do século XX não seja absolutamente, como parece crer Schmitt, um fenômeno novo, pois já o Estado antigo e do mesmo modo o “Estado absoluto”, isto é, o Estado policial do século XVIII, eram “Estado total”, o qual, portanto, não está dialeticamente superado pelos anteriores; que já o Estado liberal do século XIX, assim, fosse uma reação contra um Estado total – tudo isso não é de grande importância. Dar novos nomes a fatos há muito conhecidos é hoje um método muito apreciado e difundido pela literatura política. Mais notável ainda é a tentativa de descrever a situação real da Constituição do *Reich* alemão com duas características que se excluem mutuamente. Como é possível que esse estado de coisas seja, por assim dizer, o ápice do pluralismo e ao mesmo tempo uma “mudança para o Estado total”, se o pluralismo somente é possível na medida em que a vontade estatal seja influenciada por uma esfera social, não-estatal, em cuja supressão e estatização consiste justamente a “mudança para o Estado total”? Essa contradição, além disso, coloca Schmitt diante de dificuldades que não são irrelevantes. A respeito dos partidos políticos, que existem também no Estado total, Schmitt diz: “os partidos, nos quais se organizam os diferentes interesses e tendências sociais, são a própria sociedade transformada em Estado de partidos...”. Uma vez que no Estado total não existe mais uma sociedade, Schmitt precisa tornar em Estado a sociedade dentro dos partidos, isto é, apresentar os partidos como formação estatal, não mais social. Com isso, porém, sua categoria do pluralismo torna-se inutilizável. E de nada serve que procure encobrir essa contradição, argumentando

por fim: “A existência de uma multiplicidade de tais complexos que concorrem entre si e se mantêm reciprocamente dentro de certos limites, ou seja, a existência de um Estado de partidos pluralista, impede que o Estado total se imponha enquanto tal com o mesmo ímpeto que já demonstrou nos assim-chamados Estados de partido único, Rússia Soviética e Itália”. Uma vez que, segundo a definição originária, o Estado pluralista se diferencia do Estado total justamente pelo fato de que este absorve a esfera social, tampouco pode dar resultado essa outra tentativa de se livrar da contradição: “Com a pluralização, porém, a mudança para o Estado total não é anulada, mas sim apenas, por assim dizer, parcelada, na medida em que cada complexo organizado de forças sociais – da associação coral e do clube esportivo à autodefesa armada – procura tanto quanto possível concretizar a totalidade em si e para si”. Essa totalidade parcelada é simplesmente uma *contradictio in adjecto*.

A razão mais profunda da contradição está em que Schmitt, com os termos “pluralismo” e “Estado total”, une dois pares de opostos que não têm nada em comum – a oposição entre Estado e sociedade e a oposição entre uma volição autocrática-centralista e outra democrática-descentralista – e em que nos conceitos de “pluralismo” e “Estado total” aparece em primeiro plano ora uma, ora outra das duas oposições. O Estado total, enquanto Estado que absorve completamente a sociedade e abraça todas as funções sociais, é possível tanto na forma de democracia – na qual o processo da vontade estatal se dá na luta dos partidos políticos – como na forma de autocracia, na qual a formação de partidos políticos está excluída. O Estado “total” pode também ser um “Estado de partidos pluralista” porque uma expansão tão arrojada do objetivo estatal ainda é compatível com uma articulação bastante ampla do povo em partidos políticos. Do mesmo modo, um Estado “total” entendido nesse senti-

do seria compatível com uma ampla descentralização, porém não um Estado “total” no sentido de uma comunidade com vontade centralizada, “unitária”, e portanto “mais forte”, cujo “ímpeto”, contudo, é quebrado num Estado democrático de partidos. Mas por que Schmitt sobrecarrega sua definição de pluralismo com a oposição entre Estado e sociedade, a qual – como demonstram seu Estado total pluralista e sua totalidade parcelada – é irrelevante para o fato a ser compreendido sob o conceito de pluralismo e apenas envolve contradições? Sobretudo por que a oposição entre Estado e sociedade é completamente eliminada no conceito de “Estado total”, em evidente contradição com a realidade social que deve ser apreendida através desse conceito? Não é preciso ser adepto da concepção materialista da história para reconhecer que um Estado cuja ordem jurídica garante a propriedade privada dos meios de produção mantém fundamentalmente a produção econômica e a distribuição dos produtos como função não-estatal e remete o cumprimento desta que é, talvez, a mais importante das tarefas, a um setor que só pode diferenciar-se do Estado enquanto *sociedade*, não pode ser um “Estado total” no sentido da definição de Schmitt, isto é, um Estado que “abraça todo o social”. Nesse sentido – de um regime de coerção que absorve completamente a sociedade – apenas o Estado socialista pode ser um “Estado total”. Se qualificamos o Estado capitalista de hoje como “Estado total” sem poder provar tal coisa asseverando que seu ordenamento já teria realizado a mudança decisiva para o socialismo de Estado – o que, de fato, não é possível, nem Schmitt procura fazer – então dificilmente poderemos nos defender da objeção de que a “mudança para o Estado total” é apenas uma ideologia burguesa através da qual se encobre a situação de violenta oposição em que se encontra o proletariado, ou pelo menos uma grande parte dele, em relação ao Estado legislativo da democracia parlamentar, do

mesmo modo que a burguesia do início do século XIX em relação ao Estado policial “total” da monarquia absoluta. Uma ideologia que afirma uma unidade inexistente de Estado e sociedade, pois a luta de classes não ocorre como luta entre órgãos estatais, mas sim como luta que uma parte da sociedade – que não está no Estado porque não se identifica com ele –, conduz contra outra parte da sociedade que é o Estado, porque e na medida em que seu ordenamento garante os interesses dessa parte. Com a “mudança para o Estado total” o conflito entre Estado e sociedade teria perdido o seu sentido. Porém, do ponto de vista do proletariado e de uma teoria social proletária, esse conflito tem hoje exatamente o mesmo significado que tinha outrora do ponto de vista da burguesia e de uma doutrina burguesa do Estado e da sociedade, sendo por isso tão atual e correto hoje como era então¹¹.

Assim, os conceitos de pluralismo e Estado total não podem resistir a uma crítica sociológica. Seu significado torna-se claro quando atentamos para a pronunciada acen-

