

**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA UnB
FACULDADE DE DIREITO**

MARIA LEMUS PEREIRA

**OS LIMITES DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE QUESTÕES POLÍTICAS
NA RECLAMAÇÃO 11.243.**

**BRASÍLIA
Dezembro 2011**

MARIA LEMUS PEREIRA

**OS LIMITES DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE QUESTÕES POLÍTICAS
NA RECLAMAÇÃO 11.243, 2011.**

Monografia apresentada a Faculdade de
Direito da Universidade de Brasília
(UnB), como requisito à obtenção do
título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Marcelo Proença

**Brasília
Dezembro 2011**

MARIA LEMUS PEREIRA

**OS LIMITES DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE QUESTÕES POLÍTICAS
NA RECLAMAÇÃO 11.243, 2011.**

Monografia apresentada a Faculdade de
Direito da Universidade de Brasília
(UnB), como requisito à obtenção do
título de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Marcelo Proença (Doutorando)
Orientador (UnB)

Prof. Rodrigo Mudrovitsch (Mestrando)
Membro Examinador (UnB)

Prof. Alexandre Vitorino (Mestre)
Membro Examinador (UnB)

AGRADECIMENTOS

Aos membros da banca que se disponibilizaram a participar dessa avaliação, em especial ao professor Rodrigo Mudrovitsch que me auxiliou nesses meses de produção acadêmica, indicando bibliografia fundamental para o encaminhamento desse trabalho.

À minha mãe, Liliana, que me apoiou ao longo do curso e foi fundamental no período de elaboração do trabalho de final de curso.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
CAPÍTULO I ó RECLAMAÇÃO 11.243 DA REPÚBLICA E A CONTROVÉRSIA LEVANTADA A RESPEITO DA INSINDICABILIDADE DO ATO DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA.....	9
I.1. INTRODUÇÃO.....	9
I.2. DA CONTROVÉRSIA LEVANTADA PELA RECLAMAÇÃO 11.243 DA REPÚBLICA DA ITÁLIA.....	10
I.3. CONCLUSÃO.....	16
CAPÍTULO II - KELSEN E SCHMITT E O GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO ó OS LIMITES DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E AS DECISÕES POLÍTICAS.....	18
II.1. INTRODUÇÃO.....	18
II.2. A DEFINIÇÃO DE CONSTITUIÇÃO E A CONFORMAÇÃO DA GARANTIA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL PARA KELSEN.....	20
II.3. A CRÍTICA DE SCHMITT AO ÕSISTEMA METAFÍSICO DO LIBERALISMOö E A SINTONIA COM A SUA DEFESA DO PRESIDENTE COMO GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO.....	27
II.4. QUEM DEVE SER O GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO? ó A CRÍTICA DE KELSEN AO PENSAMENTO DE SCHMITT.....	39
II.5. CONCLUSÃO.....	44
CAPÍTULO III ó A DIFERENCIAÇÃO ENTRE DIREITO E PODER POLÍTICO NA TEORIA DOS SISTEMAS.....	48
III.1. INTRODUÇÃO: A POSIÇÃO DA CONSTITUIÇÃO NO ATUAL ESTADO DEMOCRÁTICO.....	48
III.2. A DIFERENCIAÇÃO ENTRE SISTEMA JURÍDICO E SISTEMA POLÍTICO.....	51
III.3. A IMPORTÂNCIA DA SOBERANIA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	54
III.4. CONCLUSÃO.....	57
CAPÍTULO IV ó ANÁLISE DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA RECLAMAÇÃO 11.243 DA REPÚBLICA DA ITÁLIA CONTRA O PRESIDENTE DA REPÚBLICA COM BASE NOS ELEMENTOS FORMADORES DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	59
APROXIMAÇÕES CONCLUSIVAS.....	68

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....72

INTRODUÇÃO

O objeto de análise deste trabalho tem como ponto de partida o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da Reclamação 11.243, na qual a reclamante foi a República da Itália e o reclamado foi o Presidente da República, tendo em vista a negativa do Chefe de Estado em entregar o extraditando Cesare Battisti. A controvérsia surgiu, uma vez que o Supremo Tribunal Federal manifestou-se de maneira favorável na Extradicação 1.085 à entrega do nacional italiano, tendo em vista a regularidade do processo extradicional. Dessa forma, o presente trabalho tem o intuito de trazer para a discussão os limites da atuação da jurisdição constitucional para julgar decisões tomadas pelo Presidente da República no uso de suas atribuições, especialmente em uma decisão que envolve questões de política internacional.

Para realizar esta análise, no capítulo um haverá a apresentação do julgamento da Reclamação 11.243 do STF movida pela República italiana contra o ato do Presidente da República de não extraditar o nacional italiano Cesare Battisti ó após a decisão do STF na Extradicação 1.085 que deferiu o pedido formulado pelo Governo da Itália. A ênfase será aos pontos mais polêmicos debatidos entre os Ministros que abrange as fases do processo extradicional ó e a como deve ser a atuação do Chefe do Poder Executivo ó a vinculação do Presidente da República à decisão do STF e a insindicabilidade do ato presidencial.

No capítulo dois o objetivo será o estudo do debate travado entre Kelsen e Schmitt a respeito do legítimo õguardião da constituiçãoö, que representa o início do controle de constitucionalidade na Europa. Tal escolha deve-se ao modelo de jurisdição constitucional defendido por Kelsen assemelhar-se, ao menos em termos formais, ao adotado por muitos sistemas atuais, dentre eles o ordenamento jurídico brasileiro. No entanto, o modelo kelseniano dava à Constituição status de norma jurídica, responsável por õ[...] disciplinar o processo de criação do direito e, por extensão, de organizar o Estado. O modelo de Kelsen não pretendia impor limites materiais relevantes ao exercício do poder político [...]ö (MENDONÇA, 2009, 227).

Em contrapartida, enquanto na Áustria a Constituição possuía força normativa, tendo em vista o tratamento dado a ela como norma jurídica, as demais Cartas Constitucionais eram tratadas como documentos políticos, sem força normativa. Esse constitucionalismo tem sua origem na:

[...] revolução francesa, cuja grande preocupação era derrotar um poder autocrático e afirmar a soberania nacional, entregando-a à custódia de um legislador idealizado.

Ao atingir esse objetivo, os revolucionários verteram os valores jusnaturalistas, que haviam inspirado a revolução, em normas legisladas, cuja interpretação pelos juízes deveria ser estrita, já que estes não eram associados à redenção, mas sim ao absolutismo deposto. Paradoxalmente, o suposto auge do jusnaturalismo abriu caminho para a sua superação pelo positivismo jurídico, que se tornaria a forma dominante de explicar o fenômeno jurídico, até a segunda metade do século XX (MENDONÇA, 2009, 227).

O positivismo jurídico, após a experiência dos regimes totalitaristas, tem abalada sua pretensa neutralidade moral, sendo demonstrada a insuficiência da identificação entre legalidade e legitimidade. Nesse sentido, a Constituição passa a ter a função de resguardar valores fundamentais, que tinham como cerne limitar o poder que poderia ser utilizado pela maioria contra aqueles valores da sociedade, sendo assim, as Constituições passam a ter forma normativa, não sendo mais apenas uma carta política. Nesse contexto é que a jurisdição constitucional passa a ser considerada mecanismo viável para controlar possíveis abusos do governo ou das majorias, e esse mecanismo já havia sido defendido por Kelsen em sua obra.

A escolha das obras de Kelsen e Schmitt para realizar tal estudo deve-se ao importante debate realizado por esses dois autores, a respeito de qual órgão estatal era o legítimo guardião da Constituição, e assim, teria legitimidade para controlar os atos estatais dos outros poderes. Ademais, o estudo desses autores permite concluir que Kelsen, em certa medida subestimou a possibilidade de ingresso da política no direito, apesar de reconhecer a existência de um espaço político no processo de criação do direito. De outra maneira, Schmitt ampliou a capacidade de influência da política no direito.

No terceiro capítulo, por meio do estudo de alguns temas importantes para realizar a análise crítica da decisão do STF na Reclamação 11.243, de acordo com a Teoria dos Sistemas será possível entender como se dá a diferenciação entre direito e política nas atuais formas estatais, denominadas de Estado Democrático de Direito. Para isso será apresentada como ocorre a compreensão da Constituição, a partir da conformação dos códigos preferenciais dos sistemas jurídico e político, a diferenciação e aproximação deles, e nesse contexto, será discutida a configuração e a importância da soberania no Estado Democrático de Direito.

Munidos desses elementos teóricos será realizada uma análise crítica da decisão do Supremo Tribunal Federal que legitimou o ato do Presidente da República, comentando os principais elementos utilizados pelos Ministros da Corte, tanto os favoráveis ao ato presidencial, bem como os contrários, que possuem relação com o debate entre direito e política, bem como com o Estado Democrático de Direito. Esses elementos versam

basicamente sobre a noção de separação de poderes, a necessidade de obediência pelo Presidente aos termos do Tratado Internacional, a insindicabilidade do ato presidencial e a noção de soberania nacional.

CAPÍTULO II O KELSEN E SCHMITT E O GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO E OS LIMITES DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E AS DECISÕES POLÍTICAS

II.1. INTRODUÇÃO

Como exposto no capítulo anterior, o objetivo desse trabalho é analisar os limites de atuação do Supremo Tribunal Federal nas decisões políticas submetidas ao crivo dessa Corte. O caso utilizado para analisar essa atuação é a Reclamação 11.243 da República da Itália contra ato do Presidente da República. A escolha das obras de Kelsen e Schmitt para realizar tal estudo deve-se ao importante debate realizado por esses dois autores, a respeito de qual órgão estatal era o legítimo guardião da Constituição, e, por conseguinte, os limites dessa atuação. Ademais, o estudo desses autores permite concluir que:

[...] Kelsen subestimou e quis proscrever a penetração da política no interior do ordenamento jurídico, embora tenha admitido a experiência de um espaço (exclusivamente) político no processo de criação/aplicação do direito. Schmitt, por sua vez, estaria no outro lado do espectro, superestimando a política e minimizando o papel do direito, em dois sentidos. Não apenas com a pretensão de descrever uma suposta realidade, mas também como uma nítida opção normativa, ou seja, como um modo de desejar as coisas (MENDONÇA, 2009, p. 222).

Assim sendo, a preocupação distinta demonstrada por esses autores sobre o grau de interferência da política no direito, nos permite fazer uma análise crítica inicial a respeito dos limites de atuação do Supremo Tribunal Federal em decisões que versam especialmente sobre matérias políticas. Dessa forma, o estudo das obras de Kelsen e Schmitt sobre a jurisdição constitucional e seus limites é de fundamental importância para discutir a possibilidade de um convívio mais equilibrado entre direito e política.

A obra em estudo de Schmitt teve sua publicação consolidada em 1931, apesar de ter uma primeira reflexão sobre esse tema publicada em 1929 sob outra denominação. Essa obra tem como cerne o questionamento da competência do Poder Judiciário como guardião da Constituição, pois o poder legítimo para realizar tal controle era, à época, do Presidente do *Reich*. Como afirma o Ministro Gilmar Mendes:

Ao contrário de outros países, a jurisdição constitucional teve um desenvolvimento bastante lento na Alemanha. A idéia de uma jurisdição estatal para a defesa da Constituição já se manifestara, porém, nos primórdios do século XIX (MENDES, 2007, p.7).

O posicionamento oposicionista de Schmitt à estrutura estatal que denominava como *öburgesaö* e *öliberalö*, e que teria impregnado o positivismo alemão e a Teoria Pura de Kelsen. Ademais, a criação de um Tribunal Constitucional daria ao Poder Judiciário a possibilidade de legislar, uma vez que todo direito é político, o que afetaria *öí*) o equilíbrio do sistema constitucional do Estado de Direito.ö (MENDES, *in*: SCHMITT, 2007, p. xi).

Como resposta à publicação daquele autor, Kelsen, fez uma crítica direta e enfática ao trabalho de Schmitt, com o artigo: *öQuem deve ser o guardião da Constituição?ö*, no qual defendeu uma de suas criações, a Corte Constitucional da Áustria, criada em 1920, por meio da afirmação da necessidade de um Tribunal Constitucional para as democracias modernas. Ademais, coloca em cheque a neutralidade do *ömonarcaö* para efetivar a garantia constitucional, tendo em vista a grande concentração de poder do Estado existente nessa figura. Na teoria kelseniana, a jurisdição constitucional legislaria juntamente com a legislação, tendo em vista que a estruturação da produção do direito ocorreria de forma escalonada, havendo uma diferença apenas qualitativa entre a maneira de produção do direito no processo legislativo e no processo constitucional, sendo esse último caracterizado por legislar de maneira negativa.

No debate a respeito de quem deveria ser o guardião da constituição, em um primeiro momento Schmitt, tendo em vista a decisão do Tribunal do Estado que ampliou os poderes do Presidente do *Reich*, aparentemente havia ganhado, como relata o Professor Gilmar Mendes na apresentação da obra de Schmitt, no entanto, o transcorrer dos fatos demonstrou o perigo que enfrentava o regime constitucional alemão, diante daquele modelo de garantia da constituição:

Em decisão de 25 de outubro, o Tribunal do Estado negara-se a definir os limites de atuação do Presidente e de seu Chanceler. Ambos ficaram livres, assim para agirem contra as poucas instituições democráticas de Weimar que ainda desempenhavam algum papel relevante no cenário político alemão de 1932.

A história mostraria, contudo, que a vitória de Schmitt não era definitiva. Três meses após a decisão do caso -Prússia contra Reichö Hitler chegava ao poder sem romper com nenhum aspecto de legalidade existente à época.

Concretizava-se, em certo sentido a previsão de Schmitt: o sistema político de Weimar permitiria que seu maior inimigo assumisse o poder e destruísse, de dentro do sistema, todo o regime constitucional de 1919.

A história parecia dar alguma razão a Kelsen! (Mendes, *in*: SCHMITT, 2007, p. xiii)

Mas, a experiência mal-sucedida do modelo apresentado por Schmitt reforçou a teoria de Kelsen que, pelo viés da defesa do sistema democrático moderno, parecia a mais adequada, uma vez que possibilitava a elaboração legislativa, mas em contrapartida protegia as minorias contra as maiorias por meio da legalidade.

Nesse sentido, independentemente de ser um presidente com poderes ditatoriais ou um Tribunal Constitucional que venha a guardar a Constituição, a escolha por qualquer dessas duas opções não é auto-explicável, pois o responsável por tal tarefa precisa ter suas atribuições determinadas, o seu funcionamento delimitado, dependendo assim das descrições que observadores fazem dele.

II.2. A DEFINIÇÃO DE CONSTITUIÇÃO E A CONFORMAÇÃO DA GARANTIA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL PARA KELSEN.

