

A Guarda da Constituição em Hans Kelsen e Carl Schmitt

Publicado desde 28/11/2004

Carlos da Silva

Mestrando em direito constitucional na PUC/RJ e defensor público do estado do Rio de Janeiro *

* *segundo o próprio autor em 27 de novembro de 2004*

1. A Guarda da Constituição em Hans Kelsen 2. A guarda da constituição em Carl Schmitt 3. Conclusão

1. A Guarda da Constituição em Hans Kelsen

Com exceção da França, onde a influência de Rosseau e da desconfiança da Revolução Francesa com a atuação do Judiciário no Antigo Regime impediu que quaisquer propostas sobre a criação de uma corte constitucional fossem levada a frente, a maior parte das cartas magnas dos países com direito codificado foram diretamente influenciadas pela obra de Hans Kelsen no tocante a estrutura do controle de constitucionalidade.

Não obstante essa obra tenha sido diretamente fruto do projeto da Constituição Austríaca de 1.920 encomendada a Kelsen pelo governo deste país, onde também ele faria parte da primeira "Alta Corte Constitucional", não se pode acusar este autor de se ter desviado um milímetro do total de seus escritos.

Então essa inovadora busca de conformidade de direito com o próprio direito não parte do pressuposto da dicotomia criação legislativa-execução administrativa e judiciária. Reconhece-se expressamente que todas as funções do Governo tem um aspecto de criação do direito.

Mesmo assim impõe-se que haja controle dessa criação , pois o sistema é escalonado. Conquanto a liberdade de inovação seja máxima na feitura da lei ordinária e bastante limitada no ato administrativo, a regularidade (e a legitimidade) de toda a "pirâmide" depende que esse respeito esteja presente em todos os níveis.

O conceito de constituição presente em Kelsen claramente a distingue de todos os demais atos com força normativa. É um "principio supremo que determina por entero el orden estatal y la esencia de la comunidad constituida por esse orden" . A Constituição já aparecia aqui sendo constituída por normas de organização do Estado (que geravam as inconstitucionalidades formais) e valores a serem preservados (que causavam as inconstitucionalidades materiais) .

Diga-se mais, Kelsen se preocupa em conceituar também constituição democrática, como aquela em que todos os poderes derivam da constituição. A necessidade de conciliar constituição e democracia está embrionário naquela República de Weimar nasce sob o símbolo do que da essencial busca dos novos

regimes políticos em se legitimarem na vontade (poder) constituinte do povo soberano que toma determinadas decisões, imprimindo na norma fundamental determinados caracteres expressados nos direitos civis, políticos e sociais (núcleo fundamental da constituição posto que base da convivência civil), reforçada através da busca de instrumentos institucionais para efetivá-los.

Há evidente corte aqui com o formato constitucional estatal e parlamentar em que basta o ordenamento dos poderes que as leis garantirão os direitos e no retorno do elemento político para o direito constitucional.

Em Kelsen esta deveria se caracterizar como republicana, pois contra a identificação da monarquia/burocracia com o Estado, que tendem assim a se acharem mais que a constituição; pluralista, posto que não tem um dono, um titular do poder constituinte no sentido rousseauiano, mas é fruto de um processo histórico de equilíbrio das forças sociais; e parlamentar e com partidos políticos, como melhor forma de representar as forças e alcançar os consensos. Ressalte-se que essa "primazia do parlamento" não se transforma em "soberania do parlamento" pois há sempre este "controle de constitucionalidade" para preservar os direitos das minorias advindos do consenso, de lei que represente simples vontade da maioria.

A proteção deveria ser realizada por um único órgão, não porque não fosse até recomendável que todas as autoridades e cidadãos analisassem que determinadas normas não cumpriam o ordenamento maior, mas porque a falta de unidade de soluções traria o indesejado sentimento de insegurança jurídica. Este controle de constitucionalidade concentrado não se confunde com a guarda da constituição no sentido de respeito às suas ordens que deve ser exercido por todos.

Este órgão, segundo Kelsen, não poderia estar situado no próprio parlamento, posto que "seria ingenuidade" supor que este Poder revogaria seus próprios atos. A independência necessária para atacar tais atos tornava necessário que tal instituição se encontrasse a parte das demais esferas do governo .

