

A atualidade da teorização acerca do guardião da Constituição em Carl Schmitt e Hans Kelsen como base teórica para uma análise da emergência dos tribunais constitucionais como garantidores da Constituição “impositiva”

Sergio Andrade Yendo

Aluno do 4º ano da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo.
Monitor de Filosofia Jurídica da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo.

Resumo: Tendo-se em vista uma proteção institucional para a Carta Política, criou-se o Tribunal Constitucional. O temor que justificou o nascimento desse órgão de controle foi a possibilidade da Constituição, que abarcaria todos os anseios sociais, políticos e econômicos, ser alterada ou dilacerada pelos poderes legislativo e executivo, representantes da sociedade civil e da soberania popular, corolário de um Estado Democrático de Direito. Assim, para proteger-se a Carta Magna das decisões políticas do Executivo e do Legislativo, passou-se ao Judiciário a guarda da Constituição. O Tribunal Constitucional agora governa e esse é o paradoxo da maioria das Democracias Ocidentalizadas Modernas. A Constituição deve ser protegida a qualquer custo mesmo que em detrimento do que seria Democracia, conforme a decisão procedimental-eleitoral de cada Estado Soberano, oriunda de uma participação popular. O objetivo do presente trabalho é expor o desenvolvimento histórico dos Tribunais Constitucionais (focando-se no arcabouço teórico consolidado por Carl Schmitt e Hans Kelsen, na contemporaneidade da Carta de Weimar) e abordar a atual problemática atinente ao "governo dos juízes". Concluir-se-á este artigo com a busca por alternativas que legitimem as Cortes Constitucionais.

Palavras-chave: Guarda da constituição; teoria da Constituição; tribunais constitucionais; política; politização da justiça; legitimidade popular.

1. Introdução

O escopo deste trabalho é mostrar o desenvolvimento da Teoria da Guarda da Constituição sob um prisma filosófico, jurídico e sociológico, primeiro teorizando acerca do embate teórico referente ao guardião da Constituição entre Schmitt e Kelsen e, posteriormente, analisando o Império dos Tribunais Constitucionais e a impositividade das ditas “Constituições Dirigentes” diante da desconsideração da Política. Ao término deste estudo, buscar-se-á esclarecer as teorias expostas para destacar os pressupostos que desencadearam a “Constituição Jurisprudencial” e a atual, e lastreada, crítica à politização da Justiça. Faz-se mister questionar o atual sistema de controle de constitucionalidade que, além dos problemas já revelados, abarca, também, a questão da separação dos poderes e a sujeição de um dos poderes, às vezes de alguns deles, de outro, para possibilitar e manter a governabilidade.

Hoje, é claramente perceptível o poder que detêm os Tribunais Constitucionais. Como consequência, nos meios de comunicação, frequentemente são expostas decisões que influenciam diretamente o caminhar do país. Assim, semanalmente, senão diariamente, a politização da justiça mostra-se presente em nossas vidas. Essa transferência de poder ocorreu quando se passou a guardar a constitucional para um Tribunal Constitucional, que, ironicamente, nada fez, em diversos momentos históricos, para salvaguardar o corpo constitucional.

Nesse sentido, este artigo deve ser visto como uma análise da normatização jurisprudencial e seu dirigismo, uma vez que um governo dos Tribunais Constitucionais seria antidemocrático,¹ na medida em que há um afastamento dos Tribunais Constitucionais do controle, participação e compreensão popular.

2. A problemática da guarda da Constituição na República de Weimar

A criação da Carta de Weimar deu-se após a Primeira Guerra Mundial, da qual a Alemanha saiu derrotada, destruída e devedora dos países vencedores. A Constituição era o símbolo, a diretriz e, principalmente, a esperança de um país destruído que precisava se reerguer em meio a uma sociedade fragmentada por grupos com interesses diversos que exigiam direitos sociais e desenvolvimento sustentável. O contexto histórico contemporâneo à Carta Alemã de 1919 deve ser lembrado,² então, como um período de enfraquecimento das instituições estatais que decorreu da crise socioeconômica que afligia a Alemanha.³

Nesse período de pós-guerra, os Tribunais Constitucionais ainda não haviam se consolidado como Guarda da Constituição e as atribuições do protetor da Carta Política estavam suscetíveis a distorções, muito além do simples controle de constitucionalidade e aplicabilidade do corpo constitucional, como, por exemplo, proteger a Constituição por meio de sua suspensão.

¹ Primeiramente é necessária uma delimitação terminológica quanto ao conceito de Democracia, uma vez que o presente trabalho se desenvolve a respeito de um tema ligado a uma participação popular nas relações de poder presentes no aparato decisório estatal. Ao se falar em Democracia várias posições ideológicas e filosóficas podem ser adotadas (Democracia direta, indireta (representativa), liberal, política, econômica, etc), por isso os termos Participação Democrática e Participação Popular doravante, para os fins do presente artigo, serão tidos como o exercício do poder fiscalizador e atuante do Povo. “Ao usar a palavra povo (*todo poder emana do povo*), a Constituição refere-se a uma parte da sociedade investida de direitos políticos” (BOTTALLO, 2003:80).

A utilização do termo Povo, todavia, não exclui a intervenção da População de um modo geral, que pode se manifestar, expressando-se sobre as decisões essenciais para a sua vida e a do país.

Norberto Bobbio define democracia como “poder em público”, em que os governantes devem tomar “decisões às claras”, permitindo que os governados “vejam” como e onde as tomam. Bobbio recorda que: “O poder tem uma irresistível tendência a esconder-se” esclarecendo que “A principal razão pela qual o poder tem necessidade de subtrair-se do olhar do público está no desprezo ao povo, considerado incapaz de entender os supremos interesses do Estado”. Entretanto se equivoca o filósofo italiano ao apregoar que a referência ao “poder em público” diz respeito ao “público ativo”, “consciente de seus direitos”, esquecendo que a todos esta oportunidade deveria estar aberta, pelo menos a oportunidade de conscientização. Consultar BOBBIO, Norberto. In: BOVERO, Michelangelo (org.), *Teoria Geral da Política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 386-387.

² Esse é o retrato de muitos países periféricos (destruídos ou não pela guerra) do centro do capitalismo, inclusive o Brasil.

³ BERCOVICI, 2004:21d.

2.1 O Presidente do Reich como guardião

Muito se afirmou sobre a participação do jurista alemão Carl Schmitt⁴ para a consolidação do Reich Alemão. Contudo, é incontestável a sua importância para a análise jurídica do Estado de Exceção e da Decisão Política. Não se restringindo somente a estes estudos, ele dedicou-se também à discussão sobre quem deveria ser o protetor da Constituição, de acordo com o contexto da época, de “estagnação socioeconômica” e impossibilidade de realização de compromissos constitucionais com crescimento econômico.

Para Schmitt, o Presidente da República, alicerçado pelo Art. 48 da Constituição de Weimar,⁵ representaria a totalidade, a unidade, da autoridade política e confluência dos anseios sociais do povo alemão. Seria um poder neutro,⁶ situado “fora da luta dos partidos”, “independente do Parlamento, eleito por toda a nação”.⁷ Bercovici salienta que “a independência do Presidente do Reich em relação aos partidos é, se-

gundo Schmitt, uma independência política, não apolítica, como a de um juiz”.⁸

O Executivo, como autoridade política independente do legislativo, estaria, assim como o Poder Constituinte Originário, apto a decidir politicamente e economicamente, protegendo a Constituição de qualquer inimigo interno ou externo; devendo garantir a validade, aplicabilidade e existência⁹ do corpo constitucional.

