

# O PODER JUDICIÁRIO E A DEFESA DA CONSTITUIÇÃO EM CARL SCHMITT

**Daniel Francisco Nagao Menezes**

Graduado em Direito (PUC-Campinas). Mestre e Doutor em Direito Político e Econômico (Universidade Presbiteriana Mackenzie). Pós-Doutor em Direito (USP). Pós-Doutorando em Economia (UNESP-Araraquara). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo/SP. Professor colaborador da Maestría em Economía Social da Universidad Autónoma de Guerrero, Acapulco, México. Membro do Ciriec-Brasil.

---

**Resumo:** Este artigo estuda as considerações de Carl Schmitt sobre o chamado “terceiro poder” do Estado. Em primeiro lugar, com a ajuda do jurista alemão, expõe-se a doutrina geral da divisão de poderes e seu significado político. Em seguida, seu texto *Gesetz und Urteil (Lei e julgamento)* serve como ponto de partida para analisar a crítica schmittiana ao normativismo kelseniano. Em um terceiro momento, as investidas do autor contra o Estado liberal de direito e seu ideal de alcançar um “Estado de Justiça” serão examinados. Ao final, é contemplado como o defensor da Constituição alemã exibiu suas faculdades factuais e jurídicas ilimitadas na história.

**Palavras-chave:** Judiciário. Estado de direito. Divisão de poderes. Normativismo. Decisionismo. Ditadura. Soberania. Führertum.

**Sumário:** Introdução – 1 O poder de julgar – 2 *Lei e julgamento* na crise do positivismo jurídico – 3 O Estado liberal de direito e o “Estado de justiça” como ideal – 4 O defensor da Constituição – Conclusão – Referências

---

## Introdução

O Judiciário, composto por juízes de um país, nada mais é do que “o instrumento que pronuncia as palavras da lei” (*La Bouche qui prononce les paroles de la loi*), seres inanimados que podem moderar nem a força ou o rigor das leis, daí o poder de julgar (o *puissance de juger*) é, em certa medida, nulo (*en quelque façon nulle*). Essas citações conhecidas de Montesquieu são frequentemente repetidas ao longo dos trabalhos de Carl Schmitt<sup>1</sup> e com elas pode ser resumido o significado que esse poder estatal tem para a teoria política do jurista alemão.

---

<sup>1</sup> “Carl Schmitt, nasceu em Plettenberg, Alemanha, em 11 de julho de 1888 e falecido em 07 de abril de 1985, é um dos mais controversos juristas da Alemanha dada a sua proximidade com o regime do

Este trabalho tem como objetivo mostrar as considerações do “Velho Homem de Plettenberg” sobre o chamado “terceiro poder” do Estado. Para isso, em primeiro lugar, o próprio Schmitt nos guiará na exposição da doutrina geral da divisão de poderes e seu significado político na história do constitucionalismo e do Estado. Em seguida, seu livro *Lei e julgamento* servirá para expressar os postulados da dogmática tradicional alemã sobre o que deveria ser a função judicial, seu contexto histórico e a crítica do normativismo, descobrindo seu pano de fundo ideológico. Em seguida, examinaremos a conceituação schmittiana do Estado liberal de direito, cujo ideal é alcançar um “Estado de justiça” no qual tudo seja resolvido de acordo com um procedimento previamente estabelecido. Mas, como se verá, para nosso autor, a defesa da Constituição não pode ser confiada aos tribunais de justiça, mas a um Executivo forte. Portanto, em último lugar, contemplaremos como o soberano de Schmitt implantou na história, de fato e de direito, seu poder sem limites.

O artigo pretende aprofundar a discussão sobre a tese do terceiro poder, defendida por Schmitt, e contribuir (originalidade) para demonstrar que ela é atemporal, podendo ser utilizada nos dias atuais. A metodologia utilizada é a hipotético-dedutiva, com emprego de revisão bibliográfica como fonte de pesquisa.

## 1 O poder de julgar

A nova formulação da teoria da divisão de poderes por esse aristocrata liberal tinha vocação para a universalidade e imediatamente se tornou o dogma do constitucionalismo revolucionário. Os autores de *The federalist* atribuem o crédito ao “oráculo de Montesquieu” por ter exposto este preceito inestimável da ciência política e requerer a atenção da humanidade.<sup>2</sup>

A principal novidade da fórmula consistia em considerar que, dada a inclinação natural de todo homem a abusar do poder, a liberdade individual e política só seria garantida pela divisão em diferentes titulares dos três poderes existentes em cada Estado, já que poder pode ser limitado somente pelo poder (*o pouvoir arrête*

---

nacional socialismo, do qual participou. Schmitt nasceu na região alemã de Vestfália, filho de um pequeno comerciante católico; estudou Ciência Política e Direito em Berlim, Munique e Estrasburgo, graduando-se em 1910. Tornou-se professor da Universidade de Greifswald em 1921, da Universidade Hochschule für Politik (Berlim), em 1926, da Universidade de Colônia em 1932 e por fim, da Universidade de Berlim no ano de 1933, o mesmo ano que entrou para o Partido Nazista, no qual permaneceu filiado até 1936 quando saiu do partido por pressão da SS” (MENEZES, Daniel Francisco Nagao. *Carl Schmitt e a atuação do Estado na economia*. Belo Horizonte: Arraes, 2016. p. 11).

<sup>2</sup> MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *O federalista*. São Paulo: Russel, 2009. p. 204.

