

1

Marcos teóricos dos modelos de guarda da Constituição

Quem deve ser o guardião da Constituição é uma questão que há muito vem sendo discutida na teoria constitucional e mesmo na teoria política, porquanto aquele que tem o poder da última palavra pode ser considerado como o próprio detentor do poder soberano.

Relevante, portanto, apreciar os marcos teóricos dos principais modelos existentes, pois é a partir deles, aplicados de forma isolada, em conjunto ou matizada, que se formulam, e se formularam ao longo da história, os diversos modelos de controle de constitucionalidade.

1.1

Benjamin Constant: o rei como guardião da Constituição²

Benjamin Constant é um dos maiores exemplos de autores que, embora não tenham tratado precipuamente do controle de constitucionalidade, formularam teorias políticas que influenciaram diretamente a discussão acerca da guarda da Constituição.

Com efeito, Constant, em sua obra *Princípios Políticos Constitucionais*, estuda a organização e a separação de poderes, enfatizando a necessidade de se resguardar direitos individuais dos cidadãos.

De fato, Constant defende que a soberania não é ilimitada, fato que o leva a afirmar que os poderes devem ser limitados para que direitos mínimos dos cidadãos – que ele reconhece como sendo as liberdades individual, religiosa, de

² Ainda que, cronologicamente, a obra de Constant, datada de 1806, seja posterior às obras de Montesquieu (1748), Rousseau (1762) e Hamilton (1787) e anterior às obras de Kelsen e Schmitt, ambas do início do século XX, que serão estudadas nos subcapítulos seguintes, optou-se pelo início dos estudos através dela como forma de se evitar interrupção da linha de argumentos e contra argumentos que se verá presente entre os autores que serão apreciados a seguir. Esta opção metodológica também segue a ordem cronológica da história constitucional brasileira, pois Constant foi uma das principais fontes de inspiração da primeira Constituição do Brasil.

opinião e de expressão, assim como o direito de propriedade e as garantias judiciais – não sejam violados pela maioria.³ O referido autor, aliás, registra que:

A soberania não é ilimitada. Onde começa a independência e a existência individual termina a jurisdição da sociedade. O consentimento da maioria não basta em todos os casos para legitimar atos; existem atos impossíveis de serem sancionados. Ainda que fizesse por toda a nação e houvesse um único cidadão oprimido, faltar-lhe-ia a necessária legitimidade. Nenhuma autoridade sobre a terra deve ter poderes ilimitados. Os cidadãos possuem direitos individuais independentes de toda autoridade social ou política, e qualquer violação pela autoridade é ilegítima. Tais direitos são: a liberdade individual, a liberdade religiosa, a liberdade de opinião, que compreende o direito em sua livre expressão, o gozo da propriedade, a garantia contra todo ato arbitrário. Nenhuma autoridade pode atentar contra estes direitos sem violar o seu próprio título. Não sendo ilimitada a soberania do povo e não sendo a sua vontade suficiente para legitimar sobre tudo o que deseja, a autoridade da lei não é mais que a expressão verdadeira ou suposta dessa vontade, conseqüentemente não é ilimitada.

[...]

A anuência do povo não legitima o que é ilegítimo, posto que um povo não pode delegar a ninguém uma autoridade que não tem.

Os atentados mais monstruosos do despotismo de um só se deveram, com freqüência, à doutrina do poder ilimitado de todos.

[...]

O povo não tem o direito de castigar um único inocente, nem tratar como culpado um único acusado sem provas legais. Não pode, pois, delegar a ninguém semelhante direito. O povo não tem o direito de atentar à liberdade de opinião, à liberdade religiosa, às garantias judiciais, às formas protetoras. Nenhum déspota, nenhuma assembléia pode pois exercer um direito semelhante dizendo que foi conferido pelo povo. Todo despotismo é, pois, ilegal; nada pode sancioná-lo, nem a vontade popular na qual pretende fundamentar-se. Em nome da soberania do povo não se pode atribuir um poder que não está compreendido nesta soberania. Neste caso, já não se trata unicamente de uma transferência do poder, mas da criação de um poder que não deve existir.⁴

Assim, com esse objetivo liberal de resguardar direitos individuais, Constant formula a sua teoria política de organização do Estado e de separação de poderes, com evidente influência no modelo de monarquia constitucional inglês, que, segundo ele:

³ CONSTANT (1989) p.71-72.

⁴ CONSTANT (1989) p.71-72.

[...] usa o poder real para por fim a toda luta perigosa e restabelecer a harmonia entre os demais poderes. Se a ação do poder executivo torna-se perigosa, o rei destitui os ministros. Se a Câmara dos Lords torna-se inconveniente, o rei lhe dá um novo rumo mediante a instituição de novos pares. Se a Câmara dos Comuns se mostra ameaçadora, o rei usa seu veto ou dissolve essa Câmara. Enfim, se a própria atividade do Poder Judiciário é pernicioso aplicando a atos individuais penas gerais demasiadamente severas, o rei modera, mediante o exercício do seu direito de graça.⁵

Constant, então, formula um sistema de monarquia constitucional em que acrescenta o poder real à tradicional tripartição de poderes, resultando em um sistema em que o poder é dividido entre o poder real, o poder executivo, o poder judiciário e o poder legislativo ou representativo. Este último, subdividido entre o poder representativo da continuidade, que residiria em uma assembleia hereditária, como a Câmara dos Lordes, e o poder representativo da opinião, que seria uma assembleia eleita.⁶

Aos poderes representativos caberia a competência de elaborar as leis, ao executivo de executá-las e ao judiciário de decidir os casos particulares. A chave de sua teoria – e o que, de fato, o notabiliza – é a atribuição do poder real, que, segundo ele, deve ser um *pouvoir neutre* exercido pelo Chefe de Estado na qualidade de uma “autoridade ao mesmo tempo superior e intermediária [aos demais poderes], interessado em manter o equilíbrio, e com a máxima preocupação em conservá-lo.”⁷

Constant registra que:

O vício de quase todas as Constituições (até hoje) foi não haver criado um poder neutro. Em vez disso, investiu a plenitude da autoridade a um dos poderes ativos. Quando essa soma de autoridade se reuniu no poder legislativo, a lei, que não deve descer a certas esferas, estendeu seu domínio a tudo. Existiu uma arbitrariedade e tirania sem limites [...]. Quando essa mesma soma de autoridade se reuniu no poder executivo, houve despotismo.⁸

De fato, Constant defende a instituição de um poder neutro, que estaria acima dos demais poderes, com a incumbência de atuar, de forma preservadora,

⁵ CONSTANT (1989) p.75.

⁶ CONSTANT (1989), p.73-87

⁷ CONSTANT (1989), p.75.

⁸ CONSTANT (1989) p.75.

para evitar que um dos poderes destrua o outro. Sua atuação restringir-se-ia à manutenção da harmonia e do equilíbrio entre os demais poderes, não devendo confundir-se com o poder ativo dos ministros que compõem o executivo e tampouco com o poder dos políticos que compõem os dois poderes representativos.