Àqueles que conclamavam que tais medidas atentariam contra a "Soberania do Parlamento" e ao "princípio da separação dos poderes", retrucava que a soberania não pertence a um órgão, mas sim a todo o ordenamento jurídico fundado na carta maior. Ademais a "separação dos poderes" não era afetada , já que a se função legislativa caracteriza-se por estabelecer normas gerais e a função jurisdicional por criar normas individuais, então o tribunal "que tiene el poder de anular las leyes es por conseguinte um órgano del Poder Legislativo" , pelo caráter evidentemente genérico de retirar uma lei do ordenamento.

Por outro lado a doutrina da separação dos poderes tem um objetivo diretamente ligado ao "equilíbrio constitucional", no impedimento de que haja absolutismo de um dos Poderes sobre os demais, sendo tal controle mais um modo de estabelecer "freios e contra-pesos".

Não obstante, há necessidade de tomar-se diversos cuidados para evitar a politização das decisões desse órgão, que devem ser estritamente jurisdicionais . Impõe-se, portanto, número de membros bastante elevado e um modelo de escolha que deixasse tanto ao Executivo quanto ao Parlamento grande poder de interferência na decisão sobre os nomes a compô-lo . Nomes, por evidente (para Kelsen), que não deveriam fazer parte destes mesmo Poderes, sob pena de macular sua imparcialidade, sendo recomendável que limitassem-se a juristas de profissão e com capacidade largamente reconhecida, talvez até com uma fração das vagas indicadas por uma comissão das faculdades de direito do país.

Kelsen também dá grande relevo ao cuidado que deve tomar a Alta Corte antes de analisar as escolhas substantivas do legislador. "(...) cuando, como ocurre a veces,

la misma Constitución se refiere a estos principios cuando invoca los ideales de equidad, de justicia, de libertad, de igualdad, de moralidad, etcétera, sin precisar, absolutamente, lo que es necesario entender con ello. Si estas fórmulas no recubren nada más que ideología política corriente, de la cual todo orden jurídico se esfuerza por ataviarse, la delegación de la equidad, de la libertad, de la igualdad, de la justicia, de la moralidad, etcétera, significa únicamente, a falta de una precisión de estos valores, que el legislador, así como los órganos de ejecución de la ley, están autorizados a llenar, discrecionalmente, el ámbito que les es abandonado por la Constitución y la ley” . “Las concepciones de la justicia, de la libertad, de la igualdad, de la moralidad, etcétera, difieren de tal manera, según el punto de vista de los interesados que, si el derecho positivo no consagra alguna entre ellas, toda regla del derecho puede ser justificada por una de tantas concepciones positivas.(...) “Es precisamente en el dominio del derecho constitucional, en que estas fórmulas pueden jugar un papel extremadamente peligroso. Podrían interpretarse las disposiciones de la Constitución que invitan al legislador, a conformarse con la justicia, a la equidad, a la igualdad, a la libertad, a la moralidad, etcétera, como direcciones relativas al contenido de las leyes. Evidentemente por error, puesto que solo sería así cuando la Constitución fijara una dirección precisa, es decir, cuando la misma Constitución indicara un criterio objetivo cualquiera.” .

O Tribunal Constitucional que não atentar para esta sábia distinção e ousar anular lei que não se coadune com a sua concepção desses valores terá corrompido todo o objetivo da formulação kelseniana. “(...) el poder del tribunal sería tal que devendría insoportable. La concepción de la justicia de la mayoría de los jueces de este tribunal podría estar en oposición completa con la concepción de la mayoría de la población, y por tanto, con la mayoría del Parlamento que há votado la ley. Es obvio que la Constitución no há querido, al emplear una palabra tan imprecisa e equívoca como al justicia ou culaquiera outra parecida, hacer depender la suerte de toda ley votada por el Parlamento de la buena voluntad de um colégio de jueces compuesto de una manera más o menos arbitraria (...)” .

