

O DEBATE ENTRE KELSEN E SCHMITT SOBRE O GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO*

THE DEBATE BETWEEN KELSEN AND SCHMITT ON THE GUARDIAN OF THE CONSTITUTION

Bruno Meneses Lorenzetto

RESUMO

O histórico embate entre Kelsen e Schmitt retoma seu destino justamente sob a crise do legislativo e sob a crítica à neutralidade e à despolitização formuladas por Schmitt. Ante o constante distanciamento existente entre a realidade constitucional e a realidade política no século XIX e, no início do século XX, a crise do sistema político liberal e de sua organização constitucional que se re-coloca a necessidade de um Guardião da Constituição. O objetivo de suscitar novamente o quanto é fecunda esta discussão ocorre por entendermos que ela é constitutiva na formação (ou proposição) dos modelos político-jurídicos modernos. Assim, a retomada deste debate cumpre a função tanto de expor, ainda que de modo sumário, como o liberalismo e seus valores não podem ser absolutizados e, a importância de uma reflexão pautada pela imanência para realizar uma crítica dos poderes, ainda que o projeto de Schmitt pareça não ter mais espaço em nossos tempos.

PALAVRAS-CHAVES: CONSTITUIÇÃO, KELSEN, SCHMITT.

ABSTRACT

The historic quarrel between Kelsen and Schmitt returns to its destination just in the crisis of the legislature and under the criticism of the neutrality and the politicization made by Schmitt. Faced with the constant production of a gap between the constitutional reality and political reality in the nineteenth and early twentieth century, the crisis of liberal political system and constitutional organization, which is re-situated the need for a guardian/keeper of the Constitution. The goal in raising again how is this discussion is fruitful occurs because we believe that it is constitutive in the formation (or proposition) of the modern political and legal models. Thus, the resumption of this debate has the function of both exposing, even in a summary way, how liberalism and its values cannot be considered absolute, and the importance of a reflection based on immanence to make a critique of the powers, even though Schmitt's project seems to do not have more space in our time.

KEYWORDS: CONSTITUTION, KELSEN, SCHMITT.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

O debate entre Schmitt e Kelsen sobre *Quem deve ser o Guardião da Constituição*, pode ser sintetizado em poucas linhas. Enquanto Kelsen acredita na prevalência de um Tribunal de Justiça Constitucional, Schmitt afirma que cabe ao Presidente do Reich a tarefa de salvaguardar a Constituição (em nome do povo). O debate teria um vencedor argumentativo, Schmitt, em sua leitura de grande intensidade crítica (ao liberalismo e à realidade parlamentar de sua época) e pautada pela imanência de um lado e, um vencedor fático-histórico, Kelsen, pois a prevalência de sua posição se deu na utilização preponderante de seu sistema constitucional nos países democráticos ao longo da segunda metade do século XX.

Contudo, o objetivo de suscitar novamente o quanto é profícua esta discussão não se esteira na perspectiva de uma reedição de um tema ultrapassado com toques de renovação por fatores aleatórios, mas justamente por entendermos que ela é constitutiva na formação (ou proposição) dos modelos político-jurídicos modernos e, que deve ser lida com lentes históricas sutis, ou seja, colocada em seu momento histórico sem transposições diretas e/ou apressadas.

Fechar os olhos para as críticas de Schmitt ante o florescer da política liberal e suas repercussões nos outros poderes no início do século XX ou para a perspectiva juspositivista e democrata de Kelsen é de grande recorrência. Não deixa de ser interessante também notar que, com profundas diferenças, tanto Schmitt quanto Kelsen foram vinculados ao nazismo. O primeiro de maneira pessoal, e “voluntária”. Acreditava-se que buscava uma melhor posição política e social durante o regime nazista e se filiou ao partido e redigiu artigos anti-semíticos. O segundo, ao contrário, de modo involuntário e impessoal, por meio de uma leitura tendenciosa de sua consagrada obra *Teoria Pura do Direito*.

Uma verve jusnaturalista (saudosa) que buscou ressuscitar valores transcendentais no pós-guerra mirou justamente em Kelsen – que em sua vida particular sofreu por seu judeu, tendo de se exilar nos E.U.A. durante a 2ª Guerra Mundial – e em sua **teoria** pura do Direito como responsável por fornecer as condições instrumentais técnico-jurídicas que viabilizaram o nazismo. Após o Tribunal de Nuremberg (que seria inviável em termos estritamente técnico-jurídicos) e as argumentações utilizadas na defesa dos nazistas, passou-se a vincular de modo precipitado a teoria kelseniana ao nazismo. Ao dizerem que “cumpriam apenas ordens” do sistema jurídico legal vigente durante a Alemanha nazista, o qual sob a perspectiva kelseniana não deixaria de ser um sistema jurídico, os jusnaturalistas buscaram restaurar sua doutrina de valores (universais, transcendentais, atemporais) anti-modernos como manifesto na máxima: “o direito que não é justo não é direito”.

Um passo dado atrás na teoria do direito (pelos jusnaturalistas) não impediu o desenvolvimento da perspectiva kelseniana, mas talvez fosse mais interessante perceber o quanto haveria de pré-moderno em seus discursos e a injustiça que fizeram (e que se repete) com um dos maiores teóricos do Direito moderno.

As acusações sobre a racionalidade instrumental ou sobre a técnica em si, elevada ao seu extremo como política de governo e produtora de máquinas de extermínio em massa não partiram de correntes anti-modernas, mas críticas, como no caso da primeira geração da Escola de Frankfurt.

Um dos centros ou, arriscando-nos, uma das condições de possibilidade do nazismo ou do fenômeno de devastação humana da 2ª Guerra Mundial como um todo, possuem seu fulcro na epistemologia tecnicista, que não se furtou em re-inserir o sujeito como objeto de suas experimentações. Mas aqui se coloca um grande paradoxo, pois, os considerados teóricos oficiais durante o regime nazista – Heidegger e Schmitt – foram críticos (em diferentes sentidos) da técnica e da modernidade.

Uma inicial navegação com o “leme solto” nas reflexões poderia conduzir a conclusões precipitadas. Como a de que Kelsen então, efetivamente teria contribuído – ainda que indiretamente – em seu movimento de esvaziar o conteúdo do direito e torná-lo puro de valores, ou seja, em sua técnica. Mas eis justamente uma leitura equivocada. Pois a busca de Kelsen, ainda que possa ser criticada desde outras perspectivas, era a de uma epistemologia – uma teoria do conhecimento na análise de um objeto – desprovida de valores. Entende-se que Kelsen visava distinguir o Direito e outras disciplinas, mas não separá-lo de valores em sua construção – pelo legislativo.

O histórico embate entre Kelsen e Schmitt retoma seu destino justamente sob a crise do legislativo e sob a crítica à neutralidade e à despolitização formuladas por Schmitt. Ante o constante distanciamento existente entre a realidade constitucional e a realidade política no século XIX e, no início do século XX, a crise do sistema político liberal e de sua organização constitucional que se re-coloca a necessidade de um Guardião da Constituição.