Antes de apresentar a teoria kelseniana sobre o guardião da constituição, imperioso faz-se apresentar o contexto histórico da época, detalhado por Maia (2007). Kelsen, em 1931 lecionava na Universidade de Colônia, e até 1929 era um dos guardiões da Constituição austríaca. Como colocado de maneira interessante:

A política austríaca, a exemplo da alemã, sofreu notório embrutecimento com o desenvolvimento da crise econômica que sucedeu a quebra da bolsa de valores de Wall Street. E então a precariedade de uma arquitetura constitucional erguida sobre os resíduos do retalho étnico-cultural do Império Austro-húngaro [...]. Nesse pano de fundo, surgem clamores por uma verdadeira democracia que se direcionavam contra o Parlamento, tido com incapaz de fortalecer a função integrativa do Estado (MAIA, 2007, p. 241).

Nesse sentido, a Áustria inclina-se ao modelo de Estado-coorporativo, nos moldes da Itália de Mussolini, efetivando tal modelo em 1934. Assim, a reforma constitucional de 1929 amplia os poderes do Presidente, que passa a ser eleito de forma direta pelos cidadãos, e não mais pelo Parlamento de maneira indireta. Uma das novas medidas autorizadas ao Presidente foi a possibilidade de destituição, por ele, dos membros da Corte que possuíam vitaliciedade sob o argumento da necessidade de [...] expurgar a influência dos partidos na Corte bem explicado: do Partido Social-Democrata (MAIA, 2007, p. 242). Mas os reais motivos para tal possibilidade de intervenção na Corte austríaca deveu-se ao fato dela:

[...] figurar como alvo da ira do Partido Cristão-Social, que moveu a reforma a partir de sua maioria no Parlamento (*Nationalrat*). O estopim da reforma foi a decisão da Corte Constitucional que julgou constitucional a competência do prefeito de Viena competente para proceder à anulação de casamentos. O partido Cristão-Social foi particularmente duro com Kelsen: que além de membro da Corte tinha ascendência

judaica e, ainda por cima, era historicamente ligado ao Partido Social-Democrata. (MAIA, 2007, p. 242).

Nesse contexto, Kelsen foi destituído da Corte Constitucional. O seu texto intitulado como *„Jurisdição constitucional“*, tem como origem a exposição realizada por esse autor em outubro de 1928, no Instituto Internacional de Direito Público (2007). Kelsen, ao ser convidado a colaborar na elaboração da Constituição de 1920 da Áustria, foi responsável pela criação do órgão conhecido como Corte Constitucional, responsável pelo controle de constitucionalidade dos atos dos poderes legislativo e executivo, conforme os padrões do modelo conhecido como *„controle concentrado“* de constitucionalidade, que posteriormente expandiu-se para várias Constituições de países europeus (2007).

A criação dessa estrutura, em que há a concentração do controle de constitucionalidade na Corte Constitucional, não surgiu por meio de uma teoria desvinculada da realidade, mas é resultado de uma construção histórica. Isto, pois, a tradição europeia foi marcada pela submissão das decisões sobre a validade das leis, bem como a forma de aplicação das normas, ao poder dos monarcas ou do parlamento, a depender do momento histórico e como estavam estruturadas as relações de poder, o que determinava qual órgão superior, preferencialmente de natureza política do que judicial, iria solucionar dúvidas decorrentes da inteligência dos enunciados normativos. Nesse sentido, a colocação de Sérgio Sêrvio da Cunha, na introdução à edição brasileira da obra *„Jurisdição Constitucional“*, (KELSEN, 2007) elucida bem esse contexto:

Desde 1667, na França, era expressamente proibido aos juizes interpretar normas sobre cujo entendimento tivessem dúvidas, devendo em tal caso dirigir-se ao monarca, o qual como autor da lei, era seu guardião e único intérprete [*référé au législateur*]. Quanto a isso a Revolução nada alterou, tendo apenas substituído a pessoa do monarca pela soberania do poder legislativo. O decreto de 16-24 de agosto de 1790 proibiu os tribunais de fazerem regulamentos e induziu-os a se dirigirem ao legislativo toda vez que julgassem necessário interpretar uma lei [*référé facultatif*]. Pouco depois, Robespierre sustentou que o vocábulo *„jurisprudência“* deveria ser banido da língua francesa: *„Num Estado que tem Constituição e legislação, a jurisprudência dos tribunais não pode ser outra coisa senão a própria lei.“* (KELSEN, 2007, p. VII IX).

A jurisdição constitucional na Áustria teve como primeira tentativa um acordo realizado com a Prússia, no Congresso de Viena, para instituir um Tribunal Federal *„[...] com competência para dirimir conflitos dos membros da União entre si e decidir recursos ou reclamações opostas pelos cidadãos contra a ofensa às constituições estaduais“* (MENDES, 2007, p. 7), com intuito de criar um Tribunal que decidisse questões constitucionais, mas não

logrou êxito devido à resistência õ[...] esboçada pelos Estados do sul da Alemanhaõ (MENDES, 2007, p. 7).

Em sua exposição a respeito do problema da garantia jurisdicional da constituição, que tem a finalidade de garantir o regular exercício das funções estatais, Kelsen apresenta o tema utilizando, primeiramente, a discussão teórica, na qual apresenta a natureza jurídica dessa garantia, baseando-se no sistema presente em sua Teoria Geral do Estado. Em um segundo momento, traz uma visão prática do assunto, buscando demonstrar os melhores meios de concretizar tal garantia de jurisdição.

Kelsen, ao iniciar sua exposição, afirma que a jurisdição constitucional tem como finalidade regular a atividade estatal:

A garantia jurisdicional da Constituição ó a jurisdição constitucional ó é um elemento do sistema de medidas técnicas que têm por fim garantir o exercício regular das funções estatais. Essas funções também têm um caráter jurídico: elas consistem em atos jurídicos. (KELSEN, 2007, p. 123-124).

Nesse sentido, ele busca afirmar que as funções estatais criam o direito, uma vez que a função legislativa cria normas jurídicas e a função executiva, como a própria denominação define, executa normas estabelecidas anteriormente. A relação de coerência entre a criação das leis e o direito é aceita de forma pacífica, no entanto, as funções de execução, jurisdição e administração, parecem ser õexteriores ao direitoõ, uma vez que aplicam o direito existente, sem aparentemente criá-lo, uma vez que sua õcriação estaria como que acabada antes delasõ.

No entanto, Kelsen (2007) afirma que a relação entre criação legislativa e execução não se opõem de maneira absoluta, apenas de maneira relativa, uma vez que, ambas são concomitantemente uma criação e aplicação do direito. Dessa forma, essas duas funções estatais são etapas hierarquizadas do processo de criação do direito, além disso, são etapas intermediárias, pois pertencem a um processo que se inicia na ordem jurídica internacional e termina nos atos de execução. A diferença existente entre atos essencialmente normativos ó Constituição, lei e decreto ó e a sentença e o ato administrativo, é que esses são normas jurídicas individuais, enquanto aqueles são normas jurídicas de aplicação geral. Ademais, a cada grau que se desce aumenta-se a aplicação da norma e diminui a possibilidade de criação, tendo assim o legislador grande possibilidade de criação estando subordinado apenas à Constituição.

Ao considerar que a produção do direito, em todos os seus graus, respeita o grau inferior e reproduz o direito em respeito ao grau superior, há a perpetuação da regularidade, tendo em vista a correspondência existente entre todos os graus das normas. Nesse sentido:

Garantias da Constituição significam portanto garantias da regularidades das regras imediatamente subordinadas à Constituição, isto é, essencialmente, garantias da constitucionalidade das leis. (KELSEN, 2007, p. 126).

Essa discussão, que Kelsen traz à luz do debate, é recorrente por razões teóricas - uma vez que a idéia de hierarquia do direito era nova - e políticas - que se manifestaram, nos Estados modernos, por meio da criação diversas instituições destinadas a garantir a legalidade das execuções, mas aplicam apenas medidas de pouco alcance para garantir a constitucionalidade das leis, bem como a legalidade dos decretos o que acaba por influenciar a doutrina. Isso, Kelsen destaca como algo negativo, uma vez que caberia à doutrina ãser a primeira a fornecer esclarecimento sobre a possibilidade e necessidade de tais garantiasö (KELSEN, 2007, p. 127).

A interferência desses motivos políticos é perceptível nas democracias parlamentares européias, que tiveram origem nas monarquias constitucionais, que por sua vez originaram-se das monarquias absolutas, as quais tinham como norte o desejo de fazer parecer menor a diminuição sofrida pela figura do monarca. As concepções das monarquias constitucionais acabaram por influenciar bastante as Constituições das repúblicas européias contemporâneas à Constituição Austríaca de 1920, principalmente no que tange à retirada dos órgãos de aplicação do direito a possibilidade do exame da constitucionalidade das leis, cabendo a eles, no máximo, apenas controlar a regularidade da publicação das leis. Dessa forma, defendia-se apenas que a constitucionalidade das leis era garantida pelo ãpoder de promulgação do chefe de Estadoö.

Segundo Kelsen, para a compreensão da regularidade dos graus da ordem jurídica imediatamente subordinados à Constituição, é necessária uma acepção de Constituição, e para tal entendimento, deve-se utilizar a teoria desenvolvida pelo próprio Kelsen, que abrange a estrutura hierárquica da ordem jurídica.

Apesar das várias concepções de Constituição desenvolvidas ao longo da história, ela conservou como núcleo permanente ãa idéia de um princípio supremo determinando a ordem estatal inteira e a essência da comunidade constituída por essa ordemö (KELSEN, 2007, p. 130), além disso, ãela é sempre o fundamento do Estado, a base da ordem

jurídica que se quer apreender (KELSEN, 2007, p. 130), representando o equilíbrio das forças políticas em dado momento, além de ser a norma regente das criações legislativas, bem como do funcionamento estatal como um todo, sendo esse o sentido estrito da palavra, o qual distingue normas constitucionais e normas ordinárias.

Ao desenvolver essa idéia de Constituição Kelsen a define, em seu sentido lato, como sendo:

[...] ela que está em jogo quando as Constituições modernas contêm não apenas regras sobre os órgãos e o procedimento da legislação, mas também um catálogo de direitos fundamentais dos indivíduos ou de liberdades individuais. Com isso é o sentido primordial, senão exclusivo dessa prática -, a Constituição traça princípios, diretivas, limites, para o conteúdo das leis vindouras. (2007, p. 131).

Kelsen ao tratar das garantias de regularidade, necessárias para a proteção da constituição e desenvolvidas pela técnica jurídica moderna no que tange à regularidade dos atos estatais, sendo tais garantias divididas por Kelsen em: preventivas, objetivas e pessoais. As garantias preventivas, cujo próprio nome diz, buscam evitar a produção de atos irregulares, reagindo contra o ato irregular, de maneira a impedir sua renovação no futuro, reparar o dano causado e fazê-lo desaparecer, até a sua substituição. Para a efetivação das garantias preventivas as autoridades criadoras do direito devem organizar-se em Tribunal, de modo a permitir a sua independência funcional, como por exemplo, pela inamovibilidade dos servidores.

As garantias objetivas de sustentação da regularidade dos atos estatais possuem caráter repressivo, que geram a nulidade e anulabilidade dos atos irregulares. A nulidade consiste na desconsideração como ato jurídico de atos estatais revestidos por irregularidades, uma vez que não possui os requisitos prescritos por norma superior. A anulabilidade permite retirar sua aplicação, bem como suas conseqüências, sendo possível sua modular o alcance, bem como seu efeito no tempo.

Por último, as garantias pessoais visam, de certo modo, a responsabilização do agente estatal produtor do ato irregular. De acordo com esse critério, a forma mais eficaz de garantir a regularidade das funções estatais é a anulação do ato estatal irregular, sem prejuízo das demais técnicas apresentadas.

Ao introduzir o tema sobre qual deveria ser o órgão responsável pela anulação dos atos que afrontassem a regularidade constitucional, Kelsen afirma veementemente que tal função não poderia ser de incumbência do órgão responsável pela produção das normas, e

chega a afirmar que ãe, em nenhum caso, esse procedimento seria, precisamente, mais contradicadido (KELSEN, 2007, p. 150). A maneira eficaz de garantir a constitucionalidade seria por meio da atuação de um terceiro òrgão na declaração de irregularidade com a posterior anulaçãõ, pelo òrgão editor de tal norma, no entanto para Kelsen tal mecanismo não teria aplicabilidade, uma vez que o Parlamento não poderia ser obrigado a realizar tal ato¹.

As críticas ao modelo baseado em uma corte constitucional colocam em primeiro lugar que ele seria incompatível com a soberania do parlamento, no entanto tal soberania pertenceria não a um òrgão estatal, mas à própria ordem estatal. Outra objeçãõ diz respeito ao princípio da separaçãõ dos poderes, uma vez que a anulaçãõ de um ato tipicamente legislativo por outro poder, sem caráter legislativo, seria nada mais do que uma òntromissãõ no ãpoder legislativo (KELSEN, 2007, p. 151). Mas para contra-argumentar, Kelsen afirma que o òrgão competente para anular leis inconstitucionais não exerce funçãõ tipicamente jurisdiccional, apesar de organizado em tribunal, sendo uma atividade legislativa negativa, pois ao passo que a atividade legislativa cria normas gerais, a jurisdiçãõ cria normas individuais, ao analisar o caso concreto, já a jurisdiçãõ constitucional teria a competênciã de anular atos inconstitucionais gerais, agindo de maneira contrária ao legislador, como se vê:

Ora, anular uma lei é estabelecer uma norma geral, porque a anulaçãõ de uma lei tem ao mesmo caráter de generalidade que sua elaboraçãõ, nada mais sendo, por assim dizer, que a elaboraçãõ com sinal negativo e portanto ela própria uma funçãõ legislativa. E um tribunal que tenha o poder de anular as leis é, por conseguinte, um òrgão do poder legislativo. (KELSEN, 2007, p. 151-152).

Dessa forma, a compreensãõ de separaçãõ de poderes na República democrática só pode ser entendida a partir da idéiã de òdivisãõ de poderes, ou seja, a repartiçãõ de poderes existe apenas para permitir o controle recíproco entre eles, e não o seu isolamento.

A organizaçãõ da jurisdiçãõ constitucional, para Kelsen, não necessita seguir um padrão rígido, devendo adaptar-se às particularidades de cada Estado. Importante que ela tenha independênciã diante dos òrgãos legislativo e executivo, uma vez que eles serão controlados por tal jurisdiçãõ. No entanto, a sua organizaçãõ deve possuir algumas condições de alcance e valores gerais, como número de membros não muito elevado, uma vez que deve manifestar-se sobre matérias de direito, devendo fazê-lo apenas por meio da interpretaçãõ da

¹ No entanto, essa objeçãõ apresentada por Kelsen não afetou o controle de constitucionalidade no Brasil, pois a Constituição Federal de 1988, em seu art. 52, X, impõe ao Senado Federal a competênciã de suspender lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. (CF/88).