Esta passagem demonstra o rompimento, muitas vezes menosprezado no debate pátrio, que Kelsen representa com a Escola da Exegese. Se ainda não trata a linguagem como um jogo, tal qual o 2º. Wittgenstein, já nota a dificuldade para o julgador para extrair o real significado da norma em questões com termos “fluidos”. É singular que o autor austríaco tenha abordado esta dificuldade logo após rechaçar qualquer tipo de influência jusnaturalista, e ,por conseguinte, metafísica, no julgamento desta Corte Constitucional. A posição de Kelsen é vista de forma evidente em uma passagem de provavelmente a sua obra mais famosa :

“Se por ‘interpretação’ se entende a fuxação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento de várias possibilidades que dentro dessa moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito Positivo no ato do órgão aplicador do Direito – no ato do tribunal, especialmente. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa – não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral. A jurisprudência tradicional crê, no entanto, ser lícito esperar da interpretação não só a determinação da moldura para o ato jurídico a pôr, mas ainda o preenchimento de uma outra e mais ampla função – e tem tendência para ver precisamente nesta outra função a sua principal tarefa. A interpretação deveria desenvolver um método que

tornasse possível preencher ajustadamente a moldura prefixada. A teoria usual da interpretação quer fazer crer que a lei, aplicada ao caso concreto, poderia fornecer, em todas as hipóteses, apenas uma única solução correta (ajustada), e que a "justeza" (correção) jurídico-positiva desta decisão é fundada na própria lei. Configura o processo dessa interpretação como se se tratasse tão-somente de um ato intelectual de clarificação e de compreensão, como se o órgão aplicador do Direito apenas tivesse que pôr em ação o seu entendimento (razão), mas não a sua vontade, e como se, através de uma pura atividade de intelecção, pudesse realizar-se, entre as possibilidades que se apresentam, uma escolha que correspondesse ao Direito positivo, uma escolha correta (justa) no sentido do Direito Positivo"

Daí que é fundamental estabelecer que Kelsen não negava o insuperável caráter político que também ocorre nas decisões judiciais . Concedia que tal tribunal constitucional, teoricamente, exerceria mais esse caráter político do que os outros , mas não que o seu exercício da verificação do sentido da lei não era substancialmente da mesma natureza que a de qualquer outro juiz de 1º. instância.

Portanto, podemos observar que as armadilhas que levariam a doutrina do "dilema contra majoritário" já eram intuídas por Kelsen na obra inaugural do "controle de constitucionalidade" no sistema jurídico continental. Igualmente surpreendente é que, ao lado de vetar a legitimidade ativa por qualquer do povo devido ao perigo de ações temerárias e congestionamento processual, reconhece que, regulada, a participação popular é fundamental para o sucesso do novo instituto.

A chamada "actio popularis" tratar-se-ia da possibilidade de que qualquer cidadão envolvido em um processo judicial ou administrativo de levar sentenças judiciais ou atos administrativos fundados em normas inconstitucionais à apreciação do Tribunal, não para que este exerça juízo de mérito, mas sim como forma de permitir a autoridade emanadora da decisão fundada em lei nula de rever sua atitude. Além disso, qualquer particular interessado na lide da ação de inconstitucionalidade, esteja sofrendo conseqüências jurídicas desta lei guerreada ou não , pode intervir como parte do processo, num instituto que lembra muito o "amicus curiae", hoje em nossa legislação de controle de constitucionalidade.

O maior caráter público desta Corte também é representado nos princípios que devem inspirar a sua atuação : publicidade e oralidade. Consagra-se, em conjunto com as intervenções citadas no parágrafo anterior, o direito de conhecer da lide que visa desconstituir norma votada pelo Parlamento assim como o direito de tribuna para influenciar a favor ou contra como o tribunal julgará as decisões da Assembléia.

Não pode nunca o Tribunal Constitucional esquecer-se da sua função primeira no exercício do controle : proteger as minorias. Não simplesmente das maiorias, conseqüência usual do convívio social, mas daquelas maiorias que agem irregularmente , visando solapar os acordos maiores, posto que fundados em consensos que exigem votação mais qualificada, presentes na Carta Magna.

A preocupação desta Corte deve ser garantir que as minorias não tenham seus direitos básicos vilipendiados, podendo atuar livremente na direção de, eventualmente, tornar-se maioria no futuro . Só desta forma pode ser garantida a paz social, com a consciência em todos os participantes do jogo político de que há um árbitro imparcial que lhes dará o tratamento justo nos momentos de impasse.