Segundo ele, para exercer essa atribuição, o detentor do poder neutro “deve estar acima dos fatos”⁹, deve ser “superior às divergências de opiniões”¹⁰, característica que Constant encontra unicamente no rei em uma monarquia constitucional, figura que possui uma esfera de inviolabilidade que o permitiria exercer tal competência e, ainda, porque somente ele encontrar-se-ia “livre de todas as paixões que alentam o coração daqueles que estão temporariamente investidos de poder”.¹¹

Portanto, a teoria de Constant tem sua particularidade na defesa da criação de um poder neutro, distinto dos usuais executivo, legislativo e judiciário, que teria a responsabilidade de evitar que um poder usurpasse a competência do outro. Daí porque, ainda que Constant não tenha analisado expressamente o controle de constitucionalidade, pode-se depreender de seus estudos que a última palavra sobre a validade ou não de um ato ou norma não deveria ser dada por nenhum dos três poderes tradicionais, mas pelo monarca detentor do poder neutro.

1.2

Montesquieu e Rousseau: o legislador como o guardião da Constituição

Na França pré-revolucionária, Montesquieu e Rousseau publicaram, respectivamente, os clássicos *O Espírito das Leis* e *Do Contrato Social*, que contribuíram enormemente para a criação do dogma francês — que teve profunda influência na Europa continental e que até hoje, ainda que em menor medida, está presente na França — de supremacia do Parlamento Nacional, visto como a

⁹ CONSTANT (1989), p.74.

¹⁰ CONSTANT (1989), p.77.

¹¹ CONSTANT (1989).

incorporação da vontade do povo, e que, portanto, não pode ser objeto de nenhum controle judicial.

Segundo Mauro Cappelletti, esta visão restritiva do papel do juiz deve-se, sobretudo, aos abusos cometidos pelos magistrados dos *Parlaments de l'Ancien Régime*¹², que exploravam seus ofícios para extrair o máximo de benefícios e que possuíam poderes de controle sobre os atos do soberano e, portanto, de recusar a aplicação dos atos reputados como incompatíveis com as leis do reino, leis estas, em sua maioria, sequer escritas. Com tais poderes, os juízes, profundamente ligados ao regime feudal, se opunham até mesmo às tímidas reformas de caráter liberal que a realeza estava disposta a realizar e que poderiam ter prevenido a violenta explosão da revolução burguesa. Não sem motivos os juízes foram posteriormente considerados como grandes inimigos da Revolução Francesa, que levou muitos deles à guilhotina.¹³

Nesse contexto de frequentes abusos, Montesquieu, mesmo sendo um juiz de prestígio pertencente a uma tradicional família de magistrados, defendeu uma rígida divisão de poderes em que nenhuma competência de natureza política era conferida aos juízes, pois estes “são apenas a boca que pronuncia as palavras da lei; seres inanimados que não podem moderar nem a força, nem o rigor.”¹⁴

Poucos anos depois, Rousseau sustentou que a sociedade está estabelecida por um contrato em que cada indivíduo aliena si próprio e todos os seus direitos em favor da comunidade, ficando “sob a suprema direção da vontade geral”.¹⁵

Esse contrato social, prossegue Rousseau, é condicionado por leis, que seriam os atos de vontade geral do povo¹⁶ estabelecidos através de seus representantes no Legislativo¹⁷. A vontade geral, portanto, “aparecia como la expression más alta de la soberanía del pueblo”¹⁸, na medida em que Rousseau

¹² No *Ancien Régime*, os *parlaments* eram cortes de justiça superiores sediadas em diversas cidades. CAPPELLETTI (1990a) p.187.

¹³ CAPPELLETTI (1990a) p.188.

¹⁴ MONTESQUIEU (2000) p.178.

¹⁵ ROUSSEAU (2002) p.32.

¹⁶ ROUSSEAU (2002), p.58.

¹⁷ ROUSSEAU (2002), p.63.

¹⁸ GARGARELLA (1996) p.95.

defendia que somente ela tem possibilidade de dirigir as forças do Estado, segundo o fim de sua instituição, isto é, o bem comum.¹⁹

A rígida separação de poderes defendida por Montesquieu, que reduzia a atividade judicial a uma mera função burocrática, e, em especial, a ideia de soberania da vontade popular presente na obra de Rousseau acabaram se tornando teses centrais da ideologia francesa. Foram, inclusive, proclamadas como uma das principais bases da Revolução de 1789, que defendeu a soberania absoluta da lei escrita, eis que estabelecida por representantes do povo, e, por conseguinte, reduziu a atividade judicial à mera aplicação mecânica da lei.

Conforme observa Cappelletti, esse ideal revolucionário foi positivado na Lei de 16-24 de agosto de 1790 sobre organização judiciária, que se tornou um dos pilares do sistema de justiça francês e de outros sistemas influenciados por esta concepção ao dispor que nenhum controle de nenhuma espécie poderia ser exercido pelo Judiciário sobre atos da administração²⁰ ou do Poder Legislativo^{21,22}, bem como ao estabelecer o *référé législatif*, instituto que determinava que, havendo dúvida na interpretação de algum dispositivo legal, os tribunais deveriam encaminhar a questão ao legislativo²³. Ao defender este último instituto, Robespierre anotou:

Já que o poder legislativo não estabelece mais do que a lei geral, cuja força depende de sua exata observação, se os magistrados pudessem substituí-la pela sua própria vontade, se tornariam legisladores. Esse poder de vigilância deve ser parte do judiciário? Não, porque é o próprio poder judiciário o vigiado. Deve ser o executivo? Não, porque se tornaria dono da lei. Deve ser, finalmente, um poder diferente dos poderes legislativo, executivo e judiciário? Não, porque eu não conheço quatro poderes na Constituição. Esse direito de vigilância é, portanto, uma dependência do poder legislativo. Com efeito,

¹⁹ ROUSSEAU (2002) p.45

²⁰ Artigo 13: Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions.

²¹ Artigo 10: Les tribunaux ne pourront prendre directement ou indirectement aucune part à l'exercice du pouvoir législatif, ni empêcher ou suspendre l'exécution des décrets du corps législatif, sanctionnés par le Roi, à peine de forfaiture.

²² CAPPELLETTI (1990c) p.261

²³ Artigo 12: Ils ne pourront point faire de règlements, mais ils s'adresseront au corps législatif toutes les fois qu'ils croiront nécessaire, soit d'interpréter une loi, soit d'en faire une nouvelle.

segundo os princípios autenticamente reconhecidos, é ao legislador a quem corresponde a interpretação da lei que ele mesmo fez [...].²⁴

Ao comentar o início do sistema francês de organização dos poderes, Carré de Malberg assim demonstrou como a questão da constitucionalidade foi concebida sob os ideais revolucionários:

[...] a questão da constitucionalidade de uma lei se reduz substancialmente a uma questão de interpretação dos textos e dos princípios constitucionais, interpretação que tem por objeto preciso o de procurar e estabelecer a amplitude e o alcance das limitações postas pela Constituição ao poder legislador. Portanto quem poderia ser mais qualificado para essa tarefa do que aquele que é o próprio autor da Constituição, isto é, o povo? [...] Ora, segundo a doutrina da Revolução, o povo está tão presente na elaboração das leis pelo legislador ordinário quanto na Constituição elaborada por uma assembleia constituinte. O legislador é chamado, pois, lógica e naturalmente, no momento mesmo da elaboração das leis, a resolver, em virtude do seu poder de representação popular, as dificuldades eventualmente levantadas por esta ou aquela disposição da lei, cuja conformidade com a Constituição seja dúbia ou contestada. Por meio do órgão legislativo, o próprio povo precisará, de modo definitivo, o alcance da vontade por ele originariamente expressa no ato constitucional. Numa palavra, cabe ao corpo legislativo examinar e decidir, por ocasião e no curso das suas deliberações sobre um projeto de lei, se o conteúdo desse projeto é compatível ou não com a Constituição, isto é, se pode ser adotado simplesmente por meio do ato legislativo ou se, ao contrário, para sua adoção é necessário recorrer ao procedimento especial requerido para as modificações da lei constitucional.²⁵

Assim, resta evidente que nesta clássica concepção, em que o legislativo, na condição de representante absoluto do povo, é soberano para elaborar as leis e para dirimir as dúvidas ou contestações sobre a constitucionalidade destas (*référé législatif*), os legisladores são os únicos que poderiam ser considerados como guardiões da Constituição, eis que competiria somente a eles, na condição de representantes absolutos do povo, velar pelos direitos resguardados pelo constituinte, tão representante da soberania popular quanto os próprios legisladores ordinários.

