

CARL SCHMITT, O ESTADO TOTAL E O GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO

Gilberto Bercovici*

RESUMO

O presente artigo busca reconstruir a argumentação exposta por Carl Schmitt a respeito da defesa da Constituição em seu célebre debate do início da década de 1930 com Hans Kelsen.

PALAVRAS-CHAVE

Carl Schmitt. Weimar. Estado Total. Defesa da Constituição. Teoria da Constituição.

O debate juspublicista dos anos da República de Weimar (1918-1933), travado entre figuras como Hans Kelsen, Carl Schmitt, Rudolf Smend e Hermann Heller, é, até os dias de hoje, de crucial importância para o estudo das concepções de Estado e Constituição. Ao normativismo positivista de Kelsen opuseram-se várias doutrinas e concepções, cujo ponto comum era o desejo de introduzir o político na análise da ordem normativa concernente ao Estado, tentando se aproximar da realidade constitucional e política.¹

Uma das principais discussões foi a que opôs Carl Schmitt e Hans Kelsen, no debate sobre quem deveria ser o “Guardião da Constituição” (*Der Hüter der Verfassung*): um Tribunal Constitucional, nos moldes do controle concentrado de constitucionalidade (introduzido por Kelsen na Constituição austríaca de 1920), ou o Presidente da República, eleito por “todo o povo”, como propunha Schmitt². O tema desenvolvido por Carl Schmitt no livro *Der Hüter der Verfassung*, de 1931, já havia sido abordado por ele em três textos anteriores, refundidos e ampliados na nova publicação: os textos *Die Diktatur des Reichspräsidenten nach Artikel 48 der Weimarer Verfassung* (A Ditadura do Presidente do Reich sob o Artigo 48 da Constituição de Weimar), de 1924³; *Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung* (O Tribunal de Justiça do Reich como Guardião da Constituição), de 1929⁴; e o artigo homônimo *Der Hüter der Verfassung*, também de 1929.⁵

A primeira parte do livro é dedicada ao esforço de Carl Schmitt em desqualificar o Poder Judiciário como protetor da Constituição. Solução que era vista pela maioria dos juristas como a mais natural, seja por existir a impressão de que a Constituição precisa ser protegida do legislador, seja pela

* Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Professor Adjunto do Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

influência da “solução austríaca” (*österreichischen Lösung*).⁶ Para Schmitt, esta busca pelo Guardião da Constituição no Poder Judiciário também se deve à influência do papel da Suprema Corte norte-americana, que exerce funções bem distintas das reservadas aos tribunais alemães.⁷

Schmitt destaca vários limites ao papel dos tribunais como guardiões da Constituição, como, por exemplo, o fato de todo controle judicial ser um controle *a posteriori*.⁸ Além disto, é um controle acessório, que se exercita de maneira incidental por sentenças judiciais, ou seja, é um controle difuso. A sentença judicial é, para Schmitt, a subsunção do fato à norma, subsunção esta que precisa ser determinada previamente pela lei. Desta forma, o Poder Judiciário não pode estar acima do legislador e da lei⁹. Na sua opinião, uma norma jurídica não pode ser defendida por outra norma jurídica (*ein Gesetz kann nicht Hüter eines anderen Gesetzes sein*). Esta concepção seria fruto da lógica abstrata do normativismo positivista. Na realidade, o que ocorre é a aplicação da norma a um conteúdo, ou seja, o problema é do conteúdo das normas jurídicas. Como a questão central é a determinação do conteúdo da norma, para Schmitt, este problema é da legislação, não da justiça.¹⁰

Carl Schmitt entende que o controle judicial de constitucionalidade só poderia existir em um Estado Judicialista (*Justizstaat* ou *Jurisdiktionsstaat*), em que toda a vida política fosse submetida ao controle dos tribunais. A consequência disto não seria a judicialização da política, mas a politização da justiça (*nicht etwa eine Juridifizierung der Politik, sondern eine Politisierung der Justiz*).¹¹