11. Se – como salienta Schmitt – a essência do “pluralismo” é caracterizada pelo “contraste com uma plena e compacta unidade estatal” e se nesse conceito – segundo sua definição modificada – reaparece o contraste entre Estado e sociedade (os partidos políticos em luta entre si representando, também como formações estatais, um elemento pluralista), então uma organização do tipo Estado federativo só pode ser considerada um estilhaçamento pluralista da unidade do Estado. O mesmo vale também para o desmembramento do Estado através de uma Constituição corporativa. Quanto à demanda pelo regime econômico “de um Estado de corporações, de sindicatos ou de conselhos”, Schmitt admite também que “sua concretização não fortaleceria a unidade da vontade estatal, mas antes a ameaçaria; os contrastes econômicos e sociais não seriam resolvidos e superados mas sim se colocariam mais aberta e violentamente, pois os grupos em luta não estariam mais obrigados a seguir a via indireta das eleições gerais e da representação popular”. Isso, porém, significa exatamente que o sistema corporativo é refutado como pluralista. Totalmente diferente, no entanto, é o posicionamento em relação ao Estado federativo. Aqui Schmitt admite somente a “possibilidade” de que pluralismo e federalismo – sendo que este, segundo a definição modificada de pluralismo, pode ser na verdade somente um caso especial do último e

tuação valorativa com que surgem. Pluralismo: um estado de coisas em que a sociedade reprime o Estado, em que tendências hostis ameaçam o Estado em sua existência, por o ameaçarem em sua unidade; pluralismo significa “o poder de diversas grandezas sociais sobre a vontade estatal, “dissolução do conceito de Estado”, “divisão do Estado”, “estilhaçamento da unidade do Estado e da Constituição”. A “mudança para o Estado total” é evolução em direção oposta; é a vitória do Estado sobre a sociedade hostil, é a situação da assegurada unidade do Estado. Contra as forças pluralistas hostis ao Estado, que lhe ameaçam a unidade, buscam-se “remédios” e lança-se a questão de se “seria legítimo (...), eventualmente invocando-se o princípio cooperativo genuinamente alemão, impulsionar ainda mais essa evolução para o pluralismo”. E Schmitt responde negativamente a essa questão da forma mais decidida. Seu juízo de valor torna-se de todo evidente quando afirma que “o sistema pluralista, com seus contínuos acordos de partidos e de facções, transforma o Estado numa justaposição de compromissos através dos quais os partidos que participam a cada vez do acordo de coalizão dividem entre si todos os cargos, rendimentos e vantagens segundo a lei das quotas e ainda, porventura, con-

además um caso especialmente perigoso – “se aliam”. Todavia, ele faz essa possibilidade recuar totalmente e torna o federalismo, “não obstante, um contrapeso ainda particularmente forte contra as atuais formações pluralistas de poder e os métodos de sua política partidária”. Noutra contexto é feita referência ao fato de que “a Constituição se firma no caráter estatal dos estados” e que “o federalismo pode ser um reservatório de forças estatais”. Não causa surpresa, portanto, que o federalismo seja justificado precisamente como “antídoto contra os métodos de um pluralismo político-partidário”. Aqui, de novo, “pluralismo” é algo totalmente diferente; por outro lado, essa justificação do federalismo simplesmente ignora que a uma multiplicação do sistema parlamentar, como a que a Constituição federal traz consigo, está ligada uma multiplicação daquele “pluralismo”, ao qual, portanto, qualquer coisa pode servir de contrapeso, menos o federalismo!

sideram como justiça a paridade observada nessa atividade". Sim, no fim das contas, o pluralismo é até mesmo declarado "inconstitucional". Assim, a categoria do pluralismo pode servir para pôr de lado aquela solução do problema da garantia da Constituição que consiste na introdução de uma jurisdição constitucional; e o "Estado total" serve para fundamentar a solução que se assegura como a justa porque garante a unidade do Estado, ameaçada ou mesmo eliminada pelo antagonismo especificamente pluralista entre Estado e sociedade.

IX. Schmitt vê o caráter pluralista da jurisdição constitucional em que ela ocorre como um processo, no qual se fazem valer "direitos subjetivos" junto à Constituição ou ao poder estatal. Interpretar isso como "dissolução do conceito de Estado" é de fato totalmente infundado. Se a Constituição de um Estado federativo habilita tanto a União como os estados a impugnar, diante de um tribunal constitucional central, leis estaduais ou federais contrárias às normas sobre competência, se dá poderes aos tribunais ou a outras autoridades de sublinhar a inconstitucionalidade de normas que devem aplicar, ou mesmo se lhes dá direito a uma *actio popularis* a fim de eliminar radicalmente atos inconstitucionais, não se criam com isso "direitos subjetivos", como direitos com tendência hostil ao Estado, porque hostil ao direito objetivo, mas sim no sentido jusnaturalista de direitos inatos, independentes do ordenamento objetivo do Estado e do direito, a ser respeitados por esse ordenamento, que não sejam atribuídos e portanto não sejam por ele suprimíveis. O "direito subjetivo", que não consiste em outra coisa que na legitimação processual, na possibilidade de introduzir junto a uma autoridade central um processo cujo escopo é a eliminação de um ato inconstitucional, a remoção de uma injustiça, tal direito subjetivo não é outra coisa que um expediente técnico para a garantia da ordem estatal, sendo assim justa-

mente o oposto do que se poderia denominar a “dissolução pluralista do Estado”. Do mesmo modo, poder-se-ia falar de um “estilhaçamento pluralista” da unidade do Estado a propósito da promotoria pública e da magistratura, pois no processo penal o Estado se divide em acusador e juiz.

A “mudança para o Estado total” influi sobre a jurisdição constitucional antes de tudo na medida em que sua busca é interpretada como tentativa de conter aquela mudança e, assim, o processo de fortalecimento e consolidação do Estado, sua vitória sobre a sociedade. “Não é de admirar que a defesa contra uma tal expansão do Estado” – leia-se a “mudança para o Estado de economia”, que representa a fase decisiva na mudança para o Estado total – “surge antes de tudo como defesa contra aquela atividade estatal que num momento como este determina justamente a natureza do Estado, portanto como defesa contra o Estado legislativo. Por isso são reclamadas em primeiro lugar garantias contra o legislador. Assim se explicarão as primeiras e pouco claras tentativas reparadoras [...] que se aferraram à jurisdição a fim de obter um contrapeso para o cada vez mais poderoso e abrangente legislador. Tinham necessariamente que terminar em vazios formalismos [...] Seu verdadeiro erro estava em que somente poderiam contrapor ao poder do moderno legislador uma jurisdição que ou estivesse vinculada por normas precisas emitidas por esse mesmo legislador ou só pudesse opor-lhe princípios indeterminados e controversos, cujo auxílio não serviria para criar uma autoridade superior ao legislador”. Mas quem neste mundo já esperou de um tribunal constitucional que ele se oponha ao alargamento da competência legislativa? Então a expansão do legislativo só se pode realizar através de quebras da Constituição? Dificilmente seria possível uma interpretação mais equivocada da jurisdição constitucional. E quando Schmitt prossegue: “Numa situação assim modificada e diante de tal alargamento dos

deveres e problemas estatais, talvez o remédio possa ser dado pelo governo, porém decerto que não pelo judiciário”, preparando assim sua exigência de que não um tribunal, mas o governo, seja feito guardião da Constituição, é precisamente nesse contexto que não se pode fechar os olhos para o fato de que a expansão legislativa também se dá, em medida considerável, através do poder de decreto do governo, particularmente quando, com base numa interpretação do art. 48-2 – apoiada com entusiasmo justamente por Schmitt –, o poder de decreto do governo toma o lugar do poder legislativo do Parlamento. De resto, um tribunal constitucional é instrumento totalmente inútil para impedir a mudança para o Estado total. Não se pode, no entanto, desacreditar uma instituição partindo-se de um objetivo que lhe é completamente estranho, e afirmando depois que ela não está em condições de alcançá-lo.