O jurista alemão é contrário à defesa da Constituição por parte do Judiciário porque sempre julgaria *a posteriori* e analisaria apenas a subsunção de um fato a uma norma. Como salienta Bercovici, “como a questão central é a determinação do conteúdo da norma, para Schmitt este problema é da legislação, não da justiça (...) Carl Schmitt entende que o controle judicial de constitucionalidade só poderia existir em um Estado Judicialista (*Justizstaat* ou *Jurisdiktionsstaat*), em que toda a vida política fosse submetida ao controle dos tribunais”.¹⁰ Esclarecendo essa re-

⁴ “O papel de Carl Schmitt na crise final da República ainda é controverso. Há três correntes interpretativas: uns afirmam que Schmitt sempre foi nazista; outros, que ele era contrário à Constituição e queria o sistema presidencial autoritário, mas não tinha aderido, ainda, ao nazismo e, finalmente, há aqueles que, seguindo a interpretação do próprio Schmitt, afirmam que ele propôs o regime presidencial para tentar salvar a República”. Na opinião de Bercovici: “Schmitt teve um papel ativo na crise final de Weimar, influenciando na escolha de saídas autoritárias para a crise, ao apoiar os gabinetes presidenciais para instrumentalizar suas idéias na direção da ditadura presidencial e da dissolução da Constituição” (BERCOVICI, 2004: 141d).

⁵ Texto do artigo 48 da Constituição de Weimar:

“Quando um Estado (*Land*) não cumpre os deveres que lhe são impostos pela Constituição ou pelas leis do Reich, o Presidente do Reich pode obrigá-lo com ajuda da força armada.

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

De todas as medidas que adote com fundamento nos parágrafos 1º e 2º deste artigo, o Presidente do Reich deverá dar conhecimento ao Parlamento.

Os pormenores serão regulamentados por uma lei do Reich” (BERCOVICI, 2003:200c).

⁶ Para Kelsen, Schmitt restaura “a doutrina do *potvoir neutre* do monarca, de Benjamin Constant” aplicando-a sem “qualquer restrição ao chefe de Estado republicano”.

KELSEN, 2003: 243.

⁷ “El Presidente del Reich es elegido por todo el pueblo alemán. Su derecho a disolver el Reichstag (art. 25) o a disponer un referéndum frente a un acuerdo de ley del Reichstag (art. 73) le da la posibilidad de dirigir una <<apelación al pueblo>> y establecer una relación directa con los ciudadanos electores contra el Parlamento. El Pueblo es el tercero más alto, que decide, tanto frente al Parlamento como al Gobierno, y el Presidente del Reich tiene un contacto directo con el Pueblo. Está ideado como un hombre que reúne en sí la confianza de todo el Pueblo por encima de los límites y del marco de las organizaciones y burocracias de los partidos; no como hombre de partido, sino como el hombre de confianza de todo el Pueblo” (SCHMITT, 1992:333).

⁸ BERCOVICI, 2003:197c.

⁹ Inicialmente, o Presidente do Reich exerceria uma ditadura comissária, suspendendo a Carta Republicana para protegê-la. No entanto, a “ditadura plebiscitária do Presidente do Reich acaba com a distinção schmittiana entre ditadura comissária e ditadura soberana”. Ambas se tomam indistinguíveis, assim além de suspender para “proteger” coloca-se outra Constituição em seu lugar, a da Exceção como regra (BERCOVICI, 2003:197c).

No documentário O Triunfo da Vontade, da diretora Leni Riefenstahl, em um dos eventos do partido Nacional-Socialista, fica evidente,

lutância, Gilberto Bercovici ressalta que a concepção de Constituição para Schmitt cria um óbice para a aceitação de um controle de constitucionalidade por parte do Poder Judiciário.¹¹

O Parlamento seria outro poder inapto para proteger uma Constituição, já que “com a consolidação da democracia de massas, Schmitt afirma que o parlamentarismo tornou-se inviável, pois não há nenhuma força política capaz de se colocar acima das forças sociais que se digladiam no Parlamento”.¹²

A pluralidade¹³ parlamentar, tendo o Estado como “a auto-organização da sociedade”, existiria em função de determinados grupos com correntes ideológicas diversas e por vezes colidentes, gerando uma constante indecisão política,¹⁴ a qual impossibilitaria um julgamento de constitucionalidade que refletisse o mesmo momento da unidade política conseguido com o Poder Constituinte Originário e, para

Schmitt, representado na figura do Presidente do Reich.¹⁵

2.2 A Guarda da Constituição em Kelsen

Expoente jurista da República de Weimar, Hans Kelsen também teorizou acerca da guarda constitucional. No texto “Quem deve ser o Guardião da Constituição?” ele responde a Carl Schmitt em diversos pontos abordados por este, como uma obra contra-argumentativa.¹⁶

Inicialmente, Kelsen argumenta que, ao adotar a doutrina do poder neutro do chefe de Estado, Schmitt tem como arcabouço legitimador uma interpretação equivocada da Carta Alemã de 1919. Ao valer-se do preâmbulo constitucional¹⁷ e do art. 48 para abalizar o Presidente do Reich como guardião da Constituição, Schmitt teria ignorado o disposto no art. 19, em que estaria fixada a competência do Tribu-

¹¹ “A Constituição só é válida, para Schmitt, quando proveniente de um poder constituinte e estabelecida por sua vontade”. Ela deveria ser executada por aquele, que, como o Poder Constituinte Originário, concentraria na sua figura a unidade da Nação Germânica, exercitando a vontade constante no texto constitucional. Caso a Guarda da Constituição fosse concedida ao Judiciário ocorreria a “politização da justiça”, em que os juízes suporiam qual a intenção do legislador constituinte, e, decorrentemente a vontade do Povo.

¹² BERCOVICI, p.196c.

¹³ “No pluralismo, cada estrutura organizada de poder (inclusive os partidos políticos) busca realizar em si mesma e para si mesma a totalidade (...). O Estado torna-se objeto da exploração dos partidos (...), ao invés de ser o cenário em que atuam representantes nacionais livres, no lugar de ser o transformador dos interesses de partido em uma vontade acima deles, o Parlamento se converte no teatro da distribuição pluralista dos poderes sociais organizados. São duas as consequências inevitáveis desta situação: há a incapacidade de obtenção de maiorias e de atuação em razão do pluralismo ou a maioria que eventualmente se constitui busca utilizar todas as possibilidades legais” em alguns países até ilegais “como instrumento e meio de assegurar o seu poder. Quando o Estado se transforma em uma estrutura pluralista não há mais fidelidade ao Estado ou à Constituição, mas fidelidade à organização social, colocando em risco a formação da unidade política” (BERCOVICI: 81-82d).

No Parlamento estaria a projeção da luta de classes, representada por partidos em constante embate. “A formação e o contínuo crescimento dos partidos (...) acabaram por despedaçar a relação direta entre eleitores e eleitos, dando origem a duas relações distintas, uma entre eleitores e partido, outra entre partido e eleitos, que tornam cada vez mais evanescente a relação originária e característica do Estado representativo entre mandante e mandatário (...) o partido é o termo médio”. Ver BOBBIO, Norberto. In: BOVERO, Michelangelo (org.), *Teoria Geral da Política: a filosofia política e as lições dos clássicos* cit., p. 469. Infelizmente, a maioria dos eleitores, pelo menos no Brasil, vota na pessoa, pois, ainda, não entendem as correntes políticas e econômicas, que ideologicamente norteiam os partidos e consequentemente os eleitos, por isso se discute tanto a questão da fidelidade partidária, uma vez que esta é uma forma de vincular, e controlar, o representante popular à determinada doutrina político-econômica-social.