Muito da resistência de Carl Schmitt ao controle judicial de constitucionalidade está ligado à sua concepção de Constituição.¹² A Constituição só é válida, para Schmitt, quando proveniente de um poder constituinte e estabelecida por sua vontade. A norma vale porque está positivamente ordenada em virtude de uma vontade existente. A unidade e a ordenação de uma Constituição residem na existência da unidade política de um povo, ou seja, do Estado.¹³ Se a Constituição for considerada apenas no seu sentido formal, como Constituição escrita, ela está sendo igualada a uma série de leis constitucionais escritas. Com isso, o conceito de Constituição é relativizado, perdendo o seu significado objetivo.¹⁴ Para Schmitt, um conceito de Constituição só é possível se este for distinto da noção de lei constitucional. Este conceito é a Constituição em sentido positivo, surgida mediante ato do poder constituinte, que, por um único momento de decisão, contém a totalidade da unidade política.¹⁵ A Constituição, portanto, vale em virtude da vontade política existente tomada pelo poder constituinte. As leis constitucionais, ao contrário, valem com fundamento na Constituição. Toda lei, inclusive a constitucional, para ser válida, necessita, em última instância, de uma decisão política prévia, adotada por um poder politicamente existente. A essência da Constituição não está contida em uma norma jurídica: fundamentando toda normatização existe uma decisão política do poder constituinte.¹⁶

Descartada, para Schmitt, a possibilidade de o Poder Judiciário ser o guardião da Constituição, ele passa a analisar a segunda hipótese: o Parlamento. A autonomia da religião e da vida privada garantidas pela neutralidade do Estado Liberal, segundo Schmitt, é resultado da separação existente entre Estado e sociedade. O Estado Liberal é um Estado dualista, dividido entre Governo e Legislativo, que se torna cada vez mais um Estado Legislativo (*Gesetzgebungsstaat*), com o primado do Parlamento sobre os demais poderes políticos.¹⁷ Paradoxalmente, para Carl Schmitt, este Estado Liberal Legislativo é um Estado antipolítico. O conceito de Constituição do Estado de Direito, segundo Schmitt, é um conceito ideal de Constituição. O processo histórico de formação das Constituições modernas favoreceu este conceito, idealizado no século XVIII, que entende como Constituição apenas aquelas que garantem as liberdades burguesas. A consequência disto, em sua opinião, é a retirada do político da teoria e prática constitucionais. Deste modo, Schmitt afirma que o Estado de Direito só pode integrar uma parte da Constituição total do Estado. A outra parte da Constituição total é a que contém a decisão sobre a forma de decisão política. Assim, na sua opinião, a separação de poderes e os direitos fundamentais não fariam parte do conteúdo político essencial da Constituição.¹⁸

Com a consolidação da democracia de massas, Schmitt afirma que o parlamentarismo torna-se inviável, pois não há nenhuma força política capaz de se colocar acima das forças sociais que se digladiam no Parlamento.¹⁹ A fé no parlamentarismo é fruto do liberalismo, não da democracia. A característica essencial da democracia, segundo Carl Schmitt, é a homogeneidade do povo. A democracia de massas tenta realizar a identidade entre governantes e governados, provocando o fim do dualismo liberal entre Estado e sociedade: o Estado passa a ser a auto-organização da sociedade.²⁰

Ao mesmo tempo em que se manifesta a democracia de massas e a contradição entre a unidade e homogeneidade do povo e o pluralismo do Parlamento, os postulados liberais de neutralidade e não intervenção do Estado são abandonados. O Estado deixa de ser Liberal para converter-se em um Estado Total.²¹ No Estado Total existente na Alemanha de Weimar²², os partidos políticos inviabilizam a tomada de decisões, além do fato de, para Schmitt, a regulação econômica e social ser incompatível com instituições do liberalismo, como as do sistema parlamentarista.

A “ocupação pluralista” do Estado faz com que não haja qualquer direção, integridade ou unidade na política econômica, ou seja, o Parlamento é incapaz de lidar com as crises econômicas, quanto mais ser o Guardião da Constituição.²³ Para Carl Schmitt, apenas o Poder Executivo, na figura do Presidente do Reich, dotado dos poderes discricionários previstos no artigo 48 da Constituição de Weimar²⁴, será capaz de tomar as decisões necessárias para solucionar o *Wirtschaftsnotstand* (estado de emergência econômico).²⁵ Apenas com uma autoridade política estável e situada fora da luta dos

partidos políticos e demais forças sociais poderia voltar a ser garantida a “esfera livre” da religião e da vida privada, por meio das “garantias institucionais” (*institutionelle Garantien*).²⁶

