

GILBERTO BERCOVICI

COORDENADOR

CEM ANOS DA
CONSTITUIÇÃO
DE WEIMAR
(1919-2019)



QUARTIER LATIN

A DEFESA DA CONSTITUIÇÃO DE WEIMAR

ANDRÉ RAMOS TAVARES

1. AS RAZÕES DESTE ENSAIO

Mortati, em seu clássico estudo sobre a Constituição de Weimar, originalmente publicado em 1946, considerava que o epílogo dessa Constituição se deu em um cenário no qual “não conseguiu [a Constituição de Weimar] aglutinar nenhuma força política em torno de sua defesa”¹.

A advertência desse ilustre constitucionalista, ex-juiz da Corte Constitucional italiana, desperta a atenção para um tema extremamente sensível ao constitucionalismo e à Ciência Política, que é a defesa da Constituição, em suas diversas dimensões, incluindo, em especial, a dimensão política. O tema tem relevo muito significativo na História de Weimar, e assim foi desde seu início, o que se deve ao amplamente citado artigo 48 dessa Constituição, mas não apenas por isso.

As causas da derrocada de uma das constituições mais paradigmáticas em termos democráticos² e socioeconômicos estão longe de serem causas preponderantemente normativas e reveladoras de uma causalidade linear³. Os acontecimentos que se seguiriam à curtíssima experiência constitucional, já no ocaso da República constitucional de Weimar, certamente são determinantes para compreendermos a afirmação de Mortati, mas também é necessário prospectar elementos históricos mais remotos para traçar um panorama mais certo sobre o sentido que a defesa da Constituição assumiu naquele período.

Apesar de ser amplamente conhecido o debate entre Schmitt e Kelsen sobre quem deveria ser o defensor da Constituição, resultando em uma memorável produção científica durante o período de Weimar, é, porém, menos corrente, especialmente na literatura brasileira, o interesse sobre como

1 Costantino MORTATI, “Una Valoración de Conjunto sobre la Experiencia de la Constitución de Weimar” (1946) in *La Constitución de Weimar*, Madrid, Tecnos, 2010, p. 18.

2 Por todos: Eric WEITZ, *Weimar Germany*, Princeton, Princeton University Press, 2018, pp. xiv-xvi. Em lição valiosa, autor enfatiza que o significado da Constituição jamais pode ser reduzido às suas palavras e estruturas. Importa, sim, o espírito democrático da cultura e da sociedade.

3 Nesse mesmo sentido se posiciona Saitto, que enfatiza, dentre os fatores responsáveis pela queda, a rigidez do sistema econômica weimariano. Cf. Francesco SAITTO, *Economia e Stato Costituzionale: Contributo allo Studio della ‘Costituzione Economica’ in Germania*, Milano, Giuffrè, 2015, p. 20.

efetivamente ocorreu a defesa da Constituição de Weimar durante o período em que esteve íntegra⁴.

Recordo, neste ponto, que a referida derrocada republicana e democrática teve seu início seguramente em momento no qual ainda não estava nem anunciada nem mesmo assimilada socialmente a acachapante escalada no Poder por Hitler, e tampouco era possível naquele momento prevê-la. Ademais, a teoria desenvolvida inicialmente por Schmitt não poderia ser considerada como uma base definitiva e certamente endereçada para dar suporte ou emular o nazismo, como bem advertiu Schwab⁵, até porque havia, realmente, a percepção de que, mesmo sob a Constituição de 1919⁶, vigorava um sistema de defesa da vontade popular, contra os demais órgãos, protagonizado, oficialmente e de maneira legítima, pelo Chefe de Estado⁷.

Schmitt representava, para alguns, uma posição ambígua⁸ ou duvidosa⁹. Retornarei ao tema adiante, mas é certamente necessário considerar, desde logo, um contexto, como foi o de Weimar, de difícil e precário assentamento constitucional em face de revoltas, tentativas de golpe, desafios econômicos e institucionais correntes à época, bem como das raízes históricas e culturais às quais ainda estava amarrada intelectualmente a sociedade em geral e, muito especialmente, a classe judicial¹⁰.

Apesar de o intenso debate conceitual, no tema restrito acima indicado, ter tomado assento, em boa medida, naquela mesma quadra, a ele também se costuma endereçar uma discussão teórica recente, mais desapegada das

4 Tomada, aqui, esta acepção, apenas para fazer contraponto ao abandono já nas vésperas do Terceiro Reich.

5 George SCHWAB, *The Challenge of the Exception: An Introduction to the Political Ideas of Carl Schmitt between 1921 and 1936*, 2ª ed., California, ABC-Clio, 1989.

6 Digo isso considerando a expectativa de superação do sistema imperial anterior, no bojo do qual o reforço do Poder Executivo teve lugar com a ascensão de Otto von Bismarck a Chanceler na Prússia. Havia se manifestado naquele período, como adverte Bercovici, o “bonapartismo de Bismarck”, com “sua constante ameaça de tomar decisões além da constituição e chegar ao limiar da ruptura em todos os conflitos entre o princípio monárquico e a assembleia representativa” in Gilberto BERCOVICI, *Soberania e Constituição: Para uma Crítica do Constitucionalismo*, São Paulo, Quartier Latin, 2008, p. 235.

7 Sobre a opção por esse modelo diverso do sistema norte-americano, cf. Costantino MORTATI, “Una Valoración de Conjunto sobre la Experiencia de la Constitución de Weimar” *cit.*, p. 29.

8 Nesse sentido é a tese de Ronaldo Porto MACEDO JR., *Carl Schmitt e a Fundamentação do Direito*, São Paulo, Max Limonad, 2001, pp. 62 e ss..

9 “Ficou a dúvida sobre se a sua tese [de Schmitt] se limitou a ser uma construção científica cuja validade propositória a prática se encarregou de desmentir, ou antes, um brilhante e cinico exercício de preparação da morte de uma Constituição a partir de dentro do sistema” in Carlos Blanco de MORAIS, *Justiça Constitucional. Garantia da Constituição e Controle da Constitucionalidade*, Coimbra, Almedina, 2002, tomo I, p. 290.

10 Nesse sentido: Costantino MORTATI, “Una Valoración de Conjunto sobre la Experiencia de la Constitución de Weimar” *cit.*, p. 71 e Leonel RICHARD, *A República de Weimar (1919-1933)*, São Paulo, Companhia das Letras, 1988, p. 269.

circunstâncias históricas de Weimar, salvo a imputação sempre corrente de que Schmitt e suas teorias alinhavam-se e alinharam-se à ideologia nazista e ao Terceiro Reich. A literatura em geral tem demonstrado certo distanciamento dessa opção teórica como sendo conceitualmente válida ou útil (a defesa pelo Chefe do Executivo). Em muitos casos isso ocorre exatamente por se considerar amplamente vencedora a tese do controle jurídico da Constituição, por tribunais, como lição insuperável da História, lançando para os escombros da História a pretensa defesa pelo Chefe do Reich, propalada por Schmitt.

Ocorre, porém, que governos populistas tendem a retomar os argumentos contrários à presença de tribunais no cenário político, reascendendo argumentos schmittianos. Recentemente, em alguns países merecem ser analisados com cuidado. Cito, aqui, apenas dois casos mais ilustrativos, o Tribunal da Hungria e o da Mongólia e seus “excessos pela democratização”. No primeiro caso chegou a ser corrente considerar que o país era governado pelo Tribunal e, no segundo caso¹¹, o Tribunal chegou a decidir sobre o país era presidencialista ou parlamentarista¹². Seguiu-se a esse pico um forte *backlash*. Houve, recentemente, nítida domesticação desses dois tribunais constitucionais, com o recrudescimento do caráter autoritário dos respectivos governos. Será que esse cenário recente justificaria o fortalecimento maior ainda do modelo kelseniano e seus derivativos? A Comissão de Veneza tem entendido que sim, e desde a década de noventa reforça que tribunais fortes são essenciais à Democracia.

Para responder adequadamente a essa indagação será preciso considerar seriamente que tribunais têm se mostrado vulneráveis à pressão política persistente, na advertência feita por Samuel Issacharoff para as “novas” cortes constitucionais¹³.

Porém – e isso não deixa de ser paradoxal para a teoria triunfante pós Segunda Grande Guerra sobre o defensor da Constituição – em Weimar, os tribunais contribuíram decisivamente para a mais absoluta derrocada do Estado Constitucional de Direito e dos valores básicos do ser humano, a partir da incorporação da ideia de que a “defesa do Estado” e o “estado de emergência nacional” permitiam a violação objetiva das leis¹⁴.

11 Cf. Samuel ISSACHAROFF, *Fragile Democracies: Contested Power in the Era of Constitutional Courts*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, p. 194.

12 Esta última situação é muito sintomática da inversão de paradigmas e problemas que a História nos oferece, considerando especialmente o caso de Weimar, posto que a decisão sobre os poderes do Presidente e, mais do que isso, sobre se havia presidente em sentido parlamentarista ou presidencialista, foi submetida ao Tribunal.