*le pouvoir*).<sup>3</sup> Nas palavras de Madison, “la acumulación de todos los poderes, legislativos, ejecutivos y judiciales, en las mismas manos, sean éstas de uno, de pocos o de muchos, hereditarias, autonombradas o electivas, puede decirse que constituye la definición misma de la tiranía”.<sup>4</sup>

Agora, como advertiu o Juiz Robert Yates, assinando sob o pseudônimo de Brutus, para afastar as objeções dos mais conhecidos “papéis antifederalistas”, e como salientou, as ideias de Schmitt sobre a divisão ou separação não são as que presidem a teoria de Montesquieu, mas as ideias de harmonia, de equilíbrio, de forças opostas que são neutralizadas, ideias que dominaram o pensamento europeu desde o século XVI. Sustenta Schmitt que a teoria de Montesquieu é incompreensível, uma vez que o estabelecimento de um sistema de controles recíprocos, freios e contrapesos mútuos devido à necessidade de apoiar os organismos intermediários (*corps intermédiaires*) em sua luta contra o absolutismo real.<sup>5</sup> Por isso, tem sido dito que na realidade não existe em Montesquieu uma teoria jurídica da separação de poderes, mas um conceito político e social do equilíbrio de poder, o equilíbrio que tende a consagrar uma potência entre outros: a da aristocracia.<sup>6</sup>

No entanto, como tantas vezes acontece na história das ideias, a teoria da divisão de poderes foi emancipada de seu propósito original e tornou-se parte fundamental da ideologia liberal revolucionária, juntamente com os postulados da soberania popular-nacional, Estado de direito e garantia dos direitos individuais, refletidos nos textos constitucionais da época. Assim, por exemplo, no §1º do art. V da Carta de Direitos de Virgínia de 1776, ao proclamar que “os poderes legislativo e executivo do Estado deveriam ser separados do Judiciário”. No art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: “Toda sociedade na qual a garantia de direitos não é efetiva, nem a separação de poderes estabelecida, não tem Constituição”.

Onde o princípio da soberania nacional triunfou, o princípio da divisão de poderes foi imediatamente reconhecido. No entanto, onde as forças liberais não foram capazes de pôr fim ao princípio monárquico já desvalorizado, a divisão de poderes foi diluída, embora não retornasse ao Antigo Regime. A monarquia tradicional, na verdade, estava morta. Nestes casos, como assinalou Schmitt, o que aconteceu foi que as monarquias da Santa Aliança se tornaram constitucionais,

<sup>3</sup> MONTESQUIEU, Charles Luis de Secondat. *Do espírito das leis*. São Paulo: Martin Claret, 2009. p. 187. Para a teoria da divisão de poderes, sua origem e evolução na doutrina constitucional, veja GARCÍA-PELAYO, Manuel. Algunos temas de derecho constitucional contemporáneo. *Revista de la Facultad de Derecho UCAB*, v. 23, p. 273-293, 1977 e; GARCÍA-PELAYO, Manuel. La división de poderes y su control jurisdiccional. *Revista de Derecho Político*, n. 18-19, p. 6-16, 1983.

<sup>4</sup> MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *O federalista*. São Paulo: Russel, 2009. p. 205.

<sup>5</sup> SCHMITT, Carl. *La dictadura*. Tradução de José Díaz Garcia. Madrid: Revista do Occidente, 1968. p. 137-145.

<sup>6</sup> TOUCHARD, Jean. *Historia de las ideas políticas*. Tradução de Javier Pradera. Madrid: Tecnos, 1970. p. 311.

representando de fato a burguesia. Assim, o princípio de legitimação da restauração funcionou como uma simples regra de cálculo racional, e constituiu um bom exemplo de como a burguesia conseguiu interferir em todas as decisões, alcançando um delicado equilíbrio entre a monarquia absoluta e democracia proletária.<sup>7</sup>

Neste ponto de não retorno, porque, como disse Balmes, a partir do momento em que os povos fazem cálculos sobre a monarquia, em vez de amá-la, a monarquia morre ou se torna uma simples chefia de Estado.<sup>8</sup> O liberalismo do século XIX encontrou a chave para o equilíbrio constitucional no que Benjamin Constant chamou de “poder moderador” do Estado, incorporado na figura do monarca constitucional. Seria um ente neutro – *intermédiaire et régulateur pouvoir* – árbitro e fiador do funcionamento dos outros poderes e da própria Constituição. Como Schmitt enfatizou, a influência dessa nova técnica constitucional também será grande. Foi incorporada na íntegra na Constituição brasileira (imperial) de 25.3.1824, e Carta da Monarquia portuguesa de 29.4.1826, cujos arts. 98 e 71 definem respectivamente poder moderador como chave para toda a organização política.