Para Carl Schmitt, as violações da Constituição podem ser solucionadas por um poder político máximo, situado acima de todos os outros (que seria, no caso, o soberano do Estado), ou por um órgão que não é superior aos outros, mas tem a função de coordenar os poderes, ou seja, um *pouvoir neutre*. Este “poder neutro, mediador, regulador e tutelar” (*neutralen, vermittelnden, regulierenden und bewahrenden Gewalt*) está no mesmo nível de todos os poderes constitucionais, embora tenha atribuições especiais para garantir o funcionamento dos demais poderes e da própria Constituição. Este poder deve ser neutro exatamente para não fortalecer um dos poderes existentes. Segundo sua interpretação da Constituição de Weimar, este poder neutro é o do Presidente do Reich, independente do Parlamento, eleito por toda a nação e dotado dos poderes especiais do artigo 48 da Constituição.²⁷

Carl Schmitt ainda afirma que o Presidente do Reich não representa apenas um poder neutro, mas tem também uma função de integração política, nos termos de Rudolf Smend, pois representa o Estado todo, em contraposição ao pluralismo do Parlamento. A unidade política do Estado, para Schmitt, está representado pelo Presidente, eleito por toda a nação.²⁸ A independência do Presidente do Reich em relação aos partidos é, segundo Schmitt, uma independência política, não apolítica, como a de um juiz. Esta independência assegura uma participação autônoma e positiva do Presidente na orientação ou influência sobre a vontade política, superando os métodos desintegradores do Estado pluralista de partidos. Schmitt enfatiza esta independência do “sistema plebiscitário” (Presidente) frente ao sistema parlamentar na Constituição de Weimar.²⁹

O Presidente do Reich, para Schmitt, poderia conduzir a política independentemente dos partidos, na medida que as tendências pluralistas dificultassem ou impossibilitassem o funcionamento normal do Estado Legislativo. Ao invés de apoiar a instituição de um Tribunal Constitucional³⁰ para decidir sobre as questões políticas e constitucionais, Schmitt afirma que a solução está prevista no próprio texto da Constituição de Weimar: o guardião da Constituição é o Presidente do Reich (*Nach dem vorliegenden Inhalt der Weimarer Verfassung besteht bereits ein Hüter der Verfassung, nämlich der Reichspräsident*). Sua estabilidade e permanência relativas (mandato de sete anos, independência das maiorias parlamentares) e suas atribuições tinham, segundo Schmitt, o objetivo de criar uma instituição neutra, protetora e garantidora do sistema constitucional e de seu funcionamento e que, em caso de necessidade, teria atribuições eficazes (as do artigo 48 da Constituição de Weimar) que permitiriam sua atuação na defesa ativa da Constituição.³¹

O papel do Presidente do Reich como guardião da Constituição, para Carl Schmitt, também corresponderia ao princípio democrático da Consti-

tuição de Weimar, pois ele era eleito diretamente por todo o povo alemão. Deste modo, o Presidente era o centro de um sistema plebiscitário e capaz de fazer frente ao pluralismo dos grupos sociais e econômicos representados no Parlamento. Ou seja, segundo Schmitt, o Presidente do Reich não garantiria apenas a Constituição, mas também a unidade do povo alemão como conjunto político. O Presidente seria o protetor e o guardião da unidade da Constituição e da integridade da nação.³²

A posição de Carl Schmitt, ao reforçar o poder presidencial em detrimento do Parlamento, como atestam os últimos gabinetes de Weimar (Brüning, Papen e Schleicher), nomeados pelo Presidente Hindenburg à revelia das maiorias parlamentares, ajudou a gerar a crise política final do regime democrático, que desembocaria no nazismo.³³ Apesar disto, as colocações de Schmitt, especialmente no livro *Der Hüter der Verfassung*, têm o mérito de chamar a atenção para a grande questão, até hoje não resolvida, do controle de constitucionalidade e da “guarda” da Constituição: as relações entre a defesa da Constituição e o sistema democrático. No fundo, tanto faz se o Guardião da Constituição é um Tribunal Constitucional, o Presidente da República ou o Parlamento. O problema surge, segundo Pablo Lucas Verdú, quando os órgãos de controle de constitucionalidade não se limitam mais a defender e a interpretar, como instância máxima, a Constituição, mas passam a assenhorear-se dela, ou, nas suas palavras: “*não se reduzem a ser o Hüter da Constituição, mas pretendem-se o Herr da mesma*”.³⁴

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANABITARTE, Alfredo Gallego. La Discusión sobre el Método en Derecho Público durante la Republica de Weimar (Ciencias del Espíritu y Método Jurídico). *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, n. 46, Janeiro/Abril de 1996, p. 24-25.