13 Samuel ISSACHAROFF, *Fragile Democracies cit.*, p. 193.

14 Sobre o tema, cf. Ingo MÜLLER, *Los Juristas del Horror: La “Justicia” de Hitler*, Bogotá, Alvaro Norá, 2011, pp. 40 e ss.

Neste estudo pretendo explorar mais profundamente alguns paradoxos conceituais e históricos. Para isso também retomarei a discussão sobre a contribuição fundamental dos tribunais de Weimar para o ocaso da Constituição¹⁵.

2. O CONTEXTO CONSTITUTIVO DE WEIMAR

A Constituição de Weimar foi amplamente inovadora¹⁶ e exemplar em diversos de seus setores normativos. Mais do que isso, foi palco para inúmeras disputas que ficariam para sempre registradas como socialmente relevantes na História da Humanidade.

Vale lembrar que a Constituição mexicana de 1917 e a de Weimar constituem modelos inaugurais de uma nova concepção constitucional¹⁷, de uma Constituição superlativa em suas posturas de estruturação socioeconômica. Curiosamente, ambas resultaram de um contexto revolucionário com acontecimentos, surpreendentemente, muito similares, inclusive por serem países territorialmente tão distantes entre si. Foram constituições que se fizeram ver, ouvir e praticar, ecoando seus modelos, propostas e objetivos até os dias de hoje.

As circunstâncias da invocação de sua Constituinte despertam certa curiosidade, pois foi justamente o príncipe Max de Baden que se precipitou a

anunciar a abdicação do imperador e a proposta de uma Assembleia Nacional com capacidade constituinte¹⁸.

Ademais, esse “novo” momento pós-Império, supostamente celebrado pelo povo como o resultado final de uma importante e desejada mudança, seria instalado inicialmente com um Governo provisório, sob liderança de Ebert no Conselho de Comissários do Povo, que em suas primeiras manifestações ratifica a convocação para uma Assembleia Nacional¹⁹. Apesar de revolucionário, já se mostrava aí uma *nota paradoxal* que permaneceria sob o Governo de Weimar: terem sido mantidas intactas estruturas de poder arcaicas, sem a remoção de seus ocupantes, assinalados a elas sob a cultura e as regras imperiais. Assim, por exemplo, a maior parte dos juízes que atuaram sob Weimar chegaram aos seus cargos antes de 1914. Preservaram-se, nessa mesma linha, a legislação básica, como o Código Civil de 1900 e o Código Penal de 1871²⁰.

Essa situação paradoxal certamente já nos serve de alerta, a sinalizar, desde logo, acerca de um elemento que reputo essencial para compreender as fraquezas em Weimar. Estou me referindo, aqui, não apenas à falta de um apoio político firme, mas também à permanência forte dos elementos de uma cultura imperial²¹ e muitíssimo rudimentar (em termos democráticos) com seu “espírito militar e autoritário de uma aristocracia agrária”²², que mais adiante afloraria plenamente por meio do regime nazista.

15 Curiosamente, seguiu-se um papel triunfante dos tribunais, especialmente com o modelo de Tribunal Constitucional, na defesa da Constituição de Bonn, tornando-se paradigmático aos processos contemporâneos de democratização após regimes ditatoriais, como em Portugal, Espanha e América Latina. Issacharoff considera mesmo que nessas democracias emergentes não havia outros corpos dentro da estrutura política do Estado capazes tomarem as decisões necessárias. Cf. Samuel ISSACHAROFF, *Fragile Democracies cit.*, p. 191.

16 No sentido dessa mudança paradigmática, cf. Gilberto BERCOVICI, *Constituição Econômica e Desenvolvimento: Uma Leitura a partir da Constituição de 1988*, São Paulo, Malheiros, 2005, p. 11 e ss.; Gilberto BERCOVICI, *Constituição e Estado de Exceção Permanente: Atualidade de Weimar*, Rio de Janeiro, Azougue Editorial, 2004: pp. 26 e ss.; Vital MOREIRA, *Economia e Constituição: Para o Conceito de Constituição Econômica*, Coimbra, Coimbra Ed., 1974, p. 70; Costantino MORTATI, “Una Valoración de Conjunto sobre la Experiencia de la Constitución de Weimar” *cit.*, p. 57; Washington Peluso Albino de SOUSA, *Teoria da Constituição Econômica*, Belo Horizonte, Del Rey, 2002, p. 391; André Ramos TAVARES, “Influência de 1917 na Doutrina e nas Constituições Econômicas Brasileiras” in Héctor FIX-ZAMUDIO & Eduardo FERRER MAC-GREGOR (orgs.), *México y la Constitución de 1917: Influencia Extranjera y Transcendencia Internacional*, México, UNAM, 2017 e André Ramos TAVARES, *Direito Constitucional Econômico*, 3ª ed., São Paulo, Gen, 2011, pp. 88-92. Vale recordar que a tese de um Direito Econômico permanente e metodológico surge exatamente após a Primeira Guerra Mundial, na Alemanha, justamente pelo esforço de guerra imposto à economia. Esse esforço irá se repetir sob Hitler, de maneira crescente, como se comprova, *v.g.*, no Decreto por ele expedido em 2 de Setembro de 1943 (*Apud* Franz NEUMANN, Herbert MARCUSE & Otto KIRCHHEIMER, *Secret Reports on Nazi Germany: The Frankfurt School Contribution to the War Effort*, Princeton, Princeton University Press, 2013, pp. 48 e ss.).

17 Para uma releitura da teoria tradicional cf. André Ramos TAVARES, *Direito Econômico Diretivo: Percursos das Propostas Transformativas*, tese de titularidade, Faculdade de Direito da USP, 2014, pp. 118-128 e Sandra LIEBENBERG, *Socio-Economic Rights: Adjudication under a Transformative Constitution*, Claremont, Juta, 2010, pp. 43-75.

18 Cf. Isabel LOUREIRO, *A Revolução Alemã: 1918-1923*, São Paulo, EdUnesp, 2005, p. 56.

19 Cf. Costantino MORTATI, “Una Valoración de Conjunto sobre la Experiencia de la Constitución de Weimar” *cit.*, p. 78. A convocação pelo Conselho de Comissários se concretizou logo após as eleições, determinando que a Assembleia se reunisse em Weimar, para fins constituintes, em 6 de fevereiro de 1919. Apenas a partir de 30 de setembro de 1919 é que a Assembleia Nacional transferiu-se, a fim de ocupar definitivamente o edifício do *Reichstag*, em Berlim. A Constituição aprovada pela Assembleia entrou em vigor com a sua promulgação, pelo Presidente do *Reich*, Ebert, que a promulga em 11 de agosto de 1919, em Schwarzburg, não em Weimar.

20 Michael STOLLEIS, *The Law under the Swastika: Studies on Legal History in Nazi Germany*, Chicago, The University of Chicago Press, 1998, pp. 1-2.

21 Vale lembrar que “todo o edifício do Império da Alemanha tinha fundamentos antidemocráticos”, cf. Leonel RICHARD, *A República de Weimar cit.*, p. 28.

22 Isabel LOUREIRO, *A Revolução Alemã cit.*, p. 13. Simboliza a supremacia desse pensamento o assassinato de Rosa de Luxemburgo, durante o processo de contenção da verdadeira revolução alemã, bloqueada pelas forças conservadoras contrarrevolucionárias vitoriosas, já em 1919, e pela falta de coesão e ampla base popular. A permanência a qual me refiro está retratada de maneira inquestionável na circunstância chocante de os assassinos de alguns dos revolucionários presos terem sido considerados heróis da pátria, no Terceiro *Reich*, por supostamente terem “salvado” a sociedade alemã do risco comunista. Aliás, esse mesmo evento (assassinato) produziu, “um recrudescimento ainda maior dos ódios políticos” e muitos teriam responsabilizado o Partidos Social-Democrata, que estava no poder. Cf. Isabel LOUREIRO, *A Revolução Alemã cit.*, pp. 82-83. Mais do que isso, o episódio teria feito “os comunistas considerarem os social-democratas um perigo ainda maior que os nazistas”, o que acabaria por abrir a estes últimos, ao final, o domínio absoluto que obtiveram sobre os processos sociais e institucionais, abandonando o espectro constitucional democrático de Weimar.

Na realidade, o próprio surgimento da Constituição de Weimar se deve a uma classe social ainda vinculada às antigas instituições, “que instaurou a República, mas que no fundo desconfiava dela, assim, como desconfiava do espírito ocidental em seu conjunto”²³. Franz Neumann²⁴, avaliando exatamente esse cenário “paradoxal”, sustentou que a Constituição de Weimar devia sua existência mais à tolerância de seus inimigos do que à força de seus apoiadores²⁵. Alguns vão mais longe, como Lionel Richard, para quem as normas de Weimar representavam um grande risco de gerarem “ineficácia, a impotência parlamentar e a ditadura”²⁶.

