

# A inovação constitucional austríaca e a esfinge de Weimar – revisitando a celeuma Kelsen/Schmitt

Daniel Nunes Pereira<sup>1</sup>

## Resumo

O presente trabalho se dedica ao estudo da disputa teórica havida entre Hans Kelsen e Carl Schmitt, sob o signo do papel de cada um, respectivamente, nas inovações jurídicas da Constituição Austríaca de 1918 e nas lacunas da Constituição de Weimar. Ainda debruçado sobre o referido paradigma, propõe analisar os principais problemas advindos de interpretações de ambos diplomas legais, quais sejam, legalidade, legitimidade democrática e limites. No presente estudo, partimos da problemática advinda da celeuma havida entre ambos juristas sobre quem deveria ser o Guardião da Constituição. O ponto nevrálgico do referido debate era o prisma da análise da natureza do controle de constitucionalidade, com uma teoria revista pelo Constitucionalismo Austríaco, especificamente, a determinação definitiva da instância a qual caberia a competência de zelar pela Carta Magna.

**Palavras-chave:** Kelsen; Schmitt; Constituição; jurisdição constitucional.

## Abstract

This paper is engaged to the study of theoretical dispute between Hans Kelsen and Carl Schmitt, under the sign of the role of each one of them, respectively, in the legal innovations of the Austrian Constitution of 1918 and the shortcomings of the Weimar Constitution. Still leaning on that paradigm, the paper aims to analyze the main problems arising from interpretations of both pieces of legislation, namely, legality, democratic legitimacy and limits. In the present study we set the problem arising from the uproar that took place between the two jurists about who should be the Guardian of the Constitution. The crux of this debate was the prism of analysis of the nature of judicial review, with a revised theory by Austrian Constitutionalism, specifically, the final determination of the proceedings which would fit the power to enforce the Constitution.

**Keywords:** Kelsen; Schmitt; Constitution; Constitutional Court.

## Introdução

No início da década de 30, por conta da crise econômica e de radicalização política, houve muitos casos de convulsão social na Alemanha. Havia, especialmente, um agitação violenta a ocorrer em algumas áreas da Prússia, principal Estado federado, pesando alegada incapacidade do governo prussiano

<sup>1</sup> Bacharel em Direito e Mestre em Ciência Política, ambos pela Universidade Federal Fluminense (UFF); Especialista em História Europeia pela Universiteit Utrecht (Reino dos Países Baixos); Mestrando em Sociologia e Direito (PPGSD) pela Universidade Federal Fluminense; Professor de Direito na Universidade Veiga (UVA) de Almeida, no Centro de Ensino Superior de Valença (CESVA) e na Universidade Gama Filho (UGF).

para tratar do assunto. Em 17 de julho de 1932, ocorreu o gatilho para a crise definitiva: “*Altonaer Blutsonntag*” (“Domingo Sangrento de Altona”), um tiroteio entre manifestantes *Sturmabteilung* e comunistas em Altona, que causou a morte de 18 pessoas. Em 20 de julho de 1932, o *Reichspräsident* Paul von Hindenburg emitiu um decreto de emergência que desautorizou o Gabinete do Estado Livre da Prússia, o maior Estado alemão. Preocupava o Governo Federal, então presidido por forças conservadoras, fato de que o Governo da Prússia, dirigido pelo *Ministerpräsident* Otto Braun (social democrata) tinha autoridade sobre a poderosa força policial prussiana, sendo, portanto, uma das últimas forças republicanas. Todavia, sobrepejava uma situação instável do Governo da Prússia: o Governo de coalizão de SPD, DDP e *Zentrum* e tinha perdido sua maioria nas últimas eleições para o Parlamento Regional da Prússia, mas manteve-se no cargo. A oposição, que lutava pelo novo Gabinete, era composta principalmente por comunistas e nacional socialistas, o que fomentou, em parte, os confrontos (DYZENHAUS, 1997b: 123).

O Governo Federal tentou, então, por medidas de exceção, intervir na Prússia. O Estado da Prússia, não resistiu militarmente, para não causar uma guerra civil, mas desafiou o Governo Federal no *Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich* (antecessor do atual *Bundesverfassungsgericht*). A lide em questão concernia ao artigo 48 da Constituição da República de Weimar, e como o Presidente poderia agir entre os *Länder* (Estados Federados) em Estado de Exceção. Advogou pelo Governo Federal e pelas forças legalistas Carl Schmitt, e pelo Estado da Prússia e Gabinete Social Democrata, Hermann Heller. Hans Kelsen, embora não tenha participado do julgamento, enquanto Diretor da Faculdade de Direito de Köln, publicou análise detalhada do caso em artigo intitulado “*Das Urteil des Staatsgerichtshofs*” argumentando que apenas o Judiciário poderia decretar intervenção no Estado da Prússia. Toda a sua argumentação se baseava na experiência austríaca, a qual ele mesmo havia gerido.

A desavença entre Kelsen e Schmitt seria longa e entraria para a história, sendo de valor para os anais do direito nas obras de Kelsen e Schmitt. Carl Schmitt trouxe a vitória ao Governo Federal, todavia, sua interpretação da Constituição garantiria a tomada do poder pelos nazistas nove meses após o julgamento. (DYZENHAUS, 1997b: 122).

“O debate entre Schmitt e Kelsen sobre quem deve ser o Guardião da Constituição, pode ser sintetizado em poucas linhas. Enquanto Kelsen acredita na prevalência de um Tribunal de Justiça Constitucional, Schmitt afirma que cabe ao Presidente do Reich a tarefa de salvaguardar a Constituição (em nome do povo). O debate teria um vencedor argumentativo, Schmitt, em sua leitura de grande intensidade crítica (ao liberalismo e à realidade parlamentar de sua época) e pautada pela imanência de um lado e, um vencedor fático-histórico, Kelsen, pois a prevalência de sua posição se deu na utilização preponderante de seu sistema constitucional nos países democráticos ao longo da segunda metade do século XX.” (LORENZETTO, 2009: 1925).