²⁴ Archives Parlementaires de 1787 a 1860. Recueil Complet de Débats Legislatifs et Politiques des Chambres Françaises, t. XX, p.336. Apud VALDÉS (2011) p.192.

²⁵ MALBERG (2007) p.204-205.

1.3

Alexander Hamilton: os juizes como os guardiões da Constituição

O *judicial review* norte-americano é a raiz da jurisdição constitucional, pois foi o primeiro modelo que previu o poder judicial de cassação dos atos do legislativo que estejam em desacordo com a Constituição.

Sua formulação, no fim do século XVIII, deve-se, sobretudo, ao temor dos credores e grandes proprietários americanos em relação a movimentos de insatisfação popular das classes menos favorecidas que, após um período de revoltas pela situação econômica em que se viram após lutarem ao lado dos seus credores pela independência americana, se organizaram a ponto de dominar e ditar a pauta do legislativo em muitos estados americanos.²⁶

Assim, surpreendida pela revolta popular por meios legítimos, ou seja, pelo crescimento do poder de influência dos cidadãos nas decisões legislativas, a classe dirigente dos Estados Unidos, em um momento em que se discutia a unificação do país, começou a debater mecanismos para proteger a nação e seus próprios interesses contra o Poder Legislativo. Estes mecanismos partiam do pressuposto de que, na esteira de uma concepção lockeana, existem alguns princípios verdadeiros que não podem ser percebidos pelos cidadãos comuns, bem como da ideia de que as maiorias tendem a atuar irracionalmente, na medida em que se deixam guiar por paixões em vez das razões.²⁷

Nesse contexto, a questão da limitação dos poderes legislativos foi, inevitavelmente, o grande objeto de discussão na Convenção Constituinte de 1787. No entanto, conforme observa Gargarella, o fato de ter havido profunda discussão sobre a limitação dos poderes do Legislativo não tornou a Constituição americana um texto aristocrático, que tenha consagrado institucionalmente uma

²⁶ Dentre as razões que culminaram nesse resultado, Gargarella enfatiza o ativismo dos cidadãos americanos nas chamadas assembleias comunitárias (*town meetings*), que pressionavam o legislativo, e também a crise econômica que se seguiu à independência americana. De fato, registra Gargarella que os pequenos camponeses e trabalhadores, que deram suas poucas propriedades e muitos a própria vida, foram incitados a participar da guerra sobre promessas de grande prosperidade, porém, ao fim desta, viram-se em uma situação financeira desesperadora, a ponto de tornarem-se comuns as condenações à prisão por inadimplemento de dívidas contraídas durante a guerra. GARGARELLA (1996) cap.1. p.17-24.

²⁷ GARGARELLA (1996) p.27-29

ditadura da minoria privilegiada,²⁸ pois, ao invés de aterem-se simplesmente ao fortalecimento desta classe dirigente, os convencionais preocuparam-se em diminuir as tensões das facções, visto que:

Como disse Hamilton, “[se dermos] todo o poder às maiorias, elas oprimirão a minoria. [Já se dermos] todo o poder à minoria, ela oprimirá as maiorias. Do que precisamos, então, é dar poder a ambos os grupos [para evitar assim o risco das opressões mútuas]”²⁹

Desse modo, os convencionais aprovaram o inovador e engenhoso modelo de freios e contrapesos (*check and balance*) proposto em sua essência por James Madison, que consistia – e ainda consiste –, basicamente, em um sistema em que os poderes estão parcialmente separados e parcialmente vinculados entre si, de forma que cada um deles detenha certa capacidade de resistência contra ataques dos demais.³⁰ E justamente dentro dos mecanismos de freios e contrapesos é que surge o *judicial review*, ou seja, o modelo de controle judicial das decisões legislativas.

É bem verdade que, embora a questão da revisão judicial tenha sido expressamente debatida pelos convencionais³¹, não foi formalizada em nenhum artigo da Constituição aprovada na Convenção de Filadélfia, razão pela qual somente em 1803, com a famosa decisão do Juiz Marshall³² no caso *Marbury versus Madison*, é que o controle de constitucionalidade, de fato, passou a ser amplamente reconhecido como competência do Judiciário.

²⁸ GARGARELLA (1996), p.34-35.

²⁹ GARGARELLA (2006) p.176.

³⁰ GARGARELLA (2006), p.177

³¹ Francisco Fernandes Segado afirma que “en la Convención Constitucional de 1787, muchos de los miembros asistentes, directamente relacionados con la redacción de la Constitución, fueron conscientes del principio de la ‘*judicial review*’, y algunos de ellos, significa *Denner*, se mostraron claramente favorables a ella.” FERNANDES SEGADO (1997) p.53; Também Gargarella registra que, “segundo um notável estudo de Charles Beard, por exemplo, dos 55 membros da Convenção Federal, um terço não tomou parte ativa dos debates. No entanto, não menos de 25 entre os membros de tal corpo se manifestaram direta ou indiretamente a favor do controle judicial de constitucionalidade (Beard, 1962).” GARGARELLA (2006) p.178 nota 10.

³² Interessante observar que John Marshall, que anos mais tarde julgaria *Marbury versus Madison*, participou da Convenção Estadual de Virgínia, convocada para ratificar a Constituição recém aprovada em Filadélfia, tendo, ali, já ratificado “el rol de los guardianes de la Constitución, señalando que no existia, además, outro cuerpo capaz de asumir el rol de protector de La Constitución” GARGARELLA (1996) p.42.

Não obstante, as teses nucleares defendidas pelo Juiz Marshall já se encontravam expostas no clássico artigo LXXVIII de *O Federalista*, no qual Alexander Hamilton, com o objetivo de convencer os cidadãos de Nova York a ratificarem a Constituição recém aprovada na Convenção de Filadélfia de 1787, explica as funções que o Poder Judicial teria com aquele documento político.

No referido artigo, Hamilton expõe os motivos pelos quais o Poder Judiciário teria o dever de “declarar nulos todos os atos [inclusives legislativos] contrários ao sentido manifesto da Constituição”.³³

Com efeito, Hamilton afirma que, como a Constituição prevê alguns limites à autoridade legislativa, deve haver um controle dos atos que os excedam, pois, do contrário, estas disposições constitucionais limitadoras tornar-se-iam totalmente inúteis.