De outra parte e adicionalmente a esse cenário desencorajador, verificam-se grandes dificuldades do processo eleitoral. Na eleição para a nova Assembleia Nacional nenhum partido é capaz de converter índices suficientes para poder governar isoladamente. Por isso, foi mandatória desde o início a formação de alianças entre partidos diversos, o que se repetiria ao longo da vigência da Constituições, inclusive com alianças nitidamente conjunturais. De qualquer maneira, podemos afirmar que foram coalizações que, do ponto de vista político, deram sustentação à própria Constituição de Weimar.

Essas alianças de defesa se mostravam extremamente efêmeras e, por isso, colocavam sempre sob risco a Constituição de Weimar. Basta verificar que a união das forças políticas que elaboraram a Constituição perdera seu protagonismo já nas eleições de 6 de junho de 1920²⁷. Consoante Loureiro, nesse momento a “contrarrevolução capitalista tomava posse do Governo” (2005: 123), para, logo a seguir, abdicar em 1921, quando Fehrenbach se retira do Governo, deixando a concordância com a pesada dívida de guerra para ser assumida pelos partidos da antiga “coalizão de Weimar”²⁸, que, assim, retornavam ao tabuleiro político conturbado de Weimar.

A conjuntura dessas forças muda novamente em 1923, com o novo Chanceler Gustav Stresemann, que também passa a defender a Constituição contra os ataques que ainda perduravam²⁹.

- 23 Costantino MORTATI, “Una Valoración de Conjunto sobre la Experiencia de la Constitución de Weimar” *cit.*, p. 70.
- 24 Franz NEUMANN, *Behemoth: The Structure and Practice of National Socialism* (1944), Chicago, Ivan R. Dee, 2009, p. 15.
- 25 Mortati a considerou “obra de uma burguesia prudente”. Cf. Costantino MORTATI, “Una Valoración de Conjunto sobre la Experiencia de la Constitución de Weimar” *cit.*, p. 18.
- 26 Leonel RICHARD, *A República de Weimar cit.*, p. 55.
- 27 Cf. Isabel LOUREIRO, *A Revolução Alemã cit.*, p. 122.
- 28 Isabel LOUREIRO, *A Revolução Alemã cit.*, p. 126.
- 29 Para Loureiro, “ao que tudo indica, Stresemann defendia sinceramente a Constituição de Weimar, rejeitava a conspiração nacionalista e qualquer ideia de ditadura”, mais por motivos pragmáticos

Atacada pelos nacionalistas, pelos nacional-socialistas, pelos reacionários de direita e pelos comunistas, com alianças muitas vezes duvidosas feitas pelos social-democratas, a Constituição de Weimar foi considerada por Franz Neumann como sendo “um fenômeno meramente transitório”³⁰, que não gerava muito entusiasmo, o que certamente se agravou com a crise econômica.

2.1. O ARTIGO 48 DA CONSTITUIÇÃO DE WEIMAR

Dentre os diversos aspectos jurídicos da Constituição de Weimar³¹ que merecem nossa atenção, especialmente em termos do que se tornou, em certa medida, essencial à governabilidade, retomarei, aqui, especialmente um deles, expresso no artigo 48. Esse dispositivo, introduzido a conselho de Max Weber³², prescreveu ao Presidente do *Reich* a prerrogativa de salvaguardar a ordem e a segurança públicas, podendo recorrer à força, se necessário e, inclusive, suspender, no todo ou em parte, os direitos fundamentais³³. Vejamos o teor desse artigo:

“Quando um território não cumpre os deveres impostos pela Constituição ou as leis do *reich*, o Presidente do *Reich* pode obrigá-lo com a ajuda das forças armadas.

“Quando no *Reich* alemão, a ordem e a segurança públicas estejam consideravelmente alteradas ou ameaçadas, o Presidente do *Reich* pode adotar as medidas necessárias para o restabelecimento da segurança e ordem públicas, inclusive com a ajuda das forças armadas, caso necessário. Para esse fim, pode suspender temporariamente, no todo ou em parte, os direitos fundamentais consignados nos artigos 114, 115, 117, 118, 123, 124 e 153.”

A existência de uma norma constitucional com esse teor permissivo, a caracterizar poderes ditatoriais, não deixa de ser espantosa, especialmente quando alocada em uma Constituição tida como um dos modelos democráticos mais avançados da História.

e menos por princípios. Cf. Isabel LOUREIRO, *A Revolução Alemã cit.*, p. 152. Retomarei este tema no item seguinte.

30 Franz NEUMANN, *Behemoth cit.*

31 Elaborada a partir de um projeto inicial de Hugo Preuss.

32 Cf. Isabel LOUREIRO, *A Revolução Alemã cit.*, p. 112.

33 “Carl Schmitt en su clásica monografía utilizó el término de “Defensa de la Constitución”: entre los constitucionalistas franceses ha predominado el concepto de “control de la constitucionalidad”, en tanto que un sector de los juristas italianos se refiere a la *giurisdizione costituzionale* o al *processo costituzionale*; y en un sentido parecido, los tratadistas alemanes hablan de *Verfassungsgerichtsbarkeit* (jurisdicción constitucional), mientras que entre los angloamericanos se habla frecuentemente de *judicial review* (revisión judicial)” in Héctor FIX ZAMUDIO, *Veinticinco Años de Evolución de la Justicia Constitucional 1940-1965*, México, UNAM, 1968, pp. 12-13.

A concentração de poderes no Presidente atendia, como vimos, a um posicionamento histórico refratário ao modelo Ocidental. Mas o “poder” do artigo 48, na prática, além do regime de terror que ensejou, foi responsável por acirradas polémicas, representando, até hoje, um ponto de inflexão para o Estado de Direito e, certamente, para a própria Democracia. E isso pode ser afirmado independentemente de qual seja a instituição que venha assinalada, em uma dada Constituição concreta, para exercer um tal poder.

2.1.1. BASES PARA O ARTIGO 48

Quando, no século XIX, tentou-se fixar a tese segundo a qual o natural defensor da Constituição poderia ou haveria mesmo de ser o monarca, na verdade, a real intenção dessa ideologia estava oculta. Sabe-se bem que se pretendia recuperar o prestígio político e o poder que a monarquia perdera com a derrocada do absolutismo e o surgimento da monarquia constitucional, especialmente com a Constituição mista britânica. Assinalar ao monarca a função de tutelar a Constituição significava, em termos conceituais, nada além de uma jogada de poder para reativar velhas instituições.

Qualquer proposta com essa pretensão produziria um resultado inverso daquele abertamente declarado, ou seja, restaria fortemente inviabilizada uma real defesa da Constituição contra as violações aos seus comandos, potencialmente originadas, desde cedo, da parte daquele que poderia colocá-la em perigo, e que teria, pela proposta, poderes ainda mais reforçados para isso.

Portanto, não deixa de ser surpreendente a retomada dessa proposta justamente pela Constituição de Weimar, endereçada, nesse contexto normativo-fático, à figura do Presidente, com as exaustivas explicações ofertadas abertamente por Carl Schmitt.

A proposta do Chefe do *Reich* como defensor da Constituição remonta, ainda, à tentativa de atribuição de um poder similar à então recém-criada figura presidencial, pela Constituição norte-americana de 1787. Neste ponto, recorde ter havido, na época da Convenção norte-americana, uma proposta de Wilson e Madison, pela criação de um *Council of Revision*, a ser integrado por juizes e também pelo Poder Executivo, a fim de promover a defesa da Constituição³⁴.

Em termos doutrinários, foi com a obra de Constant³⁵ que se lançaram as bases teóricas iniciais para que o próprio Chefe do Poder Executivo fosse

considerado uma instância fiscalizadora “por excelência”. A base dessa tese encontrava-se na teoria do poder neutro (“autoridade neutra e preservadora”), destinada a manter o equilíbrio entre todos os outros³⁶.

Essa concepção teórica, posteriormente, influenciaria o próprio Schmitt³⁷, que expressamente se refere à tese de Constant, e que é o autor central na discussão aqui travada. Realmente, é com Schmitt (1929) e sob uma Constituição de Weimar já debilitada que terá lugar o avanço incondicional da tese dos poderes do chefe do *Reich* como “defensor” da Constituição.

2.2. AS PRIMEIRAS DEFESAS DE WEIMAR

Pode-se dizer que a Constituição de Weimar sofreu ataques desde seu momento inaugural, com reiteradas tentativas de golpe, manifestações difusas das massas, tentativas de derrubada de governos, bem como inúmeros movimentos (da extrema direita) contrários à própria ideia de República.