## *Dramatis Personae*<sup>2</sup>

Falar do embate intelectual de Kelsen e Schmitt é necessariamente falar da vida de ambos os autores. Isto, pois, desde a juventude, trilharam caminhos que inexoravelmente os colocariam em oposição, além de localizá-los em extremos quase opostos da história intelectual do século XX e da *Iuria* como um todo. Enquanto Kelsen (ou um simulacro simplista de sua obra) prosperou na doutrina e jurisprudência da tradição romano-germânica, Schmitt, por sua relação com o nacional-socialismo, se tornou um *auteur-maudit*, sendo resgatado primeiramente pela Teoria Política e, mais atualmente, pela Teoria do Direito (SCHWAB, 1988: 448). Não podemos olvidar nem a real teoria do mestre austríaco, nem os escritos malditos do jurista alemão. No que concerne a este, podemos dizer que, para bem e para o mal, concordemos ou não com suas conclusões, Schmitt mostrou *verdades* políticas e jurídicas tão importantes e perigosas, que não mais podemos ignorar, pois “abriu estranhas portas, que jamais voltaríamos a fechar”<sup>3</sup>. A obra de Carl Schmitt, apesar de suas abjetas tendências partidárias, possui grande capacidade de interpelação à hodierna letargia liberal e à neutralização do espaço político (LESSA, 2003: 12).

Embora Schmitt não tenha sido um defensor do nacional-socialismo antes de Hitler chegar ao poder, ele se filiou ao *Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei* (Partido Nazista) em 1º de maio de 1933, junto com Martin Heidegger (MACHADO, 2013: 8), que em carta<sup>4</sup> havia convidado o jurista para integrar o partido.

Como nos contos de pactos com Belzebug, Schmitt, após se filiar ao NSDAP, rapidamente ascendeu profissionalmente, tornou-se um intelectual influente no III Reich e passou a ser conhecido como o “*Kronjurist*” do nacional-socialismo. (MEHRING 2009, 304). Nesta função, Schmitt, de maneira aparentemente entusiasmada, dedicou-se a tarefas deveras condenáveis, como a justificação jurídica dos assassinatos dos opositores políticos de Hitler durante a chamada “Noite das Facas Longas” (SCHMITT, 1987: 32) e a purgação da jurisprudência alemã da influência judia (MEHRING, 2009: 358).

Embora tenha se esforçado para mostrar-se verdadeiramente nazista, Schmitt sofreu forte oposição de influentes membros do partido, como Kroellreutter e Eckardt, que apontaram sua posição pretérita avessa ao nacional-socialismo, bem como as denúncias de seu adesismo, feitas por inimizadas que emigraram da Alemanha, como o cientista político de origem judia Waldemar Gurian (MACHADO, 2013: 10). Neste cenário, delinear-se, primeiramente, duas opções para Carl Schmitt: emigrar, ou permanecer e ser levado a campo de

<sup>2</sup> Conforme a expressão utilizada por Francisco Sosa Wagner (2008: 9)

<sup>3</sup> Tradução livre dos versos originais em inglês: “*She opened strange doors that we’d never close again*”. BOWIE, David. “*Scary Monsters and Super Creeps*” In. “*Scary Monsters (And Super Creeps)* - Album”. Londres/Nova Iorque: RCA.1980.

<sup>4</sup> Cf. Felipe Daniel Amorim Machado (2013: 8) a carta foi publicada no periódico acadêmico *Telos*, edição nº 72 de 1987.

concentração. Se a segunda opção era obviamente assustadora, a primeira não seria tão diferente, pois Schmitt havia coletado inimizades suficientes alhures para que fosse preso também em terras estrangeiras. Com o apoio de Goering, o jurista conseguiu permanecer na Alemanha em liberdade, ao custo de seu silêncio no que concernia à política interna do Reich. (MACHADO, 2013: 11).

Debate-se ainda hoje sobre as causas da associação de Schmitt aos nazistas. Alguns autores apontam para uma forte ambição de Schmitt e seu caráter oportunista, sem negar afinidade ideológica (BENDERSKY, 1983: 195). Por outro lado, argumenta-se que a Teoria do Direito antiliberal de Schmitt, bem como seu antissemitismo, o tornaram disposto a apoiar o regime nazista (DYZENHAUS 1997a, 85).

Da mesma geração de Carl Schmitt é Hans Kelsen. Enquanto o jurista alemão desfrutou o sucesso na década de 30, por conta do apoio aos nazistas, Kelsen trilhou caminho oposto.

Com a devida licença à fleuma acadêmica, assevera-se admiração a Hans Kelsen não apenas por ser um grande jurista, mas, sobretudo, pelas suas excepcionais qualidades pessoais que superaram muitos obstáculos e contratempos em uma vida rica em acontecimentos, e desafios, conforme atesta o presente breve esboço biográfico<sup>5</sup>.

Kelsen nasceu em Praga<sup>6</sup>, em 11 de outubro 1881. Com a idade de 3 anos, sua família, de origem germânica, judaica e de classe média, mudou-se para a cosmopolita Viena, onde prosseguiu os seus estudos acadêmicos. Em 1906, ele alcançou seu doutorado em direito, apesar de os seus interesses ao longo da vida tenham se concentrado em temas mais humanistas, como filosofia, arte e política. Sua paixão pelo conhecimento nestas, áreas no entanto, claramente exerceu uma importante influência sobre grande parte do seu trabalho ao longo de sua vida, sendo nomeado, em 1919, professor catedrático de Direito Público. Antes disso, durante a Primeira Guerra, trabalhou como conselheiro junto à administração militar do Império Austro Húngaro, e, em 1918, ao fim da Guerra, foi contratado como professor associado junto à Universidade de Viena.

O ano de 1919 foi particularmente importante para Kelsen. Não só ele garantiu um avanço significativo na sua carreira acadêmica como o fundador e editor da Revista de Direito Público, mas ele também se tornou uma personalidade importante na história de seu país, pois a ele foi confiada a tarefa de elaboração da nova Constituição Austríaca. Adotado em 1920, o documento manteve-se quase inalterado até hoje em seus princípios fundamentais.