ANSCHÜTZ, Gerhard. *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919*, reimpr. 14. aufl. Aalen: Scientia Verlag, 1987.

BERCOVICI, Gilberto. Entre Institucionalismo e Decisionismo. *Novos Estudos*, São Paulo, n. 62, mar/2002, p. 191-3.

BREUER, Stefan. *Anatomie de la Révolution Conservatrice*. Paris: Éditions de la Maison des Sciences de l'Homme, 1996.

BUENO, José Antonio Pimenta. Marquês de São Vicente. *Direito Público brasileiro e análise da Constituição do Império*. Rio de Janeiro, Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1958, p. 201-213.

CONSTANT, Benjamin. *Cours de Politique Constitutionnelle*. 2. ed. Paris: Librairie de Guillaumin et Cie, 1872, v. 1.

DYZENHAUS, David. *Legality and legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*. Oxford/New York: Oxford University Press, 1999.

FRIEDRICH, Manfred. *Geschichte der deutschen Staatsrechtswissenschaft*. Berlin: Duncker & Humblot, 1997.

GARCÍA, Pedro de Vega. El tránsito del Positivismo Jurídico al Positivismo Jurisprudencial en la Doctrina Constitucional. *Teoría y Realidad Constitucional*, Madrid, n. 1, Universidad Nacional de Educación a Distancia/Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, jan./jun. 1998, p. 75-77 e 83-84.

GUSY, Christoph. *Die Weimarer Reichsverfassung*. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1997.

KELSEN, Hans. Chi Dev'Essere il Custode della Costituzione? *La Giustizia Costituzionale*, Milano: Giuffrè, 1981.

_____. *Quién Debe Ser el Defensor de la Constitución?* Madrid: Tecnos, 1995.

_____. Wer soll der Hüter der Verfassung sein? *Die Justiz*, Band VI (1930/1931), Berlin/Grunewald: Dr. Walter Rothschild, 1930-1931.

LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. Justiça constitucional e democracia: perspectivas para o papel do Poder Judiciário. *Revista da Procuradoria-Geral da República*, São Paulo, n. 8, jan./jun. 1996, p. 81-101.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História: lições introdutórias*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na 'sociedade órfã'. *Novos Estudos*, São Paulo, CEBRAP, n. 58, nov/2000, p. 183-202.

MOMMSEN, Wolfgang. *Max Weber et la politique allemande: 1890-1920*. Paris: PUF, 1985.

SCHEUERMAN, William E., *Carl Schmitt: The end of law*. Lanham/New York/Oxford: Rowman & Littlefield Publishers, 1999.

SCHMITT, Carl *Der Hüter der Verfassung*. 4. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 1996.

_____. *Archiv des öffentlichen Rechts*, v. 16.

_____. *Die Diktatur: Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf*. 6. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 1994.

_____. *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*. 8. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 1996.

_____. *Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben – Festgabe der Juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts (1. Oktober 1929)*, Berlin/Leipzig, Walter de Gruyter & Co., 1929, vol. 1.

_____. *Il Custode della Costituzione*. Milano: Giuffrè, 1981.

_____. *La Defensa de la Constitución*. Madrid: Tecnos, 1983.

_____. *Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar-Genf-Versailles, 1923-1939*. 3. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 1994.

_____. *Verfassungslehre*. 8. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 1993.

_____. *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954: Materialien zu einer Verfassungslehre*. 3. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 1985.

_____. *Weiterentwicklung des totalen Staats in Deutschland. Europäischen Revue*, fev. 1933.

SMEND, Rudolf. *Verfassung und Verfassungsrecht in Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*. 3. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 1994.

SOUSA, Paulino José Soares de. *Visconde do Uruguay. Ensaio sobre o Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1862.

VERDÚ, Pablo Lucas. *La Constitución en la encrucijada (palingenesia iuris politici)*. Madrid: Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1994.

¹ Vide ANABITARTE, Alfredo Gallego. La Discusión sobre el Método en Derecho Público durante la Republica de Weimar (Ciencias del Espíritu y Método Jurídico). *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, n. 46, jan./abr. 1996, p. 24-5 e FRIEDRICH, Manfred. *Geschichte der deutschen Staatsrechtswissenschaft*, Berlin, Duncker & Humblot, 1997, p. 320-76. Sobre a importância e atualidade do debate de Weimar para as Teorias do Estado e da Constituição contemporâneas, vide GARCÍA, Pedro de Vega. El Tránsito del Positivismo Jurídico al Positivismo Jurisprudencial en la Doctrina Constitucional. *Teoría y Realidad Constitucional*, Madrid, n. 1, Universidad Nacional de Educación a Distancia/Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, jan./jun. 1998, p. 75-7 e 83-8.