A Constituição foi defendida pelo Presidente Ebert com o uso do artigo 48, ao decretar regime de exceção já em setembro de 1923. Tratava-se de combater, por meio dessa medida excepcional, especialmente o golpe ocorrido na Baviera. Assim, dado o perigo reacionário na Baviera, era necessário defender a República por meio do artigo 48, com o que a Alemanha entra em “uma espécie de ditadura militar”³⁸. Foi nesse momento que o plano de golpe, do líder do partido nazista, Adolf Hitler, juntamente com os nacionalistas e alguns oficiais, foi debelado pelo Exército do *Reich*, tendo resultado na conhecida prisão de Hitler. “A República conseguiu finalmente impor-se no outono de 1923, contra a esquerda e a direita”, observa atentamente Loureiro³⁹. Embora se trate de um exemplo do uso do artigo 48 em benefício da Constituição, o fato também demonstra nitidamente a precariedade da estabilidade constitucional, no cenário político, a depender inteiramente do uso de um regime de exceção.

A realidade é que a Constituição vinha sendo defendida de golpes e ataques por meio do Chefe do Executivo, mais do que por qualquer outro instrumento. Nesse contexto prático se poderia compreender certas concepções, como a de Schmitt, favoráveis à concentração de poderes “neutros” no Chefe do Executivo, não se tratando, pois, de uma posição dúbia desse autor, entre defender a Constituição ou a propiciar um caminho aberto a um regime de exceção.

36 Cf. J. TISSOT, *Principes du Droit Public*, Paris, Maresq Ainé, 1872, tomo I, p. 107.

37 CARL SCHMITT, *La Defensa de la Constitución* (1931), 2ª ed., Madrid, Tecnos, 1998, pp. 213 ss., cf., ainda, DAVID DYZENHAUS, *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen, and Hermann Heller in Weimar*, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 76.

38 ISABEL LOUREIRO, *A Revolução Alemã cit.*, p. 153.

39 ISABEL LOUREIRO, *A Revolução Alemã cit.*, p. 164.

34 Cf. Pablo Pérez TREMPES, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 31.

35 Benjamin CONSTANT, *Cours de Politique Constitutionnelle*, 12ª ed., Paris, Librairie de Guillaumin, 1872, vol. I, p. 296.

Mas entre 1930 e 1932 a situação é substancialmente diversa. O Parlamento esteve reunido raramente e Weimar funcionava na base do artigo 48. O Chanceler Heinrich Brüning, sem maioria do Parlamento, governou por decretos de exceção e, quando se posicionou contra as tropas paramilitares nazistas, as SA, perdeu apoio e foi afastado por Hindenburg, após uma séria de outras políticas impopulares. Após um interregno com o General Schleicher, Hitler seria nomeado o novo chanceler⁴⁰.

Assim, o regime nazista também seria implantado com o uso do mesmo artigo 48, demonstrando a fraqueza dos instrumentos constitucionais para assegurarem a própria Constituição.

3. O ARTIGO 48 COMO DETERMINANTE DO DEFENSOR CONSTITUCIONAL

3.1. A SUPOSTA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO CHEFE DO REICH

A tese específica de Schmitt sobre o defensor apareceu pela primeira vez em 1929, em dois escritos intitulados *Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung* (O Tribunal de Justiça do Reich como guardião da Constituição), que, posteriormente, foram ampliados na célebre obra de Schmitt de 1931: *Der Hüter der Verfassung*. Estamos falando, portanto, de escritos que antecedem a nomeação de Adolf Hitler, em 30 de janeiro de 1933, como Chanceler e que, certamente, guardam relação com os difíceis momentos iniciais da vida da República de Weimar.

Muitos vislumbram um argumento democrático forte, evocado por Schmitt⁴¹, e que assim vem assinalado por Dyzenhaus: “[...] o Presidente é o guardião da Constituição em virtude do fato de que ele é escolhido pela totalidade do povo alemão.”⁴² Trata-se, porém, nesse ponto específico, de visão majoritária⁴³ da Democracia, somada a uma visão de unidade que efetivamente desqualifica a pluralidade e a diferença, em nome de uma marcha segura e firme para um específico plano de integração e exclusão forçadas:

A essência da tese de Schmitt, em sua plenitude, também se dirigiu, fortemente, a desqualificar o Poder Judiciário ou um Tribunal *ad hoc* do Poder Judiciário, como o órgão protetor da Constituição, com particularidades que analisarei adiante.

40 Sobre os detalhes históricos, cf. Isabel LOUREIRO, *A Revolução Alemã cit.*, pp. 164 e ss.

41 Carl SCHMITT, *La Defensa de la Constitución cit.*, p. 245 e ss.

42 David DYZENHAUS, *Legality and Legitimacy cit.*, p. 77, tradução livre.

43 A defesa das minorias como papel da Democracia chega a ser questionada pelo próprio Schmitt.

Para Schmitt, o protetor da Constituição há de ser o Chefe do Reich, por ser independente dos partidos políticos⁴⁴, do que decorria a situação de ser o único capaz de assegurar a necessária *unidade* do Estado. Vale recordar que a unidade era questão central desde 1862, com o Governo conservador de Bismark e suas políticas em prol da unidade nacional. Essa unidade em Schmitt, que era a unidade do povo alemão, foi por ele definida em contraposição à pluralidade (em tom negativo), que seria ínsita à composição dos Parlamentos e que, ademais, poderia em algumas circunstâncias levar a sociedade à paralisia ou à não-decisão, com riscos elevadíssimos para todo o povo.

Estes corpos parlamentares, na visão de Schmitt, seriam necessariamente incapazes de, mediante uma palavra final e definitiva, alcançarem a imprescindível unidade de valores que o povo necessitava para sobreviver e desenvolver-se adequadamente⁴⁵, inclusive para alcançar o desenvolvimento produtivo necessário à Alemanha.

Schmitt baseou sua tese na interpretação lata do referido artigo 48 da Constituição de Weimar, e identificou os poderes excepcionais que esse dispositivo conferia ao Chefe do Reich com a posição legítima de defensor da Constituição.

Para Schmitt, a Constituição de Weimar colocava o chefe do Executivo, que contava com a legitimidade da maioria, advinda de sua eleição⁴⁶, como o perfeito e autêntico poder neutro⁴⁷, mediador, regulador e tutelar. Esse poder,

44 Cf. David DYZENHAUS, *Legality and Legitimacy cit.*, p. 77.

45 Para o autor: “Los órganos legislativos son un reflejo de la pluralidad de los complejos sociales de poder organizados. Si el Estado no fuera otra cosa que este sistema pluralista, sería en la realidad un compromiso constante, y nada más que eso; su Constitución vendría a ser un contrato entre los complejos sociales de poder que constituyen el sistema pluralista, y descansaría sobre el principio *pacta sunt servanda*; las partes contratantes mantendrían el control de su propia obra, la Constitución, serían árbitros del contrato constitucional, que por medio de nuevos compromisos podrían modificar en la misma forma que lo han estipulado, y se hallarían unas con respecto a otras situadas frente a frente como poderes políticos autónomos. Así, lo que todavía existe de unidad política no sería sino el resultado de una alianza, estipulada (como todas las alianzas y contratos) con reservas sociales” in Carl SCHMITT, *La Defensa de la Constitución cit.*, p. 226.

46 A teoria política tem demonstrado que a legitimidade da origem não é suficiente para garantir a legitimidade do exercício do poder, porque não está o ocupante do cargo eletivo obrigado a seguir as determinações de seus eleitores, nem mesmo as próprias promessas de campanha, o que é especialmente verdadeiro no Brasil, visto que as plataformas eleitorais e os programas partidários são deixados em segundo plano, seja no processo eleitoral, seja já no exercício do poder pelos vitoriosos. Daí a crescente necessidade de se criarem novos mecanismos pelos quais o povo possa participar, efetivamente, não apenas da parte inicial da indicação de seu representante, mas também do próprio exercício do poder que este realiza diuturnamente. São falaciosos esses argumentos que atribuem àqueles eleitos pela maioria uma legitimidade, a toda prova, de sua atuação prática.

47 Contudo, como observa Kelsen, se o Presidente da República é um poder neutro, então há um paradoxo: a falta de neutralidade dos magistrados constitucionais, defendida por Schmitt, pressupõe a falta de neutralidade daqueles que os indicam, no caso o próprio Chefe do Executivo. Essa é uma lição válida para todos os países nos quais, como no Brasil, a Corte seja formada a partir

na teoria de Schmitt, "medeia, regula e geralmente atua para preservar a ordem natural"⁴⁸.

Deduzia também, como dito, o argumento democrático de que, sendo o Chefe do Executivo eleito por todo o povo, como salientei acima, expressaria ele a vontade da maioria, estando, pois, mais qualificado, em termos de legitimidade, a ser o defensor da Constituição.

Todas essas construções teóricas de Schmitt, porém, corresponderam a um contexto real totalmente diverso, a começar pela eleição, em 1925, em virtude da morte de Ebert, do Presidente Hindenburg, admirador e defensor das tradições construídas no Império e, especialmente, com a assunção desse poder por Hitler.