Um efeito da doutrina do “Estado total” que não é irrelevante consiste na diminuição do valor de um argumento capital a favor de se confiar o controle a uma corte independente, e não ao governo. Uma vez que a Constituição divide o poder essencialmente entre dois pólos, Parlamento e governo (onde por “governo” deve-se entender especialmente o órgão composto pelo chefe de Estado e os ministros que assinam seus atos), já apenas por isso deve existir necessariamente um antagonismo contínuo entre Parlamento e governo. É o perigo de uma violação constitucional deve nascer sobretudo da possibilidade de um dos dois pólos ultrapassar os limites que a Constituição lhe designou. Uma vez que justamente nos casos mais importantes de violação constitucional Parlamento e governo são partes litigantes, é recomendável convocar para a decisão da controvérsia uma terceira instância que esteja fora desse antagonismo e que não participe do exercício do poder que a Constituição divide essencialmente entre Parlamento e governo. Que essa

mesma instância tenha, com isso, um certo poder, é inevitável. Porém há uma diferença gigantesca entre, de um lado, conceder a um órgão apenas esse poder que deriva da função de controle constitucional e, de outro, tornar ainda mais fortes os dois principais detentores do poder, confiando-lhes ademais o controle da Constituição. A vantagem fundamental de um tribunal constitucional permanece sendo que, desde o princípio, este não participa do exercício do poder, e não se coloca antagonicamente em relação ao Parlamento ou ao governo. Segundo a doutrina do “Estado total”, porém, não existe antagonismo entre Parlamento e governo. Onde deriva – sem que tal precise ser dito expressamente, e Schmitt de fato não o faz – que quando o governo, isto é, o chefe de Estado em conjunto com os ministros, atua como guardião da Constituição para defendê-la de leis inconstitucionais, o controle constitucional não está sendo entregue a nenhuma instância que possa ser considerada parte litigante.

A eliminação do antagonismo entre governo e Parlamento, decisiva para a solução do problema da garantia da Constituição, resulta do fato de Schmitt interpretá-lo apenas como uma conseqüência ou variante do dualismo de Estado e sociedade, que desaparece com a mudança para o “Estado total”. “Todas as instituições e normatizações importantes do direito público que se desenvolveram ao longo do século XIX na Alemanha e constituem grande parte de nosso direito público têm por base aquela distinção (entre Estado e sociedade). O fato de que o Estado da monarquia constitucional alemã, com suas contraposições de príncipe e povo, Coroa e Câmara, governo e representação popular, tenha sido de modo geral construído dualisticamente, é apenas expressão do dualismo geral e fundamental de Estado e sociedade. A representação popular, o Parlamento, a corporação legislativa foram concebidos como o palco em que a sociedade entrava em cena e atuava como antagonista do Estado”. “Esse Estado que

no sentido liberal, não-intervencionista, era fundamentalmente neutro em relação à sociedade e à economia, (...) modificou-se radicalmente, na mesma medida em que aquela construção dualística de Estado e sociedade, governo e povo, perdeu sua tensão, e o Estado legislativo se consumou. Pois agora o Estado vai se tornando de fato auto-organização da sociedade. Com isso cai, como mencionamos, a até aqui sempre pressuposta distinção entre Estado e sociedade, governo e povo, de modo que todos os conceitos e instituições construídos sobre tal pressuposto (lei, orçamento, autonomia administrativa) tornam-se novos problemas". No Estado total que abarca todo o social, particularmente, é impossível também haver qualquer antagonismo entre governo e Parlamento, pois tal antagonismo deve desaparecer junto com aquele que existe entre Estado e sociedade. Porém Schmitt não apresenta essa conclusão expressamente, afirmando apenas *expressis verbis* que com a mudança para o Estado total deixa de existir a distinção entre Estado e sociedade e, portanto, entre "governo e povo". Ao caracterizar o Estado total, ele não fala do dualismo entre governo e Parlamento, o qual na análise da monarquia constitucional do século XIX é apresentado como mera variante do antagonismo entre Estado e sociedade. Ele deixa ao leitor a tarefa de prosseguir com o pensamento nessa direção; diz no entanto com suficiente clareza: "Todas as contraposições até aqui usuais, ligadas ao pressuposto do Estado neutro, que surgem a partir da distinção entre Estado e sociedade e são apenas casos de aplicação e transcrição dessa distinção, deixam de existir. Separações antitéticas tais como: Estado e economia, Estado e cultura (...) política e direito (...) perdem seu sentido e tornam-se vazias". A essas "separações antitéticas", porém, segundo suas observações anteriores, pertence também a oposição entre governo e Parlamento.

Não é preciso ter especial perspicácia para demonstrar que o antagonismo entre governo e Parlamento desapareceu

tão pouco no Estado contemporâneo quanto aquele entre Estado e sociedade, com o qual não é, em absoluto, idêntico. Ele não perdeu seu sentido, apenas se modificou. Nele se expressam não mais o antagonismo entre as camadas populares representadas na maioria parlamentar e os grupos de interesse que impregnaram o monarca e seu governo, mas sim o antagonismo que existe entre a minoria e a maioria parlamentar, tendo esta no governo o seu fiduciário. Esse não é porém o único sentido que um antagonismo entre Parlamento e governo pode ter modernamente. Ele pode assumir outro sentido quando estiver no cargo um governo minoritário ou um chefe de Estado eleito apenas por uma minoria do povo, e especialmente quando um governo, não tendo por trás de si uma maioria parlamentar, governar inconstitucionalmente sem Parlamento. Numa época em que o governo do *Reich* se vê obrigado a ameaçar com a própria demissão caso o Parlamento ou apenas uma comissão deste se reúna, correspondendo ao desejo da maioria parlamentar, torna-se difícil aceitar as últimas conseqüências da doutrina do “Estado total” e admitir que “Parlamento e governo” seja uma “separação antitética” que tenha perdido seu sentido e se tornado vazia com a mudança para o Estado legislativo.

X. Os caminhos que levam do “Estado total” ao chefe de Estado como “guardião da Constituição” não são, de resto, fáceis de encontrar, mesmo para um leitor bastante atento. Parece que a real unidade do “Estado total” funciona como uma espécie de alicerce sociológico para outra unidade, qual seja, a que o preâmbulo da Constituição de Weimar pressupõe e que – caso seja algo mais que a unidade jurídica da população do Estado, que toda Constituição estabelece – é apenas uma outra expressão da mesma ideologia. “A Constituição do *Reich* em vigor firma-se no conceito democrático da homogênea, indivisível unidade de todo o povo alemão, o qual por força de seu próprio poder constituinte e

mediante uma decisão política positiva, portanto mediante ato unilateral, deu a si mesmo essa Constituição. Desse modo, todas as interpretações e aplicações da Constituição de Weimar que procuram fazer dela um tratado, um acordo ou coisa similar, são solenemente repelidas como *contrárias ao seu espírito*". A *conexão intrínseca* – em nenhum momento afirmada diretamente por Schmitt – que existe entre a construção do "Estado total" e a "unidade homogênea, indivisível de todo o povo alemão", torna-se clara pelo fato de que o "pluralismo" opõe-se a essa unidade exatamente do mesmo modo que à outra unidade representada pelo "Estado total". O pluralismo é caracterizado expressamente pela "oposição a uma plena e compacta unidade estatal". E assim como o pluralismo estorva o "ímpeto" do Estado total através da oposição que nele se expressa entre Estado e sociedade, "parcelando" a totalidade, o "elemento pluralista" que aparece "na realidade de nossa situação constitucional atual" ameaça essa "unidade homogênea, indivisível", na qual "se firma" a Constituição de Weimar. É principalmente sobre essa unidade que Schmitt fundamenta sua interpretação da referida Constituição. Essa unidade não é meramente um postulado ético-político, tal como costumam apregoar os preâmbulos constitucionais, mas sim uma realidade social, se é verdadeiro que o antagonismo pluralista de Estado e sociedade que ameaça tal unidade está, com efeito, eliminado, e que o "Estado total" que elimina tal antagonismo é uma realidade. De fato, a realidade é descrita como decadente em meio a uma desagregação "pluralista", o que, no entanto, não impede que os "interessados nesse pluralismo" (ou os teóricos que o favorecem?) sejam censurados por "encobrir a realidade com auxílio de um assim chamado formalismo".