A esta técnica também se deve o catálogo de prerrogativas e poderes do chefe de Estado (monarca ou presidente): inviolabilidade, promulgação de leis, indultos, nomeação de ministros, dissolução da câmara eleita. E, além disso, é possível encontrar em alguns textos entre guerras, por exemplo, no projeto de Constituição da monarquia espanhola de 6.7.1929 (ditadura de Primo de Rivera), em que um Conselho do Reino foi instituído como instrumento do poder moderador e harmônico, o qual correspondia ao rei (arts. 43 a 53).<sup>9</sup>

O constitucionalismo democrático e o Estado social, reconhecidos nas Constituições mexicanas de 1917, alemã de 1919, austríaca de 1920 e espanhola de 1931, significaram, em essência, a extensão do sufrágio universal e superação do estado policial. O dogma da divisão de poderes tornou-se parte da estrutura das novas formas de Estado, que, por um lado, com exceção do presidencialismo mexicano, optaram por um regime político do parlamentarismo racionalizado, no qual as partes agora seriam representadas por partidos e organizações; por outro lado, atribuíram ao Estado um papel ativo na economia; e, finalmente, contemplavam uma maior distribuição territorial do poder. Mas foi necessário esperar as revoluções para contemplar o fim do Antigo Regime e chegar a esta nova forma de Estado na história constitucional, sendo possível apenas através de episódios de violência. Especificamente, foi necessário para a eclosão da Primeira Guerra

<sup>7</sup> SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Tradução de Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 2011. p. 211.

<sup>8</sup> GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Alianza Editorial, 1999. p. 283.

<sup>9</sup> SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 113.

Mundial, que mobilizou todos os recursos humanos e materiais dos Estado, e a Revolução Russa, que ameaçou espalhar o comunismo.

Resumidamente, durante a República de Weimar, Schmitt caracteriza esta nova situação constitucional através de três conceitos: pluralismo, policracia e federalismo, explicando que, na medida em que o sufrágio universal permitiu que o sistema parlamentar refletisse em um maior pluralismo, sendo representados no Parlamento diferentes partes econômicas, culturais e religiosas, a distinção entre Estado e sociedade estava desaparecendo. Isto resultou no fato de a sociedade se organizar no Estado e tornar-se parte do Estado, que já não podia se manter neutro para o desempenho econômico, religioso ou cultural, transformando-se assim em Estado econômico, Estado cultural, Estado Providência etc. Este novo Estado, segundo o jurista, não pode ser objetivo e neutro; é um mero instrumento do partido político ganhador das eleições que deixa subsistente a ameaça de guerra civil interior e exterior. A única maneira de afastar essa ameaça está apostando em um “Estado total qualitativo”, representado pela figura do presidente – ponto de união do exército e da burocracia – cuja legitimidade é plebiscitária e aclamativa, manifestação autêntica da democracia que lhe permitiria impor vontade do Estado sobre o pluralismo dissolvente da sociedade. A Itália de Mussolini materializou na prática seu modelo teórico.

O problema que surgiu para Schmitt não era que o Estado sucumbisse à sociedade, mas que a extensão do voto favorecesse novos conquistadores. Mas, independentemente desta crítica, houve a sensibilidade do jurista em alertar para os novos problemas que o constitucionalismo entre guerras teve de enfrentar como resultado da expansão do setor público, como a proliferação de regulamentações, ou a consolidação de partidos de massa, não podendo ser negada a sua presença em todas as áreas do Estado.

## **2 Lei e julgamento na crise do positivismo jurídico**

Encontramos a primeira referência de Schmitt à função jurisdicional em seu primeiro livro *Gesetz und Urteil. Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis (Lei e julgamento. Uma investigação sobre o problema da prática jurídica)*, publicado quando ele estava prestes a completar vinte e quatro anos. Ele dedicou a sua tese ao criminoso Fritz van Calker. A tese de doutorado defendida na Universidade de Estrasburgo tratava sobre uma das questões penais do momento: culpa e suas formas (*Über Schuld und Schuldarten*), com as quais obteve a mais alta classificação.

Em Estrasburgo dominava o positivismo jurídico da Escola Alemã de Direito Público (Gerber, Laband). Para esta escola, a ciência jurídica não argumentava

nem justificava o direito; o direito positivo era dogma e a jurisprudência tinha que se limitar a um trabalho de subsunção.<sup>10</sup> Schmitt criticou o método exegético neste primeiro livro, no qual ele queria ver a primeira versão de seu decisionismo. No entanto, tal conclusão pode ser um pouco exagerada. Decisionismo que deu fama à Schmitt tem a ver com a sua teorização sobre a fundação ou a manutenção da ordem política, problemas de ciência política e direito constitucional, e não com o processo judicial sujeito a este processo de tomada de decisão política, que poderia ser facilmente enquadrado no gênero de direito judicial, orgânico e processual.

A obra de Schmitt tem a pretensão de investigar a fundo os antecedentes do decisionismo, o que é visto em seus diversos artigos sobre a ditadura e o Estado em tempos de exceção, que publicou durante a Primeira Guerra Mundial, período em que foi designado como oficial na retaguarda, em Munique. A verdade é que ainda teremos que esperar dez anos até que Schmitt pronuncie em teologia política que seu lapidar “soberano é quem decide sobre o estado de exceção”.<sup>11</sup> O soberano, como ele disse na obra *Legalidade e legitimidade*, ao estudar os diferentes tipos de Estado sob o poder preponderante, legislativo, judicial, administrativo, é: “ao mesmo tempo, o legislador supremo, o juiz supremo e o comandante supremo em chefe, a fonte última de legalidade e o fundamento último da legitimidade”.<sup>12</sup>

Com a sua pesquisa sobre o problema da prática jurídica, Schmitt provavelmente seguiu os tratadistas (Bülow, Ehrlich, Kantorowicz) do chamado “movimento de direito livre” (*Freirechtsbewegung*), tomando partido contra a dogmática legal, em um texto de iniciação de uma promissora carreira universitária; texto que, de resto, é bastante repetitivo desde o início com a pergunta retórica recorrente: quando se pode dizer que uma decisão judicial está correta? O que se pode observar neste livro é o início da sua controvérsia eterna com o normativismo de Hans Kelsen, que, de acordo com Schmitt, com o seu “método de aplicação da lei” não resolve o problema da validade da lei ou o da prática judicial.