Constituição. A escolha de seus membros deve ter participação tanto do Executivo como do Legislativo, devendo a escolha dar espaço aos juristas de carreira e excluir membros do Legislativo ou do Executivo

As leis que têm sua inconstitucionalidade alegada são o principal objeto da jurisdição constitucional, devendo ser submetidos ao seu controle os atos revestidos com forma de lei, mesmo que seu conteúdo seja de norma individual, devendo assim, o controle ser de competência exclusiva da jurisdição constitucional. No entanto, a competência da jurisdição constitucional não pode limitar-se ao exame de constitucionalidade das leis, devendo examinar os decretos com força de lei, bem como decretos que derogam as leis. No entanto, tal competência deve ser limitada tendo em vista a competência atribuída à jurisdição administrativa. Assim, para Kelsen (2007), a sua delimitação deveria ser restrita, do ponto de vista teórico, com base na análise da constitucionalidade das normas gerais subordinadas à Constituição, estando entre elas os tratados internacionais, basta para isso que a Constituição preveja tal atribuição. Algumas competências residuais de uma Corte Constitucional seriam de julgar ministros, de tribunal central de conflitos dentre outras.

Kelsen (2007), ao analisar a competência do Tribunal Constitucional para julgar determinadas normas, admite o julgamento de normas que deixaram de vigorar no momento em que toma sua decisão, nos casos em que uma norma ab-roga outra, pois as normas que saíram de circulação ainda podem produzir efeitos nos casos que se produziam quando ela ainda estava em vigor. Apesar de a regra ser o julgamento da constitucionalidade apenas das normas mais recentes do que a Constituição, pois quando se trata de inconstitucionalidade de lei anterior à Carta Constitucional ocorre o fenômeno da derrogação.

Sobre a utilização de normas internacionais como critério de controle a ser realizado pelo Tribunal Constitucional, Kelsen (2007) faz algumas ressalvas, apesar de admitir a possibilidade da declaração de inconstitucionalidade de lei que contradiz tratado internacional anterior, uma vez que a Constituição (í) autorizando certos órgãos a firmar tratados internacionais, esta faz deles um modo de formação da vontade estatal (í) (KELSEN, 2007, p. 164-165). No entanto, ele destaca que a respeito da anulação dos atos estatais submetidos a seu controle por violarem direito internacional é admissível tal prática no caso em que exista a vontade da Constituição do respeito a estas normas internacionais. Porém, quando a Constituição não reconhece determinadas regras internacionais a regularidades das leis que afrontam tais tratados não deve ser julgada, pois:

(í) um tribunal constitucional que anulasse uma lei constitucional ou mesmo, apesar do não-acolhimento das regras de direito internacional, uma lei ordinária por violação dessas regras, não poderia mais ser considerado órgão do Estado cuja Constituição o criou, mas apenas como órgão de uma comunidade jurídica superior a esse Estado. (KELSEN, 2007, p. 167).

Como é perceptível, Kelsen defende a identidade entre direito e Estado, sendo esse limitado pelo direito, que também õ(...) regula sua própria criação, imune a considerações políticas ou morais que não sejam prevista no próprio ordenamento positivoö (MENDONÇA, 2009, 221) que se organiza de acordo com a pirâmide normativa, que distribui as normas jurídicas de acordo com sua hierarquia, e como a aplicação do direito baseia-se em uma norma superior, incapaz de prever o conteúdo seguinte, a aplicação é também uma ato de criação.

Ademais, a posição de Kelsen sobre o guardião da Constituição baseia-se em um modelo õenxuto de Constituição, basicamente limitado à disciplina dos mecanismos de produção normativa e, subsidiariamente, a um elenco de limitações materiais reduzido e relativamente bem definidoö (MENDONÇA, 2009, 221), não cabendo o uso de conceito amplos que expandiriam a possibilidade de decisão dos julgadores, deslocando o poder para os tribunais.

II.3. A CRÍTICA DE SCHMITT AO ÕSISTEMA METAFÍSICO DO LIBERALISMOÖ E A SINTONIA COM A SUA DEFESA DO PRESIDENTE COMO GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO.

Antes de ingressar na teoria de Schmitt a respeito do guardião da Constituição, devemos compreender que o pensamento desse autor demonstra sua oposição ao liberalismo, sendo perceptível também sua oposição acerca da modernidade, que permitiu a supremacia do indivíduo, nesse sentido, sua inquietação versava sobre:

[...] a passagem de uma sociedade pré-moderna ó diferenciada por estratos e que naturaliza posições sociais a partir de critérios de nascença ó para uma sociedade moderna, com fundamentos artificiais, móveis e precários. Schmitt entende a modernidade como o momento histórico em que ñse desagregam as hierarquias do espírito [...]

É precisamente a recusa a qualquer vínculo normativo por parte do ocasionalismo que torna inexistente uma teoria do direito ou mesmo uma ética romântica, pois a passividade do romantismo se recusa a operar qualquer transformação ativa do mundo social. (MAIA, 2007, p.156).

O indivíduo romântico ó característico desse período ó não admite a sua limitação, mesmo que isso gere vínculos com o futuro, por meio da tomada de decisões. E a estrutura estatal baseada na separação de poderes ó defendida pelo liberalismo ó demonstra

uma oposição à unidade absoluta do poder, buscando a discussão de várias opiniões a respeito de certo tema, o que denota o temor liberal da tomada de decisão.

Ao introduzir sua exposição sobre o guardião da constituição, Schmitt faz uma constatação interessante sobre a necessidade de tal análise, ao afirmar que: ão clamor por um guardião e defensor da Constituição é, na maioria das vezes, um sinal de delicadas condições constitucionaisö (SCHMITT, 2007, p. 1). As primeiras propostas sobre a competência dessa atividade datam de 1658, na Inglaterra, õ[í] após as primeiras tentativas modernas de constituições escritas [í]ö (SCHMITT, 2007, p.1).

Sobre o debate que ocorreu na Alemanha, contemporâneo à publicação de sua obra, Schmitt, ao mencionar a doutrina contrária à sua, critica a tentativa de busca da solução de todos os problemas por meio do processo judicial:

No todo, a forma hoje comum de tratamento dessa difícil questão constitucional continua sendo fortemente influenciada pela **tendência dos juristas da justiça para transferir a solução de todos os problemas simplesmente para um processo judicial e desconsiderar por completo a diferença fundamental entre uma decisão processual e a decisão de dúvidas e divergências de opinião** sobre o conteúdo de uma determinação constitucional. (SCHMITT, 2007, p. 5, grifo nosso).

Assim, com a Constituição de Weimar que instituiu um Tribunal de Justiça do Estado, consagrou-se uma instância judicial para dirimir õ[...] conflitos constitucionais nos Estados, para conflitos entre Estados ou entre estes e o ente central (*Reich*)ö (MENDES, 2007, p. 8), não sendo ele, no entanto, o único órgão de jurisdição constitucional, dividindo com o Supremo Tribunal do *Reich* e o Tribunal de Finanças essas atribuições. Mas surgiram controvérsias, no início da República de Weimar, a respeito da possibilidade do controle incidental de constitucionalidade, pois havia a jurisdição constitucional prevista nessa Constituição apresentava lacunas.

No que tange aos tribunais com jurisdição civil, penal ou administrativa, bem como o tribunal do *Reich*, que analisavam a coerência material das leis ordinárias com a Constituição, e em caso de incoerência não aplicavam a norma conflituosa, para Schmitt, eles não eram guardiões da Constituição. Essa teoria apresentada por Schmitt:

[...] é intrinsecamente ligada ao seu projeto acadêmico, que tem como fio condutor um incessante combate à modernidade da sociedade moderna. Na busca por superar o -eterno diálogo liberalø que enfraquecia o Estado, Schmitt forja um decisionismo jurídico que concebe a Constituição como um ato de vontade autoritário e que tem como clímax a fundamentação de uma ditadura presidencial livre de quaisquer limites jurídicos. (MAIA, 2007, p. 239).

Ao mencionar a Corte Constitucional dos Estados Unidos, pois essa era uma grande influência no pensamento dos defensores de um modelo baseado nos tribunais constitucionais, Schmitt levanta algumas objeções a esse modelo, fazendo ressalvas quanto à diferença da estrutura estatal, distinguindo o modelo anglo-saxão, baseado em um *Estado judicial* do modelo europeu. Dessa forma, Schmitt buscava impedir a importação de uma estrutura alienígena, qual seja a Corte Constitucional existente no modelo americano de controle de constitucionalidade, ao ordenamento europeu com o temor de não se configurar de maneira adequada, e reforça tal diferenciação ao afirmar que:

O supremo tribunal norte-americano é bem diferente de um tribunal de Estado e sua justiça bem diferente do que se costuma chamar, hoje na Alemanha, de jurisdição do Estado ou jurisdição constitucional. Ele se limita, com uma clara consciência básica de seu caráter como instância sentenciadora, à decisão de determinadas matérias litigiosas (*real, actual case or controversy of Judiciary Nature*). Considerando sua *strictly judicial function*, ele recusa todo parecer político ou legislativo e não deseja ser nem mesmo um tribunal administrativo. Basicamente, ele recusa-se a redigir um parecer ao congresso ou ao presidente. (SCHMITT, 2007, p. 20-21).

Para questionar a *correta* atuação do tribunal, Schmitt afirma que ele deve ser analisado em períodos difíceis, como o período da guerra civil americana, em que o tribunal foi chamado a posicionar-se sobre escravidão e desvalorização da moeda, e de acordo com ele, a autoridade do tribunal se encontrava em grande risco nesses casos e não podia de modo algum impor sua concepção sobre a matéria (SCHMITT, 2007, p. 21).

No entanto, ao destacar a principal característica da corte constitucional norte-americana, Schmitt aponta uma dura crítica, ao afirmar que essa corte ao basear-se em pontos de vista básico e princípios gerais, o que para ele são normas:

(í) examina a retidão e a racionalidade de leis e, por conseguinte, dado o caso, trata uma lei com não aplicável. Ela é capaz para tanto, pois ela se apresenta, na realidade, como guardiã de uma ordem social e econômica, a princípio não-discutível, perante o Estado. **Só neste contexto é que se pode considerar a crítica freqüentemente feita referente ao fato de que ela, por muitos anos, impediu e deteve leis de proteção aos trabalhadores e determinações sócio políticas, até mesmo aquelas sobre o trabalho de mulheres e crianças**, que nos eram naturais na Alemanha, ao tratá-las como anticonstitucionais. (SCHMITT, 2007, p. 22, grifo nosso).

No caso alemão, o exame judicial da aplicabilidade das leis, aplicável no ordenamento jurídico da Alemanha, tendo em vista a decisão do tribunal do Reich de 4 de novembro 1925, tem uma importância modesta se comparada com o exame realizado pela corte constitucional americana, tendo em vista a proporção alcançada por suas decisões. Assim, apesar de o juiz ser subordinado à lei ele pode cancelar a validade de uma lei em casos

particulares, desde que contradigam outros preceitos. Ademais, a possibilidade de exame judicial é possível apenas de leis ordinárias do *Reich*, não cabendo tal exame de Emendas constitucionais. Acrescenta que para salvaguardar a independência da justiça por parte dos outros Poderes, principalmente do Legislativo, os tribunais deveriam ter o direito de exame de atos com tal finalidade, sendo assim guardiões de parte da Constituição, apesar de tal possibilidade não ter sido analisada na decisão citada acima. Por fim, conclui que o tribunal do *Reich* decidiu que a possibilidade de exame por ele realizado de leis ordinárias não tem como base princípios gerais da Constituição, ou um exame geral, possuindo o caráter incidental, dependendo de normas que permitam a *õ*subsunção correspondente ao fato típico, em todos as situações de normas determináveis e mensuráveis (2007). A vinculação do juiz a essas normas o mantém independente, e caso passe a analisar normas gerais ele perde sua independência.

Assim para Schmitt, o exame judicial realizado pelo juiz decorre de uma submissão frente à lei ou o legislador, nos casos em que há *õ*determinações legais contraditórias e o juiz, que se defronta com vinculações contraditórias, tem que, apesar disso, tomar uma decisão quanto ao processo (SCHMITT, 2007, p. 31), e ao escolher uma das interpretações a outra não será aplicada, não consistindo isso na abjuração de validade da lei, mas tão somente, a sua não aplicação. Essa atuação do juiz, ao priorizar uma norma constitucional em detrimento de uma lei ordinária, não o torna guardião da constituição, tendo em vista a sua vinculação à lei. A atuação de um guardião da constituição não se configura apenas na possibilidade de decidir pela inaplicabilidade de uma lei em determinado caso, com base na inconstitucionalidade.

A respeito do questionamento de como a justiça pode atuar para proteger a Constituição, e, como organizaria instituições especiais para atingir tal fim, para Schmitt, essa premissa de que o guardião da constituição pertenceria à justiça parte de:

(í) uma idéia mal compreendida e abstrata do Estado de Direito. É natural conceber a resolução judicial de todas as questões políticas como ideal do Estado de Direito, e, nisso, não ver, com uma expansão da justiça a uma matéria talvez não mais sujeita à ação da justiça, que esta só pode ser prejudicada, pois a consequência seria como mostrei muitas vezes tanto para o direito constitucional quando para o internacional, não, por exemplo, uma jurisdicização da política, e, sim, uma politização da justiça. (SCHMITT, 2007, p. 33).

Assim, tal entendimento a respeito da competência ilimitada de um tribunal tem como base essas confusões conceituais, dentre elas a de Estado de Direito, o que não é o ideal para Schmitt, mas sim a utilização de conceitos de teoria constitucional concreta, dessa forma:

Tão logo se transforme o direito em justiça e, depois, novamente se formalize a justiça ao denominar de justiça tudo que for feito por uma autoridade judicial, o problema do Estado de Direito estará rapidamente solucionado e o mais simples seria se deixassem definir as diretrizes da política pela boa-fé do tribunal do Reich, a fim de ultimar o Estado de Direito no sentido formal. (SCHMITT, 2007, p 34)

Schmitt acredita que a justificação de um guardião da constituição que atue judicialmente, na figura de um tribunal, está no fato de que se pretende que determinado órgão estatal dotado de legitimidade proteja contra ameaças e riscos concretos, em alguns momentos provenientes do Poder Executivo ó como no século XIX ó e no século XX, originária do Poder Legislativo. Isso porque, a mudança democrática, com a qual não se obedecia mais o princípio majoritário democrático, e assim a norma constitucional passou a proteger interesses das minorias, a partir da idéia de que a democracia visa proteger as minorias, sendo embasado esse pensamento no compromisso entre maioria e minoria:

(...) pois, por meio do acréscimo de *“verdadeiro”* ou *“falso”*, todo conceito político pode ser transformado e a tradicional concepção de que, na democracia, a maioria decide e de que a minoria derrotada só se enganou sobre sua verdadeira vontade, também poder ser convertida em seu inverso. (SCHMITT, 2007, p. 37. 38)

Sobre a viabilidade do guardião da constituição pertencer à justiça, Schmitt avalia uma série de questionamentos sobre a viabilidade desse modelo, e dentre uma série de análises realizadas por ele conclui, *e.g.*, que nos casos em que a jurisdição administrativa, civil e penal atuam, quando há interesse político, alegando-se exceção de competência dos tribunais comuns, o que acaba por retirar desses tribunais a possibilidade de julgar, estes ficam restritos a analisar fatos passados não podendo julgar situações que envolvam a verdadeira proteção à Constituição, e caso venha a manifestar-se em casos que ainda não se concretizaram o juiz passará a tomar decisões políticas ou se tornará politicamente ativo, não podendo mais ser protegido por sua independência judicial.