Os próximos dez anos constituíram um período altamente gratificante e estimulante de ensino e pesquisa. Muitos de seus alunos tornaram-se importantes teóricos do direito, como, por exemplo, Alfred Verdross, Erich Voegelin, Alf Ross e Luis Legaz y Lacambra. Juntos, esses intelectuais notáveis formaram o movimento

<sup>5</sup> Tendo em vista a pouca quantidade de trabalhos sistematicamente dedicados à biografia de Hans Kelsen, esta parte do estudo se fundamenta basicamente no livro de Rudolf Aladar Métall (1976) e no artigo de Nicoletta Bersier Ladavac (1998).

<sup>6</sup> Embora nascido em Praga, atualmente capital da República Tcheca, sua família era germânica, e a referida cidade pertencia ao Império Austro-Húngaro.

cultural conhecido como *Wiener Schule*. Kelsen também esteve em contato com estudiosos de renome em seu país, como os austromarxistas Otto Bauer e Max Adler e os liberais Joseph Schumpeter e Ludwig van Mises. Politicamente, alegava manter-se neutro, todavia era clara sua simpatia aos socialdemocratas.

Em 1921, Hans Kelsen foi nomeado como membro do Tribunal Constitucional Austríaco, no qual exerceu uma forte influência com suas decisões. Ele saiu da Corte em 1930 por motivos políticos, especialmente um embate com o Partido Social Cristão. Os ataques políticos contra Kelsen foram tão fortes que ele decidiu se mudar para Colônia, na Alemanha, durante o conturbado período da República de Weimar.

Em 1931, ele publicou *Wer soll der Hüter der Verfassung sein*, uma resposta a Carl Schmitt e a problemática da jurisdição constitucional. No entanto, quando os nazistas tomaram o poder, em 1933, a situação na Universidade de Colônia mudou rapidamente, e Kelsen, por sua ascendência judia, foi removido de suas funções. Junto com sua esposa e duas filhas, ele partiu para Genebra no outono de 1933 para iniciar uma nova carreira acadêmica. Seu trabalho acadêmico prosperou na Europa e nos Estados Unidos, sobretudo sua Teoria Pura do Direito e sua obra acerca do direito internacional, deveras proficua ao estabelecimento da Organização das Nações Unidas.

Todavia, atentar-se-á no presente trabalho à parte de sua vida na qual prosperou sua querela com Schmitt, no que concerne ao Guardião da Constituição. Tal discussão entre ambos os juristas se fundamenta epistemologicamente em suas respectivas ontologias, antropologias políticas e concepções específicas quanto ao Estado, democracia e direito.

## A experiência austríaca

A criação da Jurisdição Constitucional remete às transformações políticas havidas no Império Austro-Húngaro. A Corte Imperial de Justiça foi oficialmente introduzida em 1867 por ocasião do *Ausgleich*, que tinha transformado o Império Austríaco na Monarquia Dual Austro-Húngara. O novo órgão governamental exerceria três deveres principais: *Spezialverwaltungsgerichtshof* (a proteção dos direitos políticos dos cidadãos); *Kausalgerichtshof* (resolução de potenciais conflitos entre os *Länder*) e, finalmente, *Kompetenzgerichtshof* (supervisionar os limites dos poderes das autoridades administrativas e judiciais, regionais e estaduais) (BRAUNEDER, 1992: 738-739, apud LAGI, 2012: 275).

Karl Renner, Primeiro Presidente da Primeira República da Áustria, em um discurso à Assembleia Nacional Provisória (autoridade governamental que emergiu após o colapso do Império), realizado em 30 de outubro de 1918, tratou da possibilidade de uma Jurisdição Constitucional:

*“Currently we do not have the possibility of creating a State tribunal with all the guarantees of nonpartisanship and judicial objectivity. We have temporarily entrusted with this function a commission of this Assembly composed of twenty members. [...] Subsequently, in a not too distant future, we will revisit*

*this point and instead of a State tribunal we will have a constitutional court (Verfassungsgerichtshof) which will occupy itself not only with the protection of citizens, but also with State provisions, the freedom to vote, and our public law.*” (Stenographische Protokolle, 1918-1919: 33 apud LAGI, 2012: 276).

Entre novembro e dezembro de 1918, a Chancelaria da nova República procedeu à democratização da antiga Corte Imperial de Justiça bem como a sua adequação ao novo regime, transformando-a paulatinamente em tribunal constitucional. Protagonista e testemunha deste evento significativo foi Hans Kelsen, que, em dezembro de 1918, exarou um memorando instigante intitulado *Entwurf eines Gesetzes über die Errichtung eines Verfassungsgerichtshofes* (“Projeto para a efetivação de um Tribunal Constitucional”), em que, exatamente como Renner tinha feito, ele invoca a figura de um Tribunal de Justiça dar para legitimar a nova Constituição (LAGI, 2012: 276).

Insta salientar que o termo Tribunal Constitucional não era novidade nos procedimentos fundacionais da República Austríaca. Outro grande pensador que agiu no mesmo sentido foi Jellinek, que, em 1885, publicou um breve ensaio eloquentemente intitulado *Verfassungsgerichtshof für Österreich* (“Corte Constitucional para Áustria”) em que ele conclamava a fundação de um Tribunal Constitucional para impor a divisão de competências entre o Centro e os Länder, ao menos na metade ocidental do Império (*Cisleithania*), administrada pela Legisatura de Viena (LAGI, 2012: 276). Todavia, sua defesa do tribunal constitucional foi em função de uma ideologia antiparlamentar e do ponto de vista de uma teoria legal que reconhecia a titularidade do poder soberano como pertencente ao Estado (LAGI, 2012: 276).

No caso de Kelsen, não houve viés antiparlamentar, devido a vários fatores, inclusive o contexto histórico e político com *animus* de mudar a formulação particular de alguns dos principais temas de direito público, conforme Kelsen já havia expressado em sua *Habilitationsschrift*, de 1911, intitulada *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (“Principais Problemas da Teoria de Direito Público”). Nesta obra, em debate aberto com o seu mentor Jellinek, Kelsen definiu o parlamento como órgão “do povo” ao invés de “um órgão do Estado”, criticando dois dos pilares da teoria de Jellinek, qual seja, a ideia de que o Estado era o “único produtor da lei”, função a qual Kelsen atribuía ao Parlamento em sua monografia de 1911 (KELSEN, 1911 apud LAGI, 2012: 276).