Hamilton, então, defende que o referido papel deve ser exercido pelo Judiciário, pois, se comparado com o Executivo, que controla a “espada da comunidade”, ou com o Legislativo, que controla os gastos do tesouro e prescreve as leis que regem a sociedade, seria ele, quando separado dos demais poderes, o mais fraco dos poderes e o que menor risco traria à liberdade do povo.³⁴ Segundo Roberto Luis Blanco Valdés:

O esquema resulta, na verdade, de uma extraordinária simplicidade. A periculosidade do poder legislativo e a correspondente falta de periculosidade do judiciário transformam o último em uma sentinela permanente das atribuições do primeiro, por meio do controle de constitucionalidade.³⁵

O modelo parte do pressuposto de que é dever do juiz interpretar as leis para aplicá-las no caso concreto que lhe é posto. Quando verificado que em determinado caso duas leis são aplicáveis, o juiz deve decidir, utilizando-se da máxima *lex superior derogat legi inferiori*, sobre qual delas se sobrepõe à outra e, portanto, sobre qual delas deve ser aplicada à solução do litígio. Assim, diante de uma constituição rígida, que imponha limites ao legislador, o juiz deve aplicar as normas constitucionais em detrimento das leis ordinárias que a contrariem, da

³³ MADISON; HAMILTON; JAY (1993) p.480.

³⁴ MADISON; HAMILTON; JAY (1993), p.479.

³⁵ VALDÉS (2011) p.104.

mesma forma como deve aplicar as leis ordinárias em detrimento de decretos e regulamentos administrativos. Vale dizer, verificado no caso analisado um conflito entre lei ordinária e norma Constitucional, é dever de todos os juízes deixarem de lado a primeira para aplicar, então, a norma constitucional.³⁶

Já naquela época, o *judicial review* se deparava com sua mais forte crítica, qual seja, a de que a competência dos juízes para anular atos legislativos contrários à Constituição implicaria uma superioridade do Judiciário sobre o Legislativo, poder este que representa a vontade do povo.

Hamilton, não se furtando a responder tão difícil indagação, que mesmo séculos depois ainda é objeto de calorosos debates, defende, “com uma precisão quase matemática” nas palavras de Valdés³⁷, que o Judiciário não ofende a soberania popular ao anular uma lei aprovada pelo Parlamento, mas, em verdade, a ratifica ao defender a supremacia da Constituição, que é o documento que mais fielmente reflete a vontade soberana no povo.³⁸ Seus argumentos, a seguir transcritos, foram posteriormente retomados pelo Juiz Marshall e tornaram-se o alicerce da clássica resposta ao suposto caráter antidemocrático do *judicial review*:

Não há posição fundada em princípios mais claros que aquela de que todo ato de um poder delegado que contrarie a mandato sob o qual é exercido é nulo. Portanto, nenhum ato legislativo contrário à Constituição pode ser válido. Negar isto seria afirmar que o delegado é maior que o outorgante; que o servidor está acima do senhor; que os representantes do povo são superiores ao próprio povo; que homens que atuam em virtude de poderes a eles confiados podem fazer não só o que estes autorizam, mas o que proíbem.

Caso se diga que os membros do corpo legislativo são eles mesmos os juízes constitucionais dos próprios poderes e que a interpretação que lhes conferem impõe-se conclusivamente aos outros setores, pode-se responder que esta não pode ser a presunção natural a menos que pudesse ser deduzida de cláusulas específicas da Constituição. De outro modo, não há supor que a Constituição poderia pretender capacitar os representantes do povo a substituir a *vontade* de seus eleitores pela sua própria. É muito mais sensato supor que os tribunais foram concebidos para ser um intermediário entre o povo e o legislativo, de modo a, entre outras coisas, manter este último dentro dos limites atribuídos a seu poder. A interpretação das leis é o domínio próprio particular dos tribunais.

³⁶ CAPPELLETTI (1990a) p.198-199.

³⁷ VALDÉS (2011) p.105.

³⁸ GARGARELLA (1996) p.52.

Uma Constituição é de fato uma lei fundamental, e como tal deve ser vista pelos juízes. Cabe a eles, portanto, definir seu significado tanto quanto o significado de qualquer ato particular procedente do corpo legislativo. Caso ocorra uma divergência irreconciliável entre ambos, aquele que tem maior obrigatoriedade e validade deve, evidentemente, ser proferido. Em outras palavras, a Constituição deve ser preferida ao estatuto, a intenção do povo à intenção de seus agentes.³⁹

Como observa Gargarella, os simples argumentos de Hamilton, que neles demonstra sua exímia capacidade política, serviram para inverter as acusações contra o *judicial review* e, portanto, para defender que, justamente ao contrário do que argumentam os críticos, não limitar os poderes do legislativo ordinário é que seria antidemocrático.⁴⁰

Assim, ao defender a ideia de que juízes devem ser os guardiões da Constituição ou, como ele mesmo afirma no referido artigo LXXVIII de *Os Federalistas*, “devem ser considerados os bastiões de uma Constituição limitada contra abusos legislativos”⁴¹, Hamilton, logo retomado pelo Juiz Marshall, acabou estabelecendo as raízes do *judicial review* americano, instituto considerado por muitos como a contribuição mais importante da história americana à teoria política.⁴²

1.4

Hans Kelsen: uma corte constitucional como a guardiã da Constituição

Como antes mencionado, a desconfiança nos juízes ordinários e o dogma da soberania do Legislativo tiveram grande influência na Europa Continental, motivo pelo qual a grande parte dos países europeus mostrava-se bastante reticente em adotar o modelo americano, sob o receio de instituir-se o que

³⁹ MADISON; HAMILTON; JAY (1993) p.480-481.

⁴⁰ GARGARELLA (1996) p.52-53.

⁴¹ MADISON; HAMILTON; JAY (1993) p.482.

⁴² DWORKIN (2006) p.9.

Édouard Lambert, em obra de grande influência, denominou de *le gouvernement de juges*^{43,44}.

Kelsen, então, formula um inovador modelo de controle de constitucionalidade, conhecido como controle concentrado, no qual seu exercício é restrito a uma corte constitucional. Este modelo foi incorporado à Constituição Austríaca de 1920, cujo anteprojeto foi por ele elaborado.

O controle de constitucionalidade de Kelsen parte do pressuposto de que a Constituição deve sempre ser vista como “o fundamento do Estado”, ou seja, como “um princípio supremo determinando a ordem estatal inteira e a essência da comunidade constituída por essa ordem”⁴⁵. Kelsen ressalta que as Constituições modernas, que não se restringem a estabelecer regras sobre órgãos e divisão de poderes, pois possuem também um catálogo de direitos fundamentais, devem ser vistas não apenas como regra procedimental, mas também como regra de controle do próprio conteúdo das leis, ou seja, como uma questão de fundo.

Em outra vertente, Kelsen destaca a imprescindibilidade do controle de constitucionalidade nas Repúblicas Democráticas e nos Estados Federais, afirmando que estes restariam inviabilizados sem a proteção da norma constitucional que estabelece a divisão de competência entre Estado e demais órgãos territoriais.⁴⁶ Argumenta também que, afastando-se as leis inconstitucionais, impede-se que a minoria seja atropelada pela maioria nos Estados Democráticos, especialmente porque, para o referido autor, a essência da democracia não está na onipotência da maioria, mas sim “no compromisso constante entre os grupos representados no Parlamento pela maioria e pela minoria, e por conseguinte na paz social.”⁴⁷

⁴³ Le Gouvernement des Juges et la Lutte contre la Législation Sociales aux États-Unis. Paris, 1921.

⁴⁴ Sobre o fracasso da importação do *judicial review* americano na Europa, Cappelletti acrescenta ao já mencionado forte apego à lei, a existência de uma separação de poderes rígida, a ausência de uma regra de precedentes e um despreparo dos magistrados ordinários para exercer tão relevante papel. CAPPELLETTI (1990a) p.200-210. Louis Favoreu acresce, ainda, a ausência de unidade de jurisdição e a insuficiente rigidez de algumas constituições europeias de então. FAVOREU (1994) p.18-21.