Assim, uma maneira de superar tais limitações da jurisdição constitucional, que acabavam por trazer ineficácia política, Schmitt apresenta a teoria de Benjamin Constant das queixas ministeriais, por meio da qual, um tribunal especial, constituído por um Tribunal de pares, com independência e neutralidade, que realizasse uma discussão pública de um processo político, deveria assumir os riscos de tal, e não poderia alegar descumprimento à lei, pois se tratava, como dito, de processo político que realizaria o julgamento de forma arbitrária, mas seria atenuada a arbitrariedade tendo em vista õ[...] a solenidade da forma, pela publicidade da discussão, pela repercussão da opinião pública, pela distinção dos juízes e pela

particularidade da pena (SCHMITT, 2007, p.41). Para ressaltar esse entendimento, faz-se mister o destaque de trecho da obra de Schmitt:

É inevitável que a justiça, enquanto permanecer justiça, sempre chega tarde politicamente e ainda mais quando a forma do processo no Estado de Direito, foi minuciosa e cuidadosa, mantido sob os auspícios de jurisdição. No caso de violações constitucionais indubitáveis, que em um Estado cultural, não serão rotineiras, essa fato leva, no caso mais favorável, à punição do culpado e às compensações por uma injustiça existente no passado. Em caso duvidoso, torna-se visível a desproporção entre a independência judicial e seu pressuposto, a rigorosa vinculação a uma lei que contém em si vinculações materiais (SCHMITT, 2007, P. 48).

Para Schmitt o Estado de Direito tem como fundamento a diferenciação entre os diversos poderes, há situações em que se rejeita a separação clássica dos poderes, como no caso da monarquia constitucional alemã, no entanto, quando se dá mais liberdade ao juiz não pode ser concedida a ele decisões políticas, tendo em vista que esse é um papel do legislador, e ele afirma que: “[...] não há Estado de Direito sem uma justiça independente, não há justiça independente sem vinculação material a uma lei e não há vinculação material à lei sem diversidade objetiva entre lei e sentença judicial” (SCHMITT, 2007, p. 55).

Dessa forma, a justiça, no Estado de Direito para Schmitt, é apenas a sentença judicial baseada em lei, sendo assim não se pode resumir a justiça como tudo o que o juiz faz, sob pena de possibilitar-se a competência de tudo a todos, como no caso de “[...] tudo pode se tornar norma” estabelecimento de normas e, por fim, tudo pode se tornar Constituição. A organização constitucional transmuta-se em um mundo de ficções ilusórias [...]”² (SCHMITT, 2007, p. 57). Assim:

A posição especial do juiz no estado de direito é sua objetividade, seu posicionamento acima das partes, sua independência e sua inamovibilidade é baseada no fato de que ele decide justamente com base em uma lei e de que sai decisão, *em seu conteúdo, é derivada* de uma outra decisão de modo mensurável e calculável já contida na lei (SCHMITT, 2007, p. 57).

Ademais, a utilização da lei constitucional como parâmetro de análise de outra lei, poderia fazer a jurisdição constitucional ser comparada à figura do juiz em relação à parte. Mas a análise da lei com base em outra não pode ser comparada à aplicação de uma lei a um fato, pois em caso de contradição entre uma lei ordinária e uma norma constitucional, em que declara a lei nula, não se aplica a norma constitucional à lei como em um caso concreto, pois há a supressão da lei que está em colisão, e no caso concreto ele é subsumido aos conceitos

² Interessante nesse trecho são as analogias apresentadas por Schmitt como forma de exemplificar a lógica utilizada para justificar a afirmação de que justiça é tudo o que o juiz faz, para isso cita o silogismo que Schopenhauer grageja, segundo o qual o homem tem duas pernas, assim, tudo que tem duas pernas é um homem, então, o ganso é um homem, etc.

gerais. A respeito da colisão entre leis de forma manifesta, não há dificuldades, além de não serem frequentes, interessando saber quem deve decidir sobre dúvidas e a ponderação de opiniões diversas a respeito da possível contradição e qual o seu alcance.

Esse questionamento é especialmente importante para o contexto alemão, tendo em vista que a Constituição de Weimar possuía em sua segunda parte princípios, programas, diretrizes e compromissos indeterminados, sendo nesses casos a maior importância da análise obscuridades e contradições, mesmo dentre as normas constitucionais, õ[...] por se basearem em uma justaposição desconexa de princípios contraditórios (SCHMITT, 2007, p.65), e para Schmitt, não se pode utilizar simplesmente a ferramenta da hierarquia das normas para solucionar possíveis contradições. Conclui, assim:

Toda instância que coloca, autenticamente, um conteúdo legal duvidoso fora de dúvida, atua no caso como legislador. Caso ela coloque o conteúdo duvidoso de uma norma constitucional fora de dúvida atua como legislador constitucional (SCHMITT, 2007, p.67).

Para exemplificar o termo *decisionismo*, que consiste na precedência da decisão em relação à norma ou a submissão da norma à decisão, Schmitt cita os precedentes da Corte Constitucional americana, conhecidos como decisões de cinco contra quatro ou de uma só pessoa, que possuem fundamentos oscilantes, bem como juízes minoritários que discordam da fundamentação, no entanto perdem pela maioria dos votos.

Com isso termina, em todo caso, a ingênua crença de que o arrazoamento de tais decisões não teria outro sentido senão o de transformar, doravante, uma inconstitucionalidade até então duvidosa em uma inconstitucionalidade óbvia para todo mundo. O sentido não é uma argumentação dominante, mas justamente uma decisão por meio de eliminação autoritária da dúvida. Mas ainda muito mais forte e mais essencial é o caráter decisionista de toda sentença de uma instância, cuja função específica seja dirimir dúvidas, inseguranças e divergências de opiniões. [...] Assim também cai, a noção de frequentemente aflora nos planos de semelhante tribunal ou que, pelo menos, atua inconscientemente, de que tal tribunal eliminaria as dúvidas e divergências de opinião em sua característica como o melhor perito jurídico, sendo ele, assim, uma espécie de *expert* jurídico supremo. [...] Um juiz não é um *expert* e a junção de atividade de parecerista com atividade judicial já contém em si uma mescla obscura, pois a atividade de parecerista não é, no caso, atividade judicial, não é justiça, e, sim, administração. (SCHMITT, 2007, p. 68).

Analisando a viabilidade da aplicação da jurisdição constitucional no sistema alemão, regido pela Constituição de Weimar, Schmitt destaca que a determinação do alcance das incumbências da instância - ou instâncias - responsáveis pela resolução de contradições nas normas constitucionais possui utilidade prática, tendo em vista que essa instância torna-se um contrapeso ao legislativo. E, mesmo que a escolha de seus componentes por juízes de carreira siga uma opção prática, Schmitt ressalta que não se pode olvidar de realizar uma

análise teórico-constitucional. Para isso, o primeiro ponto destacado pelo autor é que toda jurisdição constitucional tem sua origem do conceito de divergência constitucional, de maneira a tornar perceptível a distinção dessa forma de jurisdição das demais jurisdições comuns, tanto em sua estrutura como de maneira material. Assim, não poderia um tribunal de Estado, na ausência de um conceito preciso de divergência constitucional ó como no caso da Constituição do Reich ó buscar suas competências, fenômeno esse possível dentro da evolução constitucional, quando:

[...] um órgão que se torne consciente de sua influência política amplie cada vez mais o âmbito de seus poderes. Assim, apesar da cuidadosa normatização e dosagem de seus poderes pela Constituição de Bismarck de 1871, o parlamento alemão do Reich teve, sob essa Constituição, uma influência política maior do que se poderia ter a partir do texto constitucional (SCHMITT, 2007, p. 72).

A razão para considerar que a Constituição do Reich não possuía um conceito de divergência constitucional razoavelmente delimitável, estaria no fato de que a organização federativa que justapunha o Reich e Estados em um núcleo repleto de competências e poderes. Assim, para conceituar divergência constitucional ó de forma a restringir a competência da jurisdição constitucional ó e, por conseguinte, justiça constitucional, Schmitt entende que antes de tudo deve ser conceituado Constituição, e para isso utiliza-se do exemplo da Constituição como um contrato ou pelo menos concebida como tal, para compreender o que seria divergência constitucional e quem poderia figurar nessa forma de divergência. A partir desse exemplo, o autor conclui que õ[...] divergências constitucionais seriam aquelas entre as partes do contrato ou acordo constitucional sobre o conteúdo de suas estipulaçõesõ (SCHMITT, 2007, p. 78), e sobre as partes admitidas para postularem frente a esse Tribunal, Schmitt restringe esse acesso afirmando que:

[...] se, em uma reflexão teórico-constitucional, são admitidos pelo tribunal do Estado os mais variados grupos sociais como parte, isso leva a uma concepção pluralística do Estado e transforma a Constituição de uma decisão política do detentor do poder legislativo constitucional em um sistema de direitos adquiridos contratualmente, a cuja observância os grupos e organizações interessados podem focar o Estado mediante um processo (SCHMITT, 2007, p. 79).

A falta de delimitação do que seriam divergências constitucionais ó e, conseqüentemente da competência do tribunal constitucional ó poderiam acarretar na delimitação pelo próprio tribunal de sua competência. A aplicação contratual da constituição tem uma boa aplicação quando Schmitt cita a existência de divergência entre os entes de uma federação, quando a instauração de um tribunal faz- se importante para dirimir questões controversas, ou em um estado singular, quando a divergência coloque em risco a segurança

ou homogeneidade da federação. Essas divergências surgem a partir do contrato federal, mas segundo uma concepção histórica as divergências constitucionais têm origem em embates entre parlamento e governo, e interessam à federação, pois a ela interessa a resolução pacífica dessas contendas, como forma de se alcançar a satisfação geral, que interessa a toda federação. Dessa forma, Schmitt permite a compreensão de que apenas nessa situação, de solucionar divergências constitucionais dentro do Reich, cabe ao Tribunal do Estado agir, não podendo sua competência ser expandida. Assim, Schmitt é contrário que o tribunal do Estado para o Reich tenha sua competência expandida no sentido de dirimir divergências constitucionais dentro de um estado, o que tornaria o tribunal guardião da constituição federal quanto da estadual. Ademais, a Constituição de um estado-membro, pertencente a uma federação, não pode ser totalmente independente da Constituição federal, e o tribunal de Estado para tomar uma decisão deve basear-se a Constituição do Reich, mesmo que atue em divergência constitucional intra-estatal ó atuando no estado-membro.

Além da possibilidade de considerar a Constituição um contrato, outra possibilidade advinda dessa situação surge a partir da concepção de um Estado formado no acordo gerado a partir da conformação de vontade de várias partes, Devendo, além da Constituição, possíveis emendas constitucionais serem concebida como um contrato do pacto constitucional. Assim, Schmitt acredita que para se atingir a relação contratual que engloba a Constituição, e no caso de õ[...] divergências de opinião, diferenças e contendas sobre o conteúdo da Constituição escrita [...]ö (SCHMITT, 2007, p. 89), deve-se alcançar um mútuo entendimento, o que poderia assemelhar-se, ou pelo menos aproximar-se da unidade estatal vislumbrada por ele, e que poderia ser obtida õ[...] por meio do poder de um monarca ou de um grupo dominante, seja por intermédio de homogeneidade do povo em si uniforme [...]ö (SCHMITT, 2007, p. 88).

Desataca-se a visão de Schmitt sobre a Constituição de Weimar, criticada posteriormente por Kelsen em seu trabalho ó Quem deve ser o guardião da Constituição. O jurista alemão acredita que:

A Constituição vigente do Reich persevera na idéia democrática da unidade homogênea e indivisível de todo o povo alemão, o qual se outorgou uma Constituição por meio de seu poder constituinte e por meio de uma decisão política positiva, ou seja, por intermédio de ato unilateral. Com isso, todas as interpretações e aplicações e aplicações da Constituição de Weimar que se esforçam em fazer dela um contrato, um acordo ou algo semelhante, são solenemente rejeitadas como violações do espírito da Constituição. Mas, nesse ponto, um elemento de tipo contratual penetra novamente na Constituição de Weimar, quando ela mantém uma organização federativa, pela qual, mesmo se renunciando ao embasamento comum união, fica inevitavelmente reconhecido como constitucional um componente

federalista que, portanto, contém relações de contrato (SCHMITT, 2007, p. 90, 91).

Sobre o elemento pluralista, representado no Estado alemão por grupos sociais, partidos políticos, associações de interesses todos com organizações próprias que atuam como titulares de um importante poder social, possuindo importâncias diferentes a depender da matéria, podendo ser mensurada apenas com a participação sistemática, no entanto o conhecimento desse poder social fica claro e visível, demonstrando inclusive a questão da Constituição como contrato, ao constatar-se que ela é um acordo de vontade entre o poder estatal e os distintos titulares do pluralismo representativos da sociedade, que por meio da negociação transformam o Estado em uma estrutura pluralista, sendo a própria Constituição de *Weimar* concebida como acordo. A consequência dessa concepção, para Schmitt, é a reivindicação da Constituição ó ou seja, do poder estatal e do seu exercício ó pelas partes portadoras do pluralismo. E por serem titulares do acordo, as suas diferenças assemelham-se às divergências internacionais, e assim, buscam solucionar possíveis conflitos em um primeiro momento via conciliação, e, posteriormente, caso õ[...] haja submissão voluntária e uma divergência arbitral ou sujeita à ação da justiça, também por meio de decisão judicialõ (SCHMITT, 2007, p. 93). No entanto, essa situação bem delimitada na teoria, não se apresentava de tão fácil aplicação na prática, como Schmitt deixa transparecer, e chegar a citar algumas contendas que se desenvolveram no tribunal de Estado do Reich alemão, em que as partes envolvidas eram exatamente as formadoras do pluralismo estatal:

Falta na atual teoria do Estado e da Constituição alemã a consciência sistemática dessa situação. Ademais, os interessados nesse pluralismo não têm, por via de regra, a pretensão de deixar sua prática ser analisada sob um esclarecimento sistemático. Nem têm um interesse em levar a cabo as conclusões práticas, pois procuram escapar, quando possível, do risco político, já tendo em consideração seus partidários e eleitores. Dessa forma, reúne-se muita coisa ao encobrir a realidade com a ajuda de um dito formalismo e mantê-la mediante uma turva antítese entre o õjurídicoõ e o õpolíticoõ, servente a todos os subterfúgios e volatilizações, numa confusa situação (SCHMITT, 2007, p. 93).