Foi assim que esse suposto poder neutro e legítimo desembocou na derrubada da própria Constituição. Ficou evidenciado que a atribuição desse poder ao Chefe do Executivo eleito pela maioria se traduziu no erro de arriscar um controle populista, atécnico e ideológico, que foi capaz de gerar, admitir e perpetuar normas jurídicas e práticas institucionais frontalmente contrárias aos direitos humanos mais básicos.

Kelsen demonstrou que o interesse de Schmitt objetivava a impedir a criação, na República de Weimar, de um Tribunal que pudesse controlar a constitucionalidade das leis, para dessa forma conseguir manter essa função com o próprio Chefe do *Reich*. Ao manter a função, mas mantê-la no Chefe do *Reich*, Schmitt estaria, em realidade, anulando essa função.

Assim, todo esse encadeamento culminaria, em termos práticos, com o Decreto de 18 de julho de 1930, pelo qual o Chefe do *Reich* dissolveu o *Reichstag*, com base nos poderes do artigo 48. E esse ato teria plena legitimidade constitucional, em consonância com Schmitt, com base na falta de capacidade do *Reichstag* para atuar, devido à impossibilidade em formar uma maioria⁴⁹.

3.2. O ARTIGO 48 SUSPENDE A CONSTITUIÇÃO

Um dos aspectos que mais chama a atenção é exatamente o paradoxo, que indiquei linhas acima, sobre a incorporação de um artigo de cunho ditatorial em uma constituição paradigma democrático.

A esse propósito, a lição do historiador Pierre Broué mostra-se esclarecedora, no sentido de que o artigo 48 concedia os poderes necessários para barrar toda tentativa revolucionária ou qualquer evolução democrática inquietante para o *status quo*⁵⁰.

Tratar-se-ia, nesse sentido, de uma cláusula de suspensão da festejada democraticidade da Constituição⁵¹.

Mas é preciso também registrar que a elaboração do artigo 48 considerava a necessidade de um poder forte, capaz de manter a integridade do território nacional, contra as eventuais revoltas e tentativas, por parte de algumas regiões, de declararem-se independentes. É preciso recordar que a unidade nacional era uma questão sensível e a autonomia de voz das regiões/estados chegou a ser colocada como um problema em termos de participação ou limitação da Assembleia Nacional constituinte⁵².

Portanto, apesar de suspender a Constituição, o artigo 48 era considerado, por muitos, imprescindível para a preservação da nova República de Weimar em sua integralidade.

4. A POLÍTICA E OS TRIBUNAIS

4.1. ESCLARECIMENTOS

Analisarei o tema deste tópico em duas dimensões distintas da relação ou imputação entre a política e os tribunais. Inicialmente, endereçarei a dificuldade e, em certa medida, inviabilidade atribuída aos tribunais para lidarem com matéria política, e, nela, a defesa da Constituição, por aqueles que assim a consideravam uma atividade política. Esse aspecto gira em torno, essencialmente, da concepção desenvolvida por Schmitt, retomando seus pressupostos, objetivos, aporias e interesses.

Uma outra linha de análise dessa mesma relação enxerga os tribunais no seu movimento real, durante Weimar, especialmente porque parece ter sido de ordem prática a formação de um anteparo judicial que significou a assunção e propagação de teses e ideias antidemocráticas e anticonstitucionais. Houve, na realidade da República de Weimar, uma dificuldade e inviabilidade dos

da indicação (escolha unilateral e, em muitas constituições, excessivamente livre) do Presidente da República.

48 David DYZENHAUS, *Legality and legitimacy cit.*, p. 76.

49 Carl SCHMITT, *La defensa de la Constitución cit.*, p. 68.

50 Apud Isabel LOURIBO, *A Revolução Alemã cit.*, p. 113.

51 Certamente muito além da concepção de uma mutação, tema desenvolvido em obra clássica por Georg JELINEK, *Reforma y Mutación de la Constitución* (1906), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

52 Walter JELINEK, "El Proceso de Elaboración de la Constitución de Weimar" 1930 in *La Constitución de Weimar*, Madrid, Tecnos, 2010, pp. 88-90.

tribunais, mesmo sendo considerados como não-Defensores da Constituição, em enfrentarem de maneira técnica e firme a violação das leis e derrocada do Estado de Direito. Abandona-se, assim, justamente a legalidade, única base de sustentação de tribunais esvaziados do poder de defesa da Constituição. Assiste-se à priorização, judicial, de um Estado de exceção. E isso se dá longe do contexto da disputa conceitual Schmitt-Kelsen, já que era tarefa básica do Poder Judiciário, amplamente reconhecida, respeitar e fazer cumprir o Direito em vigor.

Assim, com a vassalagem dos tribunais às ideias antidemocráticas ficava definitivamente derrotada não apenas a tese dos tribunais defensores da Constituição como também a tese estrita (Schmitt) de (apenas) aplicar as leis.

Realizou-se a incrível passagem dos tribunais para um papel indefensável, de defensores da ideia abstrata e aleatória de preservar os interesses emergenciais e nacionais do Estado.

4.2. O TRIBUNAL SUPREMO DO REICH COMO DEFENSOR DA CONSTITUIÇÃO DE WEIMAR

O Tribunal Supremo do *Reich* exerceu o papel de defensor da Constituição desde a decisão de 4 de novembro de 1925, data na qual a própria Corte se declarou competente para averiguar a concordância entre o conteúdo das leis e o conteúdo da Constituição de Weimar⁵³.

Os juízes “ordinários”, nos termos dessa decisão e, na visão de Favoreu, nos termos do artigo 102⁵⁴ da Constituição de Weimar, tinham assumido a tarefa de defensores da constitucionalidade formal das leis. Mas “não ousaram formular regras sobre a constitucionalidade da lei e principalmente sobre a proteção dos direitos fundamentais”⁵⁵.

A esse propósito, porém, Schmitt é taxativo em não reconhecer no exercício dessa atividade do artigo 102 e, muito especificamente, nessa decisão, o exercício da tarefa de defensor da Constituição em sentido estrito, ainda que dela tenha decorrido a negativa de aplicação⁵⁶ a uma lei.

Schmitt considerava isso uma confusão, uma confusão sobre o significado de defensor da Constituição, que para ele só se podia dever a um certo mito,

equivocado, uma “divinização” que deve ser evitada, da Corte Suprema norte-americana. Para confirmar seu argumento, invoca deliberações da Constituinte de Weimar, na qual teriam ocorrido “notórias imprecisões documentalmente registradas”, como quando ali se alude a um “[...] ‘Tribunal Político para a defesa da Constituição’ como ‘o implantaram todos os grandes estados democráticos, por exemplo a América do Norte’”⁵⁷.

Outro caso considerado um marco envolveu a Prússia, conhecido como o caso Prússia contra o *Reich*, de 1932, no qual, a partir de um Decreto baseado no artigo 48, do Presidente Hindenburg, o Governo Social-Democrata da Prússia foi afastado e substituído por um interventor. O partido, porém, recorre não à violência ou às armas, mas a um tribunal, o tribunal estatal, para enfrentar essa situação. Esse caso é considerado como “um ponto de não retorno na destruição da Democracia em Weimar”⁵⁸.

O cerne de toda problemática a ser enfrentada nesse tema, na visão de Schmitt, está no caráter político do defensor da Constituição, por ele reconhecido como imanente a essa atividade. Assim, tal característica estaria a impedir que um tribunal assumisse essa posição⁵⁹.

Esse pensamento aparece em diversos momentos na obra de Schmitt, inclusive quando invoca as lições de Benjamin Constant e sua obra sobre a responsabilidade dos ministros, na qual este último autor reforça a natureza política deste processo (de responsabilidade ministerial), a demandar um colegiado especial, uma “câmara de pares”, independente e neutra, não um tribunal. Ou, ainda, no caso considerado o mais importante do século XIX, o do conflito prussiano de 1862-1866, que rendeu a discussão sobre a falta de uma Lei Orçamentária, com relação ao qual Schmitt, citando R. von Mohl, considera ser demasiado possível que um juiz tenha de declarar duvidoso o sentido de uma lei, levando ao *non liquet*, problema insuperável, segundo o mesmo Schmitt, ainda que se queira proporcionar ao Tribunal a faculdade de “estabelecer por si mesmo o sentido duvidoso de um preceito formulado pela Constituição”⁶⁰. Nesses casos, o Tribunal “viria a ser uma instância política, juntamente com o *Reichstag*, o Presidente e o Governo do *Reich*”⁶¹. E arrematava: “Nenhuma

53 cf. Louis FAVOREU, *As Cortes Constitucionais*, São Paulo, Landy Editora, 2004, p. 19 e Carl SCHMITT, *La Defensa de la Constitución cit.*, p. 43

54 Que determinava “Os juízes são independentes e não estão submetidos senão à lei”.

55 Louis FAVOREU, *As Cortes Constitucionais cit.*, p. 19.

56 Schmitt confirma que se trata de problema de mera não-aplicação, porque o Tribunal não chega a negar a validade da lei. Carl SCHMITT, *La Defensa de la Constitución cit.*, pp. 48 e 54-55.