Essa "unidade homogênea, indivisível, de todo o povo alemão", invocada pelo preâmbulo constitucional, é o prin-

principal suporte da tese do presidente do *Reich* como guardião da Constituição. Pois do fato de que “a Constituição de Weimar é uma decisão política do povo alemão unitário enquanto detentor do poder constituinte” – sendo que em verdade essa Constituição é a resolução de um Parlamento cuja identidade com o “povo alemão unitário” só pode ser afirmada mediante a ficção da representação –, Schmitt conclui que “o problema do guardião da Constituição requer uma solução diferente da que pode ser oferecida por uma fictícia forma judiciária”. Ou seja: a solução é que o presidente do *Reich* seja o guardião da Constituição, pois ele, eleito por todo o povo, está destinado a “defender a unidade do povo como um todo político”, atuando como “contrapeso para o pluralismo de grupos de poder sociais e econômicos”, tendo também a possibilidade, pela indução do referendo popular, “de se ligar diretamente a essa vontade geral do povo alemão, de atuar como guardião e defensor da unidade e integridade constitucional do povo alemão. Mais tarde voltaremos a tratar do fato de que o presidente do *Reich* é definido aqui como “guardião da Constituição” num sentido que nunca poderá ser aplicado a um tribunal constitucional, e dentro do qual este nunca foi afirmado por ninguém, de modo que contrapor o presidente do *Reich* a um tribunal constitucional faz tão pouco sentido quanto afirmar que o exército, por ser a melhor defesa do Estado, torna desnecessários os hospitais. Bastará aqui afirmarmos que se a Constituição institui um tribunal constitucional, isto não é uma “fictícia forma judiciária”, mas sim a criação de uma instituição real; e que, se algo aqui pode ser qualificado de “fictício” é justamente a tal “unidade do povo”, a qual Schmitt – pretensamente imitando a Constituição – *pressupõe* como real, e ao mesmo tempo declara eliminada pelo sistema pluralista concretamente existente com o intuito de apresentar o chefe de Estado como remédio contra essa situação e como restaurador da referida unidade.

Representar a unidade do Estado de um modo visível exteriormente é sem dúvida a função que o chefe de Estado, segundo todas as Constituições que instituem um órgão tal, deve cumprir. Certamente, como diz Schmitt, “a posição do chefe de Estado está intimamente ligada à representação da unidade política na sua inteireza. Isso porém – numa compreensão realista, livre de qualquer ideologia – significa apenas que pertence à função do chefe de Estado expressar simbolicamente a demanda irrenunciável por uma unidade material, mais que formal do Estado. Podemos até mesmo ver aí a função principal desse órgão que as diferentes Constituições chamam de chefe de Estado. Essa função consiste não tanto nas competências materiais que são atribuídas a esse órgão, que deve exercê-las em conjunto com os ministros, como parte não-independente de um órgão composto (que não é absolutamente o órgão supremo, mas apenas um ao lado de outros órgãos supremos do Estado), quanto na sua denominação como *chefe* do Estado, *imperador*, *rei*, *presidente*, e nos privilégios honoríficos que lhe são atribuídos. A importância política dessa função não deve de maneira nenhuma ser subestimada. Contudo, significa tomar ideologia por realidade quando se vê – como faz Schmitt com relação à doutrina da monarquia constitucional – na instituição do chefe de Estado não simplesmente o símbolo de uma unidade do Estado postulada no plano ético-político, mas sim o produto ou o produtor de uma dada unidade real, no sentido de uma efetiva solidariedade de interesses. Pois esse é, de fato, o verdadeiro sentido da doutrina do *pouvoir neutre* do monarca, que Schmitt transfere para o chefe de Estado republicano: mascarar o efetivo, radical contraste de interesses que se expressa na realidade dos partidos políticos, e mais importante ainda, na realidade do conflito de classes que está por trás destes. Em termos pseudodemocráticos, a fórmula dessa ficção seria algo assim: o

povo que forma o Estado é um coletivo unitário homogêneo e possui também um interesse coletivo unitário que se expressa numa vontade coletiva unitária. Essa vontade coletiva, que está além de qualquer conflito de interesses e, assim, acima dos partidos políticos – é a “verdadeira” vontade do Estado –, não é produzida pelo Parlamento; este é o cenário dos conflitos de interesses, da desagregação político-partidária (Schmitt diria “pluralista”). Seu artífice e instrumento é o chefe de Estado. O caráter ideológico dessa interpretação é evidente. Ela está já de saída em contradição com o fato de que a Constituição liga os atos do chefe de Estado à colaboração dos ministros, responsáveis perante o Parlamento. De resto, mesmo que houvesse atos autônomos do chefe de Estado, permaneceria sendo um mistério como nesses atos pode-se realizar uma harmonia de interesses que não existe em parte alguma, o interesse *objetivo* do Estado, que não é o interesse deste ou daquele grupo particular. Mesmo um plebiscito popular – provocado pelo chefe de Estado – exprime, na melhor das hipóteses, a vontade de uma maioria, que é apresentada como a *vontade geral do povo*, a típica ficção democrática.

Que todo chefe de Estado, na medida em que é independente dos grupos de interesses antagônicos, buscará com seus atos uma linha mediana, isto é, a linha do acordo, é algo que se compreende por si mesmo. Essa atitude, de fato, assegura, via de regra, a sua própria posição. O seu poder “neutro”, porém, deve ser algo bem maior que a possibilidade de equilibrar interesses. E justamente essa possibilidade é notavelmente limitada pelo fato, já mencionado, de que ele não pode agir sem a colaboração dos ministros, que dependem da maioria parlamentar.

Se, com todo o realismo e sem qualquer verniz ideológico, enxergamos a “neutralidade” do chefe de Estado nessa possibilidade de influenciar a vontade estatal na direção de

um acordo – garantida por sua independência dos partidos políticos – temos de admitir que as condições para isso encontram-se em maior grau num monarca hereditário do que num presidente de Estado eleito e reelegível. A eleição do chefe de Estado, que se dá inevitavelmente sob a alta pressão de ações político-partidárias, pode ser um método democrático de nomeação, mas não lhe garante particularmente a independência. Concluir – a partir do fato de que o chefe de Estado é eleito pelo povo, isto é, na verdade nomeado por uma maioria, por vezes mesmo por uma minoria do povo em luta com outros grupos – que ele expressará a vontade geral do povo unitário é portanto discutível, não apenas porque tal vontade geral não existe, mas também porque justamente a eleição não representa nenhuma garantia para uma função do chefe de Estado de equilibrar interesses em conflito. Se esta, via de regra, de fato se manifesta, é apesar desse método de nomeação. Enxergar na eleição uma garantia de independência, como faz Schmitt, só é mesmo possível se fecharmos os olhos para a realidade. Tampouco se deve superestimar os outros meios que as Constituições de repúblicas democráticas oferecem para garantir a independência do chefe de Estado eleito, tais como um mandato longo e uma destituição mais difícil, tanto mais que eles, em parte, são paralisados pela possibilidade de reeleição prevista constitucionalmente. Mesmo a estipulação de incompatibilidades, à qual Schmitt atribui especial importância, não tem grande peso; sobretudo se estiver proibida a filiação a corporações legislativas, mas não a organizações políticas: uma proibição de pouco significado prático. Não há, particularmente, razões suficientes para considerar a independência do chefe de Estado eleito mais forte ou mais garantida do que a do juiz ou do funcionário. Não se pode, sobretudo, desvalorizar a neutralidade do juiz de carreira em favor da do chefe de Estado com o argumento de que “Os verdadei-