² Os textos principais deste debate são o livro de Carl Schmitt: *Der Hüter der Verfassung* (4. Aufl. Berlin, Duncker & Humblot, 1996), cuja edição original é de 1931 (há traduções espanhola e italiana: SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitución*. Madrid: Tecnos, 1983 e SCHMITT, Carl. *Il Custode della Costituzione*. Milano: Giuffrè, 1981); e o texto, escrito em resposta ao livro de Schmitt, de Hans Kelsen: *Wer soll der Hüter der Verfassung sein? Die Justiz*, Band VI (1930/1931), Berlin/Grunewald, Dr. Walter Rothschild, 1930-1931, p. 576-628 (há, também, traduções espanhola e italiana: KELSEN, Hans. *Quién Debe Ser el Defensor de la Constitución?* Madrid: Tecnos, 1995 e KELSEN, Hans. *Chi Dev'Essere il Custode della Costituzione?* In: *La Giustizia Costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1981, p. 229-291).

³ Este texto foi apresentado na reunião da *Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* (Associação dos Professores Alemães de Direito Público), em Jena, no ano de 1924, e republicado como apêndice ao livro de Schmitt sobre a Ditadura. Vide SCHMITT, Carl. *Die Diktatur: Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf*. 6. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 1994, p. 211-57.

⁴ Publicado na obra coletiva *Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben – Festgabe der Juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts (1. Oktober 1929)*, Berlin/Leipzig, Walter de Gruyter & Co., 1929, v. 1, p. 154-78 e republicado na coletânea SCHMITT, Carl. *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954: Materialien zu einer Verfassungslehre*. 3. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 1985, p. 63-109.

⁵ Publicado na revista *Archiv des öffentlichen Rechts*, v. 16, p. 161-237, mar/1929.

⁶ SCHMITT, Carl. *Der Hüter der Verfassung*, cit., p. 3-11.

⁷ *Id. Ibidem*, p. 12-16.

⁸ *Id. Ibidem*, p. 26-27.

⁹ *Id. Ibidem*, p. 18-22.

¹⁰ *Id. Ibidem*, p. 39-45.

¹¹ *Id. Ibidem*, p. 22.

¹² *Id. Ibidem*, p. 22, 53-54 e 60-70.

¹³ SCHMITT, Carl. *Verfassungslehre*. 8. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 1993, p. 9-10.

¹⁴ *Id. Ibidem*, p. 16 e 18-20.

¹⁵ *Id. Ibidem*, p. 20-22.

¹⁶ *Id. Ibidem*, p. 20-25.

¹⁷ SCHMITT, Carl. *Der Hüter der Verfassung*, cit., p. 73-91.

¹⁸ SCHMITT, Carl. *Verfassungslehre*, cit., p. 37-41, 125-128 e 219-220.

¹⁹ SCHMITT, Carl. *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*. 8. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 1996, p. 10-13.

²⁰ *Id. Ibidem*, p. 13-23.

²¹ Sobre esta passagem do Estado Liberal ao Estado Total, Carl Schmitt publicou o artigo “Die Wendung zum totalen Staat”, também em 1931, reproduzido às páginas 73-91 do livro *Der Hüter der Verfassung* e no livro: SCHMITT, Carl. *Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar-Genf-Versailles, 1923-1939*. 3. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 1994, p. 166-178. Para uma análise desta passagem, vide William E. SCHEUERMAN, *Carl Schmitt: The End of Law*, Lanham/New York/Oxford, Rowman & Littlefield Publishers, 1999, p. 86-90.