57 Apud Carl SCHMITT, *La Defensa de la Constitución cit.*, p. 44.

58 Leticia VITA, “¿Quién Debe Ser el Guardián de la Constitución? Una Relectura del Debate entre Kelsen y Schmitt a luz del Caso Prusia contra Reich de 1932”, *Lecciones y Ensayos* n. 99, 2017, p. 150.

59 Sobre esse tema, cf. a análise de Carlos Miguel HERRERA, “La Polemica Schmitt-Kelsen sobre el Guardián de la Constitución”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)* n. 86, outubro/dezembro de 1994, p. 203.

60 Carl SCHMITT, *La Defensa de la Constitución cit.*, p. 67.

61 Carl SCHMITT, *La Defensa de la Constitución cit.*, p. 70.

ficção, por mais extrema que fosse, poderia impedir que qualquer pessoa considerasse semelhante Tribunal com uma instância política”.

Bem por isso a função de defensor constitucional exercida amplamente pela Corte Suprema norte-americana não poderia ser adaptada para a realidade alemã de Weimar, dizia abertamente Schmitt⁶². Em primeiro lugar, porque o modelo norte-americano é do *common law*, franqueando amplamente a criação judicial, ao contrário do alemão. Em segundo lugar, porque há o uso de princípios muito gerais “abusivamente designados como normas”⁶³, tendo essa Corte “uma posição singularíssima em toda a História universal”.

Acrescente-se, sobretudo, o entendimento, corrente nessa obra de Schmitt, de que o suposto controle judicial das leis que era exercido pelo Tribunal Supremo do *Reich*, sob a Constituição de Weimar, tinha, nas suas palavras, “uma importância muito moderada se se compara com o direito de controle do tribunal americano e, examinadas em detalhe suas atribuições, move-se em um âmbito mais reduzido”⁶⁴. Ao final, Schmitt prega que apenas um pequeno grupo de normas da Constituição possa ser utilizado nessas operações dos tribunais, exatamente aquelas normas que apresentem a possibilidade de uma subsunção precisa aos casos concretos sob julgamento. De outra parte, entende que certas normas constitucionais não permitem essa atuação judicial de controle, precisamente as normas de princípios, as normas gerais, as normas de poderes e as de competência. Delas não se poderiam servir os tribunais para negar a aplicação de uma lei⁶⁵, justamente pelo viés político que implicam.

Para Schmitt, o controle judicial na Constituição de Weimar, quer dizer, a defesa judicial da Constituição, “é apenas acessória”. Para reforçar esse entendimento, recorre a H. Triepel, um crítico do positivismo jurídico, que caracterizava expressamente essa atividade do Tribunal do *Reich* como uma “competência ocasional”⁶⁶. E conclui, em termos comparativistas, que o tribunal “não ocupa nem de longe uma posição semelhante à do norte-americano”⁶⁷, desqualificando, portanto, aquelas teses que pretendiam recorrer ao modelo norte-americano de tribunal constitucional como semelhante ao alemão sob Weimar.

Um último argumento utilizado para definir esse modelo residual e secundário dos tribunais para com a Constituição, em Weimar, encontra-se

62 Cf. Carl SCHMITT, *La Defensa de la Constitución cit.*, p. 46.

63 Carl SCHMITT, *La Defensa de la Constitución cit.*, p. 45.

64 Carl SCHMITT, *La Defensa de la Constitución cit.*, p. 47.

65 Carl SCHMITT, *La Defensa de la Constitución cit.*, p. 48.

66 E arremata que só se exerce “de modo eventual, *incidenter*, en una sentencia judicial, y conforme a las posibilidades de cada juez” in Carl SCHMITT, *La Defensa de la Constitución cit.*, p. 52.

67 Carl SCHMITT, *La Defensa de la Constitución cit.*, p. 48.

nas lições de Grünhut (também invocado por Schmitt⁶⁸) sobre o artigo 102 da Constituição. Nas palavras de Schmitt, para esse artigo “não existe Justiça independente sem sujeição concreta a uma lei”⁶⁹. Isso traz ao juiz o dever insuperável de aplicar sempre uma lei, podendo, sim, afastar uma, por violação da Constituição, mas com essa operação o juiz apenas estaria cedendo espaço para que outra lei ocupasse a posição de regente do caso.

Certamente que, em um pensamento que assume como ponto central e necessário da função dos tribunais a estrita aplicação da lei, como de fato é o pensamento de Schmitt e de Grünhut, pouco ou nenhum espaço há para alocar qualquer tribunal como defensor da Constituição em sentido pleno. O artigo 102 da Constituição de Weimar foi, portanto, base para um pensamento formalista e literal por parte de alguns autores, o que contribuiu para reduzir os tribunais ao papel de cumpridor das leis. Ainda assim, os tribunais se libertariam dessa sujeição para assumirem um novo papel, a defesa da pátria.

Segundo Schmitt⁷⁰ a colocação do Tribunal Constitucional como instância de superação de dúvidas interpretativas (*v.g.*, aquela decorrente dos princípios constitucionais) não teria nada de jurisdição, mas sim de *legislação*, embora legislação na forma de um procedimento *justizförmig*, ou seja, na forma judicial. Identificar-se-ia o Tribunal Constitucional, assim, com uma Câmara Alta, para Schmitt, o que estaria a deturpar a legitimidade democrática do povo.

Para Schmitt o protetor da Constituição “não deve ser abstrato, mas deve sim proteger contra perigos determinados e concretamente temidos”⁷¹. Apesar do discurso de que o protetor deveria ter em conta os perigos concretos, e os perigos e horrores surgidos e praticados com o nazismo e sua ideologia não chegaram a colocar o Executivo, nessa concepção, como motivo de preocupações teóricas tão aguerridas como estas preocupações contra um Tribunal. Pelo contrário, houve a propagação da ideia de que apenas o Executivo saberia conduzir adequadamente a sociedade.

Apesar de Schmitt afirmar que não se interessava por fazer qualquer censura da Corte Suprema norte-americana, não conteve sua perplexidade ao constatar que aquela corte havia colocado obstáculos às leis protetoras dos trabalhadores, mulheres e crianças, dentre outras leis sociais, consideradas “tão naturais” na Alemanha⁷². Assim, apesar de ser uma corte única e com

68 Cf. Carl SCHMITT, *La Defensa de la Constitución cit.*, p. 71.

69 Carl SCHMITT, *La Defensa de la Constitución cit.*, p. 77.

70 Carl SCHMITT, *La Defensa de la Constitución cit.*, pp. 89-90.

71 Carl SCHMITT, *La Defensa de la Constitución cit.*, p. 60.

72 Cf. Carl SCHMITT, *La Defensa de la Constitución cit.*, p. 46.

viés político, isso teria feito com que fosse protetora da ordem social, o que se contrapunha, em uma visão corrente à época, à cultura da Alemanha⁷³.

Ao se acolher a tese de Schmitt, o Tribunal do *Reich* deixava de se pronunciar mesmos nos casos mais espantosos de violação da Constituição de Weimar, como os homicídios em nome do patriotismo, deixando ocorrer livremente, pois, um sistemático ataque, tanto por parte do Parlamento como, ao final de Weimar, por parte do Chanceler.

Aliás, para Favoreu, as numerosas violações constitucionais cometidas desde logo pelo Parlamento “impeliu os reformadores, após a guerra, a voltar às teorias de Kelsen, que tinham sido afastadas em proveito das de C. Schmitt”⁷⁴.

4.3. A ASCENSÃO DO TERCEIRO REICH: A CONTRIBUIÇÃO POLÍTICA INDEFENSÁVEL DOS TRIBUNAIS

A ascensão de Hitler e o período de exceção encontraram suporte pragmático exatamente no artigo 48 da Constituição, o que demonstra algum nível de equívoco na presença desse artigo em uma Constituição democrática. Porém, é preciso registrar que antes mesmo dessa ocorrência constitucional, já presenciávamos a luta de parte da sociedade ultraconservadora por fazer triunfar ideais e ideias antidemocráticas.

Isso decorria exatamente de um pensamento que vinha desde o Império, de extrema direita, que sustentava uma cultura geral de forte tolerância com as práticas que vilipendiavam e atacavam a Constituição, como conspirações e tentativas de golpe de Estado⁷⁵, quando advindas do seio desse mesmo segmento e, ao contrário, geravam um tratamento judicial draconiano⁷⁶ quando as ações ou protestos advinham da esquerda, incluindo, no limite, a pena de morte. Estamos diante do que Stolleis⁷⁷ chama de “lealdade sob reserva” dos juízes, quanto à República de Weimar.