De acordo com a hermenêutica tradicional, diz Schmitt, uma decisão judicial é correta se não anulada por uma instância judicial superior ou o que é o mesmo, quando outro juiz tinha resolvido o caso da mesma forma, ou, dito de outra forma, quando a decisão é previsível e calculável. Por este sentido metodológico, o juiz é uma máquina de subsumir (*Subsumtions-Maschine*), um autômato de direito (*Gesetzautomat*), que deve atuar como está previsto na própria lei. Para isso, o princípio que deve orientar a prática, a fim de chegar a uma decisão correta, é

<sup>10</sup> GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Alianza Editorial, 1999. p. 278.

<sup>11</sup> SCHMITT, Carl. *Teología política*. Tradução de Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 23.

<sup>12</sup> SCHMITT, Carl. *Legalidade e legitimidade*. Tradução de Tito Lívio Cruz Romão. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 261.

procurar a “vontade do legislador” (*Wille des Gesetzgebers*), ou da “lei” (*Wille des Gesetzes*).

Schmitt refutará tais pressupostos, destacando, em primeiro lugar, que o direito positivo indica apenas que o Judiciário é exercido por tribunais, de forma independente, sujeito apenas ao direito, mas não diz nada sobre a vinculação entre o juiz e a lei ou sobre a função judicial em determinadas circunstâncias. Além disso, o princípio da indagação da “vontade da lei” é, na sua opinião, uma mera ficção por várias razões. A primeira, devido à dificuldade de descobrir qual é o conteúdo psicológico da vontade de uma assembleia legislativa composta de “cabeças múltiplas”. Em segundo lugar, estamos partindo do fato de que a lei tem um conteúdo imutável quando, na realidade, é uma força em constante movimento. Por outro lado, a aplicação da lei envolve, pelo menos, duas operações: encontrar a lei aplicável ao caso e incluí-lo corretamente, desde que, é claro, o caso esteja previsto na lei. Por fim, em tal busca, ainda é necessário descobrir onde está a realidade social e o contexto histórico em que a lei deve ser aplicada.

O panorama histórico do positivismo jurídico é na realidade adequado aos estados europeus no século XIX, caracterizado, em maior ou menor medida em Estados de direito liberais, em que havia triunfado o liberalismo doutrinário e seu ideário de soberania compartilhada, sufrágio censitário, preponderância do Executivo, bicameralismo e defesa da propriedade individual e da liberdade. Esta ordem liberal burguesa era intocável, daí o jurista teve de se adaptar às meras exegeses e integração das lacunas do direito positivo por operações lógicas formais, tendo em vista a unidade do sistema legal que não admitia lacuna.

No entanto, esta ordem política foi à falência quando eclodiu a I Guerra Mundial em 1914 e a Revolução Russa. O antagonismo social veio à tona e o “quarto estado” reivindicou participação real no poder, já que não era mais possível continuar a contemplar a sociedade como uma instância autorregulada, na qual o Estado burguês só tinha de intervir para restaurar a ordem em si.<sup>13</sup>

A revolução, a democracia parlamentar e a ditadura constituíram a nova realidade com a qual os juristas tiveram de lidar. As soluções oferecidas pelos constitucionalistas para a articulação da ordem política eram diferentes, dependendo, é claro, de sua filiação ideológica. Na Alemanha, o novo *régimen* político da República Federal de Weimar teve seu quadro regulamentar fundamental na Constituição de 1919. Aceitando como ponto inicial a democracia parlamentar, Kelsen formulou a “teoria pura do direito”, com sua pretensão de eliminar qualquer lacuna moral, política ou ideológica da esfera legal. A “teoria pura” entende o

<sup>13</sup> GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Alianza Editorial, 1999. p. 282.

direito como um sistema de normas dotadas de autonomia e objetividade, cuja validade está em sua adaptação a uma norma fundamental (*Grundnorm*). O conceito de Estado, para Kelsen, é uma hipótese metafísica para representar a unidade da ordem, uma vez que o Estado é essencialmente um sistema de regras, uma ordem jurídica e não um fato ou uma pessoa.<sup>14</sup>

Juristas de direita (Schmitt, Rudolf Smend) e esquerda (Hermann Heller), como muito cedo notou o discípulo espanhol de Kelsen, Legaz Lacambra, deram um tiro à queima-roupa contra a “teoria pura”. A esquerda usou a sua suspeita tradicional contra o parlamentarismo e a lei como instrumentos da classe dominante, criticando o fato de que com a eclética “nomocracia” qualquer Estado pode ser justificado e, de acordo com este formalismo, é Estado de direito.

Mas, talvez, a principal objeção dos juristas contra a “teoria pura” foi que ela deixou sem explicação a questão da positividade da norma e da “realidade estatal”. Não poderia ser que o Estado fosse apenas uma ficção, abstração ou centro de imputação normativa desde que a partir dele a unidade fosse alcançada. Dizia-se que uma norma sem vontade que a sustente era um puro julgamento lógico ou uma mera exigência ética, mas não uma norma legal positiva. “Uma norma”, assinalou Schmitt, “nunca se estabelece por si mesma”.<sup>15</sup>

Essas objeções “científicas” foram, naturalmente, de natureza política. A República de Weimar não foi bem recebida por aqueles que rejeitaram o sufrágio universal e o governo da maioria como instrumentos para estabelecer a ordem política; em vez disso, a geração de mitos e símbolos que provocaram a adesão incondicional (Smend) foi justificada; ou a imposição de uma decisão soberana (Schmitt).