Com base em sua teoria constitucional, Schmitt apresenta um Estado constitucional democrático com um conceito positivo de Constituição, e se esta for uma decisão política do povo de maneira homogênea decorrente de seu poder legislativo constitucional a resposta sobre o guardião da Constituição pode ser distinta daquela baseada em õestruturas judiciais fictíciasõ.

Após a tentativa de apresentar a sua teoria de maneira imparcial, por meio do estudo dos prós e contras de cada modelo de controle de constitucionalidade, Schmitt, na

terceira parte de sua obra apresenta a sua fundamentação teórica para justificar a competência da guarda da Constituição ser do Presidente.

Assim, para ele a competência para posicionar-se a respeito de divergências de opinião e diferenças entre os titulares de direitos políticos pode ser analisada judicialmente apenas nos casos em que há previsão constitucional expressa. Nos casos omissos pela Constituição tais conflitos poderiam ser solucionados por dois meios: um poder político acima das diversas opiniões divergentes, caracterizando assim o senhor soberano do Estado; ou um poder neutro que busca conciliar os conflitos, localizado em uma mesma posição hierárquica com relação aos outros, mas com poderes e possibilidades de ação singulares. Dessa forma, no Estado de direito, em que há diferenciação dos poderes, a incumbência de salvaguardar a Constituição não pode ser conferida a um dos poderes existentes, pois geraria apenas um sobrepeso perante os demais e poderia ele próprio se esquivar do controle (SCHMITT, 2007, p. 193), tornando-se o senhor da Constituição.

Como exemplo, Schmitt cita a teoria do *pouvoir neutre, intermédiaire e régulateur* de Benjamin Constant, do século XIX, a qual embasou a burguesia francesa para alcançar uma Constituição liberal, e influenciou não só as constituições nas quais essa teoria foi adotada de maneira literal ó como no caso da Constituição do Brasil de 25 de março e 1824 que instituiu o poder moderador, o qual delegava ao Imperador o papel de Chefe Supremo da Nação, mas como a história reproduz, não representou uma contribuição positiva ao Estado Brasileiro ó mas, segundo Schmitt, todas as Constituições do século XIX, tendo em vista que esta teoria previu algumas prerrogativas e poderes concedidos ao Chefe de Estado, para possibilitar a atuação segura do poder neutro, como a inviolabilidade. A teoria baseia-se em uma instituição política que reconhece claramente no Estado constitucional a posição do rei ou do presidente de Estado (SCHMITT, 2007, p. 196), que teria como função, ao ser detentor desse poder neutro, em primeiro lugar defender e regular a unidade estatal, e apenas em emergência adotar uma postura ativa, devendo ser um poder preservador.

A independência é condição fundamental para o Guardião da Constituição, sendo todos os modelos sugeridos baseados nesse fundamento, e havendo diversas formas de independências, do ponto de vista de Schmitt, é comum vir à mente a independência do funcionário da carreira judicial. Isso porque:

A partir das garantias de sua posição juridicamente protegida, o funcionário de carreira, de cargo vitalício ou por tempo maior e que não pode ser destituído ou demitido à discrição, é retirado do conflito dos antagonismos econômicos e sociais. Ele se trona independente e, por isso, está em condições de ser neutro e imparcial [...] A independência do juiz no Estado atual baseia-se, em sua peculiaridade, no fato

de que aquelas garantias gerais relativas ao direito do funcionalismo público ainda são mais reforçadas [...] (SCHMITT, 2007, p. 223, 224).

No entanto, apesar dessa independência funcional Schmitt destaca que o que se busca para determinar o guardião da Constituição não é uma instância judicial, mas uma instância neutra e autônoma, e, talvez por isso utiliza-se o meio judicial. Mas o guardião da Constituição além de ser independente deve ser político-partidariamente neutro, o que não se deve confundir com a estrutura de tribunal e da carreira jurídica, pois o tanto a justiça quanto o funcionalismo de carreira receberão uma carga insuportável se doas as tarefas e decisões políticas, para as quais forem desejadas independência e neutralidade político-partidária, se amontoarem sobre eles (SCHMITT, p. 227), confrontaria o princípio democrático e o alvo seria o parlamento, não mais o monarca.

Nenhuma estrutura judicial poderia ocultar o fato de que se trataria, em tal tribunal do Estado ou constitucional, de uma instância de alta política dotada de poderes legislativos constitucionais. Do ponto de vista democrático, seria praticamente impossível transferir tais funções a uma *aristocracia da toga*. (SCHMITT, 2007, p. 228).

Assim, a independência dos juízes visa garantir a aplicação da justiça vinculada à lei em um Estado organizado, não possuindo o objetivo de ser o titular da correta vontade política, havendo outras formas de independência que possuem a função de possibilitar uma forte volição política, independente dos métodos do Estado partidário pluralista, métodos estes de dissolução do Estado (SCHMITT, 2007, p. 229).

Dessa forma, comparando as determinações da Constituição de Weimar sobre a independência dos funcionários públicos, de todos os poderes, é possível realizar a distinção da posição do Presidente do Reich, frente à unidade política, a qual se opõe ao pluralismo que busca apresentar resistência ao Estado legiferante. Isso porque:

O presidente do Reich encontra-se no centro de todo um sistema de neutralidade e independência político-partidárias, construído sobre uma base plebiscitária. O ordenamento estatal do atual Reich alemão depende dele na mesma medida em que as tendências do sistema pluralista dificultam, ou até mesmo impossibilitam, um funcionamento normal do Estado legiferante. Antes que se institua, então, para questões e conflitos relativos à alta política, um tribunal com guardião da Constituição e, por meio de tais politizações, se onere e coloque em risco a justiça, dever-se-ia, primeiramente, lembrar desse conteúdo positivo da Constituição de Weimar e de seu sistema constitucional. Consoante o presente conteúdo da Constituição de Weimar, já existe um guardião da Constituição, a saber, o Presidente do Reich. (SCHMITT, 2007, p. 232, 233).

Schmitt acredita que essa competência do Presidente do Reich está prevista na Constituição, tendo em vista alguns dispositivos que o tornava relativamente estático e

permanente, uma vez que havia a previsão de eleição por 7 anos, e os poderes concedidos a ele de dissolução do parlamento, convocação de plebiscito, assinatura e promulgação de leis e proteção da Constituição, e assim, criava-se um órgão neutro com base em sua relação com a totalidade estatal, e respeitava princípio basilar de Constituição de Weimar, o princípio democrático, uma vez que o presidente era eleito pela totalidade do povo alemão, formando um contrapeso ao pluralismo dos grupos sociais e econômicos poderosos e defendendo a unidade do povo como uma totalidade política.

Talvez a teoria de Carl Schmitt confie na democracia puramente majoritária, na qual a vontade da maioria governa incondicionalmente, não existindo qualquer forma de limite às decisões majoritárias, em contrapartida possuem diversos requisitos procedimentais, que em caso de violação tornam a decisão inválida, sendo admissível a jurisdição constitucional na análise de requisitos formais, mesmo nos casos em que a maioria coloca garantias de lado em algumas situações.

II.4. QUEM DEVE SER O GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO? Ó A CRÍTICA DE Kelsen AO PENSAMENTO DE SCHMITT

Importante destacar que Kelsen não é o criador exclusivo do modelo europeu de controle de Constitucionalidade (MAIA, 2007, p. 243), apesar de Kelsen afirmar que o modelo concentrado de controle de constitucionalidade era sua criação mais importante durante a constituinte austríaca de 1920.

O princípio da máxima legalidade da função estatal, para Kelsen (2007) é específico do Estado de direito, e reflete na tentativa de controlar a constitucionalidade do comportamento dos órgãos estatais. No entanto, no que tange à busca pela constitucionalidade de tais atos, Kelsen afirma que podem existir diversas opiniões sobre os diversos aspectos que envolvem essa questão, como nos caso em que não há efetivação das garantias constitucionais, a questão sobre a melhor configuração dessas garantias ó a depender da especificidade de cada Constituição -, no entanto, sobre o debate da instituição responsável pelo controle dos atos dos órgãos estatais estarem de acordo com a Constituição não ser um órgão o qual os atos são controlados, não se aprofundou no tema, talvez por ser algo revestido por uma noção de obviedade tão primária:

A função política da Constituição é estabelecer limites jurídicos ao exercício do poder. Garantia da Constituição significa a segurança de que tais limites não serão ultrapassados. Se algo é indubitável é que nenhuma instância é tão pouco idônea

para tal função quanto justamente aquela a quem a Constituição confia o na totalidade ou em parte o exercício do poder e que portanto possui, primordialmente, a oportunidade jurídica e o estímulo jurídico para vulnerá-la. Lembre-se que nenhum outro princípio técnico-jurídico é tão unânime quanto este: ninguém pode ser juiz em causa própria. (KELSEN, 2007, p. 240).

Nesse sentido, Kelsen nega a doutrina constitucionalista que entende como o legítimo guardião da Constituição o monarca, e afirma que tal doutrina é uma tentativa de compensar a perda de poder que o chefe de Estado havia experimentado na passagem da monarquia absoluta para a constitucional (KELSEN, 2007, p. 240), de forma a impedir uma eficaz garantia da Constituição (KELSEN, 2007, p. 240). A fundamentação dessa doutrina baseia-se na idéia de que o monarca seria uma terceira instância distinta e superior aos dois pólos de poder, sendo assim neutro. Dessa forma, Kelsen afirma que o entendimento de o monarca ser o detentor de grande parcela ou mesmo de todo o poder do Estado, ser instância neutra em relação ao exercício de tal poder, e a única com vocação para o controle de sua constitucionalidade é uma contradição (KELSEN, 2007, p. 242).

A partir de tais premissas apresentadas, Kelsen passa a estruturar sua crítica à teoria apresentada por Schmitt, a respeito do guardião da Constituição, e mostra-se perplexo com os posicionamentos apresentados pelo professor de direito público da Berliner Handelshochschule, como se vê:

Mais surpreendente ainda, porém, é que esse escrito tire do rebotalho do teatro constitucional a sua mais antiga peça, qual seja, a tese de que o chefe de Estado, e nenhum outro órgão, seria o competente guardião da Constituição, a fim de utilizar novamente esse já bem empoeirado adereço cênico na república democrática em geral e na Constituição de Weimar em particular. O que mais admira, porém, é que o mesmo escrito, que pretende restaurar a doutrina de um dos mais antigos e experimentados ideólogos da monarquia constitucional o a doutrina do *pouvoir neutre* do monarca, de Benjamin Constant o e aplicá-la sem qualquer restrição ao chefe do Estado republicano, tenha como autor o professor de direito público na Berliner Handelshochschule, Carl Schmitt, cuja ambição é mostrar-nos o quanto muitas formas e conceito tradicionais estão estreitamente ligados a situações passadas, não sendo hoje mais nem sequer o vinho velho para odres novos, mas sim apenas rótulos falsos e antiquados, e que não se cansa de lembrar que a situação da monarquia constitucional do século XIX, com sua separação entre Estado e sociedade, política e economia, encontra-se superada e que portanto as categorias da teoria do Estado constitucional não são aplicáveis à Constituição de uma democracia parlamentar-plebiscitária como a Alemanha de hoje. [...] Essa fórmula de Constant torna-se, nas mãos de Schmitt, um instrumento capital para sua interpretação da Constituição de Weimar. Somente com esse auxílio ele consegue estabelecer que o *guardião da Constituição* não seja, digamos o como se deveria supor a partir do art. 19 -, o Tribunal Federal ou outro tribunal, mas sim apenas o presidente do Rei (KELSEN, 2007, p. 244, 245).

No entanto, a teoria de Constant baseava-se na divisão do poder executivo, em dois poderes distintos o um passivo e outro ativo o sendo o monarca detentor apenas do passivo, sendo assim neutro para tomar as decisões como guardião da Constituição, enquanto

a aplicação de tal teoria por Schmitt ao Presidente do *Reich* "(...) torna-se particularmente discutível se estiver relacionada com a tendência de estender a competência deste último para ainda mais adiante do âmbito normal de atribuições de um monarca constitucional" (KELSEN, 2007, p. 246), caracterizando o detentor do poder de guarda da Constituição como um poder ao lado dos outros poderes constitucionais, mas com a tentativa de ampliar a competência do presidente do *Reich*, de forma a transformá-lo em senhor soberano do Estado.

Kelsen destaca que apesar de Schmitt perceber ã(...) as circunstâncias reais que tornam transparente o caráter ideológico da doutrina constitucional do monarca como guardião da Constituiçãoö (KELSEN, 2007, p. 247), e assim, reconhecer o perigo de violação da Constituição por parte do poder Executivo que representava tal doutrina, durante o século XIX. No entanto, ao transportar essa teoria ao cenário do século XX, de república democrática, o perigo para Schmitt seria não mais representado pelo Chefe do Executivo, mas pelo parlamento, e Kelsen conclui de maneira irônica que õdeveras, se não se cogita a possibilidade de violação constitucional por parte do governo, a fórmula que proclama o chefe de Estado *guardião da Constituição* soa bastante inofensiva (...)ö (KELSEN, 2007, p. 247).