¹⁴ “O parlamentarismo do século XIX (...) era dominado pelas classes privilegiadas, com ênfase nos pressupostos burgueses da instrução e da propriedade privada. Com a ascensão das massas industriais de trabalhadores e a consolidação da democracia, estes pressupostos liberais não teriam mais sentido. Além disto, a emergência dos partidos de massa tornou o Parlamento o local da disputa entre blocos de poder antagônicos que desejam conquistar o poder do Estado, ou seja, o local dos interesses pluralistas controlados por blocos polarizados. Desta forma, o Parlamento deixou de ser o local da decisão política” (BERCOVICI, 2004:80d.).

¹⁵ “A democratização do Legislativo teria gerado uma discrepância entre suas decisões e os interesses capitalistas da burguesia alemã, o que favoreceu, assim, o poder presidencial de legislar por medidas (Mabnahme) para solucionar, a seu favor, os problemas de direção econômica e de distribuição, disputada durante a República pelas mais variadas forças econômicas e políticas” (BERCOVICI, 2004:81d.).

¹⁶ Cumpre salientar que Kelsen foi “Autor intelectual da Constituição republicana austríaca”, sendo juiz “durante 9 anos (1921-1930) da Corte Constitucional da Áustria”. Ver FERRAZ Jr, Tércio Sampaio. Por que ler Kelsen, hoje. In: COELHO, Fábio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 13.

¹⁷ Na sua busca elucidativa dos pressupostos teóricos de Schmitt, Kelsen lembra o disposto no preâmbulo da Constituição de Weimar: “A Constituição do Reich em vigor firma-se no conceito democrático da **homogênea, indivisível unidade de todo o povo alemão**, o qual por força de seu próprio poder constituinte e mediante **uma decisão política** positiva, portanto mediante ato unilateral, deu a

nal Federal para ser o protetor constitucional.¹⁸

Hans Kelsen salienta que a intenção de Schmitt não era caracterizar o chefe de Estado como um “terceiro mais alto” ou um “senhor soberano do Estado”, um poder “que não está acima, mas sim ao lado dos outros poderes constitucionais”. Interpretando o Art. 48 da Constituição de Weimar, Schmitt amplia a competência do Presidente do Reich, “de maneira tal que este não escapa de tornar-se senhor soberano do Estado”.¹⁹

Discursando acerca da aversão de Carl Schmitt a um Tribunal Constitucional²⁰ com poder de cassação, que para o jurista alemão caracterizaria um Estado Judicialista, Kelsen alega que o controle de constitucionalidade difuso²¹ diferenciaria-se apenas no plano quantitativo, pois anularia a lei inconstitucional no caso concreto, enquanto o controle concentrado dos Tribunais Constitucionais anularia para todos os casos.²²

Para Kelsen, o legislador autoriza o juiz a utilizar uma espécie de poder legiferante, permitindo que os magistrados criem o direito dentro de limites²³. Dessa forma, o judiciário exerceria uma função política, diferenciando-se do

legislativo apenas quantitativamente, não qualitativamente.²⁴

Apesar de questionar diversas premissas da teoria da Guarda da Constituição schmittiana, Kelsen concorda²⁵ quanto à pertinência de uma análise dos limites da jurisdição, enfatizando que, caso se almeje restringir o poder dos tribunais, não se deve “operar com chavões vagos como ‘liberdade’, ‘igualdade’, ‘justiça’, etc”, senão pode ocorrer uma indesejável transferência de poder.²⁶

Prosseguindo em seu estudo, Kelsen exterioriza de forma mais clara que “nos casos mais importantes de violação constitucional, Parlamento e governo são partes litigantes”, sendo “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”.²⁷ Ou seja, para Kelsen, o Judiciário seria o poder neutro livre das tensões entre Parlamento e Governo. O jurista austríaco lembra que “Segundo a doutrina do ‘Estado Total’, porém, não existe antagonismo entre Parlamento e governo”. No

si mesmo essa Constituição. Desse modo, todas as interpretações e aplicações da Constituição de Weimar que procuram fazer dela um tratado, um acordo ou coisa similar, são solenemente repelidas como contrárias ao seu espírito” (KELSEN, 2003:278-279).

¹⁸ KELSEN, 2003:245.

¹⁹ KELSEN, 2003:246.

²⁰ Conforme Paulo Bonavides a repulsa de Schmitt em aceitar a guarda da Constituição por um Tribunal Constitucional reside também no fato de que para ele a Constituição é diferente de uma lei constitucional, sendo a primeira posta por um poder de fato, uma imposição de força, colocada pelo político. “O político prepondera sobre o jurídico, de tal forma e com tamanha extensão, que após haver distinguido os conceitos de Constituição e Lei Constitucional, Schmitt afasta toda a possibilidade de resolver os conflitos constitucionais entre os poderes por uma Corte Constitucional (...) Diz ele que se assim procedêssemos, ao invés da ‘judicialização da Política’, teríamos a ‘politicização da Justiça’. Em Schmitt o existencial compõe a essência da Constituição, o reino da decisão fundamental, a esfera política que se sobrepõe ao normativo, às Leis Constitucionais, ao domínio jurídico propriamente dito” (BONAVIDES, 2006:103-104).

²¹ Tal controle não é posto em xeque por Schmitt, que acredita que nestes casos os juizes são como máquinas aplicadoras da Lei. Kelsen critica essa concepção de que os juizes são meros autômatos executores da lei, e que em hipótese alguma, segundo Schmitt, criam o direito (KELSEN, 2003:249).

²² Para uma análise do controle de constitucionalidade, vinculado a uma decisão de inconstitucionalidade do STF *inter partes*, pelo Senado. Ver BARROS, Sérgio Resende de. O Senado e o controle de constitucionalidade. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, n. 1, p. 163-180, jan./jun. 2003.

²³ “Valendo-se, pois, da ficção da lacuna, a autoridade competente para editar normas gerais (o legislador) concede um poder para a autoridade competente para a aplicação dessas normas (o juiz); o poder de deixar de aplicá-las sempre que considerar inapropriada a solução determinada pelo primeiro. Por outro lado, ao revestir de caráter ficcional a outorga desse poder, o legislador limita e controla o seu exercício” (COELHO, 1997:49).

²⁴ KELSEN, 2003:251.

²⁵ Mostrando uma preocupação implícita, no que concerne à legitimidade da decisão dos magistrados e a uma eventual tirania dos juizes.

²⁶ Essa, porém, não é uma questão específica da jurisdição constitucional; vale também para a relação entre a lei e os tribunais civis, criminais e administrativos, e demais conflitos de competência.