Ante a possibilidade de corrupção do legislativo (em crise) e os abusos do poder executivo Kelsen propõe o primeiro Tribunal Constitucional, visando garantir o sistema de liberdades e o cumprimento da Constituição – de modo a não perder o seu papel de Lei Maior do ordenamento jurídico. García expõe que “Kelsen aceita como um dado prévio e indiscutível a legitimidade do sistema democrático e os valores subjacentes ao constitucionalismo moderno.”, pois não era sua proposta realizar uma defesa ideológica da ideia liberal de Constituição, mas que esta se efetivasse e concretizasse.

Schmitt é contra esta tentativa de Kelsen de racionalizar o Estado de Direito, ao converter a Justiça Constitucional em guardião da Constituição. Entende que a função judicial não seria outra que a decisão de casos – em virtude de leis – e não a discussão de conteúdos das normas. O juiz não poderia se negar a decidir, pois caso contrário a função judicial se converteria em uma função que cria direito e não se limita a discutir, tipificar e subsumir os fatos à norma.

Defende a figura do Chefe de Estado como verdadeiro defensor da Constituição pelo fato de este ter passado pelo crivo da eleição popular, aspecto que o legitimaria a atuar com independência em relação aos partidos e como instância verdadeiramente suprema e neutra. Contudo, a conversão do Chefe de Estado em Guardião da Constituição guarda uma opção ideológica bastante nítida pois, ao invés de contribuir na defesa do sistema constitucional, possibilita a sua violação sob uma base argumentativa de legitimação.

Não obstante a espreita do perigo de uma (potencial) efetivação da teoria schmittiana, há uma importante questão que emerge para além dos posicionamentos de quem, ou qual dos poderes, com melhor habilidade guardaria os valores constitucionais. A questão política, que se apresenta tanto na elaboração de valores que preencherão um

texto Constitucional, quanto nos processos de decisão sobre quais valores deverão ser protegidos. Assim, antes de se discutir qual é o objeto de tutela da Justiça Constitucional, se faz necessário esclarecer as condições que um sistema de Justiça Constitucional coerente deve pressupor.

1 – Carl Schmitt e as diferentes possibilidades de proteção da Constituição.

Para Carl Schmitt, a demanda por um Guardião da Constituição parte do pressuposto de situações constitucionais críticas, em crise, pois, em sentido contrário, não haveria qualquer demanda lógica de que alguém, ou, algum órgão, viesse a defender uma instituição que se encontrasse inviolável e estável.

Nesse sentido, desde a Constituição de Weimar ressurgiu o interesse sobre as garantias especiais da Constituição e a demanda para que alguém as viesse proteger e, o Tribunal de Justiça do Reich se afirmou, por meio de seu Presidente, portanto, como o protetor da Constituição do Reich. Mas havia outras posições – como a defendida por Schmitt – sobre quem deveria ser o defensor da Constituição, que em determinadas circunstâncias vinham a se contradizer sobre o preenchimento de lacunas ou a delimitação de conteúdos da Constituição.

Apesar da referida *pluralidade* de guardiões, o consenso se colocava sobre quem, ou o órgão que constituía uma ameaça para a Constituição: o legislativo. Ainda que não se possa limitar a questão a uma perspectiva judicial – era justamente o intento de Schmitt, suscitar o plano político ocultado pelo discurso liberal do século XIX. Na defesa contra leis e decretos anticonstitucionais pode-se encontrar o primeiro sinal da produção sobre o já instrumentalizado e aplicado abertamente: “controle de constitucionalidade”, de que dispõe as constituições democráticas.

Também no século XIX, segundo Schmitt, fazia-se com certa frequência alusão ao modelo do eforato espartano com referência ao “*quis custodiet ipsos custodes*”, seguindo-se da advertência de que o protetor pode com certa facilidade se tornar árbitro e senhor de Constituição, criando uma chefia dúplice do Estado. Outros projetos e instituições foram suscitados, como o caso do Senado romano, o qual teria sido um defensor autêntico da Constituição romana. Esta, por sua vez tinha na *auctoritas* (pensada em oposição à *potestas*) um poder de sancionar os acordos do povo, para impedir transgressões da ordem constitucional e dos compromissos internacionais. Este pensamento nos moldes do padrão romano, como informa Schmitt, acabou por influenciar durante muito tempo o pensamento constitucional dos povos europeus.

Mas o desvelamento da posição schmittiana começa a ocorrer de maneira mais explícita no momento em que este recorre ao contratualismo, a relação entre o príncipe e o povo, em que cada uma das partes apareceria como defensora de seus próprios direitos e atribuições, tendendo a perceber a Constituição desde a perspectiva dos preceitos que sejam mais favoráveis às suas demandas.

Recorre à instituição governamental para dizer que esta, além de representar a unidade (política), pode ser entendida como defensora dos organismos oficiais e, protetora dos órgãos de Estado. Nas sendas de Otto Mayer, expõe que o guardião

supremo de Constituição é o Rei. Em sequência afirma a debilidade do sistema judiciário e sua “limitação extrema”, expondo que existem outras várias classes e métodos de se proteger a Constituição.

2 – O Direito, a Justiça e a proteção da Constituição.

Schmitt relata a posição especial do Tribunal Supremo dos Estados Unidos em toda a história universal, fonte de uma mudança de perspectiva significativa no Constitucionalismo moderno e por muitas vezes paradigma para muitos outros sistemas constitucionais, além da diferença deste em relação à jurisdição política e administrativa alemã.

Por isso, enquanto a jurisprudência do Tribunal Supremo dos E.U.A. se desenvolveu ante o preceito do *due process of law*, visando defender e proteger contra o legislador os princípios da ordenação social e econômica do povo estadunidense, e procura conservar uma ordenação suprema e o conteúdo da Constituição; em outro sentido, o direito de controle judicial do Tribunal do Reich possui uma importância limitada se comparada com o direito de controle do Tribunal dos E.U.A., se manifestando em um âmbito consideravelmente mais restrito.

O Tribunal Supremo do Reich, como explicado por Schmitt, não exerceria, o direito de controle judicial quando em forma de uma simples lei se promulgasse uma ordem ou preceito que não representasse materialmente uma lei e, os juízes poderiam ser protetores de uma parte limitada da Constituição, ou seja, aquela que se refere à sua peculiar fundamentação dos preceitos relativos à independência do poder judicial – no sentido anteriormente já comentado de que cada parte poderia defender a Constituição quanto às partes que lhe dissessem respeito.

Sobre a questão do controle judicial do Tribunal Supremo da Alemanha expõe Schmitt: “A diferença que o separa do direito de controle exercido pelo poder judicial norte-americano se funda essencialmente na circunstância de que este último defende os princípios gerais e, portanto, erige o Tribunal em protetor e defensor da ordem social e econômica existente. Ao contrário, o Tribunal Supremo do Reich, dadas as limitações já mencionadas, que restringem seu direito de controle, não ocupa nem de longe uma posição semelhante ao do norte-americano.”.

Outra questão suscitada por Schmitt versa sobre o princípio geral de legalidade e, sobre a legalidade constitucional, a qual não constituiria, por si mesma, uma instância especial. Em sentido inverso, defende que cada organismo público e, por isso, cada cidadão poderia ser considerado como um potencial guardião dos valores constitucionais, questão que até mesmo foi positivada em algumas constituições como no caso da Constituição da Grécia de 1927, que dizia que a guarda da constituição era confiada ao patriotismo dos helenos.