O mecanismo do *Verfassungsgerichtsbarkeit* formulado por Kelsen está longe de ser mero produto de especulação filosófico-científica. Em várias maneiras, este mecanismo foi a resposta a estímulos específicos e questões históricas e políticas específicas, dentre as quais as opções de forma institucional que a nova Áustria assumiria: Estado unitário e centralizado ou uma república federal, federação ou confederação. Enfim, disputava-se o futuro desenho institucional do país. O primeiro ato legal emitido pela Assembleia Nacional Provisória sancionou a transição da monarquia para uma república democrática fundada no primado do Poder Legislativo, conforme desiderato dos austromarxistas<sup>7</sup>, que, a partir

<sup>7</sup> A cepa austríaca de socialdemocratas.

de 1918, passaram a representar uma das maiores forças na política da Áustria (*Stenographische Protokolle*, 1918-1919: 32-33 apud LAGI, 2012: 276).

“If the Socialists were favorable to a unitary design, the Christian Socialists, the main conservative party, pressed for a federation, interpreting, thus, the reasoning of the Laender. It was immediately clear to all that the unitary and centralized option was not feasible, for which the political problem that arose for the Provisional National Assembly and the political parties that took part in it was to determine how much liberty to grant to the Laender and which competences. The SPÖ (Austrian Social Democracy) understood the first constitutional law as an integral part of a broader political design that envisaged a clear and precise subordination of regions to the Center. From this perspective, one could interpret the law of 14 November 1918 as the “assumption of State authority in the Laender” which recognized the autonomous administration of the regions and municipalities but reaffirmed the existence of a State in which the regions, in fact, held a subordinate position in respect to the Center. This latter aspect was explained in the principle of “Bundesrecht bricht Landesrecht” (the law created by the Center prevails over that of the regions), according to which the laws approved by regional assemblies could only be enacted if ratified by the State Council” (LAGI, 2012: 278-279).

O Tribunal Constitucional foi oficialmente introduzido em 25 de janeiro de 1919, com o fito de arbitrar conflitos de competência, violações de direitos políticos e eventuais litígios entre as instituições centrais e os Länder, conforme Kelsen havia defendido em seu memorando (LAGI, 2012: 279). Todavia, a dedicação de Kelsen ao tema da Jurisdição Constitucional não cessou quando a nova Carta Magna foi promulgada. Em 1920, ele foi indicado para ocupar uma vaga na Corte, antes pertencente a um de seus mestres, Edmund Berntzik, falecido dias antes.

A produção técnica e acadêmica de Kelsen, enquanto na Corte, indicavam o caminho de seu pensamento jusfilosófico a partir de então, sobretudo na questão da Constituição ser hierarquicamente superior a qualquer ato normativo dos Estados Federados. A Constituição foi, portanto, o fundamento supremo do Estado, produto de um processo histórico concreto, de um compromisso entre diversas forças e grupos políticos com suas diversas ideias, interesses e perspectivas.

“It is the indispensable basis of the legal norms that regulate the reciprocal conduct of the members of the State collectivity and, therefore, as well, those legal norms that determine the organs necessary for applying and imposing them, and the mode in which such organs must proceed, definitively, the fundamental structure of the State order” (KELSEN, 1928: 153 apud LAGI, 2012: 285).

No entanto, Kelsen reconheceu que a Constituição não só previa a regulação da formação das demais normas como também materialmente do seu conteúdo, de tal forma que devia o Parlamento dar a devida e cuidadosa consideração para esses mesmos princípios em seu trabalho legislativo.

“The Constitution is, then, not only a procedural rule but also a substantive rule; therefore, a law may be unconstitutional either because of a procedural irregularity related to its creation or because of content contrary to the principles or directives formulated by the constituent, when it exceeds the preset limits” (KELSEN, 1928: 154 *apud* LAGI, 2012: 286).

Tanto formal quanto materialmente, a Constituição deveria ser a principal fundação do Estado, com o fito de garantir sua legitimidade e estabilidade. Sobretudo neste quesito, Kelsen justificava a necessidade precípua para que a guarda desta Constituição ficasse afastada do órgão do qual poderiam emanar atentados legiferantes à ordem constitucional.

“It is therefore not possible to rely on the parliament itself to realize subordination to the constitution. The task of nullifying its unconstitutional acts must be entrusted to a separate organ, independent of it and of any State authority, i.e., a constitutional jurisdiction or tribunal” (KELSEN, 1928: 171-172 *apud* LAGI, 2012: 286).

Para aqueles que viram no Tribunal Constitucional uma restrição grave e perigosa à soberania do Poder Legislativo, Kelsen argumentou que a própria legislação em si é subordinada à Constituição, não havendo, portanto, cerceamento institucional. Durante o processo de criação da Constituição, Kelsen apoiou um paradigma jurídico-científico para a Áustria, tão ardentemente defendido pelos sociais-democratas, inclusive por Renner, por outro lado, em oposição a este mesmo partido, no que diz respeito à proteção da Constituição, criticava um eventual poder excessivo do Parlamento, bem como do Poder Executivo, uma ameaça potencial para a proteção da Constituição. Essa crítica de Kelsen se tornaria fundamentada em fatos, quando da virada autoritária da Áustria sob o comando de Engelbert Dollfuß e o destino trágico da República de Weimar.

## A esfinge de Weimar

A “Constituição do Reich alemão” (“*Verfassung des Deutschen Reichs*”), geralmente conhecida como a “Constituição de Weimar” (“*Weimarer Verfassung*”) foi o que institui na Alemanha, em 1919, uma república democrática e parlamentar. Permaneceu, tecnicamente em vigor durante toda a existência do Terceiro Reich 1933-1945. O título da Constituição era o mesmo que a Constituição do Império Alemão que a precedeu, permanecendo o nome do Estado Alemão “*Deutsches Reich*” até a adoção da “Lei Fundamental de Bonn”, em 1949.