²² Schmitt vai estabelecer a distinção entre Estado Total Quantitativo e Estado Total Qualitativo no texto “Weiterentwicklung des totalen Staats in Deutschland”, publicado na *Europäischen Revue* de fevereiro de 1933 (elaborado, portanto, antes da ascensão de Adolf Hitler ao poder, em 30 de janeiro de 1933), e republicado no livro SCHMITT, Carl. *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, cit., p. 359-366. O Estado Total Quantitativo (*total in einem rein quantitativen Sinne, im Sinne des bloßen Volumens, nicht der Intensität und der politischen Energie*) é um Estado fraco. Apesar de intervir em todos os setores da vida social, o faz de maneira inefetiva, pois seu pluralismo o impede de tomar as decisões necessárias. Este é o Estado Total existente na democracia da República de Weimar. Já o Estado Total Qualitativo (*total im Sinne der Qualität und der Energie*), cujo exemplo concreto é o Estado Fascista italiano, é um Estado forte, que busca a unidade política de todo o povo. Neste Estado, o alcance objetivo da atuação do Estado é secundário em relação à sua efetividade e coerência, que faz a distinção necessária entre amigo e inimigo para garantir a homogeneidade do povo. Sobre esta distinção, vide, ainda: DYZENHAUS, David. *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*. Oxford/New York: Oxford University Press, 1999, p. 80-83 e SCHEUERMAN, William E. *Carl Schmitt: The end of law cit.*, p. 102-104.

²³ SCHMITT, Carl. *Der Hüter der Verfassung*, cit., p. 91-4.

²⁴ Texto do artigo 48 da Constituição de Weimar:

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

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

De todas as medidas que adote com fundamento nos parágrafos 1º e 2º deste artigo, o Presidente do Reich deverá dar conhecimento ao Parlamento. A pedido deste, tais medidas se tornarão sem efeito.

O Governo de um Estado poderá aplicar provisoriamente as medidas expressas no parágrafo 2º deste artigo quando o atraso em adoptá-las implique perigo. Tais medidas se tornarão sem efeito a pedido do Presidente do Reich ou do Parlamento.

Os pormenores serão regulamentados por uma lei do Reich”.

Segundo Carl Schmitt, o artigo 48 da Constituição de Weimar consistia em uma combinação dos conceitos de ditadura comissária (*kommisarische Diktatur*), ou seja, uma ditadura de ação incondicionada de um poder constituído, e de ditadura soberana (*souveränen Diktatur*), uma ditadura de ação incondicionada do poder constituinte. Neste sentido, vide SCHMITT, Carl. *Die Diktatur*, cit., p. 143 e 197-200. Para o comentário clássico sobre o artigo 48 da Constituição de Weimar, vide ANSCHÜTZ, Gerhard. *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919*, reimpr. 14. Aufl. Aalen: Scientia Verlag, 1987, p. 267-300. Para uma análise atual, vide: GUSY, Christoph. *Die Weimarer Reichsverfassung*. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1997, p. 107-15.

²⁵ SCHMITT, Carl. *Der Hüter der Verfassung*, cit., p. 115-31.

²⁶ Para a crítica da concepção schmittiana de “garantias institucionais”, vide BERCOVICI, Gilberto. Entre Institucionalismo e Decisionismo. *Novos Estudos*, São Paulo, n. 62, p. 191-3, mar./2002.

²⁷ SCHMITT, Carl. *Der Hüter der Verfassung* cit., p. 132-40. Para a concepção de um *pouvoir neutre*, cujo objetivo é a coordenação e cooperação entre os demais poderes do Estado, buscando manter a ordem e a liberdade, sem preocupação com as paixões políticas, vide: CONSTANT, Benjamin. *Principes de Politique*. In: *Cours de Politique Constitutionnelle*. 2. ed. Paris: Librairie de Guillaumin et Cie, 1872, v. 1, p. 18-29 e CONSTANT, Benjamin. *Réflexions sur les Constitutions et les Garanties*. In: *Cours de Politique Constitutionnelle*, cit., v. 1, p. 177-93. A teoria de Constant é a inspiradora do Poder Moderador instituído pela Constituição brasileira de 1824 (e pela Constituição portuguesa de 1826). Para a análise do Poder Moderador, “chave da organização política”, na Constituição do Império, de 1824, vide BUENO, José Antonio Pimenta. Marquês de São Vicente. *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*, Rio de Janeiro, Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1958, p. 201-13 (comentário aos artigos 98 a 101 e 142 a 143 da Carta de 1824) e SOUSA, Paulino José Soares de. Visconde do Uruguay. *Ensaio sobre o Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Typographia Nacional, 1862, tomo 2, especialmente o capítulo XXVIII, p. 35-114. Vide, também: LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História: Lições Introdutórias*. São Paulo, Max Limonad, 2000, p. 317-22. Carl Schmitt cita expressamente uma tradução francesa do artigo 98 da Constituição brasileira de 1824. Vide SCHMITT, Carl. *Der Hüter der Verfassung*, cit., nota 1, p. 133.