Desta potencial organização dos indivíduos como protetores da Constituição, resultaria um direito à desobediência que, se apresenta como uma espécie de “direito revolucionário” em casos de necessidade. Motivo pelo qual, em certas constituições este apareceria como um direito positivado. Mas para Schmitt, “... a função constitucional do

protetor da Constituição se radica precisamente em suprir e fazer supérfluo este geral e eventualíssimo direito à desobediência e à resistência.” Apenas com esta ação seria possível dizer que existe um efetivo guardião da Constituição, de acordo com o “espírito” das instituições.

Mas, qual poderia ser a função da Justiça para a proteção da Constituição? Para Schmitt, esta questão se desdobra em decorrência de uma ideia de proteção judicial da Constituição que situa o protetor da Constituição de forma apressada na esfera da Justiça. Esta ideia resultaria da comodidade em se conceber a resolução judicial de todas as questões políticas dentro de um Estado de Direito.

Contudo, Schmitt vê apenas conseqüências negativas neste movimento. Pois entende que há atribuição de uma matéria à Justiça sobre a qual não se pode mais “fazer justiça”. A outra repercussão seria ainda pior, pois haveria uma eminente politização da justiça. Isto tudo engendrado por um “habilidoso método formalista”, que se almeja incontroverso, por trabalhar com ficções que carecem de conteúdo e que, justamente por este motivo, seria contra-producente lutar.

Percebe-se, com isso, que a mira do discurso de Schmitt está apontada diretamente para todos os pressupostos kelsenianos, estejam eles no plano jurídico, político ou epistemológico. Na continuidade de suas críticas, Schmitt volta a expor que quando se demanda uma proteção da Constituição existe a relação com a iminência de um perigo concreto. Por isso, o guardião da Constituição não pode ser abstrato contra perigos determinados e concretos. Também re-afirma que, enquanto no século XIX o perigo era proveniente do Governo (o executivo), no início da modernidade (a época de Schmitt), percebia-se a passagem do perigo para a esfera do legislativo.

Com esta mudança do referencial de ameaça à Constituição, a defesa contra a legislação imposta pela maioria parlamentar, em oposição à anterior proteção contra o Governo, evidenciaria que o legislador não poderia guardar a Constituição, não caberia a ele proteger os valores constitucionais. Estaria se re-afirmando, portanto, o princípio da tripartição de poderes a partir desta delimitação de poderes do legislativo. Desde esta noção que se cria um Tribunal soberano, pois a quem mais seria possível atribuir a tarefa de guardar a Constituição se o executivo (Governo) e o legislativo estavam incapacitados?

Por este motivo, a atribuição ao judiciário da guarda da Constituição foi acompanhada da justificação de que a responsabilidade judicial dos Ministros tinha por objetivo a intenção de evitar sua responsabilização política. Mas é justamente isso que Schmitt critica.

Por isso, entende que, com a instituição de um Tribunal de Justiça, que possuiria a obrigação de decidir sobre todas as contradições produzidas acerca do conteúdo constitucional e, se a intervenção deste Tribunal pudesse ser requisitada pelo Reichstag, este Tribunal seria efetivamente “... uma instância política junto ao Reichstag, ao Presidente do Reich e ao Governo do Reich e não haveria conquistado outra coisa que permitir ou proibir, sob aparências de judicialidade, determinados atos de governo, em virtude de certas considerações jurídicas.”.

Schmitt entende que nenhuma “ficção” poderia impedir que o Tribunal Constitucional, nos moldes apresentados pelo pensamento liberal no início do século XX, pudesse ser visto de outra forma que uma instância política. Não haveria, por isso, uma “pura questão jurídica” – a ser solucionada ante a imperfeição e vagueza de qualquer Constituição escrita – de modo que, a decisão do Tribunal Constitucional seria algo muito distinto de uma simples decisão judicial, algo diferente da Justiça. Para Schmitt, seria inevitável que a Justiça chegasse sempre muito atrasada até o aspecto político e, mais ainda, quanto maior fosse o pertencimento do procedimento (jurídico) ao Estado de Direito.

Na continuidade de sua crítica Schmitt, ao separar as funções legislativa e judiciária ataca aquilo que chama de “formalismo abstrato” (novamente Kelsen é colocado em questão) que inverteria os termos e declararia que, tudo aquilo que os organismos legislativos resolvem em forma de legislação seria lei e que tudo aquilo que é decidido em um Tribunal seria Justiça. Esta “lógica”, segundo Schmitt, elevaria a condição de independência – constitutiva do cargo de magistrado – do juiz a um grau que possibilitaria submeter os pleitos constitucionais e os conflitos de juízo e formar uma “Justiça Constitucional”. Com conceitos constitucionais desta natureza, tudo “... pode ser Justiça, mas, do mesmo modo, tudo poder ser “norma” e normatividade, e, em último termo, tudo pode ser também Constituição.”.

Os ataques de Schmitt a Kelsen seguem-se quando aquele afirma que a partir da teoria kelseniana não formula um fundamento teórico-constitucional e que a um sistema teórico-jurídico vazio não pode apresentada nada além da estrutura de uma ordenação jurídica ou de uma hierarquia de normas. Como expõe Vera Karam de Chueiri: “Para Schmitt, a teoria de Kelsen se torna compreensível se entendida como uma derivação da autêntica teoria do Estado burguês de Direito, a qual reduz o Estado ao ordenamento jurídico, atitude esta reveladora da essência do Estado de Direito.”.

Por esta razão, quando se procede por meio de normas só seria possível alcançar uma proteção e uma garantia mediante outra norma mais robusta, artifício que não pode ser empregado no plano da jurisdição constitucional. Assim, para Schmitt, aonde começa o problema concreto – a defesa efetiva da Constituição ameaçada – o formalismo (kelseniano) fracassaria. Nesses termos: “Nas questões mais difíceis e de maior importância prática, a falta de clareza ou a contradição que está presente dentro dos mesmos preceitos legais formulados na Constituição, desde o momento em que, coexistindo uns com outros princípios contrapostos, resultam imprecisos e contraditórios. Neste caso não existe a possibilidade de fingir uma graduação de normas e, por conseguinte, quando um preceito legal dos conteúdos na Constituição determina algo distinto que outro dos preceitos da mesma (...), a colisão não pode ser resolver com ajuda de uma ‘hierarquia de normas’.”.

A percepção de Schmitt do processo decisório se dá por outros meios. Define como “decisionismo” aquilo que entende como “elemento de pura decisão” que não é derivado do conteúdo da norma. E este caráter decisionista seria mais evidente em casos nos quais seria incumbência de uma instância – como a constitucional – em que a principal tarefa é a de dirimir dúvidas, incertezas e divergências de opinião. Neste sentido, a decisão se transforma por inteiro, nos termos de Schmitt, em uma manifestação decisionista e, sua valoração não se funda em uma argumentação, mas em uma autoritária eliminação de dúvidas. A figura do magistrado para Schmitt é

complementada por sua afirmação de que: “Um juiz não é um perito que informa, (...) porque a atividade pericial não é em concreto atividade judicial; não é Justiça, mas Administração.”.