2. A guarda da constituição em Carl Schmitt

A obra de Schmitt parece querer recordar a inconciliabilidade entre o princípio democrático (legitimidade) e o constitucionalismo (estabilidade) : a pretexto de restabelecer o elemento político das constituições (negado por Jellinek), ou seja, o poder constituinte, a soberania popular, interpreta a Constituição de Weimar no

sentido de que a figura do presidente eleito representa esta soberania na unidade do povo soberano. Este pode, inclusive, afastar o modelo de constituição liberal (equilíbrio entre os poderes e direitos civis) em prol da solução da crise pontual ("soberano é quem decide no estado de exceção"), se aproximando de uma leitura radical de Rousseau e, principalmente, da supremacia do Estado conforme constava na constituição prussiana de 1.866.

Carl Schmitt, portanto, é a negação de toda essa evolução até aqui detalhada. Da forma genial e ao mesmo tempo quase brutal como entabulava seus escritos busca dissolver esse pretensão caráter hegeliano evolutivo que trouxe a guarda da constituição para o seio da corte. Critica assim com veemência aquela que chama como "solução austríaca" :

"En su conjunto, la manera usual de ser actualmente tratada esta difícil cuestión de Derecho constitucional hállase aún muy influida por las 'ideas judicialistas' que se inclinan a encomendar simplemente la solución de todos los problemas a un procedimiento de tipo judicial, y desprecian en absoluto la fundamental diferencia que existe entre un fallo procesal y la resolución de dudas y divergencias de criterio acerca del contenido de un precepto constitucional. Ante todo se siente la necesidad de protegerse contra el legislador, es decir, contra el Parlamento, limitando, en consecuencia y con arbitrariedad notoria, el problema de la protección constitucional a la mera defensa contra leyes y decretos anticonstitucionales, y desnaturalizando también esta cuestión al buscar en el terreno de la Justicia el protector de la Constitución 'sen detenerse a meditar sobre el asunto', como Rudolf Smend ha dicho en una critica incidental, pero certera."

Entende Schmitt que a relativa "autoridade" com que atua a Suprema Corte Americana, e que termina por servir de exemplo para os seguidores do modelo judicial, trata-se de situação excepcionalíssima posto que protetores de uma ordem econômico-social indiscutida, o que lhe permite, por exemplo, negar direitos trabalhistas a mulheres e crianças que pareciam evidentes na República de Weimar onde escrevia .

Concorda ainda com os pressupostos jurídicos do controle difuso definido em "Madison vs. Marbury". Realmente é pressuposto da atuação judicial e da própria existência de uma tripartição de Poderes com o Judiciário que o juiz possa ter como único senhor a sua interpretação de qual seja o sentido da lei e, por isso, possa, ocasionalmente, declarar incidentalmente a inconstitucionalidade de determinada lei. Não obstante isso não deriva de uma condição de "protetor da constituição" (o que ensinaria dizermos que vivemos em um "Estado Judicial", segundo ele), mas do próprio "Princípio da Legalidade" que impõe a todos cidadãos e notadamente a Administração Pública em agir conforme as normas existentes. Pensar de outra forma seria dizer que todo servidor que anula, por exemplo, uma licença concedida por entendê-la agora contrária à constituição torna-se automaticamente o "guardião da constituição". Isto significaria dizer que todos são guardiões, com evidente esvaziamento do conceito.

Além da falácia exposta no parágrafo anterior referente a construção da "necessidade" de se posicionar a justiça como única "guardiã", há conjugado o perigo que advém daí. Por mais cômodo que possa parecer abrir os "portões" da Justiça e empurrar a solução das questões políticas para o cenário da lide judicial a consequência inevitável "no seria una judicialización de la Política, sino una politiquización de la Justicia" , ainda concluído com uma citação de Guizot, que entendia que "nunca será bastante repetida en la Alemania actual : que en tales juridificaciones 'la política no tiene nada que ganar, y la Justicia puede perdelo todo'" . Esta confusão ocorre porque se iguala equivocadamente, segundo Schmitt, a função que exerce o juiz de direito ao aplicar a lei ao caso concreto com a função que exerce

o magistrado constitucional :

“La aplicación de una norma a otra norma es algo cualitativamente distinto de la aplicación de una norma a un contenido real, y la subsunción de una ley bajo otra ley (si es que acaso resulta imaginable) es algo esencialmente distinto de la subsunción del contenido concreto regulado, bajo su regla. Si se comprueba la existencia de una contradicción entre la ley simple y la ley contenida en la Constitución, y se declara inválida la primera, no puede decirse que realizamos una aplicación de la ley formulada en la Constitución a la ley simple, en el mismo sentido que diríamos que existe aplicación judicial de la ley al caso concreto. En el primer caso, se comparan las normas unas con otras, y cuando se producen colisiones y contradicciones, que son posibles por causas muy distintas, una de las normas elimina a la otra. En el segundo caso, cuando la ley se aplica judicialmente a un contenido real determinado, se subsume un caso concreto bajo los conceptos generales (y bajo el ‘hecho’ legal)” .