Estado Total o Estado é a auto-organização da sociedade, logo não há dicotomia entre sociedade, representada no Parlamento, e o chefe de Estado. Assim, “quando o governo, isto é, o chefe de Estado em conjunto com os ministros, atua como guardião da Constituição para defendê-la de leis inconstitucionais, o controle constitucional não está sendo entregue a nenhuma instância que possa ser considerada parte litigante”.²⁸ Fica claro, então, que a presunção de um Estado como auto-organização da sociedade serve de sustentáculo para a teoria schmittiana, permitindo ao chefe de Estado ser visto como um poder neutro. Não apenas isto, como já foi dito, ele representa, para Schmitt, a totalidade da vontade política do povo alemão, independente do pluralismo do Parlamento, devendo ser o guardião da Constituição por sua neutralidade e legitimidade popular.²⁹

No momento em que “identificamos o Parlamento com a ‘sociedade’ voltada contra o Estado, e se o ‘Estado total’ significa a eliminação desse antagonismo, então não há, no Estado total, segundo a lógica dessa filosofia social, lugar para o Parlamento”.³⁰ A sociedade alemã não deve ser refletida no corpo estatal de forma pluralista e multifacetada, mas unida na figura de um chefe de Estado que encarne a unidade dos alemães.

Nesses termos, percebe-se que é calçada no preâmbulo.³¹ Constitucional que Schmitt critica o pluralismo parlamentar e propõe o Presidente do Reich, eleito por toda a Nação, como Guarda da Constituição, por representar a unidade, a totalidade do povo alemão. Pela teoria schmittiana o chefe de Estado conteria a decisão política representativa, assim como o Poder Constituinte Originário, necessária para a direção além-crise, seja econômica, política ou social, do povo germânico.

Hans Kelsen mostra-se contrário à visão schmittiana de ter-se na figura do Presidente do Reich, única e exclusivamente, o Guardião da Constituição, que segundo o autor austríaco seria um dos guardiões, zelando pelo controle de constitucionalidade³² sobre os atos emanados do executivo e às vezes do legislativo.

Finalizando seu artigo, Kelsen escreve que Constituição de Weimar não estabeleceu apenas o Presidente do Reich, “eleito por todo o povo”, mas também o Reichstag, “eleito por esse mesmo povo”.³³ Kelsen esquece que, para Schmitt, o Parlamento é o cenário de um conflito de interesses polarizados, de ideologias divergentes, logo, conforme a teoria schmittiana, o legislativo não é eleito por todo o povo. De acordo com Kelsen, o Reichstag integraria o jogo de forças políticas, mostrando-se como um contrapeso³⁴ ao Presidente.³⁵

²⁸ KELSEN, 2003:276.

²⁹ Enquanto persistiu a Alemanha de Weimar o Estado Total era Quantitativo, pluralista e débil. No instante em que há a concentração do poder político na figura do Führer, por meio da tríade Povo-Movimento-Estado, se impõe o Estado Total Qualitativo em que há unidade e força. Jean François Kervégan demonstra que é possível a existência, de acordo com a teoria schmittiana sobre o Estado Total, dessa dicotomia conceitual. Para uma completa conceituação do Estado Total, articulada sobre diversas obras de Schmitt, ler KERVÉGAN, Jean-François. O Estado total. In: Hegel, Carl Schmitt: o político entre a especulação e a positividade. Tradução: Carolina Huang. Barueri: Manole, 2006, p. 66-95.

³⁰ KELSEN, 2003:296.

³¹ “Apesar de não fazer parte do texto constitucional propriamente dito e, conseqüentemente, não conter normas constitucionais de valor jurídico autônomo, o preâmbulo não é juridicamente irrelevante, uma vez que deve ser observado como elemento de interpretação e integração dos diversos artigos que lhe seguem (...) O preâmbulo, portanto, por não ser norma constitucional, não poderá prevalecer contra texto expresso da Constituição Federal, e tampouco poderá ser paradigma comparativo para declaração de inconstitucionalidade, porém, por traçar as diretrizes políticas, filosóficas e ideológicas da Constituição, será uma de suas linhas mestras interpretativas” (MORAES, 2004:51).

³² “Guardião da Constituição, no sentido originário da expressão, significa garante da Constituição (...) No entanto Schmitt compreende, em seu conceito de guardião da Constituição, funções totalmente diversas do controle de constitucionalidade, colocando mesmo a ênfase justamente sobre essas outras funções” (KELSEN, 2003:290).

³³ KELSEN, 2003:294.

³⁴ O autor austríaco ignora o fato de que um mesmo partido poder controlar o executivo e o legislativo. Mesmo não ocorrendo esta convergência partidária, a falta de convergência política dentro do Parlamento daria ao Presidente instrumentos jurídicos para legislar, criando a superioridade de um Poder sobre outro.

³⁵ KELSEN, 2003:294.

Assim, a crítica de Kelsen norteou-se em mostrar “o quanto se justifica a busca de uma separação (...) entre conhecimento científico e juízo de valor político”. Nas últimas linhas de seu texto ele expõe que a ciência deve subtrair-se à “sedutora união com a política”. Isso não obstante o desenvolvimento da filosofia política no lugar da ciência política, que, de qualquer modo, não pode ser descartada por inteiro, já que nem todas as teorias políticas estão vinculadas a um governo totalitário ou autoritário, ou tendentes a possibilitá-los. Além do que, a ciência simples e pura já demonstrou seus horrores ao mundo³⁶ e, como bem lembra Martonio Lima: “Talvez Hans Kelsen não contasse com a possibilidade de ter como critério fortalecedor de suas idéias a categoria do juízo de valor³⁷ que ele próprio (...) condenou ao final de sua reflexão sobre a guarda da Constituição”.³⁸

3. A Constituição “impositiva” e o Império dos Tribunais Constitucionais

Com o término da Segunda Guerra, os Tribunais Constitucionais se tornaram os legí-

timos protetores da Constituição e da manutenção do regime democrático.³⁹ Concomitantemente, o “campo constitucional é ampliado para abranger toda a sociedade, não só o Estado”.⁴⁰ Assim, a Carta Magna como totalidade não estabelece apenas o modo de organização estatal, ela acarreta, também, a “politização” do “conceito de Constituição, que não se limita mais a sua normatividade. Esta concepção, elaborada (...) por autores como Schmitt e Smend, dá origem à Teoria Material da Constituição, ligada ao predomínio das Constituições sociais (ou programáticas) do pós-guerra”. Dessa forma, a Lei Maior passa a ter um fundo social. Essa “Constituição Dirigente⁴¹ busca racionalizar a política, incorporando uma dimensão materialmente legitimadora, ao estabelecer um fundamento constitucional para a política,⁴² uma moral utilitarista visando à “máxima felicidade”⁴³ e à conseqüente legitimação do político por meio da Carta Política.

A “impositividade” constitucional dos programas, postos para alterar a sociedade, previstos na Carta Republicana são para Bercovici a:

³⁶ Dalmo Dallari lembra que: “Pretendendo ‘purificar’ o pensamento jurídico e livrá-lo das antigas especulações filosóficas abstratas, bem como da influência crescente da sociologia, Kelsen construiu uma ‘teoria pura do direito’, ou teoria normativa, que afastou os fundamentos filosóficos e sociais e reduziu o direito a uma simples forma, que aceita qualquer conteúdo”, inclusive o Nacional-Socialismo. (DALLARI, Dalmo de Abreu. O legalismo expulsou a justiça. In: *O Poder dos Juizes cit.*, p. 83).