Para Schmitt, não se trataria de uma questão de caráter teórico, mas político, a de se estabelecer até que ponto a missão de fixar de modo autêntico o conteúdo de preceitos imprecisos e indeterminados que estejam incorporados à Constituição. Caso se considere, que a atribuição do Tribunal Constitucional consiste na resolução de conflitos referentes a conteúdos de um preceito constitucional, a tarefa deste Tribunal seria não de efetivar a Justiça, mas uma associação confusa entre legislação e assessoria.

Mais um pilar do pensamento de Schmitt é desenvolvido sobre o tópico do conceito de litígios constitucionais. Quando se pensa na Constituição como fruto do contratualismo, ou seja, de uma relação jurídica bilateral ou multilateral e não como uma decisão ou lei política unilateral, o centro do contrato guardaria, para Schmitt duas características fundamentais, o significado de litígio constitucional e a definição daquelas pessoas que podem ser parte no contrato. Dentro desta perspectiva, os litígios constitucionais seriam aqueles produzidos entre as “partes do contrato constitucional ou do compromisso acerca do conteúdo de seus pactos.”, ou seja, o povo e o soberano.

Outra tese de Kelsen refutada por Schmitt radica-se sobre a perspectiva da essência do Estado parlamentar como um “compromisso”, no qual se almejava anunciar que o Estado e sua Constituição seriam objetos de um compromisso entre as entidades sociais que intervêm como compromissárias. Nesse sentido, a própria Constituição de Weimar seria também um compromisso e, os elementos que sustentam o pluralismo teriam uma porta aberta para reclamar seu direito à Constituição – ao seu poder político e ao seu exercício.

Isso se constituiria, segundo Schmitt, em um esforço proveniente do formalismo para escamotear interesses políticos, sob a fachada da antítese entre o “jurídico” e o “político”, em uma indefinição (real) que favoreceria várias modalidades de subterfúgios. A tais tendências Schmitt contrapõe sua Teoria Constitucional de um Estado Constitucional democrático com um conceito positivo de Constituição. Assim: “Quando se insiste que a Constituição de Weimar é um decisão política do povo alemão unificado, como titular do poder constituinte e que, em virtude desta decisão, o Reich alemão é uma democracia constitucional, a questão relativa ao protetor da Constituição pode se resolver de outra maneira que mediante uma fictícia judicialidade.”, ou seja, por meio de sua crítica imanente que (ideologicamente) defende o Presidente como efetivo Guardião da Constituição.

3 – O Presidente do Reich como Defensor da Constituição.

Schmitt mais uma vez trata neste tópico das transgressões que podem ser realizadas ante o conteúdo da Constituição. Sua proposta é a de um organismo que não seja superior aos possíveis litigantes, coordenado por um terceiro neutro (um *pouvoir neutre et intermédiaire*) que se situe no mesmo nível dos restantes poderes

constitucionais, ainda que revestido de especiais atribuições e provido de certa possibilidade de intervenção.

Para tanto, organizar uma instância especial que tenha por objeto garantir o funcionamento constitucional dos diversos poderes e da própria Constituição parece oportuno, segundo Schmitt, em um Estado de Direito que diferencia os poderes. Este recorre então a Benjamin Constant em sua teoria do poder neutro, intermediário e regulador. A partir da qual espelha a fundamentação da posição privilegiada do Chefe de Estado em suas prerrogativas e atribuições, pensadas como elementos e possibilidades de intervenção deste *pouvoir neutre*.

Outra importante questão suscitada por Schmitt trata da distinção entre *auctoritas* e *potestas*, que seria "... uma das divisões cardeais do pensamento político europeu..." e, que poderia também ser extraída da teoria de Constant. Assim, relata Schmitt que na Alemanha não havia sido compreendida a distinção entre *régner* e *gouverner*, nem mesmo no plano da teoria, pois a separação entre *auctoritas* e *postestas* havia sido esquecida há muito tempo.

Schmitt eleva a distinção entre *auctoritas* e *potestas* a problema geral da teoria política da modernidade. Por isso, buscando uma forma de dissolver esta mescla realizada pela modernidade, Schmitt propõe que o *régner* e o *gouverner* reencontrem no Chefe de Estado a sua unidade política. Em seus termos o Chefe de Estado representa: "... a continuidade e permanência da unidade política e de seu homogêneo funcionamento, e que por razões de continuidade, de prestígio moral e de confiança coletiva deve ter uma espécie de autoridade que é tão consubstancial à vida de cada Estado como a força e o poder imperativo que diariamente se manifestam de modo ativo.". Na continuidade desta reflexão, defende que sobre o poder neutro de um terceiro, apenas teria uma atuação mediadora, tutelar e reguladora, que apenas em casos de necessidade seria ativado.

Schmitt recorre ao direito positivo da Constituição de Weimar para justificar sua defesa do Presidente do Reich como guardião da Constituição. Este estaria dotado de atribuições que o tornariam independente dos órgãos legislativos e, manteria o equilíbrio entre os elementos plebiscitário e parlamentar e poderia exercer uma defesa da Constituição com base no artigo 48. Em consonância com estas justificativas, Schmitt cita Haymann, que argumenta ser o Presidente "não interessado", constituindo a representação de um órgão imparcial ante a legalidade e, constituindo uma garantia de que a opinião da maioria representaria uma justa compensação de interesses.

A necessidade da criação de uma instância independente e neutra para proteger a Constituição também desembocaria no Presidente do Reich. Pois, mesmo havendo uma grande quantidade de formas de independência, apenas a do Presidente do Estado, em uma democracia constitucional, seria efetivada pela eleição de todo o povo alemão, que também garantiria ao Presidente um mandato de sete anos.

Carl Schmitt afirma que ao se propor a criação de um Tribunal Político Constitucional, não se busca outra coisa que fundar uma instância neutra e política, criando certa estabilidade institucional. Mas o Guardião do Constituição deveria ser independente e politicamente neutro e, haveria uma corrupção dos conceitos de judicialidade e jurisdição quando se buscasse implantar uma judicialidade e um

Tribunal constituído por juristas oficiais de profissão. Isto resultaria em uma sobrecarga de obrigações políticas que seriam opostas ao princípio democrático, pois tais pessoas seriam as responsáveis por proteger a Constituição.

Também ressalta que, a Justiça não se voltaria mais contra o monarca, mas contra o Parlamento, questão que haveria resultado em uma significativa transformação da independência judicial. Também nota que haveria sido eliminada a antiga separação entre Estado e Sociedade, de modo que não seria possível transferir a situação política do século XX, para as fórmulas do século anterior.

Mais uma vez criticando o liberalismo Schmitt afirma que: “Nenhum formalismo judicial poderia encobrir o fato de que semelhante Tribunal de Justiça Política ou Constitucional viesse a ser uma instância política suprema com atribuições para formular preceitos constitucionais. ”. O Tribunal Constitucional, seria, portanto, a criação de uma “aristocracia da toga” inimaginável em outro cenário político.