Uma avaliação da Constituição da Alemanha de Weimar deve começar pelo reconhecimento de que, quando a República de Weimar, foi fundada em 1919,

a Alemanha tinha acabado de sair de quatro anos de guerra devastadora. Muitos dentro do serviço público, as classes abastadas e a elite governante ainda nutriam uma forte afinidade com a eventual restauração da monarquia, e, portanto, se opuseram a qualquer reforma substancial ao sistema parlamentar (SKACH, 2005: 31). Outrossim, a Constituição foi fortemente associada ao Tratado de Versalhes, que obrigou a Alemanha a aceitar a plena responsabilidade pela guerra e, talvez, o que foi ainda mais problemático, compensar as potências aliadas e associadas pelo dano infligido a suas populações civis (SKACH, 2005: 31). Assim, essas restrições internacionais e socioeconômicas, bem como a persistência de forças antidemocráticas, ideologias e diversas divisões sociais, eram obstáculos na transição da Alemanha para uma democracia plena, e, sem dúvida, complicou a fundação da República (SKACH, 2005: 32). Os efeitos da hiperinflação e da depressão do final dos anos 1920, os pagamentos de indenização aos aliados, e os numerosos erros políticos, conspiraram contra o sistema de Weimar para a duração da República.

Ainda que tenha avançado muito na seara de direitos fundamentais, a Constituição de Weimar nasceu com dois problemas “congenitos” (explorados pelo gabinete de Papen, e, posteriormente, nazistas) que colaboraram para seu fracasso em proteger o *Rechtsstaat* – a) sistema de representatividade proporcional; b) poderes presidenciais.

Um sistema eleitoral justo, com base na proporcionalidade estrita, com a inclusão das mulheres, era uma exigência histórica do *Sozialdemokratische Partei*, desde seu programa de Erfurt de 1891 (FEUCHTWANGER, 1995: 44), e, portanto, tornou-se um componente essencial da Constituição de Weimar. Argumenta-se que o método preciso pelo qual os assentos foram alocados contribuiu para que houvesse incapacidade de criar governos de coalizão, o que foi capitalizado pelos inimigos do sistema de Weimar. A distribuição de cadeiras entre os partidos políticos no *Reichstag* era quase exatamente proporcional ao percentual de votos obtidos por esses partidos nas eleições.

Esta fraqueza do sistema eleitoral foi aproveitada em benefício de extremistas, em especial os nazistas. O próprio Goebels se refere ao aludido sistema e suas consequências como “a estupidez da democracia”.

“The NSDAP derived great advantage from the election of even a dozen or so of its members to the Reichstag and of several score of them to the parliaments of the Lander. These deputies had little interest in the work done by the parliaments to which they belonged. Instead they devoted most of their time to the agitation for their party” (HERMENS, 1972: 228).

Todavia, o problema maior certamente foi o dos poderes presidenciais, os quais foram analisados ostensivamente na celeuma entre Kelsen e Schmitt. O Presidente da República de Weimar possuía amplos poderes constitucionais (funcionava como um *Ersatz*, substituto, do *Kaiser*), o que em grande medida prejudicou a posição do *Reichstag*. Por outro lado, o fracasso em estabelecer coligações majoritárias dentro do *Reichstag*, capazes de tomar decisões importantes,

evidência que a ação presidencial tornou-se eventualmente necessária. No entanto, um outro problema surgiu quando as partes, ao verem a capacidade do Presidente para governar independentemente da legislatura, retiraram-se das posições de responsabilidade, agravando assim os problemas existentes. Argumenta-se que, por causa das limitações mínimas colocadas sobre o gabinete presidencial, era possível mover a República de Weimar distantemente do sistema parlamentar. O constituinte originário entendia, contudo, que a presença do Presidente com amplos poderes traria equilíbrio à balança de poder.

“According to the intention of the Constituent Assembly, the President of the Reich was conceived of as a democratic counterweight of parliamentary omnipotence in order to avoid the excesses of French “absolute parliamentarism”, “inauthentic parliamentarism”. These two authorities, the legislature as well as the President, originate from the same source, that is, from the will of the people. Because of that, we have the guarantee that if the will of one these supreme organs go astray in some direction, the other could correct it. We wind up therefore having, in the person of the President, a counterweight to the omnipotence of the Reichstag.” (Discurso do Deputado Constituinte Ablass *apud* SKACH, 2005: 43)

Dos poderes atribuídos ao cargo de Presidente neste sistema os mais importantes foram os previstos no artigo 48, que autorizava o Presidente a usar a força quando a segurança e a ordem pública são seriamente perturbadas ou ameaçadas de extinção. Este artigo era a grande Esfinge da Constituição de Weimar – ele colocava um questionamento ao intérprete, e a resposta errada poderia causar a destruição da República – “quem *deveria ser* o Guardião da Constituição?”.

## Metonímia constitucional

Carl Schmitt entendia que a modernidade tornava toda unidade ontológica e axiomática, e aparentemente monolítica, em partes representativas em sinédoques, metonímias (MARDER, 2010: 113), o que, para ele, eram abusos deste *Zeitgeist*. Para Schmitt, quando se trata da Constituição, os abusos metonímicos da modernidade são intensificados, ocasionando mistificações ontológicas e históricas. A mais grave ocorre a nível ontológico, podendo tomar feições de uma redução positivista e empirista do direito constitucional. A Constituição (como unidade) e direito constitucional (como conjunto de detalhes e teorias) se prestam tacitamente como equivalentes e confundidos um com o outro (Schmitt, 1996: 68).

Ocorre, por conseguinte, uma sinédoque monstruosa paralela à substituição da legitimidade, em sentido amplo, pela legalidade (MARDER, 2010: 113). Assim como as metonímias de direito e legalismo positivista, o chamado “direito constitucional” significaria uma coleção de estatutos diferentes que atendem à demanda de uma Constituição escrita (Schmitt, 1996: 69).

O conceito formal e positivista de Constituição se apegaria, para Schmitt, a um conjunto fundamental de estatutos escritos, dissolvendo sua unidade existencial

de *pouvoir constituant* em um conglomerado aleatório de detalhes objetivos empiricamente identificáveis (MARDER, 2010: 113). Pode-se argumentar que, em sua crítica, Schmitt não questiona a dicotomia do espírito e da letra do texto e, previsivelmente, prioriza a idealidade da primeira sobre a materialidade do último (MARDER, 2010: 113, 114).