Para sustentar a sua tese, de que o presidente do *Reich* seria o legítimo guardião da Constituição, Schmitt questiona a legitimidade do tribunal constitucional central independente, que tem como processo padrão o litigioso para decidir sobre a constitucionalidade dos atos do governo, e do Parlamento. Sobre esse questionamento levantado, Kelsen (2007) caracteriza como insignificante o debate específico, levantado por Schmitt, sobre a função jurisdicional exercida por esse tribunal, partindo do pressuposto da dualidade entre função jurisdicional e política, e que a anulação de leis inconstitucionais seria um ato político. Isso, pois, a jurisdição teria caráter político, variável de acordo com a discricionariedade determinada pela legislação, uma vez que, assim como os atos políticos, as sentenças judiciais possuem tanto elementos decisórios como de poder, quando o juiz ao avaliar interesses contrapostos exerce um õpoder de criação do direitoö, poder esse conferido pelo próprio legislador, e as decisões judiciais não são, como afirma Schmitt, uma dedução baseada na lei. Ademais, acrescenta que õa opinião de que somente a legislação seria política ó mas não a ÷verdadeiraø jurisdição ó é tão errônea quanto aquela segundo a qual apenas a legislação seria criação produtiva do direito, e a jurisdição, porém, mera aplicação reprodutivaö (KELSEN, 2007, p. 251). Dessa forma, conclui, utilizando como parâmetro o direito internacional que:

Todo conflito jurídico é na verdade um conflito de interesses ou de poder, e portanto toda controvérsia jurídica é uma controvérsia política, e todo conflito que seja qualificado como de interesses, de poder ou político pode ser decidido como controvérsia jurídica (...). Um conflito não é ~~o~~ arbitrável ou político porque, por sua natureza, não possa ser um conflito jurídico e portanto ser decidido através de um tribunal, mas sim porque uma das partes ou ambas, por uma razão qualquer, não querem deixar que seja resolvido por uma instância objetiva (KELSEN, 2007, p. 252).

Afirma que a diferença apontada por Schmitt a respeito da atividade jurisdicional exercida pela Corte Suprema dos Estados Unidos e os tribunais civis, criminais e administrativos da Alemanha é meramente quantitativa, uma vez que os tribunais alemães anulam as leis apenas para o caso concreto, o tribunal americano declara a inconstitucionalidade para todos os casos. Assim, a função de um tribunal constitucional é de caráter político, maior se comparado com os demais tribunais, e mesmo assim mantém sua função jurisdicional e é admissível que tal órgão seja dotado de independência judiciária.

A inconstitucionalidade de uma lei, para Kelsen, deve ser declarada com base além da análise procedimental determinada pela Constituição, mas também tendo em vista o conteúdo da lei, que afronte os princípios e diretrizes constitucionais. Mas no que tange a esse último aspecto, o jurista chega afirmar que:

(...) o controle da constitucionalidade de uma lei por parte de um tribunal constitucional sempre significa a solução da questão sobre se a lei surgiu de maneira constitucional. Pois mesmo quando uma lei é inconstitucional porque tem um conteúdo inconstitucional, ela na verdade só o é por não ter sido adotada como lei que modifica a Constituição. E mesmo no caso de que a Constituição exclua totalmente determinado conteúdo de lei, de modo que uma lei constitucional com tal conteúdo não possa absolutamente ser adotada (...) ainda nesse caso a inconstitucionalidade da lei consiste na sua adoção; não no fato de não ter sido adotada de maneira devida, mas no simples fato de ter sido adotada (KELSEN, 2007, p. 256).

Apesar das duras críticas apontadas ao trabalho de Schmitt, Kelsen reconhece como legítima a questão levantada sobre os limites da jurisdição em geral e da jurisdição constitucional em particular, no entanto, deve ser analisada do ponto de vista de qual é a melhor configuração, e não sob o enfoque conceitual de jurisdição, esse utilizado por Schmitt.

Sobre isso, Kelsen entende que a intenção de restrição do poder dos tribunais deve ser feita por meio da legislação, ademais as:

[...] normas constitucionais aplicadas por um tribunal constitucional, sobretudo as que definem o conteúdo de leis futuras ó como as disposições sobre direitos fundamentais e similares ó, não devem ser formuladas em termos demasiado gerais, nem devem operar com chavões vagos como "liberdade", "igualdade", "justiça" etc. Do contrário existe o perigo de uma transferência de poder ó não previsto pela

Constituição e altamente inoportuno ó do Parlamento para uma instância externa a ele, a qual pode tornar-se o expoente de forças políticas totalmente distintas daquelas que expressam no Parlamentoø (KELSEN, 2007, p. 261, 262).

A respeito do processo seguido pelas matérias a serem julgadas pela corte constitucional seguir o mesmo rito dos processos *comuns* (grifo nosso), de maneira que os prós e contras da constitucionalidade da lei sejam discutidos, e assim se apresente os conflitos de interesse existentes, não há impedimento nenhum, tendo em vista que não se trata de um processo exclusivamente judiciário, pois se aproxima bastante dos processos administrativo, bem como legislativo, apesar de ser utilizado principalmente pelos tribunais. Como exemplo Kelsen utiliza o processo seguido pelo Parlamento moderno, baseado na dialética e que tem por objetivo apresentar os prós e contras de determinada solução, sendo mais fácil determiná-la quando há dois grupos com posicionamentos distintos debatendo o assunto. Ademais, a característica litigiosa do processo oferece a possibilidade de expor todos os interesses envolvidos. Dessa forma, a ficção criada por Schmitt da ÷unidade da ÷vontadeø do Estadoø (KELSEN, 2007, p. 266), aplicável a um ÷Estado totalø ó diverso do Estado pluralista³ ó tendo em vista a possível existência de um interesse comum não é possível de acordo com Kelsen.

Para o jurista austríaco, a unidade do ÷Estado totalø, defendido por Schmitt, tem como utilidade prática o seu uso para fundamentar sociologicamente a ÷unidade jurídica da população do Estadoø (KELSEN, 2007, p. 278), prevista no preâmbulo da Constituição de Weimar, e utilizada como argumento para o presidente do *Reich* ser o guardião da Constituição:

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 si mesmo essa Constituição. [...] A conexão intrínseca ó em nenhum momento afirmada diretamente por Schmitt ó que existe entre a construção do ÷Estado totalø e a ÷unidade homogênea, indivisível de todo o povo alemãoø, torna-se clara pelo fato de que o ÷pluralismoø opõe-se a essa unidade exatamente do mesmo modo que à outra unidade representada pelo ÷Estado totalø. (KELSEN, 2007, p. 279)

Assim, para alicerçar a teoria de que o legítimo guardião da Constituição seria o Chefe de Estado o fundamento utilizado é o de que a Constituição é produto da vontade do povo alemão ó mas como observa Kelsen, ela não passa de uma decisão do Parlamento, que

³ No entendimento de Schmitt o pluralismo como ÷uma multiplicidade composta por complexos de forças sociais solidamente organizados que perpassam todo o Estado ó ou seja, tanto as diferentes áreas da vida estatal quanto os limites territoriais dos estados e das entidades autônomas locais ó e que dominam enquanto tais a vontade estatal, sem deixar de ser apenas formações sociais (não-estatais)ø Para compreender tal idéia Kelsen explica que os ÷complexos de forças sociaisø indicados por Schmitt são inicialmente os partidos políticos, ou seja, para a existência do pluralismo deve existir uma oposição na sociedade contra o Estado, e Schmitt, na tentativa de tornar harmônica a existência dessas duas estruturas acaba por contradizer-se.

representa os alemães mediante a ficção da representação (KELSEN, 2007, p. 281) e assim, instituí-lo como o produto o produtor de uma dada unidade real em vez de ser o símbolo de uma unidade do Estado postulada no plano ético-político (KELSEN, 2007, p. 281). Isso acaba por produzir a impressão, equivocada, de que a nação, formada por um povo, possui idéias em comum, possui um acordo homogêneo e unitário a respeito de qualquer matéria a ser discutida, o que para Kelsen destaca o caráter ideológico de tal interpretação. Ademais, presumir que um presidente eleito irá representar de modo independente das influências político-partidárias os diversos interesses da nação é uma ilusão, pois não é possível determinar qual seria a vontade geral, e se um representante eleito buscaria o equilíbrio de interesses conflituosos.

II.5. CONCLUSÃO

A teoria de Schmitt apresenta como principal problema, apontado por Kelsen em sua obra, imaginar um modelo de Estado unitário sob a guarda do Presidente do Reich, elencado como o legítimo guardião da Constituição, deixando sem maiores explicações a difícil compatibilização entre teoria da subsunção e decisionismo, ou o motivo da maior independência do Chefe de Estado para desempenhar a tarefa de elemento harmonizador (MENDONÇA, 2009, 224).

No entanto, o estudo do trabalho de Schmitt permite perceber de maneira crítica o trabalho de Kelsen, ao demonstrar que a atividade judicial de maneira geral possui uma dimensão volitiva indissociável, além de defender a necessidade do controle de constitucionalidade apenas se houvesse incompatibilidade inequívoca entre a lei e a Constituição, devendo o afastamento da norma ser realizado apenas no caso concreto em apressado, sendo essa medida excepcional como forma de evitar a colonização do direito pela política, em desprestígio do primeiro (MENDONÇA, 2009, 223).

Importante ressaltar, que a jurisdição constitucional demorou muito tempo para possuir reconhecimento mundial comparado com a adoção das constituições nos ordenamentos jurídicos, aproximadamente duzentos anos. Várias tentativas de introduzir essa forma de controle de constitucionalidade falharam, e no caso em que houve êxito durante o século XIX na Suíça a Suprema Corte não podia realizar o controle de leis federais. Na Alemanha, apesar de a Constituição de 1849 ser fruto da assembléia

revolucionária ó prever a existência de um jurisdição constitucional de alcance amplo, não entrou em vigor, tendo em vista a contenção do movimento revolucionário.

Como explica Grimm, os motivos para a rejeição da jurisdição constitucional como forma de controlar a constitucionalidade dos atos estatais estaria em seu antagonismo com o princípio da soberania do monarca, ainda presente nos Estados europeus, mas com uma nova perspectiva. Com as democracias recentes, nas quais a soberania popular, representada pelos parlamentos, era a base da nova conformação estatal não parecia coerente que a vontade do povo fosse limitada pelo controle de constitucionalidade.

Kelsen defensor da jurisdição constitucional, a partir da teoria da hierarquia das normas, entendia que a jurisdição constitucional era necessária para o constitucionalismo. Em contrapartida, Schmitt acreditava que esse modelo de controle de constitucionalidade teria como consequência a judicialização da política e a politização do judiciário, o que acarretaria perdas para ambos os poderes.

No entanto, para Grimm a jurisdição constitucional não é indispensável à democracia⁴, apesar dos posicionamentos que declaram que essa forma de controle dos atos governamentais ser essencial para que as constituições democráticas tenham certo valor. Mas a disseminação do controle jurisdicional deveu-se às ditaduras do século XX que desrespeitaram frontalmente os direitos humanos, e demonstraram a necessidade de ser estabelecidos meios para controlar as ações estatais. No entanto, a jurisdição constitucional não seria a única maneira de manter Estados democráticos, tendo em vista as experiências positivas de Estados que não adotaram essa sistemática, e mantiveram um Estado democrático consolidado, como nos casos do Reino Unido e Holanda.

Grimm (2006) aponta algumas características positivas do controle judicial de constitucionalidade, como a possibilidade de uma avaliação prévia sobre as provisões constitucionais, além de ser um contrapeso aos outros poderes que detêm o poder político, e contribuir para a legitimidade do sistema democrático, uma vez que:

[...] sociedades pluralistas sofrem da dificuldade de assegurar suficiente legitimidade e estimular motivação política na sociedade. Essa notória escassez de consenso, legitimidade e engajamento pode ser causada pela constante troca de maiorias não permitem a definição do bem comum. Tudo parece ser contingente. Sob tais condições, uma corte constitucional pode, até um certo grau compensar esse déficit fazendo visível, por trás dessa confusa contingência da política partidária, princípios e normas gerais obrigatórios (GRIMM, 2006, p. 13).

⁴ Como afirma Dieter Grimm (2006): óa jurisdição constitucional não é nem incompatível nem indispensável à democraciaó.

No entanto, os possíveis riscos desse modelo seriam a sua insubmissão ao controle democrático, tendo em vista que o Poder Judiciário não foi eleito, e possuindo o poder de [...] afastar a vontade dos representantes do povo eleitos sem gozar de legitimidade democrática e sem ser igualmente responsável perante o povo. Isso é verdade mesmo nos países onde os juízes são eleitos e não indicados (GRIMM, 2006, p.13). Outro risco seria a tendência de judicializar o discurso político, ou seja, o debate sobre atos tipicamente políticos passam a ingressar na esfera jurídica, com a discussão a respeito da constitucionalidade de tais atos, diminuindo a política ó que não discute mais os motivos, utilidade e custos de determinada medida ó bem como a Constituição ó que se transforma em arma da política, figurando apenas como mais um argumento ó, além de passar-se a se usar os tribunais como uma instância anexa aos órgãos tipicamente políticos, para rediscutir deliberações aprovadas e que não coadunam com os objetivos de alguns grupos políticos ó criando-se uma terceira instância de discussão.

Assim, para Grimm, a busca por uma boa convivência entre o Legislativo e as cortes guardiãs das constituições, deve versar sobre a delimitação entre os domínios de atuação de cada uma dessas esferas, e tendo em vista a natureza do Direito Constitucional que:

De uma banda, ele forma as normas que são elaboradas para vincular o legislativo quando ele toma decisões políticas e as cortes constitucionais têm a missão-dever de examinar tais decisões acerca de sua compatibilidade com as normas. Por outra banda, as normas constitucionais estão longe de ter o conteúdo certo e preciso capaz de lhes conferir a força vinculante necessária (GRIMM, 2006, p. 16).

Uma forma de delimitar a atuação desses dois Poderes estaria na aplicação do princípio da separação de poderes, apesar de não possuir apenas uma definição aplicável de maneira universal para as cortes e o Legislativo, além de dar à jurisdição constitucional ó quando esta é prevista no texto constitucional ó o poder de legislar, mesmo que de maneira negativa. Assim, para Grimm, a melhor maneira de moldar a atuação dos poderes estaria no enfoque funcional que se baseia na constituição estruturar:

[...] a ação política organizando-a, guinando-a e limitando-a. Mas ela não dispõe de tal modo que a política estaria reduzida a mera execução de ordens constitucionais. Dentro da moldura constitucional, os órgãos políticos estão livres para fazer as escolhas que, de acordo com o seu ponto de vista, o bem comum requer. A eleição decide qual dos pontos de vista em competição é o preferido pela sociedade e qual grupo político deve, dessa forma, liderar as posições no Estado e executar seu programa político. Por contraste, as cortes, especificamente as cortes constitucionais, são chamadas a controlar se os outros ramos de poder, ao definir, concretizar e implementar os objetivos políticos agiram de acordo com os princípios

constitucionais e não ultrapassaram os limites constitucionais (GRIMM, 2006, p. 18).

Nesse sentido, as cortes não podem determinar objetivos políticos, devendo apenas medir a viabilidade desses objetivos frente às determinações constitucionais, além de manifestarem-se após a realização de medidas legislativas, não devendo fazê-lo antes, o que não exclui a atuação do controle judicial frente à omissão legislativa. Isso porque, as decisões judiciais acabam por encerrar a possibilidade de atuação do processo democrático de decisão, mesmo que seja de interesse dos órgãos políticos o fim da discussão por um posicionamento judicial, tendo em vista o grande debate acerca de determinada matéria, que pode gerar medidas impopulares, e, conseqüentemente refletirão no período de eleições. Dessa forma, a jurisdição constitucional deve agir para o fortalecimento da democracia constitucional, equilibrando a atuação jurisdicional com a vontade popular.