³⁷ “Nesse sentido, juízos sobre fins últimos ou supremos são, apesar de sua pretensão a uma validade objetiva, altamente subjetivos. Assim, eles diferem de juízos sobre a realidade, que – sendo verificáveis pela experiência e completamente independentes da personalidade do sujeito que julga, particularmente de seus desejos e temores – são, pela sua própria natureza, objetivos. Essa objetividade é uma característica essencial da ciência, e, por causa de sua objetividade, a ciência opõe-se à política e deve ser separada dela, porque a política é uma atividade baseada, em última análise, em juízos de valor subjetivos” (KELSEN, Hans. Ciência e política. In: *O que é justiça: a justiça, o direito e a política no espelho da ciência*. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 3.ed., 2001, p. 354). Fica claro, então, porque Kelsen não se preocupa com a politização da justiça, como Schmitt. Uma vez que, para o jurista austríaco, assim como a política, e a elaboração das leis, as decisões judiciais dizem respeito a juízos de valor subjetivos.

³⁸ LIMA, 2003:208a.

³⁹ Muito embora em alguns países os tribunais constitucionais já fossem uma realidade, como no Estados Unidos. Apesar de não ser pacificamente aceita a justiça constitucional “Ao lado de Thomas Jefferson foram também adversários deste sistema James Madison, Andrew Jackson, Abraham Lincoln, Theodore Roosevelt e Franklin D. Roosevelt”. Ver LIMA, Martonio Mont’ Alverne Barreto. Justiça Constitucional e Democracia: perspectivas para o papel do Poder Judiciário. *Revista da Procuradoria-Geral da República*, São Paulo: RT, n. 8, p. 93, jan./jun. 1996. Conferir, também, DALLARI, Dalmo de Abreu. O Judiciário como Poder do Estado. In: *O Poder dos Juizes*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 16-20.

Para uma análise das “questões políticas” e “atos de governo” frente ao jurisdicionado italiano, alemão, estadunidense e brasileiro, consultar COMPARATO, Fábio Konder. A “questão política” nas medidas provisórias: um estudo de caso. *Revista ANPR Online*, nº 1, mar./jun. 2006. Disponível em: <http://www.anpr.org.br/index.php?a=revista_online/revista01.php&ID_MATERIA=77&ID_TEMPLATE=119>. Acesso em 29 set. 2006.

⁴⁰ BERCOVICI, 2004:9d.

⁴¹ Para situar-se quanto ao debate referente à Constituição Dirigente, ver BERCOVICI, Gilberto. A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição. In: LIMA, Martonio Mont’ Alverne Barreto et. al. *Teoria da Constituição: Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 75-150a.

Principal falha (...) da Teoria da Constituição Dirigente: ela é uma Teoria da Constituição centrada em si mesma. A Teoria da Constituição Dirigente é uma Teoria "auto-suficiente" da Constituição. Ou seja, pensa-se numa Teoria da Constituição tão poderosa, que a Constituição, por si só, resolve todos os problemas.⁴⁴ O instrumentalismo constitucional é, dessa forma, favorecido: acredita-se que é possível mudar a sociedade, transformar a realidade apenas com os dispositivos constitucionais. Conseqüentemente, o Estado e a política são ignorados, deixados de lado. A Teoria da Constituição Dirigente é uma Teoria da Constituição sem Teoria do Estado e sem política. E é justamente por meio da

política e do Estado que a Constituição vai ser concretizada.⁴⁵ Será essa maneira totalizante (e, paradoxalmente, excludente) de compreender a Teoria da Constituição, sem política e sem Estado, ao lado do poder crescente dos tribunais constitucionais, que vai favorecer, na expressão de Boaventura de Souza Santos, a manutenção da "Constituição sem Estado".⁴⁶

Gilberto Bercovici lembra o papel central da "hipervalorização das questões hermenêuticas" ⁴⁷ num mundo em que a "normativização" da Constituição levou à substituição dos partidos políticos, e da política em si, pelos tribunais constitucionais e o controle de constitucionalidade. Hodiernamente, impõe-se, de um modo geral, no universo jurídico, o corte axio-

⁴⁴ Para Carlos Ayres Britto, não haveria ninguém acima do governante que é o chefe do Poder Executivo; enfaticamente exclama: "Claro que não!". Declara que "Nenhum outro agente público está acima daquele que já estampa em sua unipessoalidade o governo de todo um povo geograficamente diferenciado e juridicamente personalizado. Mas, se não existe alguém, existe algo. Esse algo superior aos próprios governantes é a Constituição. Com efeito, a Constituição governa quem governa". Mais: "a Constituição é comando pra valer. Ela cuidou de se fazer imperativa". Ver BRITTO, Carlos Ayres. Quem governa quem governa?. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 07 jan.2007, p. A3.

⁴⁵ Para vislumbrar o surgimento da Teoria da Constituição e a busca do re-situar a Teoria do Estado, superando a teoria, atualmente, em crise ("A Constituição está em crise"; para Bercovici "não podemos considerar que uma Constituição que sofreu mais de 30 emendas, muitas contrárias à sua própria concepção ideológica, em menos de uma década, seja a nossa Constituição mais normativa"), vide BERCOVICI, Gilberto. A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição. In: LIMA, Martonio Mont' Alverne Barreto et. al. *Teoria da Constituição: Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 75

⁴⁶ BERCOVICI, 2004:13e.

Bercovici esclarece que "Ao contrário do que alguns juristas defendem, não é possível entender a Constituição sem o Estado. A existência histórica e concreta do Estado soberano é pressuposto, é condição de existência da Constituição" em BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e Política: uma relação difícil* cit., p. 27.

⁴⁷ Na mesma senda de Bercovici, Martonio Barreto Lima salienta que "Interpretação analógica, literal, teleológica, livre convencimento do juiz; interpretação baseada na vontade do legislador, ou segundo os critérios de justiça e do direito natural são apenas alguns exemplos da diversidade de métodos de interpretação jurídica discutidos e aplicados no Brasil", em LIMA, Martonio Mont' Alverne Barreto, *Justiça Constitucional e Democracia: perspectivas para o papel do Poder Judiciário* cit., p. 95. Segundo Fábio Ulhoa Coelho: "A particularidade da hermenêutica kelseniana se revela na afirmação da pluralidade de significações cientificamente pertinentes de cada norma jurídica (...) A hermenêutica tradicional (...) se reduz à discussão sobre o método exegético mais adequado para se alcançar a verdade contida na norma (...) Quando o órgão aplicador do direito opta por atribuir à norma interpretada uma das significações emolduradas, não realiza ato de conhecimento, mas manifesta uma vontade" (COELHO, Fábio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. São Paulo: Max Limonad, 2.ed., 1997, p. 62).