A “teoria da integração” de Smend significava, de acordo com Kelsen, mais uma tentativa de minar a Constituição da República alemã, tendo em vista o conjunto de tautologias expressas em frases como:

especialmente el Estado se realiza a sí mismo mediante la continuada renovación de su realidad como asociación de voluntades de todos sus miembros, por encima de cualquier pasividad y de cualquier resistencia de individuos o de grupos, o incluso de mayorías importantes.<sup>16</sup>

Na mesma linha há Legaz Lacambra, para quem a teoria da integração de Smend era a defesa velada da monarquia alemã e o decisionismo de Schmitt. O

<sup>14</sup> KELSEN, Hans. *Esencia y valor de la democracia*. Tradução de Rui Luengo Tapia. Barcelona: Labor, 1977. p. 50.

<sup>15</sup> SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Tradução de Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 2011. p. 16.

<sup>16</sup> SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Tradução de Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 2011. p. 16.

autor nega a justiça constitucional e erige o presidente do *Reich* como defensor da Constituição, com o sucesso que a realidade política alemã criou e que levou Kelsen, de acordo com sua teoria, a dizer que o nacional-socialismo criou uma nova ordem jurídica cuja regra fundamental era: *deve se comportar como ordena o Führer*.

Em última análise, a declaração de Schmitt sobre o personagem fantasmagórico de “teoria pura” é uma postura decorrente do sentimento antiliberal e antidemocrático de nosso autor, que deliberadamente repudiou os escritos de Kelsen favoráveis ao regime democrático, fonte primal de legitimação. De fato, com a crítica do normativismo, o que Schmitt fez foi negar, via Kelsen, a Constituição de Weimar, que ele sempre considerou fruto dos compromissos entre os partidos políticos e as potências vencedoras. Assim, diante da liderança normativista, manteve um conceito de Constituição existencial e agonizante, entendida como a decisão política de um povo a viver de acordo com sua própria maneira de ser e, portanto, considera que, da Constituição de 11.8.1919, valeria a pena salvar apenas seu Preâmbulo, isto é, a “consciência” do povo alemão de sua própria existência como unidade. Em última análise, a oposição entre determinação e normativismo não é uma questão puramente científica, mas o resultado de escolhas políticas, no caso de Schmitt traduzida em sua luta firme contra Weimar, Genebra e Versalhes, oferecendo soluções autocráticas para articulações de política.

### 3 O Estado liberal de direito e o “Estado de justiça” como ideal

O Estado liberal de direito burguês teria sido classificado por Aristóteles como uma forma política degenerada se o estagirita tivesse seguido Schmitt. Este Estado, na opinião do nosso autor, repousa sobre um individualismo e economicismo doentios, incapazes de exigir o sacrifício da vida que, em certas ocasiões, requer toda a unidade política. Todo *pathos* liberal, com sua teoria dos direitos fundamentais e a doutrina da divisão de poderes, é dirigido contra a unidade política do Estado.<sup>17</sup>

Os direitos naturais e inalienáveis do homem necessariamente cerceiam, de acordo com Schmitt, a soberania do Estado e põem em perigo a paz interna. Portanto, a teoria dos direitos humanos é, propriamente, um sacrilégio. As formas políticas da antiguidade não conheciam esses direitos de liberdade; teria parecido

<sup>17</sup> SCHMITT, Carl. *O conceito do político*. Teoria do partisan. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 138.

inconcebível uma esfera privada contra a comunidade política e seria considerado absurdo, imoral e indigno de um homem livre pensar em uma liberdade independente da liberdade política de seu povo e do Estado.<sup>18</sup>

De fato, na linha dos teóricos contrarrevolucionários, os alemães viam a Reforma luterana como a raiz dessa teoria individualista e desviante. Nas palavras de seu admirado Donoso Cortés, a Reforma levou a escândalos, políticos, sociais e religiosos, foi germe de uma licença de liberdade religiosa, que, como se sabe, levava à tirania, porque no

hay más que dos represiones posibles: una interior y otra exterior, la religiosa y la política. Éstas son de tal naturaleza, que cuando el termómetro religioso está subido, el termómetro de la represión está bajo, y cuando el termómetro religioso está bajo, el termómetro político, la represión política, la tiranía está alta.<sup>19</sup>

O surgimento do Estado moderno no século XVI deu lugar a um pluriverso político que pôs fim à cristandade medieval. A religião tornou-se uma questão privada do indivíduo, o primeiro de todos os direitos fundamentais, e tanto a Igreja como o Estado se tornaram algo relativo, que só poderia derivar seu valor como um meio auxiliar daquele valor absoluto: o indivíduo. O Leviatã já estava mortalmente ferido com o triunfo da liberdade religiosa. A partir desse momento, sucessivas gerações de direitos (civis, políticos e sociais) puseram fim ao Estado e enfraqueceram seu potencial como redutor de conflitos.<sup>20</sup>

No último terço do século XX, surgiu uma tímida “quarta geração de direitos” que compreende um conjunto diversificado de poderes, às vezes sensibilidades, em defesa do meio ambiente, da paisagem ou dos animais. Schmitt não se deteve com esses novos direitos, mas certamente com eles teria confirmado que a comunidade política estava definitivamente perdida em um conjunto de prescrições normativas que não orbitam o “eu” e se estendem até mesmo aos animais domésticos.