²⁸ SCHMITT, Carl. *Der Hüter der Verfassung*, cit., p. 141-49. Sobre a noção de “integração funcional” (“*Funktionelle Integration*”), vide SMEND, Rudolf. *Verfassung und Verfassungsrecht in Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*. 3. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 1994, p. 148-60.

²⁹ Carl SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung*, cit., p. 156-8.

³⁰ Segundo Schmitt, um Tribunal Constitucional não seria um poder neutro, mas um tribunal político que, além de tudo, seria contrário ao princípio democrático, pois criaria uma “aristocracia de toga” (*Aristokratie der Robe*). Cf. SCHMITT, Carl. *Der Hüter der Verfassung*, cit., p. 153-6.

³¹ *Id. Ibidem*, p. 158-159.

³² *Id. Ibidem*, p. 159. Sobre a influência da concepção de liderança carismática de Max Weber na interpretação de Carl Schmitt do papel do Presidente do Reich como Guardião da Constituição, vide Wolfgang MOMMSEN, *Max Weber et la Politique Allemande, 1890-1920*. Paris: PUF, 1985, p. 477-86.

³³ BREUER, Stefan. *Anatomie de la Révolution Conservatrice*. Paris: Éditions de la Maison des Sciences de l’Homme, 1996, p. 185-96. Segundo Breuer: “Schmitt, après coup, a prétendu que ses propositions avaient été <<une tentative désespérée>> de sauver le système présidentiel, <<la dernière chance de la Constitution de Weimar>>; mais on lui répondra que c’est précisément ce système présidentiel qui, en raison de l’attitude de sa direction (elle était tout sauf neutre), avait instauré cette situation dans laquelle des partis armés de guerre civile pouvaient remettre en question le cœur de l’État, à savoir le monopole de la violence physique légitime, et ce avec d’autant plus de succès que la direction de la Reichswehr, au cours de ses simulations s’aperçut au cours de l’été 1932 qu’elle ne pourrait pas faire face à une guerre civile. Un président qui ne voyait aucun inconvénient à être membre d’honneur d’une ligue aussi ouvertement antirépublicaine que le Stahlhelm, qui contribuait de manière décisive à saper la formation du gouvernement par la voie parlementaire et qui, au bout du compte, congédiait Brüning pour satisfaire aux intérêts des propriétaires fonciers qui lui étaient proches alors que Brüning avait engagé le combat

contre la SA, un tel président pouvait difficilement passer pour de pilier et le sauver du régime que déplaçait Schmitt. Il fut au contraire l'une des causes principales de la situation dans laquelle on avait irrémédiablement sombré à l'été 1932. Schmitt a peut-être essayé, au dernier moment, de changer de cap et de parer la menace de dictature d'un parti en instaurant une dictature présidentielle souveraine. Mais le fait que cette tentative ait eu lieu dans des circonstances où elle n'avait que peu de chances de réunir était justement une conséquence de ce système pour lequel Schmitt avait tant travaillé" Idem, p. 192-3.

³⁴ VERDÚ, Pablo Lucas. *La Constitución en la Encrucijada (Palingenesia Iuris Político)*. Madrid: Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1994, p. 75-6. Para o debate atual sobre as tensas relações entre democracia e jurisdição constitucional, vide MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na 'sociedade órfã'. *Novos Estudos*, São Paulo, CEBRAP, n. 58, p. 183-202, nov/2000; e LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. Justiça constitucional e democracia: perspectivas para o papel do Poder Judiciário. *Revista da Procuradoria-Geral da República*, São Paulo, n. 8, p. 81-101, jan./jun. 1996.

ABSTRACT

This article attempts to rebuild the reasoning presented by Carl Schmitt regarding the defense of the Constitution in his well-known debate on the subject held with Hans Kelsen at the beginning of the Thirties.

KEYWORDS

Carl Schmitt. Weimar. Total State. Defense of the Constitution. Theory of the Constitution.

RÉSUMÉ

Cet article cherche de reconstruire l'argumentation exposée par Carl Schmitt par rapport à la défense de la Constitution dans son célèbre débat au début des années 30 avec Hans Kelsen.

MOTS-CLÉS

Carl Schmitt. Weimar. État Totale. Défense de la Constitution. Théorie de la Constitution.