O Presidente do Reich, pelo contrário, estaria posicionado no centro de todo um sistema de neutralidade e independência sobre fundamentos plebiscitários, ante os partidos políticos. Antes da instituição de um Tribunal para resolução de conflitos de alta política como o Guardião da Constituição e, antes de colocar em perigo a Justiça por meio destas “contaminações” políticas, Schmitt afirma que, caso se buscasse na própria Constituição de Weimar, esta já indicaria o verdadeiro Guardião da Constituição: o Presidente do Reich.

Expressamente diz: “Que o Presidente do Reich seja o protetor da Constituição corresponde também, contudo, ao princípio democrático sobre o qual descansa a Constituição de Weimar. O Presidente do Reich é eleito pelo povo alemão inteiro, e suas faculdades políticas frente aos organismos legislativos (...) são, por natureza, uma ‘apelação ao povo’.”. Ao tornar o Presidente do Reich o centro de um sistema de instituições e atribuições tanto plebiscitárias como neutralizadoras ante a política dos partidos, a Constituição teria criado, para Schmitt, um contrapeso ao pluralismo dos grupos sociais e econômicos do poder e, garantido a unidade do povo como conjunto político.

4 – A resposta de Kelsen ou “Quem deve ser o guardião da Constituição?”.

Preliminarmente vale salientar que Kelsen colaborou na redação da Constituição da Áustria de 1920. Nesta ocasião, Kelsen propôs a criação de um órgão judicial de controle concentrado da constitucionalidade dos atos do legislativo e do executivo. A gênese histórica da Corte Constitucional não se limita a um instante histórico isolado, foi fruto de uma herança teórica de Kelsen, mas é possível dizer que a primeira experiência prática, que veio a repercutir significativamente na estrutura de diversos outros sistemas constitucionais no ocidente, ocorreu na Constituição austríaca de 1920 – que conforme exposto, foi criticada por Carl Schmitt.

Kelsen buscou justificar a criação da Corte Constitucional ao afirmar que a função política da Constituição seria a de estabelecer limites jurídicos ao exercício de poder e, que uma Constituição que não possuísse a possibilidade de anular os atos

inconstitucionais que viessem a ser praticados, não teria sua obrigatoriedade, seu cumprimento garantido. Caberia, portanto, dentre outras funções à Corte Constitucional da Áustria julgar: a ilegalidade de decretos federais e estaduais; as violações do direito constitucional praticadas por autoridades federais ou estaduais; os recursos contra decisões administrativas, fundados na violação de direitos garantidos constitucionalmente.

Por isso, nos termos de Kelsen: “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.”.

Kelsen entende que a função política da Constituição é limitar os poderes e, a garantia da Constituição significaria a segurança de que os limites entre os poderes não seria ultrapassado. Por isso, quando no século XIX os constitucionalistas defendiam que o Guardião da Constituição fosse o monarca, era manifesto que esta tentativa – como podemos observar no caso brasileiro do poder moderador utilizado por Schmitt como exemplo – se constituía em uma ideologia que visava suplementar a significativa perda de poder do Chefe de Estado que havia ocorrido na passagem dos modelos de monarquia absoluta para seu formato constitucional.

Kelsen se opõe a Schmitt quanto ao fato do Chefe de Estado ser o protetor da Constituição e, relembra que, o que se almejava era, na verdade, a proteção da Constituição contra violações por parte de quem mais a ameaçava, o monarca, o chefe do executivo. Por essa motivação, tornava-se muito difícil declarar abertamente o objetivo político de retirar o poder do monarca e não possibilitar que a Constituição pudesse ser usada contra ele, assim, escamoteava-se a argumentação de que este viria a ser seu guardião quando, na verdade, era dele que a Constituição era protegida.

A contra-argumentação de Kelsen é contundente, contra a articulação teórica de Schmitt afirma: “Mais surpreendente ainda, porém, é que esse escrito tire do rebotalho do teatro constitucional a sua mais antiga peça...”, a tese do Chefe do Estado como Guardião da Constituição, que visava restaurar “... esse já bem empoeirado adereço cênico na república democrática em geral e na Constituição de Weimar em particular.”.

O desdobramento da resposta de Kelsen chega até outro ponto, que consideramos fundamental no debate, o *pouvoir neutre* do Chefe de Estado. Kelsen observa a centralidade da teoria de Constant na crítica de Schmitt, mas observa que o poder executivo defendido por Constant estava bi-partido quando este afirmou que o monarca seria portador de um poder neutro. Haveria uma parte passiva e uma ativa, de modo que ao monarca caberia apenas a parte passiva. A neutralidade pressupunha a passividade, questão que não seria plausível no caso de este exercer o papel de Guardião da Constituição. Função que, ao contrário, demandaria efetiva e permanente atividade de seu protagonista.

Outra questão que Kelsen responde, seria a intenção de Schmitt em criar um poder que não fosse superior aos demais, mas que estivesse ao lado destes. Com a teoria do Presidente do Reich como Guardião da Constituição a referida tese seria derrubada para Kelsen, pois, com a extensiva interpretação do artigo 48 realizada por Schmitt, os

poderes do Presidente seriam alargados a tal ponto que este ficaria muito próximo ao de uma ditadura.

Entende-se, que na prática, o temor de Kelsen seria o uso da crítica à sua estrutura para a efetivação de uma prática em que os três poderes seriam conciliados nas mãos do executivo, realidade que destruiria seu sistema de garantias constitucionais e seus valores democráticos. Este temor parece recorrente em Kelsen e, após opor-se a um “jogo” que Schmitt teria feito ao reconhecer o perigo do poder monárquico apenas no século XIX como se, no começo do século XX o governo presidencial não apresentasse qualquer potencialidade de ofensa à Constituição, afirma: “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!”.

Segundo Hans Kelsen, Schmitt não derruba o argumento de que um Tribunal, ao rejeitar a aplicação de uma lei inconstitucional e suprimir a sua validade para o caso concreto, funcione efetivamente como garante da Constituição, ainda que não possua a titulação de protetor da Constituição. Ainda, seria sobeja a argumentação de Schmitt sobre a capacidade do Guardião da Constituição em retirar o poder de resistência e desobediência dos súditos, pois não se chegaria ao “sentido preciso” de Guardião da Constituição. Ao que parece, Kelsen entende esta argumentação de Schmitt como um recurso de legitimação de sua teoria, eis que seria uma tarefa de caráter quase que restrito ao executivo.

Também é crucial no debate a questão da oposição entre as funções jurisdicionais e políticas. Kelsen entende que não haveria uma contradição ínsita entre as funções jurisdicionais e políticas. O elemento “decisório” suscitado por Schmitt, como fator que retiraria as decisões do campo jurídico e as colocaria no político é alargado por Kelsen e, este afirma que ao se pensar que, qualquer resolução de conflitos pode possuir um fundo “político” (em uma interpretação bastante abrangente), todas as sentenças – independentemente do grau de jurisdição – possuiriam uma parte “decisória”, de exercício de poder. Kelsen elucida a questão da seguinte forma: “... a função de um tribunal constitucional tem um caráter de grau 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.”.