73 Esse aspecto esteve ligado à cultura da superioridade germânica, “que exaltava a ‘comunidade’ tradicional, ‘orgânica’, em contraposição à ‘sociedade’ composta de indivíduos alienados, produto da modernização capitalista, [que] acabou se traduzindo, na época do nazismo, na oposição entre Estado autoritário e democrático, o primeiro sendo visto como o único capaz de proteger a ‘cultura’ germânica da decadente ‘civilização’ ocidental.” Cf. Isabel LOUREIRO, *A Revolução Alemã cit.*, p. 26.

74 Louis FAVOREU, *As Cortes Constitucionais cit.*, p. 19.

75 Como a tentativa de depor o Governo em março de 1920, por parte de militares e militantes de extrema direita, cf. Isabel LOUREIRO, *A Revolução Alemã cit.*, p. 116.

76 Nesse sentido: Isabel LOUREIRO, *A Revolução Alemã cit.*, p. 115. Sobre o baixo compromisso democrático dos juízes em Weimar, cf. ainda: Leticia VINA, “¿Quién Debe Ser el Guardián de la Constitución?” *cit.*, p. 12.

77 Michael STOLLEIS, *The Law under the Swastika cit.*, p. 2.

Todos tribunais em Weimar, incluindo o Tribunal do *Reich*, aceitaram a existência de um estado de emergência nacional, que “podia justificar a transgressão das leis”⁷⁸ para permitir que traidores fossem perseguidos e, inclusive, mortos (assassinados).

Só que esses supostos traidores eram, inicialmente, pacifistas e republicanos que denunciavam a violação do Tratado de Versalhes⁷⁹ pelas forças armadas alemãs, ou seja, atuavam sob o manto constitucional, seja por expressarem suas opiniões (artigo 118 da Constituição de Weimar), seja por defenderem a legalidade ao denunciarem práticas ilícitas, tecnicamente falando.

A situação chegou ao ponto de se considerarem os assassinos como nacionalistas que atuavam para conter os traidores do Estado. Müller observou que os advogados de alguns desses assassinos sustentavam que tais homicidas estavam agindo em legítima defesa do Governo, já que este não podia tomar ações em virtude do Tratado de Paz ao qual se submetera. Ou seja, havia sido criado o direito de fazer justiça com as próprias mãos, segundo os próprios critérios subjetivos de um sentimento abstrato de defesa da coletividade.

Assim, foi se consolidando a ideia da defesa do Estado, bem como a tese da emergência nacional. Ambas podem ser consideradas como motores de uma engrenagem estatal que era, essa sim, verdadeiramente conspiratória (contra a Democracia e o Estado de Direito)⁸⁰ e continha em si uma visão jurídica espúria, sendo que ambos elementos se complementavam.

Os dados estão em E. J. Gumbel, ao observar que durante a República de Weimar, a cada ano eram condenadas por traição o dobro de pessoas que haviam sido condenadas por essa razão nos trinta e dois anos anteriores à Primeira Guerra Mundial⁸¹. Mais do que isso, o Tribunal havia expressamente legitimado o assassinato⁸² dos traidores, em nome da defesa do Estado que assumia como prioritária (a defesa do Estado justificaria um crime). Hugo Sinzheimer referiu-se a essa decisão inicial da Corte como responsável não

78 Ingo MÜLLER, *Los Juristas del Horror cit.*, p. 41.

79 Tratado em vigor na Alemanha, que limitava fortemente o Exército da Alemanha e a fabricação de material bélico, bem como impunha a extradição de criminosos de guerra para fins de julgamento. O Tratado atribuía, ainda, à Alemanha, a responsabilidade pela Guerra, gerando a necessidade de reparação.

80 Como lembra Lisa Hilbink, na atualidade a maioria dos acadêmicos recusa a ideia de uma vontade coletiva harmônica”. Cf. Lisa HILBINK, *Jueces y Política en Democracia y Dictadura: Lecciones desde Chile, México, Flacso*, 2014, p. 33. Pode-se dizer que as teses utilizadas pelos juízes e tribunais em Weimar configuravam uma forma de eliminar a dissidência, promovendo a unidade de um imaginário interesse nacional a todo custo.

81 *Apud* Ingo MÜLLER, *Los Juristas del Horror cit.*, p. 41.

82 Isabel LOUREIRO, *A Revolução Alemã cit.*, p. 115.

apenas por danificar o Estado de Direito, mas por destruí-lo, justamente por quem existia para o proteger⁸³.

O interesse do Estado, em nome da defesa do povo alemão, havia sido colocado acima do Direito. “Por implicação, os crimes mais espantosos não eram puníveis se se cometiam no interesse do estado, enquanto que atos legais eram puníveis se eram contrários a esse interesse.”⁸⁴. Era o fim do Estado de Direito como o conhecemos, e a criação de um Estado policalesco com poderes sobre de vida e morte.

Tudo isso vai se conectar perfeitamente ao que viria a ocorrer logo adiante na História de Weimar. Basta observar, como fez Müller, que o último capítulo de *Mein Kampf* se denomina “O direito de legítima defesa”. A Lei de emergência nacional foi chamada por Schmitt de “Lei para remover o perigo contra o Povo e o *Reich*”⁸⁵.

Em síntese: “O princípio jurídico fundamental da ditadura nazista ‘É direito tudo o que beneficie o povo’ tinha sido estabelecido pelos tribunais mais elevados da nação cinco anos antes dos nazistas tomarem o poder. E os teóricos nacional-socialistas tinham gosto de indicar o papel decisivo desempenhado pelo venerável Tribunal do *Reich* ao criar ‘o novo direito, cuja única norma é o bem-estar e a segurança do povo alemão.’”⁸⁶.

5. A RETOMADA DA PROPOSTA DE KELSEN COM A DERROTA DO EIXO

Vale observar que, um ano antes da primeira publicação de Schmitt, ou seja, em 1928, Kelsen havia publicado seu estudo clássico e mundialmente referido acerca de *La Garantie Jurisdictionelle de la Constitution (La Justice Constitutionnelle)*⁸⁷, com publicação posterior em alemão sob o título *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, no qual promoveu a tese – de resto vencedora na História, incorporada, primeiramente, à Constituição austríaca de 1920, e com grande sucesso, à Constituição alemã de 1949 – de que um Tribunal é que deveria atuar na defesa da Constituição. Schmitt rivalizou, ao

seu tempo, com a tese kelseniana, sustentando, como visto, o poder-dever do Chefe do *Reich* como capacidade exclusiva deste alto posto.

Embora tendo escrito, inicialmente, em 1928 sua teoria acerca da defesa da Constituição, a rivalização com Schmitt vai ocorrer especialmente com a apresentação de ensaio, por Kelsen, no periódico *Die Justiz*, intitulado *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* (Quem Deve Ser o Guardião da Constituição?), no volume VI, de 1930-31.

Na concepção de Kelsen tem-se que qualquer tribunal ou órgão constitucional “[...] cuando rechaza la aplicación de una ley inconstitucional y anula consecuentemente su validez para un caso concreto opera realmente como garante de la Constitución, aun cuando no se le confiera el altisonante título de ‘defensor de la Constitución’”⁸⁸.

Kelsen procura indicar e demonstrar os equívocos e contradições da teoria de Schmitt. Nesse sentido, lembra que a legitimidade do Presidente, sustentada por Schmitt, advém apenas de uma maioria no momento da votação, nada mais garantindo⁸⁹. E critica, em diversas passagens, a compreensão de Schmitt acerca dessa Justiça Constituição, bem como sua leitura “estreita” da Constituição e sua compreensão, igualmente limitada, do que seria um seu real “defensor”. A História se encarregou de demonstrar a fraqueza e os reais objetivos da tese de Schmitt.

Independentemente do resultado catastrófico das leituras parciais propiciadas pela teoria de Schmitt, é importante retomar esse debate, a fim de compreender melhor as funções da jurisdição e seus limites, um tema permanente nos estudos da Ciência Política e do Direito.

5.1. O TRIBUNAL COMO *HERR* DA CONSTITUIÇÃO?

A teoria do poder neutro para o Chefe do Executivo, construção teórica retomada por Schmitt, é amplamente criticada por Kelsen.

Ademais, ao utilizar o artigo 48, “com uma interpretação mais do que extensiva”⁹⁰, Schmitt “procura ampliar a competência do presidente do *Reich* de maneira tal que este não escapa de tornar-se senhor soberano do Estado”⁹¹ chegando à posição de uma ditadura, nas palavras de Kelsen, ainda que Schmitt não denomine assim essa situação. Certamente, como conclui Kelsen, essa posição de poder não é compatível com a posição de um defensor da Constituição.

83 Apud Ingo MÜLLER, *Los Juristas del Horror cit.*, p. 42.

84 Ingo MÜLLER, *Los Juristas del Horror cit.*, p. 43.

85 Apud Ingo MÜLLER, *Los Juristas del Horror cit.*, p. 43.

86 Ingo MÜLLER, *Los Juristas del Horror cit.*, p. 44. Dos 122 juizes que integravam as salas do Tribunal do *Reich* apenas um deles era socialdemocrata e foi o único removido em 1933, por falta de confiança política.