Quanto às lacunas, para Kelsen ficaria a cargo de cada juiz determiná-la ou não. De acordo com Fábio Ulhoa: "Normalmente, as lacunas são identificadas pela doutrina tradicional como a ausência de norma jurídica geral para determinado caso particular (...) Kelsen mostra, no entanto, que as lacunas, entendidas neste sentido tradicional, são impossíveis. Como a estrutura da norma jurídica é a de ligação deontica entre a descrição de uma conduta e a sanção estatuída, então de duas uma: ou o comportamento em exame está ligado a certa pena e é proibido, ou não está e é permitido (...) Por vezes se falará em lacunas e por vezes em conduta permitida, em função exclusivamente dos valores do juiz competente para aplicar o direito. A análise das razões pelas quais certo julgador pende em determinada situação para esta ou aquela alternativa pertence a ramos de conhecimento estranhos à ciência do direito, como a psicologia ou a sociologia" (COELHO, Fábio Ulhoa). *Para entender Kelsen* cit., p. 48. Está é a visão de Kelsen, a respeito das lacunas, que tem íntima ligação com sua conceituação de juízo de valor e separação do direito das demais ciências.

lógico-epistemológico do direito, separando-o, pelo menos no campo ficcional, das “valorações extrajurídicas”. Assim, Bercovici exterioriza que a:

Doutrina constitucional conseguiu criar, de acordo com Eloy García, todo um aparato técnico no domínio do estritamente jurídico, ao custo de renunciar aos componentes políticos. A política foi reduzida ao poder constituinte e, este, relegado a segundo plano. A jurisdição constitucional foi alçada a garantidora da correta aplicação da normatividade, a única referência de legitimidade do sistema, refugiando-se a doutrina na exegese das interpretações dos tribunais constitucionais. Os autodenominados ‘neoconstitucionalistas’ são neopositivistas,⁴⁸ renovando o positivismo jurídico ao propor a Constituição jurisprudencial, com o tribunal constitucional se assenhoreando da Constituição.⁴⁹

De acordo com Ingeborg Maus,⁵⁰ o “tribunal constitucional se arroga o poder de elaborar a interpretação devidamente constitucional, baseando suas decisões, no caso alemão, em fundamentos constitucionais anteriores à própria Constituição. Ou seja, a competência do tribunal constitucional não deriva da Constituição, mas está acima dela”.⁵¹ Acaba atuando, então:

O TFC menos como ‘guardião da Constituição’ do que como garantidor da própria história jurisprudencial, à qual se refere legitimamente de modo auto-referencial. Tal história fornece-lhe fundamentações que não necessitam mais ser justificadas, sendo somente descritas retrospectivamente dentro de cada sistema de referências.⁵²

Bercovici percebe de forma clara que “As Constituições deixaram de ser entendidas como obra do povo para transformarem-se em criaturas de poderes misteriosos, metafísicos até”.⁵³ Torna-se o corpo constitucional, então, objeto de técnicos que determinam seu conteú-

⁴⁸ Jean-François Kervégan ressalta que Carl Schmitt reivindica em nome do decisionismo o verdadeiro positivismo, que é aquele que comumente é vinculado ao normativismo kelseniano, que crê emergir da norma a vontade positiva e não de uma decisão política, seria, desse modo, o decisionismo o “verdadeiro positivismo”. Podemos vislumbrar mais claramente a compreensão da positividade, do ponto de vista político, para Schmitt, quando lembramos que os Tribunais Constitucionais podem mudar, assim como já o fizeram correntemente, sua interpretação quanto à determinada norma. Kervégan clarifica: “Nenhuma disposição constitucional é capaz de garantir o status quo jurídico, portanto político e social. O poder constituinte, absoluto, não é de modo algum sustentado por suas próprias decisões e sempre pode modificar soberanamente o conteúdo” (KERVÉGAN, Jean-François. *Hegel, Carl Schmitt cit.*, p. 52).

⁴⁹ BERCOVICI, 2004:19-20e.

⁵⁰ Para Alexandre Gustavo Bahia “Deve-se refletir em que medida as críticas de Ingeborg Maus à Corte Constitucional alemã (...) podem ser aplicadas ao Supremo Tribunal Federal (...) é bom pensarmos sobre a possível aplicação das críticas de Ingeborg Maus ao nosso judiciário e à aplicação irrestrita do princípio da proporcionalidade” e de tantos outros como a dignidade da pessoa humana, Art.1º, III, CF/88, (o que gera trivialização) “como panacéia de resolução de nossos conflitos entre direitos fundamentais – principalmente porque isso implica referência a uma ordem suprapositiva de valores, confundindo direitos, normas morais, políticas, argumentos de custo/benefício etc”. Vide BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Ingeborg Maus e o Judiciário como superego da sociedade. *Revista CEJ*, Brasília: Conselho Justiça Federal, n. 30, p.10-12, jul./set. 2005.

⁵¹ BERCOVICI, 2004:20e.

⁵² MAUS, Ingeborg. *Judiciário como Superego da Sociedade: O Papel da Atividade Jurisprudencial na “Sociedade Órfã”*. Tradução do alemão: Martonio Lima e Paulo Albuquerque. *Novos Estudos* nº58, São Paulo, Cebrap, novembro de 2000, p.192.

Martonio Barreto Lima lembra que o Tribunal Constitucional da Espanha na sentença n. 76/1983, de 25 de agosto, decidiu que “nenhum dos operadores jurídicos, inclusive o legislador estatal, poderia ditar normas puramente interpretativas da constituição, o que significa que, no caso espanhol, o Tribunal Constitucional exerce a tarefa de interpretar a constituição absolutamente, sem permitir qualquer tipo de intervenção”, em LIMA, Martonio Mont’ Alverne Barreto. *Justiça Constitucional e Democracia: perspectivas para o papel do Poder Judiciário cit.*, p. 99. “Tanto no caso do tribunal alemão, como no espanhol ou no brasileiro, o vetor interpretativo é claro: a corte constitucional respectiva deterá o monopólio de precisar o significado do poder constituinte por meio de sua atividade de controle da constitucionalidade, equiparando-se, assim, ao próprio poder constituinte” - LIMA, Martonio Mont’ Alverne Barreto. *Jurisdição Constitucional: Um Problema da Teoria da Democracia Política*. In: BERCOVICI, Gilberto et. al.

do, valendo-se de entendimentos tidos como inatingíveis e incompreensíveis para a maior parte da população.⁵⁴

4. Conclusão

Percorremos, então, a trajetória textual para desaguar nas conclusões resultantes dos passos dados ao longo deste trabalho, no qual brevemente retomamos e articulamos as teorias propostas por diversos autores.

Podemos perceber ao término deste trabalho, após, mais especificamente, a análise sobre o Guardião da Constituição em Carl Schmitt e Hans Kelsen e a “impositividade” da Constituição geradora do normativismo jurisprudencial, que:

I – a pluralidade de forças políticas, que decorrem da luta de classes⁵⁵ dentro do Parlamento, impossibilita uma decisão política; criam-se, então, compromissos constitucionais que sempre postergam uma decisão;

II – a concentração de todo o poder político nas mãos do Presidente, ainda que eleito de-

mocraticamente pela maioria do eleitorado, ainda que simbolizado por uma unidade política, pode representar uma ameaça aos direitos humanos e à estrutura do próprio Estado (conseqüentemente da Constituição). Teríamos o juízo de valor de um único homem que seria o corpo vivo da Lei;

III – um Estado no qual a guarida constitucional é entregue à um Tribunal Constitucional passa por uma conversão a um Estado Judicialista (dada sua politização⁵⁶ por deter em suas mãos o corpo constitucional criando-se um neopositivismo sustentado pelo normativismo jurisprudencial, podendo determinar o alcance do político e decidir sobre a concretização⁵⁷ de direitos sociais),⁵⁸

IV – com o Estado Total, em que há a identidade entre sociedade civil e Estado, entre privado e público, surge a legislação que busca englobar todos os aspectos que envolvem a sociedade e a vida dos cidadãos, e que torna o Estado responsável por garantir e salvaguardar estes direitos, que estão consubstanciados na Carta Magna de cada Estado Soberano e, que em alguns países, está sob a tutela de um Tribunal Constitucional;

⁵⁴ Para Dalmo de Abreu Dallari: “São freqüentes as sentenças e os acórdãos dos tribunais recheados de citações eruditas, escritos em linguagem rebuscada e centrados na discussão de formalidades processuais”, vide DALLARI, Dalmo de Abreu. Formalismo e abstração fora da realidade. In: *O Poder dos Juizes cit.*, p. 80.