Em verdade a função do magistrado constitucional é de definir dentre as múltiplos sentidos dos termos presentes nas constituições (muitas vezes assim imprecisos propositadamente, posto o caráter compromissório que apresentam as constituições democráticas) qual deve ser utilizado. Por isso, dizia Schmitt, devemos aplaudir a Constituição da Saxônia de 1831, que em seu item 3 do artigo 153 afirmava que a decisão do “Tribunal Constitucional” tem o caráter de “interpretação autêntica”, revelando a verdadeira missão legislativa que exerce esse órgão e evidentemente política. Porém surge aqui um paradoxo : se concordamos que o sentido do que é “la Constitución de Weimar es una decisión política del pueblo alemán unificado, como titular del poder constituyente, y que, en virtud de esta decisión, el Reich alemán es una democracia constitucional, la cuestión relativa al protector de la Constitución puede resolverse de otra manera que mediante una ficticia judicialidad” .

Porém a desconstrução das possibilidades judiciais de tratar com suas qualidades inerentes, quais sejam a imparcialidade e pendor para a interpretação, a questão da proteção da constituição não nega que as instâncias executivas e legislativas são naturalmente as que mais violam o texto constitucional. Até por critério de exclusão, mesmo aceitas as dificuldades, manter-se-ia o judiciário como o deságüe natural.

A solução de Carl Schmitt, que utilizando do conceito de “pouvoir neutre, intermédiaire y régulateur” encontrado na obra de Benjamin Constant e verificando o caráter singular do Presidente do Reich que era eleito diretamente pelo povo (alcançando assim legitimidade), muito embora exercesse meras funções de chefe de Estado (sendo o 1º. Ministro o chefe de Governo), entendeu nele o protetor da unidade constitucional e da integridade da nação. Não obstante as experiências alemã no terceiro reich e brasileira na vigência da constituição de 1.824 mostram que este “poder moderador” termina sempre por se imiscuir demais nas questões políticas do dia-a-dia, deixando tais sistemas de fato sem qualquer espécie de proteção.

3. Conclusão

É inegável ressaltar a maior influência da teoria de Hans Kelsen sob as configurações do órgão destinado a manter a higidez do ordenamento jurídico no respeito à constituição nas sociedades ocidentais do pós 2ª. Guerra. A idéia de Tribunal Constitucional é uma realidade inerente a quase todos os modelos e os seus pressupostos jurídicos não diferem muito daqueles estabelecidos pelo jurista austríaco

Não obstante é em Carl Schmitt que encontramos uma análise extremamente apurada inclusive nos dias de hoje das mazelas deste sistema. O ideal kelseniano de maior afastamento de termos muito vagos foi derrotada pela enxurrada de normas-princípios com crescente grau de abstração nas constituições contemporâneas, assim

como das próprias demandas populares advindas do aprofundamento do ideal democrático.

Muito embora a solução do mestre alemão tenha se provado não ser a mais acertada, igualmente não se encontram respondidas as indagações perspicazes e fatais que ele elabora sobre o modelo vigente. Inclusive o cerne da concentração na figura presidencial apresenta-se mais atual do que nunca : a necessidade daquele que termina por dar a palavra final no sentido do que é a constituição em atender ao chamado por legitimidade do titular do Poder Constituinte, o Povo. São questões que se mantêm em aberto, a espera da engenhosidade dos constitucionalistas do século XXI que não se conformam com critérios meramente legalistas de representação da vontade popular.

SILVA, Carlos Bruno Ferreira da. **A Guarda da Constituição em Hans Kelsen e Carl Schmitt.** Disponível em:
<<http://www.odireito.com/default.asp?SecaoID=10&SubSecao=1&ConteudoID=00098&SubSecaoID=2>>. Acesso em 25/05/2006.