A posição de kelseniana se aprofunda neste ponto do debate, pois entende que a justiça teria início quando as normas viessem a se tornar efetivamente duvidosas e polêmicas em seus conteúdos e, para que fossem constituídas efetivas controvérsias jurídicas elas deveriam superar o âmbito dos fatos e imiscuir-se no cerne normativo. O que Kelsen coloca em questão é a estrutura de toda a sua compreensão do fenômeno jurídico, pois à Constituição não caberia apenas a tarefa de regular o procedimento legislativo, mas também de definir o conteúdo das leis, por meio de linhas diretivas e princípios.

A compreensão que poderia parecer beirar um retorno à discussão do mérito do conteúdo não se dá desta forma. Ao contrário, a estrutura jurídica se mantém, pois, a

ação de considerar uma norma inconstitucional “... ela só o é por não ter sido adotada como lei que modifica a Constituição.”. Prisma que leva à continuidade da reflexão por meio da lógica inversa da seguinte forma: no caso de adoção da norma pela estrutura constitucional a norma não seria constitucional, teria modificado a Constituição. Neste sentido, dentro da jurisdição constitucional uma norma não precisa proteger normativamente a si mesma, mas enfrenta-se o simples fato de que uma norma – inconstitucional – não encontra respaldo fático para a sua validade dentro do ordenamento.

A contrário-senso do que é equivocadamente propagado sobre sua teoria, Kelsen critica o automatismo jurídico. Ao refutar Schmitt em sua ascendência ideológica monarquista, expõe que é justamente esta ideologia que buscava embaçar a visão do juiz para que este não se conscientizasse do poder que lhe fora atribuído com sua libertação do monarca. Este juiz deveria apenas “achar” o direito já formado, uma decisão já existente na lei.

Outra crítica de Kelsen ao pensamento de Schmitt se relaciona à contradição de duas características auto-excludentes na Constituição do Reich. O pluralismo e o Estado total relacionar-se-iam dentro da teoria de Schmitt de uma forma impossível, pois, ao mesmo tempo em que se propunha uma mudança para o Estado total, supunha-se o ápice do pluralismo que justamente depende do oposto da totalização da esfera estatal, uma abertura para o plano social.

A defesa mais aberta de Kelsen do Tribunal Constitucional acontece quando este expõe as vantagens em se adotar este como protetor dos valores constitucionais, em que este não participaria do exercício do poder e não se colocaria antagonicamente em relação ao Parlamento ou o governo. O problema da teoria de Schmitt para Kelsen estaria em negar o antagonismo entre o Parlamento e o governo, o que incapacitaria o Chefe de Estado de sua tarefa de defesa da Constituição. E o dualismo entre Estado e sociedade (que pautaria a dualidade Parlamento-governo), sob o qual a interpretação de Schmitt se limitaria, seria extinto com a emergência de um Estado total.

Outra franca defesa de Kelsen se dá quando acusa Schmitt – invertendo a crítica – de se fundar em ficções para defender sua tese. Trata a prestigiada “unidade do povo alemão” como uma ficção e diz 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 (...) pressupõe como real...”.

Além disso, desloca a atribuição da representação da “vontade coletiva unitária” do Chefe de Estado como uma interpretação que se constrói de forma a atacar e desarticular o Parlamento por motivos ideológicos. Assim, restringe a conclusão de Schmitt de que, pelo simples fato de o Chefe de Estado ter sido eleito pelo povo – em verdade uma maioria – este poderia representar a unidade da vontade popular. A eleição, percebida em sua singularidade, também seria insuficiente para assegurar qualquer garantia para a função do Chefe de Estado e de que este manteria o equilíbrio de interesses em conflitos sociais.

Mais uma vez Kelsen refere-se à presença de uma intenção clara de Schmitt em construir uma teoria, ainda que em detrimento do texto Constitucional em sua

literalidade. Por isso, ao Schmitt declarar que o Presidente do Reich seria o *único* Guardião da Constituição estaria realizando uma hermenêutica que contrariaria as disposições da Constituição.

Derradeiramente, Kelsen afirma a possibilidade em aberto de criação de Tribunais por meios democráticos, aos moldes de qualquer outro órgão e defende sua perspectiva do seguinte modo: “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.”.

Contudo, desde a perspectiva kelseniana esta atividade seria improvável, pois já era manifesta a posição ideológica de Schmitt ao defender o Presidente como Guardião da Constituição e, além disso, em omitir-se sobre a questão premente da possibilidade (verificável na imanência e na história) da violação da Constituição por este a quem (na teoria de Schmitt) é atribuída a função de único protetor dos valores constitucionais. Esta possibilidade era verificada justamente no artigo 48 da própria Constituição de Weimar que previa que: “Se um estado não cumpre os deveres que lhe incumbem por força da Constituição ou das leis do *Reich*, o presidente do *Reich* pode obrigá-lo com ajuda da força armada.”. Ainda, em continuidade, garante a suspensão dos direitos fundamentais: “Achando-se a segurança e a ordem públicas gravemente perturbadas ou comprometidas, o presidente do *Reich* pode tomar as medidas para seu restabelecimento, e havendo necessidade pode valer-se da força armada. Para isso, pode suspender parcial ou totalmente o exercício dos direitos fundamentais garantidos nos arts. 114, 115, 117, 118, 123, 124 e 153.”.

6 – Considerações finais.

Como alertou Enrique Serrano Gómez, Schmitt, tal qual Hölderlin, entendia que aonde aflorava uma situação de perigo (como a ameaça à Constituição), também crescia aquilo que poderia trazer alguma “salvação”. As medidas do Estado administrativo, para Schmitt, poderiam, portanto, ser um instrumento para recuperar a soberania estatal, para “ressuscitar o Leviatã”. Porém, a esperança de Schmitt foi realizada (ainda em sua época) o Leviatã foi reerguido, mas este já não personificava um gigante paternalista que garantiria a paz, a ordem e a segurança, mas um monstro que devorou “amigos” e “inimigos”.

Contemporaneamente, com a prevalência da tese kelseniana sobre a de Schmitt, é muito difícil alguém defender abertamente que o Presidente deva ser o Guardião da Constituição e não um Tribunal Constitucional, e buscar sua instauração fática sem que receba críticas de promover sérias rupturas com a tradição democrática ocidental. Contudo, a história recente desta *tradição* acabou por comprovar, mais uma vez, sua fragilidade, e como não se faz possível falar em uma vitória da civilização em oposição à barbárie – basta pensarmos na tenuidade desta dicotomia.

O movimento de retomada deste debate cumpre a função tanto de expor, ainda que de modo sumário, como o liberalismo e seus valores não podem ser absolutizados e, a importância de uma reflexão pautada pela imanência para a crítica dos poderes, ainda que o *projeto* de Schmitt (anti-moderno) pareça não ter mais espaço em nossos tempos.

O perigo da decadência, sempre presente, da usurpação/suspensão de direitos fundamentais ou do uso da força armada para o cumprimento da Constituição ou das leis do *Reich*, não se repetirão nos moldes do início do século XX, pois, ao que tudo indica, estas práticas, utilizadas na estruturação de regimes totalitários, já compõe um memorial da maldição do horror que o ser humano pode causar aos *outros*. Contudo, não causaria mais espanto perceber que estas práticas acabaram se infiltrando em solos democráticos e liberais e, que estes acabam por vivenciar uma profunda tensão na guarda/proteção de seus valores constitucionais.