Emerge um “paradoxo tecnocrático”, a contradição entre “a exigência do controle popular, sobre o qual se sustenta um regime democrático, e a necessidade de que toda sociedade avançada tem de tomar decisões em matérias que requerem conhecimentos cada vez mais especializados, inacessíveis às massas”. Este é um dos pontos destacados por Norberto Bobbio, alicerçado em Gino Germani (dentre quatro razões que poriam uma democracia em perigo), que colocaria o regime democrático em risco. Ver BOBBIO, Norberto. In: BOVERO, Michelangelo (org.), *Teoria Geral da Política: a filosofia política e as lições dos clássicos cit.*, p. 383. Para ler um breve, porém clarificador, comentário de Norberto Bobbio sobre o saber técnico consulte BOBBIO cit., p. 410.

O filósofo italiano traz uma bela observação sobre alguns dos sustentáculos do governante autocrático (que poderíamos substituir por tribunal): “As duas imagens mais freqüentes nas quais se reconhece o governante autocrático é aquela do pai ou do médico: os súditos não são cidadãos livres e saudáveis. São ou menores de idade que devem ser educados, ou doentes que devem ser curados. Uma vez mais a ocultação de poder encontra sua própria justificação na insuficiência, quando não na completa indignidade do povo. O povo, ou não deve saber, porque não é capaz de entender, ou deve ser enganado, porque não suporta a luz da verdade”. Vide BOBBIO cit., p. 389.

⁵⁵ Para Dallari: “A expressão mais degenerada dessa deformação, que esconde o arbítrio de alguns homens atrás da máscara só aparentemente neutra das leis, é a corrupção grosseira de legisladores, que em troca de dinheiro e de vantagens pessoais vendem seu apoio a um projeto de lei (...) Grandes empresários, que freqüentemente aparecem na imprensa criticando o governo e fingindo-se indignados com a corrupção no setor público, costumam contribuir para a formação de fundos destinados a comprar o apoio de parlamentares para a aprovação de certos projetos de lei” (DALLARI, 1996:81).

⁵⁶ Bercovici alerta que “o direito constitucional é direito político. A Constituição, no entanto, não pode ter a pretensão de abarcar em si a totalidade do político, como ocorreu com a Teoria da Constituição Dirigente, pois foi nesse universo normativo fechado que (...) prosperou o ‘positivismo jurisprudencial’” (BERCOVICI, 2004:28e).

⁵⁷ Tendência do pós-Segunda Guerra Mundial, que teve suas bases materiais formadas quando a Constituição se tornou o reflexo da sociedade, com a constitucionalização dos mais diversos interesses referentes aos variados grupos sociais, que surgiram após o advento da Revolução Industrial e o crescimento da sociedade de massas.

⁵⁸ No entender de Tercio Sampaio Ferraz Jr. “Os direitos sociais, produto típico do estado de bem-estar social, não são, pois, conhecidos, somente normativos, na forma de um *a priori* formal, mas têm um sentido promocional prospectivo, colocando-se como exigência de implementação. Isto altera a função do poder Judiciário, ao qual, perante eles ou perante a sua violação, não cumpre apenas julgar no sentido de estabelecer o certo e o errado com base na lei (responsabilidade condicional do juiz politicamente neutralizado), mas também

V – a partir da Segunda Guerra, tornou-se comum a posituação constitucional de direitos sociais (prática iniciada pela social-democracia) e de princípios de índole jusnaturalista. Como consequência, a Constituição passou a ser vista como resposta para todos os problemas da sociedade, pior, tida como desvinculada do Estado e da política. Nesse contexto, surge a Constituição Dirigente que, além de abarcar os anseios sociais, seria auto-aplicável, impositiva. Mascarou-se, assim, mesmo que involuntariamente, o crescente poder que estava se concentrando nas mãos das Cortes Constitucionais,⁵⁹ que se tornaram as “perfeitas” guardiãs⁶⁰ da Carta Política.⁶¹ O paradoxo reside no fato de que os Tribunais Constitucionais estabeleceram um normativismo jurisprudencial, colocando-se acima da própria Constituição, ao ter o poder de determinar seu conteúdo, com base em juízos de valor⁶² (apesar de utilizar uma técnica, valer-se de um procedimento para praticar seu poder decisório).

A atualidade da discussão entre Kelsen e Schmitt reside no fato de que o ocorrido em Weimar está distante e próximo de nós. Em uma

primeira análise, seria paradoxal esta afirmação, no entanto devemos recordar que os pressupostos da Constituição Dirigente e da politização da justiça, que encontramos hodiernamente, nasceram no início do século passado, reforçaram-se durante as Guerras Mundiais e se estabeleceram após 1945. O Estado Total nasceu no intróito do século XX e possibilitou a “Constituição Total” (hoje, Schmitt diria que temos um Estado Total Quantitativo); o Presidente vale-se de medidas para legislar; o Parlamento encontra-se em constante conflito e impossibilitado de emitir uma decisão sobre assuntos sociais pertinentes, dadas as divergências programático-partidárias, que postergam a substantivação de direitos voluntariamente (dando margem ao aumento de poder do Judiciário e sua atuação como verdadeiro Poder Constituinte) e o Judiciário, ao se estabelecer com as bases históricas materiais⁶³ desenvolvidas ao longo do século XX, decide sobre a materialização e o conteúdo das disposições constitucionais, dando a última palavra, mostrando-nos dia-a-dia a politização da Justiça, talvez irreversível (devido à técnica que se imiscuiu ao direito).

e sobretudo examinar se o exercício discricionário do poder de legislar conduz à concretização dos resultados objetivados (responsabilidade finalística do juiz que, de certa forma, o repolitiza) (...) A responsabilidade do juiz alcança agora a responsabilidade pelo sucesso político das finalidades impostas aos demais poderes pelas exigências do estado social” (FERRAZ JR, 1994:18-19).

⁵⁹ “A Constituição não é exclusivamente normativa, mas também política; as questões constitucionais são também questões políticas” – BERCOVICI, Gilberto. Democracia, inclusão social e igualdade, p. 1. Disponível em <<http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/Anais/Gilberto%20Bercovici.pdf>>. Quando se transfere a proteção do Direito Constitucional, que é simultaneamente Direito Político, para um ente neutro acontece sua politização. Em sentido contrário à tese da politização da justiça (defendendo o Judiciário como um dos Poderes Políticos do Estado, então político desde o surgimento do Estado Moderno), visualizando o Tribunal Constitucional como um órgão político por integrar o Estado e por garantir a aplicabilidade da Constituição, mesmo que segundo uma valoração própria, encontram-se Dalmo de Abreu Dallari e Raúl Zaffaroni. Cumpre informar que, cada um a seu modo, diferencia politização e “partidarização”. Consultar DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Poder dos Juizes cit.*, p. 85 e ZAFFARONI, Raúl Eugenio. *Poder Judiciário: Crise, Acertos e Desacertos cit.*, p. 95. O que ambos não questionam é a substituição do Poder Constituinte Originário que, no caso brasileiro, criou a Constituição de 1988 pelo Poder Constituinte do Supremo Tribunal Federal que decide (valendo-se de arcabouço anterior e/ou superior à Constituição) sobre o conteúdo e significação da Carta Política.