ros detentores do poder político podem facilmente obter a influência necessária sobre o preenchimento dos postos de juízes e a nomeação dos peritos. Se o conseguem, a resolução em forma judiciária ou técnica das controvérsias torna-se um cômodo instrumento político, e isso é o oposto do que na verdade se objetivava com a neutralização”. Ora, os juízes são, via de regra, nomeados pelo chefe de Estado; não é este o “verdadeiro” detentor do poder político? E se apenas os partidos políticos o são, então a ausência de neutralidade dos juízes não pressupõe a ausência de neutralidade da instância que o nomeia? “Do ponto de vista prático”, opina Schmitt, “é sempre um inibidor notável dos métodos político-partidários de preenchimento de cargos quando não é o companheiro de partido transformado em ministro aquele que nomeia os funcionários, mas sim um chefe de Estado independente do Parlamento, ou seja, de um partido”. Onde, porém, está a garantia de que um “companheiro de partido” não seja eleito chefe de Estado, e desde quando os partidos políticos não têm a possibilidade, também fora do Parlamento, de tornar dependentes os órgãos eleitos por eles ou com sua ajuda? Se a neutralidade garantida através da “independência” é a condição essencial para a função de guardião da Constituição, então o chefe de Estado não possui nenhuma vantagem – pelo menos – em relação a um tribunal independente, e isso deixando-se totalmente de lado um fator que, embora não deva ser superestimado, pode muito bem fundamentar uma certa superioridade do tribunal: o fato de que o juiz é impelido à neutralidade já por sua ética profissional.

Como Schmitt não pode provar que o chefe de Estado é em maior medida independente e neutro do que o judiciário e o funcionalismo público, declara finalmente: “Tanto o judiciário como o funcionalismo de carreira são sobrecarregados de um modo insustentável quando se acumulam sobre

eles todas as tarefas e decisões políticas para as quais se deseja independência e neutralidade partidária”. Essa mudança da qualidade para a quantidade, porém, é totalmente inadmissível e não prova absolutamente nada. Não se pode comparar todo o judiciário a um camelo que desabarará no chão se lhe pusermos em cima o fardo adicional da jurisdição constitucional. Não é a jurisdição enquanto tal que está em questão, mas sim um único tribunal; as tarefas deste não sobrecarregam a “jurisdição”, a qual não existe como quantidade, é uma abstração, e enquanto tal não pode ser sobrecarregada, mas sim somente aquele tribunal concreto, o qual Schmitt, no entanto, provou anteriormente não ser uma autoridade judiciária. E trata-se somente de saber quem é mais independente e neutro: esse tribunal ou o chefe de Estado. Através da imagem distorcida de uma sobrecarga da jurisdição, Schmitt procura inutilmente esquivar-se de admitir que não conseguiu comprovar sua tese do “chefe de Estado como guardião da Constituição” com o argumento de que ele estaria mais apto a protegê-la por possuir em maior medida que o tribunal a qualidade da independência e, portanto, da neutralidade. Antes, a própria fórmula com que Schmitt define a essência da “neutralidade”, que seria pressuposto para a tarefa de guardião da Constituição, adapta-se justamente a um tribunal constitucional, militando diretamente contra o chefe de Estado. Diz ele que “num Estado de direito com poderes separados, não é lógico confiar adicionalmente essa função (a de guardião da Constituição) a um dos poderes existentes, pois em tal caso esse poder ganharia preponderância sobre os outros e poderia, ele mesmo, esquivar-se do controle, tomando-se assim o senhor da Constituição. É preciso, portanto, introduzir um poder neutro especial ao lado dos outros poderes, combinando-o e equilibrando-o com estes através de atribuições específicas”. Ora, então o chefe de Estado não é um dos “poderes existentes”,

sobretudo numa Constituição que combina o elemento parlamentar com o plebiscitário e que divide o poder político entre Parlamento e presidente do *Reich* (em conjunto com os ministros)? É justo do ponto de vista de uma interpretação da Constituição que se dedica, com todos os meios, a deslocar o centro de gravidade do poder na direção do chefe de Estado! De quem podemos dizer que se coloca como poder especial neutro “ao lado dos outros poderes”: um tribunal destinado a nada mais que exercer um controle constitucional ou o chefe de Estado? É desse tribunal ou do chefe de Estado que devemos dizer que – se chamado a exercer a função de guardião da Constituição – recebe essa função “adicionalmente”, adquirindo destarte uma “preponderância” sobre os outros poderes instituídos pela Constituição, na medida em que assim “poderia, ele mesmo, esquivar-se do controle”? Nem mesmo a ideologia de Benjamin Constant do *pouvoir neutre* do monarca poderia obscurecer tanto essa interrogação a ponto de tornar a resposta seriamente duvidosa.

XI. Que o chefe de Estado, no âmbito de uma Constituição do tipo da de Weimar, não seja exatamente o órgão mais indicado para a função de controle constitucional; que particularmente quanto à independência e neutralidade, ele não possua qualquer vantagem diante de um tribunal constitucional, é antes confirmado do que desmentido pelo escrito de Schmitt. Porém Schmitt não apenas afirma que o chefe de Estado é o órgão mais apto a ser o guardião da Constituição, mas também que, segundo a Constituição vigente, o guardião é o presidente do *Reich* e apenas ele. Ninguém negará que ele também o é, que funciona como garante da Constituição ao lado do Tribunal Federal instituído pelo art. 19, ou da outra corte aqui mencionada e ao lado dos tribunais civis, criminais e administrativos que exercem um direito de controle material sobre as leis, na medida em que

possui, ao lado desses órgãos, a missão de examinar a constitucionalidade das leis e de outros atos. Ele a cumpre quando, de acordo com o art. 70, nega a promulgação de uma deliberação legislativa contrária à Constituição ou quando, de acordo com o art. 48-1 e com ajuda das Força Armadas, obriga ao cumprimento dos seus deveres um estado que tenha ferido a Constituição do *Reich*; isso na pressuposição de que ele não se limite a meramente executar a decisão de um tribunal que, em processo objetivo, tenha previamente constatado a violação constitucional, ou seja, que o presidente do *Reich* não atue apenas como órgão executivo de um guardião da Constituição (como por exemplo o presidente federal segundo o art. 146 da Constituição federal austríaca)¹². Declarar o presidente do *Reich* como único guardião da Constituição contraria as mais claras disposições da Constituição do *Reich*. Schmitt afirma incidentalmente: “Quando nas Constituições alemãs do século XIX se prevê, ao lado de outras garantias, um tribunal especial do Estado para a proteção judiciária da Constituição, manifesta-se a verdade elementar de que esse tipo de proteção pode apenas representar uma parte das instituições de proteção e garantia da Constituição, e que seria uma sumária superficialidade esquecer, em função dessa proteção judiciária, os estreitíssimos limites de qualquer jurisdição e as muitas outras espécies e métodos de garantia constitucional”. Como porém ninguém afirmou que o tribunal constitucional seria o único guardião da Constituição, podemos com maior direito dizer: quando na Constituição de Weimar se prevê, ao lado de outras garantias, o presidente do *Reich* como garante da Constituição, manifesta-se a verdade elementar de que essa garantia só pode representar uma

12. Cf. a esse respeito Kelsen, *Die Bundesexekution*, 1927, pp. 167 ss. Traduzido neste volume com o título “A intervenção federal”.

parte das instituições de proteção da Constituição e que seria uma sumária superficialidade esquecer, em função do presidente do *Reich* atuando como garante da Constituição, os estreitíssimos limites desse tipo de garantia e as muitas outras espécies e métodos de garantia constitucional!