Como pode ser visto, os direitos e liberdades individuais adquirem a categoria de blasfêmia em Schmitt. O autor ainda estaria encarregado de diferenciar esses direitos das chamadas “garantias institucionais”, definidas como o instrumento constitucionalmente previsto para proteger o conteúdo mínimo que permite reconhecer certas instituições que são valiosas para uma comunidade,

---

<sup>18</sup> SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Tradução de Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 2011. p. 165.

<sup>19</sup> DONOSO CORTÉS, Juan. *Discursos políticos*. Madrid: Tecnos, 2002. p. 22.

<sup>20</sup> SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Tradução de Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 2011. p. 169.

como exemplo, a administração de entidades locais como garantia de autonomia municipal ou a proibição de tribunais de exceção com a garantia ao direito ao juiz natural predeterminado por lei.<sup>21</sup> Com essa diferenciação, o jurista lidou com o problema de possíveis abusos do legislador na promulgação de leis que poderiam distorcer o conteúdo essencial das instituições fundamentais do Estado. Não há nada que se oponha a essas considerações pioneiras sobre as categorias de uma lei constitucional ainda incipiente. No entanto, pode-se dizer que nosso autor não manteve as mesmas prevenções contra as ações do Executivo, então suas sábias observações revelam, no fundo, uma prevenção adicional contra a democracia parlamentar.

A teoria da divisão de poderes constitui para nosso autor, como já foi dito, o outro grande obstáculo estrutural que mantém o Estado sob controle. Schmitt prefere usar o termo “distinção de poderes” (*Gewaltenunterscheidung*) em vez da expressão mais comum, “divisão” (*Teilung*) ou “separação” (*Trennung*), porque, em sua opinião, a palavra “distinção” expressa a melhor prática constitucional de “equilíbrio de poderes”.

A partir dessa teoria, segundo o jurista, a burguesia liberal derivou as garantias de legalidade, segurança jurídica e controle judicial para o legítimo exercício do poder. As consequências decorrentes da técnica da distinção de poderes são, primeiro, que somente pela lei pode ser feita interferência na esfera da liberdade do indivíduo; em segundo lugar, que todas as manifestações do poder do Estado, incluindo a legislação e o governo, podem ser reduzidas a um desempenho calculável anterior, de acordo com normas estabelecidas antecipadamente; e finalmente, que o exercício legítimo do poder é controlado por juízes independentes.

O ideal pleno do Estado burguês de direito culmina, assim, na judicialização de toda a vida do Estado, que se torna um “Estado de justiça”, no qual, para qualquer litígio, entre autoridades ou entre autoridades e indivíduos, ou entre indivíduos, existe um procedimento judicial que resolve isso. Mas com relação ao ideal da burguesia liberal, nosso autor repreendeu tal construção porque se esquece de que, a fim de ser o Estado de direito o pressuposto necessário para que tenham vigência e sejam obedecidas as normas que se aplicam aos órgãos judiciais que não dependam da existência de uma Constituição que preveja o princípio da divisão de poderes, mas que o poder do Estado não esteja preso em uma rede de poderes. A divisão de poderes não precisa estar acima de qualquer reforma ou revisão da

---

<sup>21</sup> SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Tradução de Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 2011. p. 175.

Constituição.<sup>22</sup> Acima da Constituição, o que o jurista colocará, como veremos, será um soberano que a proteja sem limites.

A mudança paradigmática de compreensão do direito em Carl Schmitt leva-o, imediatamente, a uma dissociação fenomênica muito incomum na tradição do pensamento jurídico contemporâneo. Pela maioria liberal dos juristas, os limites do direito são os limites do próprio Estado. Assim apregoava Kelsen, para quem direito e Estado se confundem. No entanto, para Carl Schmitt, lastreado na exceção como anúncio do soberano e como compreensão do próprio direito, passa a ser clara a distinção entre dois níveis de fenômenos: de um lado, o direito e a norma; de outro, o soberano e a política. O Estado paira sobre o direito, e lhe é superior. O poder está acima da norma jurídica. O Estado é maior que as normas jurídicas. A exceção é o ele entre o poder soberano e o direito. O direito não se revela numa unidade, como um dado monístico, puramente normativo. Ao contrário da pureza proposta por Kelsen, Carl Schmitt “existencializa” o direito, exprimindo-o num todo situacional.<sup>23</sup>

O mesmo vale para a relação com a economia:

A partir da pretensão de ser mais do que o econômico, cresce para o político a necessidade de se referir a outras categorias além da produção e do consumo. É estranho, para dizê-lo mais uma vez, que os patrões capitalistas e os proletários socialistas considerem unanimemente a pretensão do político como uma usurpação e, a partir do seu pensar econômico, sintam o poder dominante dos políticos como “não objectivo”. Visto de um modo politicamente consequente, isso significa aliás apenas que determinados agrupamentos sociais de poder – os poderes patrões privados ou os trabalhadores organizados de determinadas fábricas ou ramos da indústria – utilizam a sua posição no processo de produção para tomar nas mãos o poder estatal. Se eles se voltam contra os políticos e a política enquanto tais, eles referem-se a um poder político concreto, a um poder político que por enquanto ainda está no seu caminho. Se eles conseguirem pô-lo de lado, então também a construção da oposição de um pensar econômico e de um pensar político perderá o seu interesse, e surge

---

<sup>22</sup> SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Tradução de Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 2011. p. 94.