⁶⁰ Martonio Lima recorda que “Pelo menos na memória histórica brasileira, nunca se soube de enfrentamento, por parte do poder judiciário, em relação aos movimentos autoritários que, sem maiores dificuldades, riscaram a validade de constituições das quais o poder judiciário funcionava como guardião (...) Há que se lembrar que juizes não impedem – tampouco realizam – revoluções ou movimentos autoritários. Por outro lado, a resistência ainda que meramente discursiva, colocaria os juizes num patamar de apreço democrático por parte da sociedade; apreço referencial que eles, historicamente, não dispõem até os dias de hoje” (LIMA, 2003:237-238).

⁶¹ Conforme demonstram os pontos I, II, III e IV da conclusão.

⁶² Bem lembra Martonio Barreto Lima: “Especificamente sobre o comportamento do STF nos últimos dez anos quando o Brasil teve a implantação de dois programas econômicos de superação da crise econômico-financeira por meio dos Planos Collor e Real, o controle jurisdicional da constitucionalidade funcionou com a garantia da execução destes planos, viabilizando sua realização (...) Em nenhum instante, nenhum dos planos passou por ameaça naquilo que consistia sua espinha dorsal: o bloqueio dos passivos bancários relativos ao Plano Collor não foi declarado inconstitucional, tampouco o foi a introdução do Plano Real e suas consequências como a imobilidade de

Assim, embora Zaffaroni esteja correto ao afirmar que “*Se prescindíssemos do controle judicial, dir-se-ia que seria suficiente o controle recíproco entre o executivo e o legislativo*”,⁶⁴ devemos reavaliar a “infali-

bilidade” e a livre atuação das Cortes Constitucionais e buscar alternativas de participação popular, para que, apesar de sua perpetuação, os Tribunais Constitucionais sejam ao menos legítimos.⁶⁵

5. Bibliografia

ARANHA, Maria Lúcia de Arruda; MARTINS, Maria Helena Pires. *Filosofando: introdução à filosofia*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Moderna, 1993.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Ingeborg Maus e o Judiciário como superego da sociedade. *Revista CEJ*, Brasília: Conselho Justiça Federal, n. 30, p.10-12, jul./set. 2005.

BARROS, Sérgio Resende de. *O Senado e o controle de constitucionalidade*. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, n. 1, p. 163-180, jan./jun. 2003.

BERCOVICI, Gilberto. *A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição*. In: LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto et. al. *Teoria da Constituição: Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 75-150.a

_____. *A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro*. Disponível em <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ri1/Pdf/pdf_142/r142-06.PDF>. Acesso em: 22 de abril de 2007b.

_____. Carl Schmitt. O Estado total e o guardião da Constituição. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, n. 1, p. 195-201, jan./jun. 2003c.

_____. *Constituição e estado de exceção permanente*. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004d.

_____. *Constituição e Política: uma relação difícil*. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, São Paulo, n. 61, 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br>>. Acesso em: 26 ago. 2006e.

_____. *Democracia, inclusão social e igualdade*. Disponível em <<http://www.conpedi.org/ma-naus/arquivos/Anais/Gilberto%20Bercovici.pdf>>. Acesso em: 22 de Abril de 2007f.

BONAVIDES, Paulo. A contribuição de Carl Schmitt à teoria material da Constituição. In: *Curso de direito constitucional*. 18.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BOTTALLO, Eduardo Domingos. *Lições de direito público*. São Paulo: Dialética, 2003.

⁶⁴ ZAFFARONI, 1995:43.

⁶⁵ Sem esquecer os avisos de Pier Paolo Portinaro, que faz uma análise da advocacia como profissão de seres estratégicos que atuam em prol do capital financeiro e dos grandes conglomerados, sendo estes os atuais “guardiões” da Constituição, enfraquecendo os poderes públicos e atentando contra o Estado Democrático de Direito, vide PORTINARO, Pier Paolo. Para além do Estado de Direito. Tirania dos juizes ou anarquia dos advogados?. In: COSTA, Pietro (org.); ZOLO, Danilo (org.); SANTORO, Emilio (colab.), *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 465-488.

BOBBIO, Norberto. In: BOVERO, Michelangelo (org.), *Teoria Geral da Política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BRITTO, Carlos Ayres. Quem governa quem governa? *Folha de S.Paulo*, 07 jan. 2007, p. A3.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. São Paulo: Max Limonad, 2.ed., 1997.

COMPARATO, Fábio Konder. A “questão política” nas medidas provisórias: um estudo de caso. *Revista ANPR Online*, nº 1, mar./jun. 2006. Disponível em: <http://www.anpr.org.br/index.php?a=revista_online/revista01.php&ID_MATERIA=77&ID_TEMPLATE=119>. Acesso em 29 set. 2006.

CUNHA, Paulo Ferreira da. *O direito, a política e o sagrado*. Disponível em: <http://www.hottopos.com/mirand15/pfc_mir15.htm>. Acesso em: 30 set. 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juizes*. São Paulo: Saraiva, 1996.

FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência?. *Revista USP: Dossiê Judiciário*, São Paulo, n. 21, p. 12-21, mar./mai. 1994.

_____. Por que ler Kelsen, hoje. In: COELHO, Fábio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Justiça e Legislação: sobre o papel e a legitimidade da Jurisdição Constitucional*. In: *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebenricher. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v.1, p. 297-354.

KELSEN, Hans. Ciência e política. In: *O que é justiça: a justiça, o direito e a política no espelho da ciência*. 3. ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 349-374.

_____. Quem deve ser o guardião da Constituição? *Jurisdição Constitucional*. Tradução do alemão Alexandre Krug. Tradução do italiano Eduardo Brandão. Tradução do francês Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 237-298.

KERVÉGAN, Jean-François; Hegel, Carl Schmitt: *o político entre a especulação e a positividade*. Tradução de Carolina Huang. Barueri: Manole, 2006.

LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. A guarda da Constituição em Hans Kelsen. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, n. 1, p. 203-209, jan./jun. 2003a.

_____. Jurisdição constitucional: um problema da teoria da democracia política. In: BERCOVICI, Gilberto et. al. *Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 199-261.b

MAUS, Ingeborg. Judiciário como Superego da Sociedade: O Papel da Atividade Jurisprudencial na “Sociedade Órfã”. *Novos Estudos*, nº 58, São Paulo, Cebrap, novembro de 2000.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 15.ed. São Paulo: Atlas, 2004.

PORTINARO, Pier Paolo. Para além do Estado de Direito. Tirania dos juizes ou anarquia dos advogados?. In: COSTA, Pietro (org.); ZOLO, Danilo (org.); SANTORO, Emilio (colab.). *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 465-488.

QUEIROZ, Cristina M. M., *Os actos políticos no Estado de Direito: o problema do controle jurídico do poder*. Coimbra: Almedina, 1990.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *O futuro da democracia*. Agência Carta Maior, 6 set. 2006. Disponível em: <http://agenciacartamaior.uol.com.br/templates/colunaMostrar.cfm?coluna_id=3302>. Acesso em: 29 set. 2006.

SCHMITT, Carl. El sistema parlamentario de la Constitución de Weimar. *Teoría de la Constitución*. Tradução do alemão de Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 1992.

WILLIAMS, Bernard. *Moral: uma introdução à ética*. Tradução do inglês de Remo Mannarino Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: RT, 1995.