A tese de que apenas o presidente do *Reich* é o guardião da Constituição somente pode alcançar aparente justificação na medida em que seja dado a esse conceito de “guardião da Constituição” – isto é, de órgão que deve assegurar a constitucionalidade de certos atos de Estado, ao mesmo tempo reagindo contra violações constitucionais – um significado que jamais tenha tido ou possa ter ligação com a expressão, se é que o presidente do *Reich* deve ser contrastado como guardião da Constituição a um tribunal constitucional e se é que Schmitt pode dizer: “Antes portanto que se possa instituir, para questões e conflitos eminentemente políticos, uma corte como guardiã da Constituição, sobrecarregando e ameaçando a jurisdição com tal politização, se deveria primeiro recordar o conteúdo positivo da Constituição de Weimar e seu sistema de legislação constitucional. Segundo o seu conteúdo atual, existe já um guardião da Constituição, qual seja, o presidente do *Reich*”. Chama inevitavelmente a atenção o fato de que Schmitt, entre as atribuições do presidente do *Reich* em que deve manifestar-se sua função como guardião da Constituição, enumera também aquelas que não têm absolutamente nada a ver com uma garantia da Constituição. Schmitt, de fato, enxerga a função de guardião da Constituição no exercício de quase todas as atribuições que a Constituição concede ao presidente do *Reich*. É assim com a competência prevista pelos arts. 45 ss., isto é, a representação no exterior, a declaração de guerra, a conclusão da paz, a nomeação de funcionários, o comando supremo das Forças Armadas, etc.; a dissolução do *Reichstag* prevista no art. 43; a convocação de plebiscito popular se-

gundo o art. 73; e, especialmente, tudo que o chefe de Estado (em conjunto com os ministros) é autorizado a fazer pelo art. 48 – e não apenas pela sua cláusula 1.^a. Se o presidente do *Reich* “protege” a Constituição ao exercer todas essas funções que ela lhe confia, então “guardião da Constituição” não significa senão “executor da Constituição”. Nesse caso, porém, o *Reichstag* e outros órgãos diretamente subordinados à Constituição são tão “guardiães da Constituição” quanto o presidente do *Reich*, e no mesmo sentido se poderia denominar os tribunais e autoridades administrativas como “guardiães” das leis. Afinal, Schmitt acredita reconhecer aquela função também na fórmula de juramento do art. 42, eis que considera o presidente do *Reich* como guardião da Constituição também porque este jura que irá “defender” a Constituição. O art. 42, contudo, não diz – como cita Schmitt – “defender a Constituição”, mas sim “defender a Constituição e as leis do *Reich*”, o que não significa outra coisa que cumprir a Constituição e as leis, exercer as próprias funções de modo constitucional e legal. Nesse sentido, o presidente do *Reich* é “guardião” tanto da Constituição quanto das leis. E, na realidade, a argumentação de Schmitt acaba fundamentalmente distinguindo a função de *apenas um* dos órgãos criados pela Constituição para sua própria execução imediata, a posição de apenas um desses órgãos mantenedores da Constituição, ou seja, a competência funcional do presidente do *Reich* – ou, mais precisamente, do governo composto pelo presidente e os ministros do *Reich* –, em detrimento das competências funcionais de todos os outros órgãos diretamente subordinados à Constituição, particularmente o *Reichstag*, na medida em que qualifica como função do “guardião da Constituição” apenas a primeira, porém não as últimas. Desse modo, ele não apenas empresta uma aura mais sublime à referida função, mas desperta também a impressão de que um controle da constitucionalidade dos atos

daquele órgão – e tal controle é plenamente possível na medida em que sua função não é de controle – seria no mínimo supérfluo. “Guardião da Constituição”, no sentido originário da expressão, significa garante da Constituição. Guardar o “guardião” seria o primeiro passo de um absurdo *regressus ad infinitum* de política do direito. No entanto Schmitt compreende, em seu conceito de guardião da Constituição, funções totalmente diversas do controle constitucional, colocando mesmo a ênfase justamente sobre essas outras funções.

O verdadeiro sentido que Schmitt liga ao conceito de “guardião da Constituição” por ele introduzido na discussão sobre a garantia constitucional – aquele do qual ele depende mais que de qualquer um – aparece de modo mais nítido e preciso na passagem de seu escrito em que ele crê haver dado o golpe de misericórdia na idéia de jurisdição constitucional, ou seja, ali onde liquida essa instituição como antidemocrática. Explica ele que “é um abuso dos conceitos de forma judiciária e jurisdição, bem como da garantia institucional dos funcionários de carreira da Alemanha, quando, em todos os casos nos quais, por motivos práticos, a independência e a neutralidade parecem ser convenientes ou necessárias, se quer logo implantar um tribunal com juristas de carreira e uma forma judiciária”. E depois de apresentar a opinião, já referida num contexto anterior, de que desse modo “a jurisdição” é “sobrecarregada” num nível inaceitável, ele arma o golpe mais forte que, do ponto de vista do princípio democrático, aceito por Schmitt, se pode vibrar no plano da política do direito contra a criação de um tribunal constitucional: “Além disso, a instituição de semelhante guardião da Constituição” – repare-se: um semelhante tribunal constitucional também seria um “guardião da Constituição”, ainda que muito pior que o presidente do *Reich*; Schmitt de fato utiliza o conceito de maneira univer-