Se o monstro continua dormindo ou se fragmentou em vários pedaços e passou a colonizar e drenar as energias das Cartas Magnas não saberemos dizer sem um distanciamento histórico, mas a tarefa que resta é a de assumir a responsabilidade e produzir/enfrentar os questionamentos que venham a se colocar sobre quem deve ser o guardião da Constituição?

Bibliografia.

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004.

_____. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. São Paulo: Perspectiva, 2007.

BRASIL. A Constituição de 1824. Cara de Lei – de 25 de Março de 1824. Escopo Editora, 1986.

CHUEIRI, Vera Karam de. “Nas Trilhas de Carl Schmitt (ou nas Teias de Kafka): Soberania, Poder Constituinte e Democracia Radical.” In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). *Repensando a Teoria do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

GÓMEZ, Enrique Serrano. *Consenso y conflicto. Schmitt, Arendt y la definición de lo político*. México D. F.: Centro de Estudios de Política Comparada, 1998.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Teoria geral do direito e do estado*. São Paulo: Martins Fontes; Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1990.

_____. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MARRAMAO, Giacomo. *Poder e Secularização: as categorias do tempo*. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1995.

MENKE, Christoph. *Reflections of Equality*. Stanford: Stanford University Press, 2006.

SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitución*. Madrid: Tecnos, 1998.

_____. *O conceito do político*. Petrópolis: Vozes, 1992.

_____. *O guardião da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. *Teologia política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1992.

“Der Hüter” pode ser traduzido tanto como: guardião, protetor, defensor. Acreditamos que no campo semântico não se realize uma perda relevante com os diferentes termos suscitados.

Durante tempos de Guerra não é simples dizer qualquer atitude tomada por uma pessoa é plenamente consciente e voluntária.

Sobre sua teoria pura do Direito Kelsen disserta: “Os fascistas declaram-na liberalismo democrático, os democratas liberais ou os sociais-democratas consideram-na um posto avançado do fascismo. Do lado comunista é desclassificada como ideologia de um estatismo capitalista, do lado capitalista-nacionalista é desqualificada, já como bolchevismo crasso, já como anarquismo velado. O seu espírito é – asseguram muitos – aparentado com a da escolástica católica; ao passo que outros crêem reconhecer nela as características distintivas de uma teoria protestante do Estado e do Direito. E não falta também quem a pretenda estigmatizar com a marca de ateu. Em suma, não há qualquer orientação política que a Teoria Pura do Direito não se tenha ainda tornado suspeita. Mas isso precisamente demonstra, melhor do que ela própria o poderia fazer, a sua pureza.” KELSEN, Hans. Prefácio à primeira edição. *Teoria Pura do Direito*. pp. XIII-XIV.

Sobre a questão trata Giorgio Agamben. Cf. seus escritos sobre as “VP” *Versuchepersonen* – cobaias humanas em AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*.

Segundo Marramao: “Para Schmitt, a ‘vida espiritual’ de cada época permanece polcêntrica: e é também por esta razão que (...) a categoria schmittiana de político se coloca em aberta polêmica com todas as visões organicístico-recompositivas próprias à tradição reacionária. Contrariamente ao que afirmou Löwith, Schmitt ao individuar na técnica o âmbito de neutralização deste século, aproxima-se, somente no que diz respeito ao aspecto descritivo (...) ao *Kulturpessimismus* alemão, que (...) identifica na técnica uma totalidade artificial e mecânica que aniquila a ‘alma’.” MARRAMAIO, Giacomo. *Poder e Secularização: as categorias do tempo*. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1995. p. 229.

(Tradução livre). GARCÍA, Pedro de Vega. Prologo. In: SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitución*. p. 18.

Isto poderia ser aceito em casos excepcionais para Schmitt, mas este não admite que a exceção se torne a regra, já que se as dúvidas sobre o conteúdo da lei fossem gerais, ficariam destruídos todos os fundamentos de justiça vinculados à lei. Para Gilmar Ferreira Mendes: “Já a crítica de Schmitt ao positivismo alemão tradicional estava claramente ligada a uma rejeição muito mais ampla do autor em relação a toda uma estrutura estatal que ele fatalmente caracterizava como burguesa. Para um pensador que tinha convicção de que todo o conceito de direito é fundamentalmente político, a pretensa neutralidade do positivismo de Laband e da Teoria Pura de Kelsen não passava de um reflexo disfarçado dos ideais liberais na filosofia política e jurídica, visando garantir a segurança e liberdades burguesas perante o Estado. É principalmente a partir de sua visão antiliberal que Schmitt construirá seu *Der Hüter der Verfassung (O Guardião da Constituição)*.”. MENDES, Gilmar Ferreira. “Apresentação” In: SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. xi.

Como aponta García: “Atrás dela estavam as circunstâncias concretas da República de Weimar, o famoso artigo 48 e os poderes de exceção, que serviram a Hitler para desmontar um sistema, sem necessidade de ter que derrogar formalmente seu ordenamento constitucional.” (Tradução livre). GARCÍA, Pedro de Vega. Prologo. In: SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitucion*. p. 20.

“É aqui onde aparece em todo seu dramatismo o dilema da Justiça Constitucional contemporânea. Dilema que não oferece outra alternativa que a de: considerar que os Tribunais Constitucionais, como guardiões e supremos intérpretes da Constituição, assumem com independência absoluta a interpretação de uma normativa ambígua, em cujo caso, enquanto legisladores negativos, em boa medida passam a ocupar o lugar do Parlamento, o que o mesmo Kelsen criticava com dureza; ou, entender que os Tribunais Constitucionais, condicionados por pressões políticas, ou auto-limitados por renúncias próprias, estabelecem um *modus operandi* de compromisso com o resto dos poderes do Estado, em cujo pressuposto sua condição de órgãos independentes e Guardiões da Constituição fica definitivamente agravada.” (Tradução livre). GARCÍA, Pedro de Vega. Prologo. In: SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitucion*. p. 24.

SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitucion*. p. 27.

SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitucion*. p. 36.

Schmitt utiliza-se das obras de Mommsen para tratar da *auctoritas* do Senado romano.

SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitucion*. p. 40.

Enquanto o Supremo dos E.U.A. tem como orientador o precedente de Marbury vs. Madison, em que “... a legislative act contrary to the constitution is not law...”, o Tribunal Supremo do Reich não se imiscuiria em tais meandros constitucionais. SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitucion*. p. 47.

SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitucion*. p. 50.

(Tradução livre). SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitucion*. p. 52.

(Tradução livre). SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitucion*. p. 56.

SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitucion*. p. 57.

Quanto a esta questão interessante se faz o comentário de Pedro de Vega García: “Os mesmos argumentos que servem a Schmitt para condenar os princípios liberais como uma simples ideologia e relegar o Direito Constitucional Liberal ao mundo da ficção, podem ser empregados contra ele, entendendo sua obra científica como mera elaboração ideológica ao serviço dos interesses do Estado Totalitário.” (Tradução livre). GARCÍA, Pedro de Vega. Prologo. In: SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitucion*. p. 14.