⁴⁵ KELSEN (2007) p.130.

⁴⁶ KELSEN (2007), p.182-186.

⁴⁷ KELSEN (2007) p.181-182.

Diante de tais premissas, Kelsen conclui ser imprescindível o estabelecimento de mecanismos de proteção contra atos estatais que desrespeitem normas e direitos constitucionais, pois “uma Constituição em que falte a garantia da anulabilidade dos atos inconstitucionais não é plenamente obrigatória, no sentido técnico”.⁴⁸

Portanto, da mesma forma que Hamilton e Marshall, Kelsen sustenta que a necessidade de um controle de constitucionalidade está embasada no princípio da supremacia da Constituição. Contudo, como registra Elival da Silva Ramos, desses mestres americanos diverge ao justificar a supremacia da Constituição em um contexto de estrita hierarquia normativa, no qual a Constituição é vista como a norma que rege a elaboração das leis e o Estado como um todo, e não em uma fundamentação político-sociológica acerca do Poder Constituinte.⁴⁹

A originalidade de Kelsen não está na sua defesa do controle de atos contrários à Constituição, mas na forma adotada para, em uma Europa reticente ao modelo americano, garantir o sistema de direitos e liberdades constitucionais e assegurar que a Constituição se cumpra e não perca seu caráter de lei suprema.

De fato, a opção pela busca de uma nova forma de controlar a Constituição — e não a simples adoção dos modelos já conhecidos — partiu de um problema que, com particular propriedade, foi assim exposto por Elival da Silva Ramos:

Kelsen buscava um mecanismo que assegurasse, efetivamente, a supralegalidade constitucional, partindo da premissa de que não se deveria atribuir a missão de controlar a conformidade das leis à Constituição aos órgãos diretamente envolvidos no processo legislativo, ou seja, ao Parlamento ou ao Governo, do que resultava uma natural tendência em direção ao modelo de controle jurisdicional-repressivo. Entretanto, sabia ele que a estruturação de uma jurisdição constitucional no continente europeu se defrontaria com obstáculos poderosos [...]: o dogma da supremacia do Parlamento; uma concepção peculiar da separação dos Poderes, que recusava ao Poder Judiciário a interferência na função legislativa, mesmo quando no exercício da função jurisdicional típica, de aplicar a lei ao caso concreto; o profundo ceticismo que a elite dirigente que assumiu o poder após o triunfar da democracia nutria em

⁴⁸ KELSEN (2007), p.179 ponto 22

⁴⁹ RAMOS (2010) p.139-140.

relação à adaptabilidade da magistratura aos princípios democráticos, vista que foi, durante muito tempo, como a aristocracia da toga.⁵⁰

Assim, buscando atingir seu objetivo de resguardar a supremacia da Constituição através de um mecanismo aceitável no contexto europeu, Kelsen defende a criação de um órgão específico para exercer, de forma exclusiva, o controle de constitucionalidade repressivo, órgão este que, na Constituição Austríaca de 1920, recebeu a denominação de Corte Constitucional (*Verfassungsgerichtshof*).

Esse órgão teria o poder de anular — com efeitos gerais e não restritos a um caso concreto como ocorre no *judicial review* — as leis por ele declaradas como incompatíveis com a Constituição, atribuição esta utilizada por Kelsen para afirmar que o referido órgão, em verdade, exerce uma função legislativa, visto que:

Tanto quanto se possa distingui-las, a diferença entre função jurisdicional e função legislativa consiste antes de mais nada em que esta cria normas gerais, enquanto aquela cria unicamente normas individuais. Ora, anular uma lei é estabelecer uma norma geral, porque a anulação de uma lei tem o mesmo caráter de generalidade que sua elaboração, nada mais sendo, por assim dizer, que a elaboração com sinal negativo⁵¹.

Essa caracterização da Corte Constitucional como *legislador negativo* foi providencial e decisiva para o desenvolvimento desse modelo na Europa Continental, pois Kelsen a utilizou, com a patente intenção de legitimar a jurisdição constitucional⁵², para afastar o temor europeu de intromissões indevidas do Judiciário no Parlamento e, por conseguinte, para afastar a objeção decorrente do princípio da separação dos poderes.

De outro norte, mesmo caracterizando a Corte Constitucional como um órgão legislativo, Kelsen afirma que ela deve ter *forma judiciária*, pois, assim como os tribunais ordinários, deve ser composto por membros independentes. Ademais, afirma ele, a discussão sobre a constitucionalidade ou não de uma lei

⁵⁰ RAMOS (2010) p.142.

⁵¹ KELSEN (2007) p.152.

⁵² RAMOS (2010) p.143.

deve ter um caráter litigioso, também chamado judiciário, eis que este procedimento, em que o ataque e a defesa são confiados a instituições ou partes distintas, é a que melhor garante que a questão da constitucionalidade seja discutida da forma mais pública possível.⁵³

A centralização do poder de controlar a constitucionalidade em uma Corte Especial e não sua difusão a todos os juízes, como ocorre no *judicial review*, não foi pensada apenas para viabilizar sua aceitação em um Estado Europeu, mas também para superar deficiências que Kelsen via no modelo americano e na sua simples importação a sistemas jurídicos distintos da *common law*.

De fato, a centralização do controle de constitucionalidade também tem por escopo estabilizar a jurisprudência, de forma a evitar a insegurança jurídica gerada pela possibilidade de serem proferidas decisões contraditórias, pois “a ausência de uma decisão uniforme sobre a questão da constitucionalidade de uma lei, ou seja, sobre a Constituição estar sendo violada ou não, é uma grande ameaça à autoridade da própria Constituição”.⁵⁴ Evitam-se, assim, situações indesejáveis que podem ocorrer no modelo americano, como, por exemplo, quando um tribunal estadual decide pela constitucionalidade de uma lei sem que o caso seja levado à Suprema Corte e esta, em outro processo, decide que a mesma lei é inconstitucional sem que se possa modificar a decisão do primeiro processo quando este tiver transitado em julgado.⁵⁵

Ademais, o poder da Corte Constitucional de anular determinada lei incompatível com a Constituição evita que os órgãos administrativos, característicos de muitos países europeus, apliquem atos normativos inconstitucionais, pois as autoridades administrativas da Áustria e de outros países daquele continente não possuem o poder de controlar a constitucionalidade das leis. Desse modo, mesmo que houvesse precedentes judiciais declarando a inconstitucionalidade de determinado ato normativo, as mesmas se veriam obrigadas a aplicar a lei em questão, o que não ocorre em países como os Estados

⁵³ KELSEN (2007) p.150-152 e 264-266.

⁵⁴ KELSEN (2007), p.303.

⁵⁵ KELSEN (2007) p.308.

Unidos, que não possuem órgãos administrativos independentes das Cortes e tampouco tribunais administrativos, assim como porque as decisões proferidas pela Suprema Corte americana possuem verdadeiro caráter obrigatório aos demais tribunais (*stare decisis*).⁵⁶

Também evita outra desvantagem notada por Kelsen no modelo americano, no qual a revisão judicial só pode ocorrer incidentalmente no curso de um processo que serve prioritariamente a outro propósito, na medida em que a inconstitucionalidade somente pode ser alegada de forma incidental quando uma das partes em um processo sustentar que uma lei é inconstitucional. Para Kelsen o interesse na constitucionalidade das leis é público e não coincide necessariamente com o interesse privado das partes envolvidas, de forma que deve ser analisada em um processo público que corresponda à sua condição especial.⁵⁷

Diante dessas razões é que Kelsen, como já dito, inova ao defender um sistema de monopólio do controle de constitucionalidade em uma Corte Constitucional, órgão este que exerceria uma função legislativa, mas que deveria ser estruturado em forma de um tribunal.