sal, também nesse sentido! – “seria diretamente contrária à coerência política do princípio democrático.” Por que um tribunal constitucional seria um guardião antidemocrático da Constituição, menos democrático que o chefe de Estado? O caráter democrático de um tribunal constitucional, não diferente daquele do chefe de Estado, só poderá depender do modo de sua nomeação e de sua posição jurídica. Caso se queira dar uma configuração democrática a esse tribunal, nada impede que o façamos ser eleito pelo povo, como o chefe de Estado, e que se dê a seus membros tão pouco quanto ao chefe de Estado a posição de funcionários de carreira; ainda que certamente pudesse permanecer a questão sobre se tal modo de criar e qualificar o órgão seria o mais conveniente, considerando-se a sua função. Tais ponderações, porém, valem também para o chefe de Estado. Seja como for, não é possível afirmar que um tribunal não possa ser estruturado de modo tão democrático quanto qualquer outro órgão. Quando Schmitt opina que: “Do ponto de vista democrático dificilmente seria possível confiar tais funções a uma aristocracia da toga”, tal objeção é liquidada simplesmente pelo fato de que um tribunal constitucional eleito pelo povo, ou apenas pelo parlamento – como, por exemplo, a Corte Constitucional austríaca nos moldes da Constituição de 1920 –, é tudo menos uma “aristocracia da toga”. Mas segundo a exposição de Schmitt, um tribunal constitucional parece antidemocrático não apenas porque supostamente tem que ser organizado de modo burocrático-aristocrático, mas também por uma outra razão, a qual embora Schmitt não maneje expressamente a fim de sustentar o referido caráter antidemocrático, deixa ter este sentido ao menos de modo tácito, eis que liga tal argumento diretamente à afirmação de que a instituição de um tribunal constitucional seria contrária ao princípio democrático; no âmbito da democracia parlamentar-plebiscitária do século XX – assim sustenta Schmitt –

um tribunal constitucional não estaria, como na monarquia constitucional do século XIX, voltado “contra um monarca, mas sim contra o Parlamento”. Enquanto em relação ao monarca a jurisdição pôde ter sucesso, não poderia ser seriamente considerada “como contrapeso ao Parlamento”, pois “a necessidade de instituições estáveis e de um contrapeso ao parlamento se configura hoje, na Alemanha, como um problema totalmente diverso do controle do monarca. Isso vale tanto para o direito de controle judiciário geral e difuso como para o controle concentrado numa única instância”. Este certamente é um dos mais assombrosos raciocínios desse livro, que não é pobre em surpresas lógicas. A afirmação de que um tribunal constitucional teria que fazer frente apenas ao Parlamento, e não também ao governo, está em contradição direta com a realidade. Se Schmitt tivesse se ocupado um pouco mais atentamente da *solução austríaca*, que dele merece apenas uma irônica menção, saberia que esse tribunal, por sua jurisprudência, entrou em conflito *justamente com o governo*, conflito esse que ameaça sua própria existência. Mas todo o escrito de Schmitt está imbuído da tendência de ignorar a possibilidade de uma violação da Constituição pelo chefe de Estado ou pelo governo, possibilidade que existe justamente em relação a uma Constituição que tem entre suas disposições mais importantes um artigo como o 48. Na medida, porém, em que Schmitt sustenta sua tese, não demonstrada e indemonstrável, de que um tribunal constitucional faria frente apenas ao Parlamento, ele reinterpreta a função desse “guardião da Constituição”, mudando-a de um controle da constitucionalidade de atos de Estado, particularmente de leis (*note-se*: promulgadas pelo chefe de Estado), para um “contrapeso ao Parlamento”. Esse é realmente o papel que a Constituição de Weimar destina ao presidente do *Reich*, ou melhor dizendo, assim se pode avaliar politicamente a posição, em termos de direito pú-

blico, que o presidente do *Reich* possui segundo a Constituição; não é, contudo, a função de um tribunal constitucional, ou seja: nesse sentido não se poderá nunca afirmar que um tribunal constitucional, de acordo com a intenção da Constituição que o institui, deve atuar como “contrapeso ao Parlamento”. O fato de que esse tribunal não pode desempenhar uma função nunca imaginada nem imaginável para si não depõe naturalmente em nada contra essa instituição, a qual por essa mesma razão pode existir ao lado de um chefe de Estado que atue como “contrapeso ao Parlamento”, sendo assim, justamente pela existência de um tal “contrapeso”, duplamente necessária.

XII. Nesta altura, porém, fica mesmo claro o que Schmitt efetivamente entende por “guardião da Constituição”. Nada, simplesmente nada que pudesse justificar a contraposição do presidente do *Reich* enquanto “guardião da Constituição” a um tribunal constitucional – que também controla tal “guardião” –, impossibilitando que esse tribunal seja “guardião” ao declarar o presidente como tal, como se se tratasse da mesma função, para a qual procuraríamos e encontraríamos no chefe de Estado apenas um titular mais idôneo, como faz Schmitt quando assim formula o resultado de sua investigação: “Antes de propor um tribunal como guardião da Constituição, tarefa para a qual não é próprio, deve-se lembrar que a Constituição já indica o presidente do *Reich* para essa função”. Se o presidente do *Reich* – e isso certamente não precisa ser negado – é concebido pela Constituição como “contrapeso ao Parlamento”, não se pode qualificar essa função como de “guardião da Constituição”, se também se denomina do mesmo modo a garantia da Constituição mediante um tribunal constitucional. Não se trata de uma mera questão de precisão terminológica, pois é nesse equívoco inadmissível que Schmitt vai buscar um de seus principais argumentos contra a instituição da jurisdição constitucional.

E essa argumentação lhe permite não apenas superestimar a competência funcional do presidente do *Reich* – um dos dois mantenedores principais da Constituição –, mas também subestimar a do outro, o Parlamento. Se o parlamento, como diz Schmitt, é o “cenário do sistema pluralista” por ser o terreno onde os conflitos de interesses se exprimem na luta dos grupos de interesses organizados em partidos políticos para influenciar a vontade estatal, esse é um processo que, não obstante todos os perigos que poderia comportar para uma formação benéfica da vontade do Estado, não pode ser qualificado de inconstitucional. A Constituição de Weimar criou de fato não só o presidente do *Reich*, “eleito por todo o povo”, mas também, e mesmo em primeiro lugar, o *Reichstag*, eleito por esse mesmo povo, e portanto aquele sistema que Schmitt qualifica de “pluralista”. Se a Constituição institui o presidente como “contrapeso” ao *Reichstag*, é apenas porque coloca este último, e portanto o sistema “pluralista” que necessariamente vem ligado a ele, como “peso” no jogo das forças políticas.

Esse sistema pode parecer pernicioso do ponto de vista de um ideal político qualquer; porém declará-lo inconstitucional por isso e apenas por isso é um abuso jusnaturalista de uma categoria que só tem sentido em termos de direito positivo. O sistema em questão não seria inconstitucional nem se o Parlamento, por falta de uma maioria estável ou por obstrução de uma minoria, fosse incapaz de trabalhar; tanto mais se a Constituição, nesse caso, indica o chefe de Estado como órgão substituto, o que, segundo a interpretação que Schmitt faz da Constituição de Weimar, seria legal. Exatamente do mesmo modo como não se tem uma violação da Constituição e o órgão substituto não pode ser considerado guardião da Constituição quando o monarca constitucional fica incapaz de trabalhar (p. ex. a Baviera sob Luís II). Porém é justamente este o sentido que o conceito de “guardião da Constituição” assume em Schmitt. E como o presidente