O menosprezo de Schmitt acerca da Constituição escrita, semelhante a uma desconstrução derridiana<sup>8</sup>, detectará o proposital esquecimento do corpo significativo da informação presente na Carta Magna, o qual tem sido repetidamente desconsiderado na história da filosofia ocidental, em especial na modernidade (MARDER, 2010: 113). Schmitt despreza a escrita, mas sim, ele está interessado nas condições existenciais de possibilidade para a produção textual da Constituição, graças à decisão sobre a forma de vida política do Estado e, em geral, o poder decisório da Constituição que é irreduzível, difuso, e empiricamente inacessível. É impossível descobrir o que estrutura a Constituição como uma unidade, sem reduzir, fenomenologicamente, o estatuto escrito fundacional ao estrato da decisão política pressuposta (MARDER, 2010: 113). Para a sua validade como uma regulação normativa, cada estatuto, até mesmo o direito constitucional, em última análise, precisa de uma decisão política, que seria anterior a ela, uma decisão que oriunda de um poder ou autoridade que existe politicamente *a priori* (Schmitt, 1996: 76).

O decisionismo que determina o sentido absoluto da Constituição (e, por extensão, as normas em concordância), segundo Schmitt, é pretérita temporal, lógica, e fenomenologicamente, o que quer dizer que precedente em absoluto à codificação constitucional, funcionando como uma *conditio sine qua non* a positivação, fornecendo a camada existencial para a fundação de estipulações jurídico-legais (MARDER, 2010: 114). O Estado de Direito não poderia julgar a si mesmo, a Constituição, também não, sendo caracterizada como subjetividade política ativa (MARDER, 2010: 114).

Essa metonímia do direito constitucional se espalha até a própria noção de Estado de Direito (*Rechtsstaat*), o qual, por sua vez, obstaculiza o pleno funcionamento do Estado, em detrimento da sociedade, conforme fazia, segundo Schmitt, a Constituição de Weimar.

“Assim, ele [o *Rechtsstaat*] possui um caráter negativo, ao impor ao Estado um não agir, a fim de possibilitar à sociedade se autorregular, desenvolvendo a liberdade pessoal dos cidadãos bem como a propriedade privada. Logo, ele não pode ser caracterizado como uma forma política, ou seja, não é uma decisão. Aqui se percebe o caráter normativo do *Rechtsstaat*, uma vez que ele tenta amenizar o caráter político da Constituição, na medida em que diminui a esfera de atuação estatal, trazendo para o seio da sociedade vários temas antes de responsabilidade do Estado” (MACHADO: 2013: 44).

<sup>8</sup> Trata-se da crítica de Derrida à cultura ocidental, entendida como logocêntrica, isto é, baseada em um racionalismo pretensamente universal. (HILL, 2007: 55).

Schmitt defende sua tese na esfera jurídica, mas também faz proposições ao que critica ao argumentar pela “desmetonimização” do binômio liberal “Constituição/Direito Constitucional” que o sistema de Weimar impôs ao Estado Alemão. Schmitt ancora seu argumento na defesa da Constituição enquanto “unidade política”, “existência política”, ou “vontade política existente”, e assim restitui à Carta Magna seu caráter político, sendo apenas ele o responsável pela unidade e ordem do diploma legal.

“When, conversely, constitutional details overstep their limits and turn into a *synecdoche* for constitutional unity, when the system of law aspires to take over the totality of political existence, the constitution disintegrates, or, at the very least, gradually exhausts itself in everything that springs forth from it. Constitution-making power renders possible the very constitutional arrangement that violates its own conditions of possibility. Faced with this problem, Schmitt resolves to reanimate this dying impulse in a perpetual reconstitution of the political unit “as something emerging, as something always arising anew, and, therefore, in politics as a realm of becoming. Given that, in the absolute sense, the state does not have a constitution, which would be detachable from its political existence, but is its constitution, the recurrent re-activation of the original decision and the state structures it subtends is, simultaneously, a reconstitution of the constitution itself. By “reconstitution,” then, I do not mean an unavoidable change in the basic decision on the form of political life, swapping a monarchist constitution for a liberal-bourgeois once every four year” (MARDER, 2010: 114).

Embora possa, por vezes, parecer advogar pela revisão dos princípios básicos do *Ancien Régime*, na verdade o retorno à decisão política original, que é a “substância da Constituição” (Schmitt, 1996: 78), é o argumento principal em seu desiderato acerca do Guardião da Constituição. O Constitucionalismo de Schmitt é um “caso de política” (MARDER, 2010: 115), de tal sorte que todas as possibilidades decisionistas e políticas estão sempre abertas à eventual autoexpropriação e existência infundada.

## Considerações finais – crise, debate e colapso do constitucionalismo

A questão da Guarda da Constituição em Weimar teve seu capítulo final, conforme supra comentado, após o chamado “Domingo Sangrento de Altona”, todavia, houve precedentes à discussão que se encerraria em 1932.

“No ano de 1925, a República de Weimar vivia um sério momento de instabilidade econômica. O Legislativo não possuía consenso sobre as ações a serem tomadas na contenção da crise, e nem o Executivo, através da Chancelaria do Reich conseguia implementar medidas eficazes à superação do caos. Nesse cenário, o Presidente do *Reichsgericht*, Walter Simons, envia uma carta confidencial ao então Ministro da Justiça,

dizendo que a experiência da Suprema Corte dos EUA mostrou que a revisão judicial poderia ser um controle efetivo da soberania popular. Na esteira da observação de Simons, o *Reichsgericht* prolata um acórdão em 4 de novembro de 1925, no qual afirma sua competência para a declaração de inconstitucionalidade de leis (...). Por outro lado, o *Staatsgerichtshof*, em uma decisão datada de 15 de outubro de 1927, se proclamou o Guardião da Constituição o que significa dizer que suas interpretações sobre questões constitucionais controvertidas eram definitivas. Ele exerceria, portanto, o controle de constitucionalidade com efeitos *erga omnes*, ou seja, o controle abstrato. Contudo, em dezembro de 1928, o governo do Reich, em uma manobra política, reclamou a guarda da Constituição, não encontrando nenhuma resistência por parte dos juízes do *Staatsgerichtshof*, que, implicitamente, reconheceram sua posição subordinada às decisões constitucionais do governo” (MACHADO: 2013: 69).