1.5

Carl Schmitt: o presidente como o guardião da Constituição

Em seu famoso *O Guardião da Constituição*, obra marcada precipuamente por seu caráter antiliberal, Carl Schmitt, examinando a Alemanha no período da Constituição de Weimar, busca determinar o responsável pela guarda da Constituição, que ele define como sendo aquele que substitui o direito de insubordinação e de resistência geral e ocasional dos cidadãos e de órgãos contra atos lesivos à Constituição, tornando, assim, supérfluo o referido direito.⁵⁸ Portanto, para Schmitt, o Guardião da Constituição é aquele que, decidindo as questões constitucionais, substitui o direito de resistência.

⁵⁶ KELSEN (2007), p.307.

⁵⁷ KELSEN (2007), p.312.

⁵⁸ SCHMITT (2007) p.31-32.

Schmitt, divergindo da posição liberal já presente em sua época e mirando suas críticas diretamente ao modelo austríaco de Kelsen, nega expressamente que tal papel deva ser exercido pelo Judiciário.

Para ele, a concepção judicial de guardião da Constituição surgiu em decorrência de uma mudança do potencial ofensor, pois, enquanto no século XIX o risco de abusos provinha do executivo, no século XX a preocupação principal teria se tornado o legislador, o que teria provocado a regulamentação constitucional de questões antes afetas a leis ordinárias como forma de evitar que alterações na maioria parlamentar pudessem atingir certos interesses. Diante desse contexto, conclui Schmitt, surgiu a concepção judicial de guardião da Constituição, pois, sendo o legislativo o alvo da defesa e o executivo o inimigo histórico, outra solução não restaria senão a proteção judicial contra os abusos cometidos pelos demais poderes.⁵⁹

Schmitt observa que a primeira condição de toda jurisdição ou justiça constitucional seria fornecer um conceito definido de divergência constitucional. Caso contrário, o próprio tribunal é quem definiria sua competência, transformando-se, assim, em “senhor da Constituição”⁶⁰. As opções, segundo ele, seriam definir a competência judicial para tratar casos claros de indubitável ofensa à Constituição ou, então, de decidir casos de dúvidas. Contudo, Schmitt defende que a opção por este último, além de não encontrar substrato teórico na Constituição por ele analisada (Weimar), produziria efeitos nocivos, na medida em que deixaria de ser justiça, passando, pois, a ser uma “relação obscura entre legislação e parecer jurídico”.⁶¹

De fato, Schmitt reconhece que os tribunais devem, apenas de forma ocasional, incidental e com efeitos restritos ao caso concreto, negar a aplicação de leis ordinárias — e não negar-lhe a validade — que sejam contrárias a normas constitucionais que permitam, pelo seu conteúdo, uma subsunção fática, “pois um conflito desse tipo pressupõe, como todo conflito autêntico, uma *identidade* das

⁵⁹ SCHMITT (2007), p.36-38.

⁶⁰ SCHMITT (2007)n, p.78.

⁶¹ SCHMITT (2007) p.74.

determinações colidentes”.⁶² Porém, ressalta ele, princípios e máximas gerais da Constituição, autorizações e simples determinações de competência não podem ser avocadas pelos tribunais para afastar a aplicação das leis, assim como também não compete aos tribunais a apreciação dos limites da autorização para reforma ou revisão constitucional.⁶³

Schmitt denomina essa competência limitada dos tribunais como *o direito de exame judicial material*, que ele ressalta não se confundir com o poder de guarda da Constituição, pois:

[...] guardiões da Constituição não são todas as posições e pessoas que, ocasionalmente pela não-aplicação de leis anticonstitucionais, possam contribuir para que a Constituição seja respeitada e não seja violado um interesse protegido constitucionalmente. Essa é a ponderação sistemática que justifica não considerar os tribunais, mesmo quando exercem o direito de exame judicial acessório e difuso, como guardiões da Constituição.⁶⁴

Schmitt, no que ele denomina de *decisionismo*, afirma que toda decisão, mesmo de um tribunal, possui uma carga decisória pura que não pode ser derivada do conteúdo da norma. Mais ainda em um tribunal que tenha como objetivo, justamente, dirimir dúvidas. Nesse caso, a interpretação desse tribunal não diminuiria as dúvidas existentes, mas, em verdade, estaria decidindo normativamente a questão, manifestando-se, portanto, como um constituinte em função altamente política.⁶⁵

Portanto, Schmitt critica a posição de quem defende a proteção da Constituição por um tribunal, afirmando que a resolução judicial de todas as questões políticas teria como consequência não “uma jurisdição da política, e sim, uma politização da justiça”, pois, não havendo flagrante violação constitucional, mas sim dúvida objetiva, eventual decisão do tribunal seria, de fato, uma interpretação autêntica.⁶⁶

⁶² SCHMITT (2007), p.24.

⁶³ SCHMITT (2007), p.24.

⁶⁴ SCHMITT (2007), p.32.

⁶⁵ SCHMITT (2007) p.68.

⁶⁶ SCHMITT (2007), p.33.

Sempre resulta a mesma e óbvia alternativa, de que ou existe uma contradição *manifesta e indubitável* contra determinações da norma constitucional, em que, então, o tribunal pune essa infração ao comprová-la, formal e expressamente, no modo de uma justiça penal vindicativa, *ou a dúvida* sobre o conteúdo de uma norma é tão justificada e a norma em sua matéria é tão obscura, que também pode ser falado em uma violação quando o tribunal tem outra concepção sobre o legislador ou sobre o governo, cujas prescrições se encontram em contradição com a duvidosa norma constitucional. No último caso fica claro que a decisão do tribunal não tem outro sentido a não ser o de uma interpretação autêntica.

[...]

Toda instância que coloca, autenticamente, um conteúdo legal duvidoso fora de dúvida, atua no caso como legislador. Caso ela coloque o conteúdo duvidoso de uma norma constitucional fora de dúvida, então ela atua como legislador constitucional.⁶⁷

Schmitt limita a atividade de defesa da constituição pelos tribunais apenas a casos concretos em que a aplicação da lei ordinária estivesse em manifesto confronto com norma expressa da Constituição, negando ao Judiciário qualquer controle de emendas constitucionais ou, ainda, a utilização de normas e princípios implícitos como parâmetro de controle.

Schmitt observa também que as violações constitucionais não podem ser eliminadas por um *terceiro superior*, ou seja, por um poder político mais forte situado acima das opiniões divergentes, pois referido poder não seria apenas o guardião, mas o verdadeiro senhor soberano do Estado.⁶⁸ Ademais, registra ele, eventual organização de uma instituição especial para assegurar o funcionamento constitucional dos diversos poderes e, assim, salvaguardar a Constituição não deve ser confiada a nenhum dos poderes existentes, sob pena de obter-se um sobrepeso do poder elegido perante os demais, o que permitiria que ele próprio se esquivasse do controle, tornando-se, por conseguinte, o senhor da Constituição.⁶⁹

A seu ver, ao invés de serem eliminadas por um *terceiro superior*, as violações constitucionais devem ser “conciliadas ou resolvidas por meio de um órgão não em relação de subordinação, mas de coordenação, isto é, por meio de um terceiro neutro”.⁷⁰

⁶⁷ SCHMITT (2007), p.66-67.