CAPÍTULO III 6 A DIFERENCIAÇÃO ENTRE DIREITO E PODER POLÍTICO NA TEORIA DOS SISTEMAS

III.1. INTRODUÇÃO: A POSIÇÃO DA CONSTITUIÇÃO NO ATUAL ESTADO DEMOCRÁTICO

A decisão do Presidente da República em negar a extradição de Cesare Battisti sofreu críticas por ser uma decisão que visava a proteção de um terrorista⁵. Os desdobramentos dessa escolha foi o julgamento da Reclamação 11.243 pelo Supremo Tribunal Federal que deu ensejo ao debate acerca da atuação da Corte na análise de questões preponderantemente políticas, nas quais supostamente ocorre a judicialização ó ou õjusticializaçãoö⁶ ó da política, onde o sistema jurídico invade o político, e vice-versa, o que acarretaria prejuízo recíproco aos dois sistemas. Essa censura feita à jurisdição constitucional é uma forma de enfraquecê-la, por meio do questionamento de sua legitimidade no Estado Democrático de Direito.

Para analisar a tensão existente entre democracia e jurisdição constitucional ó ou em outros termos ó entre política e direito, é necessário primeiramente entender qual a importância da Constituição em um Estado democrático atual. Como enuncia Neves:

Nessa acepção sistêmico-teórica, não se trata de um conceito normativo-jurídico, fáctico-social ou culturalista, no sentido de que todo e qualquer Estado, pré-moderno ou contemporâneo, absolutista, totalitário ou democrático-liberal, tem uma Constituição. Tampouco a Constituição é concebida como ordem total da comunidade no sentido do conceito clássico de *politeia*. Também se exclui qualquer conceito decisionista, que implica uma relação hierárquica de sobreposição do poder ao direito. A Constituição é compreendida, especificamente, como õaquisição evolutivaö da sociedade moderna. (NEVES, 2008, p. 96).

Dessa forma, Neves refuta os conceitos de Constituição defendidos por Kelsen e Schmitt, bem como a concepção existente na transição para a época moderna de õuma carta de liberdade ou pacto de poderö (NEVES, 2008, p. 96), passando a Constituição a ter um maior caráter normativo e universal. Nesse sentido, a Constituição representa ñuma limitação jurídica ao governoø (NEVES, 2008, p. 97), sendo:

Uma õdeclaraçãoö de valores ou princípio político-jurídicos fundamentais inerentes à pessoa humana ou conquistados historicamente, isto é, não resulta necessariamente de um õconceito idealö. É possível também uma leitura no sentido de que **a Constituição na acepção moderna é fator e produto da diferenciação funcional**

⁵ Nesse sentido, ver: <http://www.cartacapital.com.br/politica/lula-decide-cesare-battisti-fica-no-brasil/>

⁶ Como afirma Marcelo Neves: õFala-se, então, de ñjusticializaçãoø da política e de ñpolitização da justiçaø (NEVES, 2008, p. 235).

entre política e direito como subsistemas da sociedade (NEVES, 2008, p. 97, grifo nosso).

A partir do entendimento de diferenciação funcional entre política e direito como subsistemas da sociedade, Luhmann define a Constituição como acoplamento estrutural, ou seja, o [...] sistema duradouramente pressupõe e conta, no plano de suas próprias estruturas, com particularidade do seu ambiente, (NEVES, 2008, p. 97), dessa forma, a Constituição permite uma interpenetração entre esses dois sistemas ao possibilitar influências recíprocas. No entanto, a dependência desses dois sistemas acaba por dificultar a diferenciação entre direito e política, sendo:

Uma das conseqüências mais importantes da forma normativa em que se realiza a função do direito, é a diferenciação entre direito e política. A dependência mútua dos dois sistemas é evidente. Isso dificulta o reconhecimento da diferenciação funcional. Para sua aplicação, o direito depende da política e sem a perspectiva dessa imposição não existe nenhuma estabilidade normativa convincente que seja atribuída a todos. A política, por sua vez, utiliza o direito para diversificar o acesso ao poder concentrado politicamente (Luhmann, 2003, p. 106).

Mas esse acoplamento estrutural existente entre direito e política não se deu de maneira permanente desde a criação dos Estados. Em outros períodos históricos a relação mantida entre o direito e o poder era hierárquica, havendo subordinação do direito ao poder, e, conseqüentemente, não existindo assim utilização código de preferência do direito pelo sistema político, o que acarretava a não obediência pelos detentores do poder ao código lícito/ilícito.

No Estado Democrático de Direito, em que a Constituição realiza o acoplamento estrutural [...] as ingerências da política no direito não mediatizadas por mecanismos especificamente jurídicos são excluídas, e vice-versa (NEVES, 2008, p.98), assim, a autonomia de ambos os sistemas acaba por gerar o acoplamento, responsável por aumentar a probabilidade de se influenciarem reciprocamente, que por meio da Constituição tornam-se dependentes e independentes entre si. Dessa forma, apesar da Constituição ó na teoria dos sistemas ó ser o acoplamento estrutural da política e do direito, para cada um deles ela também é um mecanismo interno de auto-reprodução.

Nesse sentido, para o sistema jurídico a Constituição é instrumento que fecha o sistema do direito e o regula, afastando uma hierarquia externa e construindo uma hierarquia interna ao sistema, na qual o direito constitucional está em um patamar supra legal, sendo assim:

[...] estrutura normativa que possibilita e resulta de sua autonomia operacional. Nesse sentido, observa Luhmann que [...] A Constituição deve, com outras

palavras, substituir apoios externos, tais como os que foram postulados pelo direito natural. Ela impede que critérios externos de natureza valorativa, moral e política tenham validade imediata no interior do sistema jurídico, delimitando-lhe, dessa maneira, as fronteiras (NEVES, 2008, p. 99).

Dessa forma, a hierarquia dentro do sistema jurídico dá-se de forma transversal, na qual o binômio constitucional ou inconstitucional distingue-se do código legal ou ilegal, o que acarreta a impossibilidade de criação legislativa ilimitada em decorrência da atuação do primeiro binômio, constitucional/inconstitucional. Ademais, qualquer interferência, por meio da criação de leis, pelo sistema político no campo jurídico deve ser feita respeitando as normas jurídicas. Assim, a criação legislativa dá-se seguindo o código lícito/ilícito. Nesse sentido, conclui-se que a Constituição apresenta-se como fator limitante da [...] capacidade de aprendizado do direito. Estabelece como e até que ponto o sistema jurídico poder reciclar-se sem perder sua identidade/autonomia (NEVES, 2008, p. 100).

Apesar, de a Constituição limitar as alterações cabíveis ao sistema jurídico, ela submete-se à reciclagem, não apenas por meio de reformas constitucionais,

[...] mas também no processo de concretização constitucional. Entretanto, a auto-reciclagem decorrente da capacidade de aprendizado tem que respeitar princípio e normas constitucionais que se apresentam como limitações implícitas e explícitas à mutação jurídica da Constituição. Nesse sentido, a estrutura normativo-constitucional determina os parâmetros básicos do fechamento normativo e da abertura cognitiva do direito (NEVES, 2008, p. 101).

Assim, apesar da Constituição poder ser submetida a alterações, ela própria apresenta os limites para essas modificações, como forma de preservação do sistema jurídico. Assim, como para o direito a Constituição possui grande importância para a proteção ou manutenção dos pilares básicos do ordenamento jurídico, para a política ela é tida como instância interna, podendo ser um mecanismo instrumental ou simbólico da política, o que não é característico do Estado de Direito, pois possibilita situações de desgaste do acoplamento estrutural existente entre direito e política é característico dessa forma estatal.

Para ser utilizada no âmbito do Estado de Direito a Constituição deve ser utilizada pela política como mecanismo para inserção do código jurídico é lícito/ilícito é como segundo código da política. Para isso, busca-se institucionalizar o procedimento eleitoral democrático que dificulta a manipulação da política por interesses particulares, estimulando o pluripartidarismo. Assim, o ingresso do binômio jurídico no sistema político tem como consequência a proteção do âmbito político ao dificultar [...] uma expansão destrutiva da própria autonomia (NEVES, 2008, p. 102), instituindo a divisão de poderes

A Constituição é característica do Estado Democrático de Direito e possui na eleição instrumento de grande importância para a junção desses dois sistemas. Pois, o exercício do direito de voto possui o caráter de direito fundamental, institucionalizado na sociedade moderna e compreendido como uma tentativa de proteger a sociedade da simplificação totalitária, e da sobreposição do código político sobre os demais códigos formadores, o que limita o poder. Assim sendo, a Constituição pode ser entendida no modelo sistêmico:

Como acoplamento estrutural entre política e direito e, assim, por reingresso (*re-entry*), mecanismo de autonomia de cada um desses sistemas, a Constituição do Estado Democrático de Direito institucionaliza tanto o procedimento eleitoral e a divisão de poderes quanto os direitos fundamentais. Aqueles configuram exigências primariamente políticas, estes, jurídicas. Trata-se, porém, de instituições inseparáveis na caracterização do Estado Democrático de Direito. Assim é que a eleição como procedimento político importa o voto como direito fundamental, a divisão de poderes e o controle jurídico da política mediante, sobretudo, as garantias fundamentais contra ilegalidade do poder (NEVES, 2008, p. 102).

As eleições também representam uma forma de efetivar a divisão de poderes, e assim, fortalecer a divisão entre direito e política. Através dela, o código do poder é associado ao código jurídico, procedimentos de decisão política são conduzidos pela via do direito (NEVES, 2008, p. 105), sendo assim, é admissível o controle do poder pelo sistema jurídico, por meio de instâncias jurídicas autônomas, bem como vincular procedimentos jurídicos à decisão política, com base no princípio da legalidade.

III.2. A DIFERENCIAÇÃO ENTRE SISTEMA JURÍDICO E SISTEMA POLÍTICO

Para Luhmann, o Estado Democrático de Direito exige, antes de tudo, a diferenciação dos sistemas jurídico e político, não sendo, portanto, mera autonomia operacional do direito (NEVES, 2008, p. 85), exige, assim, a autopoiese da política, o que significa “[...] que as respectivas comunicações não são imediatamente determinadas por fatores externos e particularismo” (NEVES, 2008, p. 86).

A política pode ser definida como “[...] a esfera da tomada de decisão coletivamente vinculante ou da generalização da influência [...]” (NEVES, 2008, p. 86), e tem como código de preferência o poder ou não-poder. Sendo assim, a política não se subordina aos diversos códigos dos diferentes sistemas existentes na sociedade moderna:

[...] ela enfrenta o ambiente econômico, artístico, científico etc., comutando discursivamente as respectivas influências de acordo com os seus programas e o seu código de preferência. Disso resulta, através dos procedimentos eleitorais, parlamentares e burocráticos, as *políticas* econômicas, científica, artístico-cultural, familiar, educacional, religiosa etc. (NEVES, 2008, p. 86, 87).

As políticas ou programas políticos, os quais se refere Neves, não são legítimas ou ilegítimas em si mesmas, mas alcançam sua legitimidade pela circulação e contra-circulação de público, política e administração (NEVES, 2008, p. 87). Dessa forma, a circulação do poder ocorre por meio da escolha do público de programas políticos e dos agentes políticos, que de certa forma são responsáveis por defenderem determinados programas para a tomada de decisões vinculantes, e quando a administração toma decisões que vinculam o público, este reagirá a essas decisões, de maneira positiva ou negativa pelo meio tradicional das eleições, ou por outros meios legítimos. Essa dupla circulação, ou seja, circulação e contra-circulação:

[...] significa que o sistema político constitui-se como uma esfera auto-referencialmente fechada de comunicações [...]. As informações do ambiente são relidas e processadas internamente, só se tornando politicamente relevantes quando envolvidas na circulação e contracirculação do poder (NEVES, 2008, p. 87, 88).

Dessa forma, ocorre uma filtragem seletiva, a qual seleciona dentre os mais distintos interesses e expectativas, por meio do processo eleitoral, o que não exclui divergências intrapartidárias e entre os partidos, o que impossibilita que o resultado das eleições, candidatos e programas eleitos gere uma decisão vinculante. Assim, é necessário [...] a condensação política das premissas que tornem viável a decisão no âmbito do parlamento, governo e burocracia administrativa (NEVES, 2008, p. 88), que também sofre da pressão seletiva realizada pelo público, que atua no processo eleitoral e realiza outras manifestações políticas, acarretando que:

[...] a contracirculação importa uma retroalimentação da complexidade e da pressão seletiva: as expectativas, os interesses e os valores do público influem na tomada de decisão, ou seja, em virtude das exigências do público, reduz-se o campo das alternativas decisórias; os projetos da administração condicionam e delimitam as opções políticas; as organizações partidárias oferecem ao público um elenco de programas e pessoas pré-selecionados. Ao *reduzir a complexidade da política* em face do seu ambiente *desestruturado politicamente*, a circulação e a contracirculação do poder possibilitam uma complexidade estruturada do sistema político, fortificando-lhe a capacidade seletiva e de aprendizagem (NEVES, 2008, p. 88).

A viabilidade do sistema político estruturado no modelo de circulação do poder de maneira dinâmica, e não mais no modelo de hierarquia entre dominadores e dominados, apenas é viável quando o direito, mais precisamente o seu código de preferência

(lícito/ilícito), torna-se relevante no interior do próprio sistema político, tendo em vista que o poder é ôdifuso e flutuanteö (NEVES, 2008, p. 89), passando o código lícito ou ilícito a ser o segundo código da política.

Nesse sentido, de acordo com a teoria dos sistemas, as decisões realizadas no âmbito da política subordinam-se ao sistema jurídico, uma vez que o binômio lícito e ilícito passa a ser relevante no sistema político ó típico do Estado de Direito ó o que não significa a ausência de diferenciação entre esses dois sistemas. Ademais, da mesma maneira em que as decisões políticas passam pelo crivo jurídico, õ[...] o direito positivo não pode prescindir, por exemplo, de legislação controlada e deliberada politicamenteö (NEVES, 2008, p. 89), ou seja, o direito também subordina-se à política.

Assim sendo, de acordo com o modelo apresentado pela Teoria dos Sistemas, o Estado de Direito não pode ser considerando como aquele em que há uma mera relação entre direito e política. É necessário, para conceituar o Estado de Direito, o reconhecimento da interdependência existente na relação estabelecida entre os sistemas jurídico e político, caracterizada pela presença do segundo código no sistema do direito ou da política, correspondente ao primeiro código do sistema interdependente. Ademais, a relação existente entre os sistemas não pode caracterizar-se pela existência de uma hierarquia entre eles, particularidade presente em outras formas de Estado como:

Nas formas pré-modernas de dominação, assim como no absolutismo do início da era moderna e nas autocracias contemporâneas, configura-se a relação de subordinação do direito à política. A relevância do jurídico para o poder é parcial, determinada pela hierarquia política dominante (NEVES, 2008, p. 90).