Quanto a comparação do *Reichsgericht* com a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, Schmitt a afasta sob o argumento de que as condições político-históricas são muito diversas entre os dois países (SCHMITT, 1983: 44). Na outra vertente, ou seja, concernente ao papel do *Staatsgerichtshof*, Schmitt desqualifica a chamada “Experiência Austríaca”, pois a matriz normativista ensejaria uma confusão entre legislação e justiça (SCHMITT, 1983: 33), reiterando sua tese de metonímias da modernidade.

A posição ambígua de Schmitt ao sistema constitucional de Weimar era evidenciada por sua interpretação dos poderes ditatoriais do Presidente da República de Weimar, nos termos do art. 48 da Constituição de Weimar (DYZENHAUS 1997a: 70). Ao assimilar a defesa da ideia do Presidente como um ditador soberano, Schmitt defendeu uma interpretação extensa da autoridade do Presidente que, na verdade, submeteria todos os direitos constitucionais à interferência discricionária do Executivo liderado pelo Presidente (SCHMITT, 1994: 212). Entendia-se que, em grande medida, os direitos liberais seriam respeitados, tendo em vista que o povo alemão tinha optado por uma Constituição liberal, mas apenas na condição de que a ordem pública e a segurança fossem asseguradas. Para Schmitt, as liberdades individuais, mesmo quando garantidas constitucionalmente, deveriam ser consideradas como concessões do Estado para o indivíduo, pois estariam sujeitas, em última instância, à suspensão através de uma decisão soberana sobre a exceção (SCHMITT, 1996: 80, 156).

Um tribunal constitucional, Schmitt argumentava, teria que limitar-se a casos incontroversos em que o direito constitucional fornece orientação determinada, ou, então, deveria tomar para si a responsabilidade de determinar a identidade política do povo. Mas, permitir que um tribunal assumisse essa responsabilidade seria, na visão de Schmitt, uma usurpação ilegítima do poder constituinte do povo, tanto quanto uma tentativa de trazer uma mudança constitucional fundamental através de mera alteração formal do texto constitucional (SCHMITT, 1983: 48). A maneira de evitar tal usurpação era relegar a guarda da Constituição ao Presidente da República.

“Como defensor da Constituição, Schmitt idealiza uma instituição que esteja no mesmo nível dos possíveis litigantes, se apresentando como um terceiro neutro escolhido pela via plebiscitária, representando a unidade da comunidade política, além de possuir, no exercício de suas funções, independência para intervenção nos direitos previstos na própria Constituição. A partir disso, percebe-se que a defesa de Schmitt acerca da legitimidade do Presidente para a defesa da Constituição se fundamenta em três bases: (i) o Presidente era visto como o *pouvoir neutre*, nos termos propostos por Constant; (ii) como representante da unidade política, possuindo independência para defendê-la; (iii) era escolhido pelo método plebiscitário” (MACHADO: 2013: 75).

Schmitt aparentemente esperava que, ao longo de anos de relativa estabilidade trazida pela ditadura presidencial em defesa da Constituição existente, poderia ser suficiente para criar uma condição de normalidade, que permitiria o funcionamento da República. Mas essa esperança seria frustrada com a crise final da República de Weimar. Os escritos de Schmitt durante essa crise começaram a flertar com a ideia de que o Presidente deveria tentar assumir um papel muito mais próximo a uma ditadura soberana integral, além do que era previsto pela própria interpretação constitucional do artigo 48. Ensaiaava-se um projeto de transformação autoritária e legítima da Constituição positiva (SCHMITT, 2004: 94). Esse projeto fracassou em parte quando da ascensão nacional-socialista ao poder, através do tipo de abuso de processo constitucional que o próprio Schmitt tinha advertido (KENNEDY, 2004: 183).

Depois de um breve período de hesitação, Schmitt ofereceu seus serviços como assessor legal para os nazistas. Ele teve o cuidado de enfatizar que o *Machtergreifung*<sup>9</sup> equivalia a uma verdadeira revolução, apesar de sua forma aparentemente legal, para manter a coerência com sua visão de que a Constituição não pode submeter-se a uma mudança fundamental por meio de mera alteração formal. Todavia, ele foi célere em traduzir sua teoria identitária da democracia para o léxico nazista e começou a defender uma teoria institucionalista de lei que deveria tomar as feições da forma autêntica da vida do povo alemão de que os nazistas supostamente restaurariam (SCHMITT, 2004b: 89). O movimento nacional-socialista, na visão de Schmitt, conseguiu orquestrar um exercício do poder constituinte e a criação de uma nova Constituição, estando disposto a fazer distinções intransigentes entre os alemães verdadeiros e os seus inimigos internos e externos. Dados os termos nos quais ocorreriam o *Machtergreifung*, a teoria política e constitucional de Schmitt sugeriria que o governo de Hitler era perfeitamente legítimo (DYZENHAUS, 1997a: 101).

“O Führer, atuando como soberano, cria e extingue o direito conforme o perigo enfrentado pelo Reich alemão. Desse modo, a liderança (*Führertum*) exercida pelo Führer se confunde com a judicatura (*Richtertum*), pois, é o próprio Führer quem julga o que é o estado de exceção e nele legisla como representante/líder que exprime a unidade do povo alemão. Logo, o direito permanece à

<sup>9</sup> Termo usado na historiografia para se referir a “tomada do poder” pelo Partido Nazista na República de Weimar em 30 de janeiro de 1933.

disposição do *Führer*, de modo que até mesmo as conquistas iluministas do direito penal não mais existiriam. Há um regresso do direito penal do fato ao direito penal do autor, de modo que se esvai o princípio da legalidade, em prol do agravamento do princípio da culpabilidade” (MACHADO: 2013: 78).

De forma quase profética, a agudização da teoria schmittiana e sua práxis, Kelsen centrava sua crítica no argumento de que a função política da Constituição seria a de limitar os poderes políticos, significando, por conseguinte, segurança de que os limites entre os poderes constituídos não fossem ultrapassados (KELSEN, 2007: 239, 240).