⁶⁸ SCHMITT (2007) p.194.

⁶⁹ SCHMITT (2007) p.194.

⁷⁰ SCHMITT (2007), p.193.

Schmitt, então, afirma que “é necessário colocar um poder especial neutro ao lado dos outros poderes, relacionando-o e equilibrando-o com eles por intermédio de poderes específicos”.⁷¹

Desse modo, Schmitt, após refutar a possibilidade judicial, retoma a teoria do *pouvoir neutre* de Constant para embasar seu conceito de que o guardião da Constituição, em verdade, deve ser o Chefe do Estado, ou seja, o Presidente do Reich Alemão no período regido pela Constituição de Weimar.

Schmitt reconhece que o Chefe do Estado possui diversas características que o qualificam como guardião da Constituição, dentre elas, a independência, assegurada pela hereditariedade da sucessão do trono em uma monarquia constitucional ou, então, por meio da eleição por todo o povo, pela duração do mandato e sua difícil revogação em uma democracia constitucional.⁷²

Para Schmitt, o Presidente encontra-se “no centro de todo um sistema de neutralidade e independência político-partidárias, construídas sobre uma base plebiscitária”.⁷³ Sobre o tema, o referido autor argumenta que:

Consoante o presente conteúdo da Constituição de Weimar, já existe um guardião da Constituição, a saber, o Presidente do Reich. Tanto o elemento relativamente estático e permanente (eleição por 7 anos, difícil revocabilidade, independência de maiorias parlamentares alternantes), quanto o tipo de seus poderes (as competências segundo os artigos 45 e 46 da Constituição, dissolução do parlamento do Reich segundo o artigo 25 e instituição de plebiscito segundo o artigo 73 da Constituição, assinatura e promulgação de leis segundo o artigo 70, execução pelo Reich e proteção da Constituição segundo o artigo 48) têm o objetivo de criar um órgão político-partidariamente neutro devido a sua relação direta com a totalidade estatal, o qual, como tal, é o defensor e guardião da situação constitucional e do funcionamento constitucional das supremas instâncias jurídicas e, em caso de necessidade, está dotado de poderes eficientes para uma proteção efetiva da Constituição. É expressamente determinado pelo artigo 42 que por meio de seu juramento o Presidente do Reich “defenderá a Constituição”.⁷⁴

Schmitt enfatiza também que, ao contrário do que ocorreria com a instituição de um tribunal para resolução de conflitos constitucionais, que, a seu

⁷¹ SCHMITT (2007), p.194.

⁷² SCHMITT (2007) p.223.

⁷³ SCHMITT (2007), p.232.

⁷⁴ SCHMITT (2007), p.233.

ver, transferiria as decisões de alta política a uma aristocracia da toga, o Presidente está escorado no princípio democrático, pois, além de ser eleito pela totalidade do povo, possui poderes políticos perante o legislativo, como a dissolução do parlamento e a instituição de plebiscitos, que seriam um verdadeiro “apelo ao povo”.⁷⁵ O Presidente, destarte, representa a homogeneidade do povo e, por esta razão, deve ser visto como guardião e defensor da unidade e integralidade constitucional do povo.

É assim que Schmitt, criticando a concepção judicial, visualiza o Chefe do Estado como um poder independente e politicamente neutro, amparado no princípio democrático, apto a exercer a guarda da Constituição.

1.5.1

As críticas de Kelsen ao modelo Schmittiano

Após a publicação da mencionada obra de Schmitt, Kelsen publicou *Quem deve ser o Guardião da Constituição*⁷⁶, em que teceu duras críticas ao modelo Schmittiano, assim como ao modelo monárquico constitucional de Constant.

Ao longo do referido estudo, Kelsen dedica-se a denunciar a natureza ideológica de Schmitt, apontando diversas contradições em sua obra e lembrando que a teoria do *pouvoir neutre* por ele utilizada teria como objetivo “compensar a perda de poder que o chefe de Estado havia experimentado com a passagem da monarquia absoluta para a monarquia constitucional”⁷⁷ e, desse modo, “impedir uma eficaz garantia da Constituição, pelo menos contra violações por parte de quem mais a ameaçava, ou seja, o próprio monarca, ou, mais precisamente, o governo”.⁷⁸

Kelsen destaca que os modelos de Constant e de Schmitt, que têm em comum o fato de encontrarem no Chefe do Estado, seja ele o monarca ou o

⁷⁵ SCHMITT (2007), p.233.

⁷⁶ No Brasil, o referido artigo, juntamente com outros do mesmo autor, foi publicado, em 2007, pela Editora Del Rey sob o título *Jurisdição Constitucional*.

⁷⁷ KELSEN (2007) p.240.

⁷⁸ KELSEN (2007), p.241.

presidente, o guardião da Constituição, são inadmissíveis, na medida em que definem como o responsável pela guarda da Constituição justamente aquele que deve ter seus atos controlados. Sobre a questão, defendeu que:

[...] o fato de que, caso se deva mesmo criar uma instituição através da qual seja controlada a conformidade à Constituição de certos atos do Estado – particularmente do Parlamento e do governo –, tal controle não deve ser confiado a um dos órgãos cujos atos devem ser controlados. A função política da Constituição é estabelecer limites jurídicos ao exercício do poder. Garantia da Constituição significa a segurança de que tais limites não serão ultrapassados. Se algo é indubitável é que nenhuma instância é tão pouco idônea para tal função quanto justamente aquela a quem a Constituição confia – na totalidade ou em parte – o exercício do poder e que portanto possui, primordialmente, a oportunidade jurídica e o estímulo político para vulnerá-la. Lembre-se que nenhum outro princípio técnico jurídico é tão unânime quanto este: ninguém pode ser juiz em causa própria.⁷⁹

Em relação às críticas de Schmitt à jurisdição constitucional, Kelsen afirma ser totalmente insignificante verificar se o tribunal constitucional seria, realmente, um tribunal e se sua função seria, de fato, jurisdição, pois, independentemente da terminologia que se use, quando um tribunal rejeita a aplicação de uma lei inconstitucional, suprimindo sua validade para o caso concreto, ele funciona na prática como guardião da Constituição.

Kelsen observa ainda que a afirmação de Schmitt de que a anulação de leis inconstitucionais por um colégio independente não seja jurisdição, mas um ato político, parte de pressupostos errôneos de que existiria uma contradição essencial entre jurisdição e política, olvidando Schmitt, segundo afirma Kelsen, que toda decisão judicial é também um ato político. O referido autor, aliás, registra que:

Se enxergarmos “o político” na resolução de conflitos de interesse, na “decisão”— para usarmos a terminologia de Schmitt — encontramos em toda sentença judiciária, em maior ou em menor grau, um elemento decisório, um elemento de exercício de poder. [...] A opinião de que somente a legislação seria política – mas não a “verdadeira” jurisdição – é tão errônea quanto aquela segundo a qual apenas a legislação seria criação produtiva do direito, e a jurisdição, porém, mera aplicação reprodutiva. Trata-se, em essência, de duas variantes do mesmo erro. Na medida que o legislador autoriza o juiz avaliar,

⁷⁹ KELSEN (2007) p.240.

dentro de certos limites, interesses contrastantes entre si, e decidir conflitos em favor de um ou outro, está lhe conferindo um poder de criação do direito, e portanto um poder que dá à função judiciária o mesmo caráter “político” que possui – ainda que em maior medida – a legislação.⁸⁰

Daí porque Kelsen conclui que:

[...] a função de um tribunal constitucional tem um caráter político de grau muito maior que a função de outros tribunais – e nunca os defensores da instituição de um tribunal constitucional desconhecera ou negaram o significado eminentemente político das sentenças deste – mas não que por causa disso ele não seja um *tribunal*, que sua função não seja *jurisdicional*; e menos ainda: que tal função não possa ser confiada a um órgão dotado de independência judiciária.⁸¹

Aqui, Kelsen também destaca uma contradição de Schmitt, que se esforça em tentar demonstrar que a atividade de um tribunal constitucional não é jurisdição, porém afirma também que essa atividade politizaria a jurisdição, sobrecarregando-a e ameaçando-a.⁸²

Kelsen critica, ainda, a afirmação de Schmitt de que a jurisdição se encerra quando as normas tornam-se duvidosas e polêmicas, pois, em verdade, muitas decisões de tribunais ordinários, cujo caráter jurisdicional não é posto em dúvida, consistem em definir o conteúdo de uma legislação duvidosa, assim como porque:

A inconstitucionalidade de uma lei pode consistir não só – como parece à primeira vista – no fato de não ter sido adotada segundo o procedimento previsto pela Constituição, mas também em que possua um conteúdo que, segundo a Constituição, não poderia ter; a Constituição, de fato, não regula apenas o procedimento legislativo, mas também define de algum modo o conteúdo das futuras leis, por exemplo mediante a fixação de linhas diretivas, princípios, etc.⁸³

Então, critica-se também a concepção schmittiana de que a decisão judicial está contida na lei, bastando ao juiz aplicá-la, o que Kelsen ironiza como sendo o retorno do automatismo judicial defendido por ideologias da monarquia

⁸⁰ KELSEN (2007) p.251.

⁸¹ KELSEN (2007), p.253.

⁸² KELSEN (2007), p.262.

⁸³ KELSEN (2007), p.255.

constitucional, cujo objetivo era impedir que os juízes tornados independentes do monarca se conscientizassem do poder que a lei lhes conferia.⁸⁴

Kelsen afirma que Schmitt equivoca-se ao defender que não pode haver “jurisdição da lei constitucional sobre a lei ordinária”, nem uma “jurisdição da norma sobre a norma, uma lei não pode ser a guardiã de uma outra lei”, pois o que a jurisdição constitucional faz é definir se uma norma deve ou não ser anulada porque o suporte fático de sua produção está em contradição com a própria norma que regula tal suporte fático e que, portanto, está em um nível superior.⁸⁵

Observa, também, que, ao afirmar que o governo é quem deve controlar os excessos do legislativo, Schmitt olvida que a expansão legislativa se dá em considerável medida através do poder de decreto do próprio governo.⁸⁶ Ademais, afirma Kelsen:

Uma vez que a Constituição divide o poder essencialmente entre dois pólos, Parlamento e governo (onde por “governo” deve-se entender especialmente o órgão composto pelo chefe de Estado e os ministros que assinam seus atos), já apenas por isso deve existir necessariamente um antagonismo contínuo entre Parlamento e governo. E o perigo de uma violação constitucional deve nascer sobretudo da possibilidade de um dos dois pólos ultrapassar os limites que a constituição lhe designou. Uma vez que justamente nos casos mais importantes de violação constitucional Parlamento e governo são partes litigantes, é recomendável convocar para a decisão da controvérsia uma terceira instância que esteja fora desse antagonismo e que não participe do exercício do poder que a Constituição divide essencialmente entre Parlamento e governo. Que essa mesma instância tenha, com isso, um certo poder, é inevitável. Porém há uma diferença gigantesca entre, de um lado, conceder a um órgão apenas esse poder que deriva da função de controle constitucional e, de outro, tornar ainda mais fortes os dois principais detentores do poder, confiando-lhes ademais o controle da Constituição. A vantagem fundamental de um tribunal constitucional permanece sendo que, desde o princípio, este não participa do exercício do poder, e não se coloca antagonicamente em relação ao Parlamento ou ao governo.⁸⁷

Kelsen também afirma que Schmitt apega-se a uma ficção democrática ao defender que o Presidente representa a unidade do povo, pois, na melhor das

⁸⁴ KELSEN (2007) p.258.

⁸⁵ KELSEN (2007), p.257.

⁸⁶ KELSEN (2007), p.275.

⁸⁷ KELSEN (2007) p.275.276.

hipóteses, assevera ele, o Presidente representa uma maioria, mas não a totalidade dos cidadãos.

Observa, ainda, que o Chefe de Estado não pode ser considerado um poder passivo e tampouco uma instância neutra, pois a ele é confiada a representação do Estado no exterior, a sanção de leis, o comando supremo do exército, a nomeação de juízes, bem como porque, em uma República democrática, ele é “eleito sob a alta pressão das correntes político-partidárias”.⁸⁸

Destarte, Kelsen vê como ilusória a ideia de independência e neutralidade do Presidente, acrescentando que:

A eleição do chefe de Estado, que se dá inevitavelmente sob a alta pressão de ações político-partidárias, pode ser um método democrático de nomeação, mas não lhe garante particularmente a independência. Concluir — a partir do fato de que o chefe de Estado é eleito pelo povo, isto é na verdade nomeado por uma maioria, por vezes mesmo por uma minoria do povo em luta contra os outros grupos — que ele expressará a vontade geral do povo unitário é portanto discutível, não apenas porque tal vontade não existe, mas também porque justamente a eleição não representa nenhuma garantia para uma função do chefe de Estado de equilibrar interesses em conflito. Se esta, via de regra, de fato se manifesta, é apesar desse método de nomeação. Enxergar na eleição uma garantia de independência, como faz Schmitt, só é mesmo possível se fecharmos os olhos para a realidade. Tampouco se deve superestimar os outros meios que as Constituições de repúblicas democráticas oferecem para garantir a independência do chefe de Estado eleito, tais como um mandato longo e uma destituição mais difícil, tanto mais que eles, em parte, são paralisados pela possibilidade de reeleição prevista constitucionalmente. Mesmo a estipulação de incompatibilidade, à qual Schmitt atribui especial importância, não tem grande peso; sobretudo se estiver proibida a filiação a corporações legislativas, mas não a organizações políticas: uma proibição de pouco significado prático.⁸⁹

Assim, considerando que o próprio Schmitt afirma que a neutralidade garantida pela independência é condição essencial para o guardião da Constituição, Kelsen registra que o Chefe de Estado não tem nenhuma vantagem em relação a um tribunal constitucional.⁹⁰

Por fim, respondendo a afirmação de que um tribunal constitucional seria contrário ao princípio democrático, Kelsen observa que, se o objetivo for dar uma

⁸⁸ KELSEN (2007), p.246.

⁸⁹ KELSEN (2007) p.283.

⁹⁰ KELSEN (2007), p.284-286.

configuração mais democrática à Corte Constitucional, nada obsta que ela seja organizada de uma forma em que seus membros sejam eleitos diretamente pelo povo ou pelo Parlamento, quando, então, não se poderia falar em *aristocracia da toga*.⁹¹

Desse modo, refutando os fundamentos principais da teoria de Schmitt, Kelsen demonstra que o referido autor, em verdade, utiliza um discurso técnico científico para defender um ponto de vista político de máxima expansão do poder do Presidente do *Reich*, o que deve ser criticado com veemência, pois, enfatiza Kelsen, o conhecimento científico deve ser vigorosamente separado do juízo político, ou seja, não se pode misturar ciência e política.

⁹¹ KELSEN (2007), p.290-291.