Nesse sentido, na forma estatal denominada Estado de Direito, o campo jurídico é formado por decisões políticas, bem como o código preferencial do direito, lícito e ilícito, deve ser seguido por órgãos estatais políticos. Ademais, outra característica dessa forma estatal é que ele é õ[...] o espaço de entrecruzamento horizontal de dois meios de comunicação simbolicamente generalizados: o poder e o direitoö (NEVES, 2008, p. 91), o que é perceptível nas conexões dos sistemas que se estimulam de maneira a fortificar a complexidade e a pressão seletiva deles, o que motiva os dois sistemas. A existência de comunicação constante entre os sistemas amplia as possibilidades por meio de õ[...] controle e limitações mútuas, ou seja, aumento de complexidade mediante redução de complexidadeö (NEVES, 2008, p. 92).

Não há dificuldades em perceber a influência que o direito exerce sobre a política quando tribunais constitucionais julgam matérias de escolhas políticas, e a influência da política sobre o direito ao estabelecer novas normas pertencentes ao mundo jurídico, bem como situações que demandam conceitos e estruturas dos dois sistemas, como nas eleições, que representam, simultaneamente, um direito conquistado pelos cidadãos, e uma escolha política de programas e pessoas que concorrem. Mas, “[...] como a complexidade de um é desordem para o outro [...]” (NEVES, 2008, p. 92), os sistemas devem selecionar ou estruturar essa comunicação trocada entre eles, pois essa interferência não gera harmonia, mas sim conflitos, perceptíveis na reação de seus participantes que enfrentam disputas para defender a maior legitimidade de cada sistema, “[...] uns argumentando pelo programa condicional normativo-jurídico, outros ponderando politicamente com base em programas finalísticos [...]” (NEVES, 2008, p. 93).

Mas, apesar das considerações feitas a respeito da necessidade do binômio lícito ou ilícito ser uma espécie de segundo código da política, no Estado Democrático de Direito, apenas isso não basta, sendo necessário:

[...] uma mútua implicação entre programação condicional, primeiramente jurídica, e programação finalística, primeiramente política. Não é suficiente que a diferença entre lícito e ilícito atue como segundo código da política. O código binário puro é uma forma vazia e inoperante. A capacidade operativa depende da distinção entre código e programa, que possibilita uma combinação de *fechamento e abertura no mesmo sistema*. Na relação entre direito e política, a legislação em princípio orientada politicamente com respeito a fins, apresenta-se como mecanismo mediante o qual se manifesta a capacidade de aprendizado do sistema jurídico (NEVES, 2008, p. 94).

Dessa forma, Marcelo Neves demonstra a necessidade que ambos os sistemas realizem ponderações em sua atuação com base no programa do outro sistema. Assim, o sistema jurisdicional ao orientar-se primeiramente por seu programa condicional, no controle das atividades políticas, deve considerar os programas finalísticos do sistema político. Bem como, o sistema político ao elaborar seus programas finalísticos deve vincular-se aos programas condicionais jurídicos, principalmente na esfera administrativa onde a programação condicional possui maior intensidade, tendo em vista serem em sua maior parte vinculados.

III.3. A IMPORTÂNCIA DA SOBERANIA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Para auxiliar na reflexão a respeito da decisão do Supremo Tribunal Federal na Reclamação 11.243 da República da Itália contra o ato do Presidente da República em negar a entrega do extraditando, condenado em seu país, mesmo após o STF sinalizar a respeito da admissibilidade da extradição. Na fundamentação de seu voto o Ministro Marco Aurélio, bem como os demais Ministros que o acompanharam, utilizou como fundamentos pela manutenção da decisão do Presidente da República esta tratar-se de um ato de soberania, juntamente com a necessidade de obediência da separação dos poderes o elemento este necessário para a manutenção do Estado Democrático de Direito na teoria dos sistemas, como forma de determinar limites ao sistema jurídico e ao político, como tratado anteriormente.

Dessa forma, faz-se premente entender de que forma está estruturado o conceito de soberania frente ao Estado Democrático de Direito. No primeiro momento da formação Estatal, pré-moderna e absolutista, a soberania era tida como poder pessoal do Monarca, o qual não se subordinava à lei como os súditos. Com a institucionalização do poder, na qual ocorre a dominação legal-racional a soberania passa da figura do monarca para o Estado. Da evolução da soberania, passa a ser aceito na conjuntura de conformação Estatal, o conceito normativo-jurídico, que se baseia na expansão da inserção dos Estados na ordem internacional:

A inserção cada vez maior do Estado na ordem internacional e, sobretudo, a crescente emergência de ordens jurídicas ôsupranacionaisô de âmbito regional, cujas normas têm a validade imediata no âmbito interno de cada Estado-Membro, conduziram a uma crise do conceito de soberania formulado pela Teoria Geral do Estado entre o fim do século XIX e meados do século XX (NEVES, 2008, p. 159).

Assim, a estrutura da soberania no atual Estado Democrático de Direito, para ser compreendida tem que ser estudada através de dois conceitos de soberania característicos dessa nova forma estatal, e para tanto o conceito utilizado deve ser o redefinido pela teoria dos sistemas, especificamente no que se trata da política, que passou a ser a autopoiese da política, e não mais a independência do poder político. Para melhor compreensão: ô[...] a soberania é compreendida como autonomia funcionalmente condicionada e territorialmente determinada do sistema político em face de ãinterferências religiosas, estamentais (familiais) e jurídico-positivasô (NEVES, 2008, p. 159).

Nesse sentido, as influências dos outros sistemas e de outros Estados só influenciam politicamente no plano interno quando tomadas de forma coletiva, ô[...] se passarem por um processo de filtragem sistêmica e comutação discursiva nos termos dos procedimentos políticos do respectivo Estadoô (NEVES, 2008, p. 160). Mas, também deve

existir a autonomia do direito com relação à política, bem como a utilização pelo sistema político do binômio lícito/ilícito, como seu segundo código.

Dessa forma, a soberania do Estado tem o mesmo fundamento da Constituição do Estado Democrático de Direito, a autopoiese entre os sistemas jurídicos e políticos, pois ao comutar reciprocamente as influências dos seus respectivos sistemas acaba por filtrar as influências de outros sistemas, bem como organizações políticas ó ò[...] sejam estas Estados, organismos internacionais ou instituições extra-estataisö (NEVES, 2008, p. 161). Assim, a Constituição como acoplamento estrutural acaba por resolver o possível paradoxo existente entre soberania e soberania jurídica, o que acaba gerando hierarquias entrelaçadas nessa relação entre soberanias.

No contexto de inserção dos Estados em uma organização internacional, o que exige responsabilidade com questões globais, a soberania compreendida como autonomia regional não possui mais significado, devendo haver uma reorientação desse conceito, tendo em vista a interação da sociedade mundial, que aumenta a dependência desse sistema. A autopoiese do sistema político, como õ[...] subsistema diferenciado da sociedade mundial, não reside nos Estados territoriais como organizações regionais que possibilitam a diferenciação segmentária (interna) desse subsistemaö (NEVES, 2008, p. 162). Também devido à autopoiese da política ela permite a abertura ao conhecimento, o que gera uma responsabilidade em corresponder às expectativas da sociedade mundial, no que tange à política.

Outra forma de soberania presente no Estado Democrático de Direito é a pertencente ao povo, que não é concebido como o portador de uma vontade homogênea, mas que é heterogênea, e apresenta-se õ[...] no plural, não sendo capaz, *enquanto* povo como um todo, nem decisão nem de açãoö (NEVES, 2008, p. 163), havendo assim uma despersonalização da soberania, que por ser dispersa encontra no processo democrático condição formal-pragmática do resultado racional, defendido por Habermas. Apesar de não se ter a certeza dos resultados a serem alcançados racionalmente, as regras a serem seguidas para uma eleição democrática devem ser respeitadas, e o seu desrespeito pode levar à destruição da soberania. õAssim sendo, a soberania do povo apresenta-se como inserção contínua dos mais diversos valores, interesses e exigências presentes na esfera pública pluralista nos procedimentos do Estado Democrático de Direitoö (NEVES, 2008, p. 165).

A importância da soberania do povo tem importância fundamental ao solucionar o paradoxo entre soberania política e soberania jurídica, uma vez que as decisões políticas, bem como as normas jurídicas baseiam-se na soberania do povo. E o paradoxo dessa

soberania, tendo em vista a heterogeneidade do povo, é solucionado por meio da soberania do Estado, o qual gera normas jurídicas ao fazer as pretensões do povo:

[...] percorrerem os procedimentos jurídico-constitucionalmente e político-constitucionalmente estruturados e institucionalizados (procedimentos eleitorais, parlamentares ou legislativos, administrativos e jurisdicionais) e, dessa maneira, são selecionados sistemicamente (Estado de Direito ou Estado constitucional). (NEVES, 2008, p. 165)

Ante o exposto, conclui-se que a estrutura do Estado Democrático de Direito, dentre outros elementos, estrutura-se na soberania do povo, que por sua vez baseia-se na soberania do Estado, bem como a soberania do Estado funda-se na soberania do povo, o que acaba por gerar um ciclo entre essas estruturas.

III.4. CONCLUSÃO

A complexidade alcançada pelo Estado e pela sociedade moderna acabou gerando a expansão do direito e da política, e, por conseguinte, aumentou as obrigações estatais, no entanto reduziu a capacidade regulatória do direito (NEVES, 2008, p. 234). Essa situação deve ser enfrentada com a busca de alternativas adequadas para minimizar as consequências desse fenômeno, não sendo o melhor caminho encontrar uma solução capaz de solucionar esse impasse, mas aprender a conviver de forma a agregar positivamente dois sistemas conflitantes, que nesse caso são, principalmente, a política e o direito, e dos demais sistemas formadores da sociedade, responsáveis por sua complexidade.

O excesso da atividade judicante realizada pelos tribunais constitucionais, como reação à expansão do direito, tem que ser discutido a partir das competências atribuídas ao Supremo Tribunal Federal, devendo-se assim estabelecer as situações abusivas de intervenção destrutiva do Judiciário na formação democrática da vontade estatal, assim como de caracterizar o excesso de invocação do Judiciário nos conflitos estritamente políticos em torno de decisões da maioria (NEVES, 2008, p. 235).

No entanto, para atingir essa *solução*, não basta reduzir a competência prevista constitucionalmente da Corte, sob pena de regredirmos politicamente aos Estados totalitários, dotados de tamanho poder político, que afetam o acoplamento estrutural alcançado entre direito e política. Assim, retomariamos a estrutura hierárquica em que o sistema político sobrepõe-se ao jurídico o superada a pouco tempo pelo Brasil com a adoção do regime

democrático ó que se justifica pela vontade da maioria, autorizando a violação de dispositivos constitucionais, bem como colocando em risco direitos das minorias.

No entanto, essa preocupação não pode ser utilizada como justificativa para a ampliação das competências em matérias políticas da Corte para além do previsto na Constituição, sob pena de instaurar:

[...] uma crise de funcionamento e legitimação do Estado Democrático de Direito. Nessa hipótese, a sobrecarga política do Judiciário e confinamento judicial do jogo político conduzem a efeitos paralisantes dos respectivos sistemas funcionais e, simultaneamente, ao fechamento do Estado para o fluxo de informação legitimadora que advém da esfera pública (NEVES, 2008, p. 235).

Nesse ensejo, soluções extremadas não se apresentam compatíveis com a manutenção do Estado Democrático de Direito e de suas estruturas. No entanto, em formas de governo baseadas na democracia, em que a Constituição é formada pelo acoplamento estrutural entre os sistemas jurídico e político, não há como os tribunais constitucionais absterem-se de atuarem em situações conflituosas que envolvam essas duas estruturas formadoras do Estado, sob pena de esvaziar grande parte de suas competências.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARCELLOS, Ana Paula de. Papéis do Direito Constitucional no fomento do controle social democrático: algumas propostas sobre o tema da informação. **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro, nº 12, p. 77 ó 105, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro, nº 16, p. 3 ó 42, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 132/RJ**. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Relator: Min. Ayres Britto. *DJe* 14 out. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+132%2ENUME%2E%29+OU+%28ADPF%2EACMS%2E+ADJ2+132%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4277/RJ**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relator: Min. Ayres Britto. *DJe* 14 out. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+4277%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+4277%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rcl 11.243**. Reclamação. Relator p/ o acórdão: Ministro Luiz Fux. *DJe* 5 out. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rcl%24%2ESCLA%2E+E+11243%2ENUME%2E%29+OU+%28Rcl%2EACMS%2E+ADJ2+11243%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ext 1085**. Extradicação. Relator: Ministro Gilmar Mendes. *DJe* 16 abr. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Ext%24%2ESCLA%2E+E+1085%2ENUME%2E%29+OU+%28Ext%2EACMS%2E+ADJ2+1085%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>.

GRIMM, Dieter. Jurisdição Constitucional e Democracia. **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro, nº 4, p. 3 ó 22, 2006.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad**. Versão 5. Minas Gerais, 2003. Texto eletrônico fornecido pela Profª. Dra. Juliana Neuenschwander de Magalhães na disciplina Sociologia do Direito II, em 2002, do Programa de Pós-Graduação em Direito ó Mestrado e Doutorado em Filosofia do Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

MAIA, Paulo Sávio N. Peixoto. **O Guardião da Constituição na polêmica Kelsen-Schmitt: Rechtsstaat** como referência semântica na memória de Weimar, 2007. 418f. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito, Estado e Constituição ó UnB, Brasília.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado de. A inserção da jurisdição constitucional na democracia: algum lugar entre o direito e a política. **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro, nº 13, p. 211 ó 247, 2009.

MOUFFE, Chantal. **The Challenge of Carl Schmitt**. New York: Verso, 1999.

MOUFFE, Chantal. **Pensando a democracia com, e contra, Carl Schmitt**. Net, Minas Gerais, julho/dezembro 1994. Cadernos da Escola do Legislativo, publicado no site da Assembléia Legislativa de Minas Gerais. Disponível em: <http://www.almg.gov.br/opencms/export/sites/default/consulte/publicacoes_assembleia/periodicas/cadernos/arquivos/pdfs/02/teoria.pdf>. Acesso em: 20 out. 2011.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

SCHMITT, Carl. **O Guardião da Constituição**. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

Tratado de Extradicação entre a República Federativa do Brasil e a República Italiana. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/tratado-extradicao-brasil-italia.pdf>>. Acesso em: 28 nov. 2011.