<sup>23</sup> MASCARO, Alyson Leandro Barbate. *Filosofia do direito*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 412.

um novo tipo de política do novo poder, estabelecido sobre uma base econômica.<sup>24</sup>

Assim, na teoria constitucional de Schmitt, o dogma de que qualquer sociedade na qual a separação de poderes não está estabelecida não tem uma Constituição não é imprescindível ter uma ordem política que respeite os direitos e liberdades individuais que, por outro lado, se compadece perfeitamente, como foi indicado, com seu conceito particular de Constituição e sua desconfiança em relação a qualquer tipo de pluralismo político. Mais uma vez, a escolha política do autor contra Weimar é evidente em sua análise da técnica de “distinção de poderes”. Para não perder de vista essa república, não encontrará razões para pôr freios e contrapesos em um poder que em dado momento possa a pôr fim a isto. A consideração negativa da natureza humana não o impede de confiar na bondade dos governantes no exercício do poder; pelo contrário, serve como argumento para dispensar qualquer limitação.

## 4 O defensor da Constituição

O Estado liberal de direito atribui aos tribunais a solução de todos os tipos de controvérsias, inclusive as de ordem constitucional. Se essa função é pouco discutida quando se trata de conflitos de natureza civil, criminal ou administrativa, a questão se torna problemática quando é necessário resolver disputas de natureza política, como quando, por exemplo, a constitucionalidade de determinada lei deve ser julgada ou decidida sobre um conflito de competências entre o Estado e um dos seus territórios. A questão subjacente é como legitimamente um tribunal pode processar atos ou normas de outros ramos do governo democraticamente eleitos.

### 4.1 Quem deve proteger a Constituição?

O dogma da divisão de poderes implica, como vimos, que o Judiciário é, até certo ponto, “nulo”, ou tanto quanto Schmitt diria que o poder do juiz é muito mais *auctoritas* que *potestas*.<sup>25</sup> No pensamento mais ortodoxo deste princípio, o juiz deve limitar-se a aplicar a lei ao caso que lhe é oferecido e não pode entrar para

---

<sup>24</sup> SCHMITT, Carl. *Catolicismo romano e forma política*. Tradução de Alexandre Franco de Sá. Lisboa: Hugin, 1998. p. 31.

<sup>25</sup> SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución*. Tradução Manuel Sánchez Sarto. Madrid: Tecnos, 1983. p. 219.

julgar se a lei se conforma ou não à Constituição com o propósito de garantir a prevalência dela. O significado, a justificativa e a confirmação da decisão do juiz redundarão em seu prestígio, em sua *auctoritas*, mas ele simplesmente se submeteu, o que não significa que ele não possa recorrer à analogia legal ou que ele use qualquer um dos métodos de interpretação das normas (literal, teleológico, histórico e sistemático).

No entanto, a história constitucional revelou essa ortodoxia desde o início. O Judiciário americano logo se juntou aos “heterodoxos” para garantir a aplicação da Constituição da União. O “federalista” entendeu que os tribunais são um corpo intermediário entre o povo e o legislativo, que é responsável pela interpretação das leis, interpretação que deveria preferir, quando há uma discrepância entre a Constituição e a lei ordinária, a Constituição, a intenção do povo a intenção de seus líderes, sem que isso implique de alguma forma a superioridade do Poder Judiciário sobre o Legislativo. Desta forma, o controle difuso da constitucionalidade das leis contrárias à Constituição invadiu a teoria constitucional. Restou apenas para o Juiz Marshall o desenvolver e aplicar como fez no famoso caso de *Marbury v. Madison* (24.2.1803).

O constitucionalismo europeu, graças a Kelsen, especialmente desde a criação do primeiro Tribunal Constitucional pela Constituição austríaca de 1<sup>o</sup>.10.1920 (arts. 137 a 152), também acabou por confiar a um órgão judicial, embora de uma maneira concentrada, a defesa da Constituição. A própria evolução do constitucionalismo no continente europeu também reforçou o papel do Poder Judiciário em geral como um dos poderes essenciais para a defesa da ordem democrática e seus valores morais permanentes: liberdade, igualdade, justiça e pluralismo político, devido à profusão normativa que caracteriza os Estados modernos e que obriga a desenvolver uma tarefa gigantesca de interpretação que abre o caminho, como indicou García-Pelayo, a uma criação normativa através da jurisprudência e do direito de criação judicial.<sup>26</sup>

Nem o Estado dos partidos nem o fenômeno da superação ou os possíveis abusos do legislador passaram despercebidos a Schmitt. Eles se devem, como se viu em suas primeiras críticas a este Estado, à acusação aos partidos de Weimar de penetrar nas instituições do Estado e usá-las no seu próprio interesse, levando ao colapso do Estado. Também se pode relembrar a expressão “legislador motorizado” (*der motorisierte Gesetzgeber*), utilizada no ciclo de conferências realizadas entre 1943 e 1944 (Bucareste, Budapeste, Madrid, Coimbra, Barcelona e Leipzig), que repercutiu nos modos de produção normativa,

<sup>26</sup> GARCÍA-PELAYO, Manuel. Algunos temas de derecho constitucional contemporáneo. *Revista de la Facultad de Derecho UCAB*, v. 23, p. 273-293, 1977. p. 281.

baseados em incessantes decretos, regulamentos e ordens, característicos dos países europeus, depois de passarem todos, em certa medida, pelas experiências de guerra e pós-guerra, mobilização e desmobilização, revolução e ditadura, inflação e deflação.