Kelsen desqualifica o argumento schmittiano concernente ao “*pouvoir neutre*” e sua conseqüente guarda constitucional, dizendo que sua obra (*Der Hüter der Verfassung*) tira “do rebotalho do teatro constitucional a sua mais antiga peça (...) a fim de utilizar esse já bem empoeirado adereço cênico” (KELSEN, 2007: 243). Nesta seara, Kelsen assevera a Schmitt e a seus intérpretes/seguidores qual era o real *animus* do Constitucionalismo Clássico face ao monarca, outrora absoluto.

“Kelsen se opõe a Schmitt quanto ao fato do Chefe de Estado ser o protetor da Constituição e, lembra que, o que se almejava era, na verdade, a proteção da Constituição contra violações por parte de quem mais a ameaçava, o monarca, o chefe do executivo. Por essa motivação, tornava-se muito difícil declarar abertamente o objetivo político de retirar o poder do monarca e não possibilitar que a Constituição pudesse ser usada contra ele, assim, escamoteava-se a argumentação de que este viria a ser seu guardião quando, na verdade, era dele que a Constituição era protegida” (LORENZETTO, 2009: 1934).

Paralelamente a este primeiro forte argumento, Kelsen critica a distinção feita por Schmitt entre “funções políticas” e “funções jurisdicionais”, asseverando a polissemia dos significantes, bem como a sobreposição fática de ambas enquanto *praxes* (KELSEN, 2007: 250). Fica claro que essa distinção feita por ambos os pensadores possui raízes em suas epistemologias, conforme visto anteriormente, em especial no que concerne ao papel do direito no *locus* político-democrático. A própria noção do conflito a ser decidido, o colocaria, segundo Schmitt, no âmbito político, em detrimento de análises jurídico-legais. Kelsen interpreta esse entendimento de Schmitt, como uma (incorreta e injustificada) transferência do Direito Internacional para o Direito Nacional, enxergando, em tese duas espécies de conflitos, “*justiziabile*” e “*nicht justiziabile*”, sendo que estes pela incapacidade de arbitragem, seriam solucionados pela política e pelo soberano (KELSEN, 2007: 252). Para Kelsen, qualquer problema, inclusive os políticos, podem e devem ser apreciados pelo Judiciário quando provocado, sem prejuízo de juízos políticos ou jurídico-legais, que se sobrepõe e se confundem no caso concreto.

Em Weimar *venceu* Schmitt, e, no Ocidente democrático, após a queda do III Reich, *venceu* Kelsen. Todavia, apesar de conclusões equivocadas e *práxis* abjeta, a teoria de Schmitt permanece como um importante contraponto aos excessos e aos eventuais acriticismos à Instituição da Jurisdição Constitucional. De maneira

semelhante, o que foi teorizado por Kelsen tomou formas e funcionamentos diversos do que fora originalmente pensado, inclusive servindo a regimes autoritários, a despeito das convicções políticas e filosóficas do mestre de Viena. É sobre esta tensão que o presente estudo leva as questões até aqui apresentadas às prementes questões hodiernamente suscitadas, quais sejam, legalidade, legitimidade e limite da Jurisdição Constitucional.

## Referências bibliográficas

- BENDERSKY, Joseph.W. *Carl Schmitt. Theorist for the Reich*. Princeton: Princeton University Press, 1983.
- DYZENHAUS, David. *Legality and Legitimacy – Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*. Oxford: Oxford University Press, 1997a.
- DYZENHAUS, David. “Legal Theory in the Collapse of Weimar: Contemporary Lessons?” In. *The American Political Science Review*, vol. 91, n. 1, março. New Hampshire: The American Political Science Association, 1997b.
- FEUCHTWANGER, Edgar Joseph. *From Weimar to Hitler; Germany 1918-1933*. Basingstoke: Macmillan, 1995.
- HERMENS, Ferdinand. *Democracy or anarchy? – A Study of Proportional Representation*. New York: Johnson Reprint, 1972.
- KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. 2. ed., São Paulo: Editora Martins Fontes, 2007.
- KENNEDY, Ellen. *Constitutional Failure. Carl Schmitt in Weimar*. Durham: Duke University Press, 2004.
- LAGI, Sara. “Hans Kelsen and the Austrian Constitutional Court (1918-1929)”. In. *Co-herencia* vol. 9 n. 16. Medellín. 2012. Disponível em <http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S1794-5887201200010001>. Acesso em 20 de junho de 2013.
- LESSA, Renato. *Agonia, aposta e ceticismo: ensaios de filosofia política*. Belo Horizonte: Editora da Universidade Federal de Minas Gerais, 2003.
- LORENZETTO, Bruno Meneses. “O debate entre Kelsen e Schmitt sobre o guardião da constituição”. In. *Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI. São Paulo: Conselho Nacional de Pesquisa em Direito*, 2009.
- MACHADO, Felipe Daniel Amorim. *Arendt e Schmitt – Diálogos sobre a política*. Belo Horizonte. Arraes Editores, 2013.
- MARDER, Michael. *Groundless Existence: The Political Ontology of Carl Schmitt*. Londres/Nova Iorque: Continuum International Publishing Group, 2010.
- MEHRING, Reinhard. *Carl Schmitt: Aufstieg und Fall. Eine Biographie*. Munique: C.H. Beck, 2009.
- SCHMITT, Carl. *La Defensa de La Constitución*. Madrid: Editorial Tecnos, 1983.
- SCHMITT, Carl. “Die Diktatur des Reichspräsidenten nach Artikel 48 der Weimarer Reichsverfassung”. In *SCHMITT, Carl. Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf*. Berlin: Duncker und Humblot, 1994.
- SCHMITT, Carl. *On the Three Types of Juristic Thought*. Westport: Praeger Publishers, 2004b.
- SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1996b.
- SCHWAB, George. “Progress of Schmitt in the English-Speaking World”. In. *QUARITSCH, Helmut [org.]. Complexio Oppositorum Über Carl Schmitt*. Berlin/Speyer: Duncker und Humblot, 1988.
- SKACH, Cindi. *Borrowing Constitutional Designs: Constitutional Law In Weimar Germany And The French Fifth Republic*. Princeton: Princeton University Press, 2005.