87 Hans KELSEN, “La Garantie Jurisdictionelle de la Constitution (La Justice Constitutionnelle)”, *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l’Etranger*, abril/junho de 1928.

88 Hans KELSEN, *¿Quién Debe Ser el Defensor de la Constitución?* (1931), Madrid, Tecnos, 1995, p. 17.

89 Hans KELSEN, *¿Quién Debe Ser el Defensor de la Constitución? cit.*, p. 63.

90 Hans KELSEN, *Jurisdição Constitucional*, São Paulo, Martins Fontes, 2003, p. 256.

91 Hans KELSEN, *Jurisdição Constitucional cit.*, p. 246.

Mas essa mesma discussão retorna no pós-Guerra, ou seja, já dentro de contextos dominados pelo constitucionalismo triunfante de Kelsen.

Como sabemos, a derrota dos Países do Eixo levou à construção de um novo tipo de Constituição no modelo Ocidental de Direito, que incorpora o Tribunal Constitucional como elemento essencial da concretização democrática de um país⁹². Um modelo que não esteve isento de grandes problemas e críticas e, particularmente, da mesma crítica lançada certamente por Kelsen à teoria de Schmitt sobre o defensor da Constituição.

Desde a célebre polémica travada entre Schmitt e Kelsen, debate-se sobre a oposição entre o político e o jurídico a propósito de um Tribunal Constitucional como defensor da Constituição. E um dos aspectos centrais a mover essa discussão é exatamente o grau de discricionariedade do Tribunal, os contornos aos quais se deve circunscrever sua atividade (em suas distintas funções).

Portanto é, ainda hoje, cabível a retomada da discussão sobre quem há de ser o defensor da Constituição e, certamente, sobre os inimigos reais e potenciais da Democracia.

Nesse delineamento pós-guerra, tenho por certo que o Tribunal, como instituição, foi muito além do papel que lhe assinalou Kelsen, de mero legislador negativo, apesar de uma desconfiança inicial quanto à própria Constituição, denominada apenas como Lei Fundamental⁹³.

A criatividade⁹⁴ foi sendo, então, progressivamente utilizada pelo Tribunal, sob um argumento geral, por vezes implícito, por vezes verbalizado, de que se tratava sempre da necessidade imperiosa e inquestionável de aprofundar a Democracia em todas suas dimensões. Sua intensidade superou aquela própria dos tribunais em geral, especialmente em virtude de sua posição sobranceira

sobre o sistema jurídico. E é essa a compreensão que prevaleceu, na História, acerca do papel da chamada Justiça Constitucional concentrada.

Entendo, na linha do que anota Carrillo⁹⁵, ter sido por meio da interpretação que o Tribunal passou a colaborar com “la adecuación de la norma suprema a la realidad circundante.”. Esse é um processo que considero incindível da operação jurisdicional, mas que tem especial alcance (mais intenso) e significado (por ser realizado em processo considerado abstrato) quando desempenhada por um Tribunal Constitucional. Há um poder de ajuste (concretização) e criativo⁹⁶ (pós-legislador negativo), consoante, cujo espaço de escolhas discricionárias é inevitável.

Não se questiona mais a enorme força de que é dotado o intérprete oficial de um texto jurídico, como o caso dos tribunais constitucionais na Europa e é, no Brasil, o caso do STF.

Mas, nessa linha de raciocínio, esse poder excepcional de interpretação pode acabar por transmutar a rigidez da Constituição, tornando-a flexível. Foram inúmeras as denominações na crítica literária que expressaram o enorme risco desse fenômeno: poder constituinte permanente⁹⁷, “poder constituinte extraconstitucional do ponto de vista do formalismo”⁹⁸, uma contínua convenção constituinte (Woodrow Wilson⁹⁹), uma espécie de “poder constituinte *ratione materiae*”¹⁰⁰.

Trata-se de constatação crítica que pretende advertir para a existência dessas ocorrências paralelas. Em síntese muito expressiva de Enterría¹⁰¹, o Tribunal Constitucional acaba por se apresentar como um “comisionado directo” do poder constituinte.

A aceitação desse modelo de Tribunal Constitucional tem o potencial imanescente de transformá-lo, efetivamente, em um “poder aristocrático” capaz

92 No sentido proposto por Tom Gerald DALY, *The Alchemists: Questioning Our Faith in Courts as Democracy-Builders*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.

93 Cf. Bruce ACKERMAN, “Três Caminhos para o Constitucionalismo – e a Crise da União Europeia”, *Revista Publicum*, vol. 1, n. 1, 2015, p. 23. O autor lembra, ainda, que o Tribunal não se compromissou com o passado constitucional, mas “se projetou no espaço público como o preeminente guardião dos compromissos fundamentais da Nova Alemanha com os direitos fundamentais e os valores do Iluminismo”.

94 Estou partindo, aqui, do reconhecimento praticamente consensual sobre a atividade criadora de Direito do juiz em geral (cf. Otto BACHOF, *Grudgesetz e Potere del Giudice*, Modena, STEM Mucchi Editore, 2017, p. 38) e dos tribunais constitucionais e supremas cortes com função constitucional. Ao se falar em criação, aceita-se a criatividade, ponto que nos encaminha à discussão sobre o círculo político das instituições do Estado. Na lição de Cappelletti: “[...] a atividade de interpretação e realização dos direitos sociais implica, necessariamente, alto grau de criatividade. Obviamente, isto não é menos verdade quando tais direitos sociais, ao invés de ficarem no nível da legislação ordinária, sejam elevados à condição de direitos constitucionais [...] pelo contrário [...] o grau de criatividade necessário pode ser deveras mais elevado no âmbito da justiça constitucional do que, usualmente, no da ordinária” in Mauro CAPPELLETI, *Juizes Legisladores?*, Porto Alegre, Sérgio

95 Marc CARRILLO, “Prólogo” a Louis FAVOREU, *Los Tribunales Constitucionales*, Barcelona, Ariel, 1994, p. 8.

96 Giovanni BOGNETTI, *La Divisione dei Poteri*, 2ª ed., Milano, Giuffrè, 2001, p. 88.

97 Carl SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Revista de Derecho Privado 1928, p. 105 e Ricardo GUASTINI, *Le Fonti del Diritto e l'Interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 318.

98 Paulo BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, 11ª ed., São Paulo, Malheiros, 2001, p. 137.

99 “A kind of constitutional convention in continuous session [...]” *apud* Craig R. DUCAT, *Constitutional Interpretation*, 6ª ed., New York, West Publishing, 1996, p. 140.

100 Paulo José Leite FARIAS, “A Dimensão Comunicativa da Suprema Corte”, *Revista de Informação Legislativa* n. 131, julho/setembro de 1996, p. 180.

101 Eduardo García de ENTERRÍA, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1983, p. 199. E, ainda: “¿de dónde extrae el Tribunal Constitucional sus criterios de decisión, supuesto que él interviene justamente en el momento en que se comprueba una insuficiencia del texto constitucional?, pues aunque pretenda aplicar éste, es un hecho que la historia demuestra que los Tribunales Constitucionales ejercitan en la práctica un verdadero *amending power*, en los términos del juez americano Marlan, esto es, un poder de enmendar o revisar la Constitución, o al menos de suplementarla, de construir preceptos constitucionales nuevos, que no pudieron estar siquiera en la intención del constituyente” in Eduardo García de ENTERRÍA, *La Constitución como*

de rebelar-se contra a Constituição (especialmente o modelo de constituição da classe média) e contra a sociedade, destruindo aquela em seus alicerces mínimos, abandonando suas constantes e introduzindo a insegurança e o subjetivismo arbitrário.

Portanto, o risco de que estou falando é de o Tribunal Constitucional, nessa concepção, não aplicar mais a Constituição, mas criar um novo Direito Constitucional, uma Constituição material paralela, que pode ser uma Constituição idealizada ou uma normatividade forçada pela elite econômica, pelo poder político do país ou, ainda, pelos próprios e subjetivos critérios dos membros dessa Corte. Ao mover-se nesses termos, o Tribunal assume viés político exacerbado, retirando da classe política eleita seu espaço decisório, rivalizando com esta e acirrando os ânimos, pondo em perigo de perecimento súbito a própria democracia.

Uma atuação que representa o assenhoramento da Constituição, de seu significado¹⁰², uma indevida apropriação normativa, a transformar a sociedade em refém permanente das concepções do Tribunal, está longe de poder ser aceita como uma mera defesa da Constituição. E a História recente mundial demonstra que se trata de um risco à própria existência e independência do Tribunal.

102 Pablo Lucas VERDÚ, *La Constitución en la Encrucijada*, Madrid, Centro de Publicaciones de la Facultad de Derecho, 1994, p. 77.