Nos termos de Schmitt: “A regulação constitucional se dedica, na época presente, em grande parte, à missão de proteger certas atividades e interesses que, na verdade, competem à simples legislação, contra o legislador mesmo, ou seja, contra as variáveis maiorias parlamentares.” (Tradução livre). SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitucion*. p. 61. Para Christoph Menke: “Schmitt is pursuing here, first of all, a political aim: he is concerned with the justification of the dictatorship of a ‘highest authority which is legally able to dissolve the law.’ This is the sovereignty of the *executive*, a sovereignty which Schmitt gives the right to ‘suspend’ the law – at least temporarily and in particular situations.” MENKE, Christoph. *Reflections of Equality*. Stanford: Stanford University Press, 2006. p. 178.

(Tradução livre). SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitucion*. p. 70.

SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitucion*. p. 72. Vale ressaltar que a perspectiva schmittiana de Estado pressupõe o conceito do político. Assim: “Estado, segundo o uso lingüístico atual, é o status político de um povo organizado numa unidade territorial. (...) Podemos deixar em suspenso o que é, por essência, o Estado, se é uma máquina ou um organismo, uma pessoa ou uma instituição, uma sociedade ou uma comunidade, uma empresa ou uma colméia, ou talvez até uma ‘série fundamental de procedimentos’. (...) Estado, conforme o sentido da palavra e de acordo com seu surgimento histórico, é um estado (Zustand) peculiar de um surgimento histórico, é um estado (Zustand) que fornece a medida em caso de decisão e, portanto, diante dos muitos status individuais e coletivos pensáveis, o status pura e simplesmente. (...) Todos os sinais característicos desta representação – status e povo – adquirem seu sentido mediante outro marco característico, o do político, e tornam-se incompreensíveis, se entendermos mal a essência do político.” SCHMITT, Carl. *O conceito do político*. Petrópolis: Vozes, 1992. p. 43.

(Tradução livre). SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitucion*. p. 79.

CHUEIRI, Vera Karam de. “Nas Trilhas de Carl Schmitt (ou nas Teias de Kafka): Soberania, Poder Constituinte e Democracia Radical.” In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). *Repensando a Teoria do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 360.

(Tradução livre). SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitucion*. p. 87.

(Tradução livre). SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitucion*. p. 91.

SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitucion*. p. 96.

(Tradução livre). SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitucion*. p. 101.

SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitucion*. p. 116.

(Tradução livre). SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitucion*. p. 124.

SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitucion*. p. 213.

Schmitt cita ainda a Constituição brasileira de 1824 em seu artigo 98 que trata do poder moderador como a chave para toda a organização política. SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitucion*. p. 215. O artigo 98 da Constituição de 1824 dispõe que: “O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegada privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais poderes políticos.” BRASIL. A Constituição de 1824. Cara de Lei – de 25 de Março de 1824. Escopo Editora, 1986. p. 27. Vale lembrar que a Carta brasileira de 1824 promoveu a dissolução da Assembléia Constituinte e formou um regime que mantinha o princípio monárquico e submetia ao legislativo a competência para realizar a interpretação das leis.

(Tradução livre). SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitucion*. p. 217. Sobre a questão Giorgio Agamben dedica um capítulo de seu livro “Estado de exceção”, no qual relata que: “... a *auctoritas* parece agir como uma força que suspende a potestas onde ela agia e a reativa onde ela não estava mais em vigor. É um poder que suspende ou reativo o direito, mas não tem vigência formal como direito.” AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 121. Ver também o artigo de Hannah Arendt “Que é Autoridade”, no livro “Entre o passado e o futuro.”. ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. São Paulo: Perspectiva, 2007.

(Tradução livre). SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitucion*. p. 219.

SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitucion*. p. 233.

SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitucion*. p. 240.

“Como conceito polêmico contraposto a tais neutralizações e despolitizações de importantes domínios surge o Estado *total* da identidade entre Estado e sociedade, o qual não se desinteressa por qualquer âmbito e, potencialmente, abrange qualquer área. Nele, por conseguinte, *tudo* é, pelo menos potencialmente, político, e a referência ao Estado não mais consegue fundamentar um marco distintivo específico do ‘político’.”. SCHMITT, Carl. *O conceito do político*. p. 47.

(Tradução livre). SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitucion*. p. 245.

SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitucion*. p. 249.

(Tradução livre). SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitucion*. p. 250.

KELSEN, Hans. “Quem deve ser o guardião da Constituição?” In: *Jurisdição constitucional*. p. 239.

KELSEN, Hans. “Quem deve ser o guardião da Constituição?”. p. 240.

KELSEN, Hans. “Quem deve ser o guardião da Constituição?”. p. 243.

KELSEN, Hans. “Quem deve ser o guardião da Constituição?”. p. 245.

KELSEN, Hans. “Quem deve ser o guardião da Constituição?”. p. 246.

KELSEN, Hans. “Quem deve ser o guardião da Constituição?”. p. 247.

KELSEN, Hans. “Quem deve ser o guardião da Constituição?”. p. 249.

KELSEN, Hans. “Quem deve ser o guardião da Constituição?”. p. 253.

KELSEN, Hans. “Quem deve ser o guardião da Constituição?”. p. 255.

KELSEN, Hans. “Quem deve ser o guardião da Constituição?”. p. 256.

KELSEN, Hans. “Quem deve ser o guardião da Constituição?”. p. 258.

Para Kelsen: “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’.” KELSEN, Hans. “Quem deve ser o guardião da Constituição?”. p. 270.

KELSEN, Hans. “Quem deve ser o guardião da Constituição?”. p. 276.

KELSEN, Hans. “Quem deve ser o guardião da Constituição?”. p. 280.

KELSEN, Hans. “Quem deve ser o guardião da Constituição?”. p. 283.

KELSEN, Hans. “Quem deve ser o guardião da Constituição?”. p. 292.

“Todo o argumento schmittiano ignora, segundo Kelsen, a possibilidade de uma violação da constituição por parte do chefe de Estado ou de governo, possibilidade esta que pertence à uma das mais importantes especificações do artigo 48 da Constituição de Weimar. Nesta esteira, Kelsen critica a afirmação (não provada) de Schmitt de que um Tribunal Constitucional se oporia somente ao parlamento, pois tal entendimento altera o sentido da função de defensor da constituição, isto é, do controle de constitucionalidade dos atos do Estado, para o sentido de mero contrapeso do parlamento...” CHUEIRI, Vera Karam de. “Nas Trilhas de Carl Schmitt (ou nas Teias de Kafka): Soberania, Poder Constituinte e Democracia Radical.” p. 365.

“A esperança de Schmitt é que um poderoso soberano, personificado na autoridade central, use as medidas com caráter técnico para rechaçar os controles parlamentares e jurídicos, e, desta maneira, ‘salvar’ a unidade política nacional, superando a indecisão do Estado de direito.” GÓMEZ, Enrique Serrano. *Consenso y conflicto. Schmitt, Arendt*

y la definición de lo político. México D. F.: Centro de Estudios de Política Comparada, 1998. p. 33.