do *Reich*, com o complexo de competências que lhe atribui a Constituição, e particularmente por causa de seu poder de atuar como substituto do *Reichstag*, é declarado guardião da Constituição – e apenas ele, excluído o segundo (ou melhor, o primeiro) mantenedor da constituição, o *Reichstag* – a função desse *Reichstag* que “forma o cenário do sistema pluralista”, a qual, de modo exclusivo e unilateral, é contraposta como “centrífuga” à função centrípeta do presidente, sendo assim colocada como contrária à defesa da Constituição, deve aparecer pura e simplesmente como ilegal. A partir do “sistema pluralista”, uma categoria sociológica originalmente não-valorativa, se deduzem inopinadamente os “métodos dissolutivos do Estado próprios do Estado pluralista de partidos”, os “métodos destruidores da Constituição próprios do sistema pluralista” e, por fim, o “pluralismo inconstitucional”, sendo tarefa do presidente “salvar” o Estado de tudo isso. A “Constituição” não consiste nas normas que regulam os órgãos e o procedimento legislativos, assim como a posição e competência dos supremos órgãos executivos não consiste em normas ou “leis”. A “Constituição” é um estado de coisas, o estado da “unidade” do povo alemão. Em que consiste essa “unidade”, que tem um caráter material, não meramente formal, não é dito com mais precisão, mas só pode ser um estado de coisas desejado por apenas um determinado ponto de vista político. No lugar do conceito positivo de Constituição introduz-se a “unidade” como um ideal jusnaturalista. Com a ajuda desse ideal pode-se interpretar como quebra da Constituição o sistema pluralista cujo cenário é o Parlamento – e com isso a função desse mantenedor da Constituição, pois ela, entrando no lugar da Constituição, destrói ou ameaça a “unidade” – e a função do chefe de Estado como salvaguarda da Constituição, pois ela restaura ou defende a “unidade”. Tal interpretação da Constituição não pode culminar senão na apoteose do art. 48. Seu resultado –

tanto mais paradoxal se não for intencional – é que o elemento que “no *Reich* alemão perturba ou ameaça notavelmente a segurança e a ordem públicas” é o sistema pluralista, ou falando claramente, o *Reichstag*, cuja verdadeira função parece consistir, por ser essencialmente “pluralista”, em satisfazer permanentemente a condição que a Constituição de Weimar vincula à aplicação do art. 48-2¹³.

Dos dois titulares do poder estatal instituídos pela Constituição, um torna-se inimigo e o outro amigo do Estado; um quer destruí-lo, isto é, destruir sua “unidade”, e o outro quer

13. Que o sistema parlamentarista não fracassou em toda parte é comprovado com uma olhada sobre a Áustria, a França, a Inglaterra e os Estados nórdicos. Não obstante, Schmitt acredita poder proferir, sem restrições, a sentença de morte do parlamentarismo em si. O método que utiliza para tal fim é o de uma dialética francamente mística: “O Parlamento, a corporação legislativa, o titular e ponto central do Estado legislativo, no mesmo instante em que sua vitória pareceu completa, tornou-se uma criação contraditória em si mesma, que nega seus próprios pressupostos e os pressupostos de sua própria vitória. A posição e preponderância que mantinha até então, seu ímpeto de expansão sobre o governo, seu apresentar-se em nome do povo, tudo isso pressupunha uma diferenciação entre Estado e sociedade que após a vitória do Parlamento não subsistiu, em todo caso não nessa forma. Sua unidade, até mesmo sua identificação consigo mesmo, eram determinadas até então pelo seu antagonista político interno, o antigo Estado militar e burocrático da monarquia. Quando este deixou de existir, o Parlamento, por assim dizer, se despedaçou por dentro”. Se identificamos o Parlamento com a “sociedade” voltada contra o Estado, e se o “Estado total” significa a eliminação desse antagonismo, então não há, no Estado total, segundo a lógica dessa filosofia social, lugar para o Parlamento. Para o caso porém de concebermos a idéia de que a eliminação do antagonismo entre Estado e sociedade e, assim, o Estado total, pudesse também ser realizado por parte de um Parlamento que expandisse sua competência e mantivesse “sua unidade, até mesmo sua identificação consigo mesmo” ao colocar-se como órgão estatal máximo que concentrasse em si todos os poderes, aí observa-se que “O Estado agora é, como se costuma dizer, auto-organização da sociedade, contudo devemos indagar de que modo a sociedade que se auto-organiza atinge a unidade, e se a unidade é de fato o resultado da auto-organização. Pois auto-organização é, em primeiro lugar, apenas um postulado e um procedimento caracterizado pela oposição a métodos precedentes, hoje não mais existentes, de formação da vonta-

defendê-lo de tal destruição: um é o violador, o outro é o guardião da Constituição. Isso não tem nada mais a ver com uma interpretação de Constituição em termos de direito positivo; trata-se da mitologia de Ormazd e Ariman * com roupagens de direito público.

Essa análise crítica, naturalmente, não deseja nem pode colocar em questão o valor político que em determinadas circunstâncias possuem a busca da máxima expansão possível do poder do presidente do *Reich*, isto é, do governo, e a conseqüente rejeição de uma jurisdição constitucional. O escrito de Schmitt é objeto desta crítica não porque sirva a esse escopo, o qual não deve em absoluto ser rebaixado aqui como “político-partidário”, mas sim apenas porque se serve, para tal escopo político, de certos métodos que se apresentam como conhecimento sociológico e interpretação constitucional dentro da teoria do Estado, em resumo, como “discussão científica” da matéria. Esta crítica deve mostrar,

de e unidade do Estado, portanto caracterizados apenas de maneira negativa e polêmica. A identidade expressa na palavra ‘auto’ e que é unida lingüisticamente a ‘organização’, não tem por que necessariamente e em qualquer caso concretizar-se, nem como unidade da sociedade em si, nem como unidade do Estado. Existem também, como temos visto com bastante freqüência, organizações infrutíferas e ineficazes”. — A “unidade” do Estado total não pode então ser produzida pelo Parlamento, mas apenas pelo chefe de Estado! Para uma crítica que parta de um ponto de vista político oposto, por exemplo uma crítica marxista, não é difícil desmascarar tal argumentação como ideologia. Esse Parlamento, que no instante de sua vitória se despedaça misteriosamente por dentro e torna-se uma criação que nega seus próprios pressupostos apenas porque não precisa mais dividir o poder com um monarca, não seria esse parlamento simplesmente a expressão do fato de que a burguesia, onde quer que o Parlamento, pela configuração da luta de classes, deixa de ser um útil instrumento político de dominação de classe, modifica seu próprio ideal político e passa da democracia à ditadura?

* Ormazd e Ariman: na concepção dualística do zoroastrismo, respectivamente, a divindade criadora suprema e o espírito do mal em eterna luta com seu equivalente benigno. (N. do T.)

com um exemplo particularmente instrutivo e altamente sintomático da situação atual da nossa teoria do Estado e do direito público, o quanto se justifica a busca de uma separação a mais rigorosa possível entre conhecimento científico e juízo de valor político. A mistura entre ciência e política como princípio, tão em voga hoje em dia, é o método típico da moderna construção ideológica. Do ponto de vista do conhecimento científico, ela deve ser refutada também quando – como no mais das vezes e certamente também no presente caso – é feita de modo totalmente inconsciente. Diante da consciência crítica aguçada de nossa época, esse método político não pode, a longo prazo, servir de nada; pois ele é muito facilmente desmascarado pelo adversário político ou então é utilizado para uma legitimação igualmente discutível dos objetivos opostos. Mas por isso mesmo ele pode prejudicar tanto mais sensivelmente a ciência; pois todo o valor da ciência – em função do qual a política procura sempre ligar-se a ela, e justamente pelos melhores motivos éticos, porque no interesse de algo tido como bom – esse valor, que é um valor intrínseco, de todo distinto daquele outro ético-político, não resiste se a ciência, dentro desse conflito quase trágico para ela, não tiver a força de subtrair-se à sedutora união com a política.