Neste estado de coisas, pode a Justiça proteger a Constituição, autenticamente definir o conteúdo de preceitos constitucionais imprecisos ou estabelecer um contrapeso ao Poder Legislativo? A resposta do nosso autor será negativa. Para o jurista, atribuir a um Tribunal de Justiça a proteção da ordem constitucional supõe partir da falsa e abstrata ideia que se tem do Estado de direito de que este pode legalmente resolver qualquer litígio, inclusive os de natureza política. Tal Tribunal seria fácil de capturar e influenciar. A extensão da jurisdição ao âmbito da política só pode causar danos a ela. Buscando a autoridade de Guizot, ele afirmará que nunca será repetido o suficiente para que com tais juridificações “la política no tiene nada que ganar, y la Justicia puede perderlo todo”. A Constituição, para ele, como sabemos, não é um contrato nem um compromisso, pois acusa Kelsen de afirmar erroneamente; é uma decisão política positiva estabelecida por meio de um ato unilateral, embora a situação de federalismo, policracia e pluralismo tenha levado as diferentes facções a “afirmar sua Constituição”, seus direitos no contrato, perante a Justiça Constitucional. A instituição de tal protetor da Constituição, conclui Schmitt, seria diametralmente oposta ao princípio democrático, transferindo essas funções para uma “aristocracia de toga”.<sup>27</sup>

Quem, então, detém a posição de *Lord Protector*? Ao presidente do *Reich*, magistratura, de acordo com Schmitt, construídos sobre fundamentos plebiscitários, que por sua configuração constitucional estável, independente em relação aos partidos políticos, e com poderes excepcionais, são revelados como instituição neutra, ligada de modo direto com a vontade do povo alemão e com autoridade suficiente para se tornar o guardião da unidade constitucional e da integridade da nação.<sup>28</sup>

A opção presidencial de nosso autor significava, nas palavras de Kelsen, exumar o lixo mais antigo do sótão do teatro constitucional: a doutrina do *pouvoir modérateur* de Constant. Como não foi possível explicitar o verdadeiro objetivo político de fugir das garantias e limites estabelecidos pela Norma Fundamental, a questão foi disfarçada com a doutrina de que a garantia da Constituição era o chefe de Estado contra um princípio elementar de que ninguém pode ser um juiz

<sup>27</sup> SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución*. Tradução Manuel Sánchez Sarto. Madrid: Tecnos, 1983. p. 57.

<sup>28</sup> SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución*. Tradução Manuel Sánchez Sarto. Madrid: Tecnos, 1983. p. 59.

de sua própria causa, e contra a experiência histórica que mostrou que o governo foi quem colocou em perigo a Constituição.<sup>29</sup>

Mas quem mais se o presidente do *Reich* poderia nomear Schmitt como defensor da Constituição? Quem poderia realizar essa magistratura quando a Constituição tivesse sido previamente definida existencialmente como a decisão de um povo de viver de acordo com um modo de vida; quando o Estado foi exaltado como unidade política ideal de coexistência pacífica de um povo em um território fechado ao exterior; quando a morte da monarquia tinha sido certificada e se sustentava que a democracia consistia em um povo homogêneo que aclamava seu líder, desconfiado do voto secreto; o parlamento era considerado o principal inimigo da ordem política interna, veículo além do pluralismo partidário; e foi dito que a proteção que surgiu do Estado judicial não era útil, porque geralmente era *a posteriori* e carecia de legitimidade democrática?

A figura do presidente do *Reich* foi assim descoberta, de acordo com estas premissas, como a mais adequada para defender a Constituição. Em primeiro lugar, de acordo com o nosso pensador, por razões de eficácia histórica: a revolução de 1848 na Alemanha foi contida pela política de Bismarck, que manteve o rei na liderança política do Estado, afastando a ameaça parlamentar. A burguesia liberal chamou este regime de pseudoconstitucionalismo e não teve sucesso, isto é, um regime em que o governo dependia do parlamento (*Reichstag*).

Além disso, por razões de lógica constitucional e espiritual: a única opção para manter a ordem antes do esgotamento da monarquia, a irrupção do princípio democrático e a natureza perturbadora de sufrágio universal é uma

dirección política basada directamente en la confianza de las masas. Si se logra tal dirección (Führung), se habrá creado una nueva representación llena de vigor. Pero entonces es una representación contra el Parlamento, cuya pretensión tradicional de ser una representación habría concluido.

A liderança seria alcançada por aclamação pública do presidente, o que daria legitimidade democrática, tornando-se o autêntico poder neutro, *pouvoir modérateur*, representante do *Reich* e defensor da Constituição, acima das coalizões e burocracias partidárias. Hindenburg seria o exemplo, para

la autoridad y confianza que encuentra el Presidente Hindenburg en la mayor parte del pueblo alemán, por encima de los límites de partido,

<sup>29</sup> KELSEN, Hans. ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución? Tradução de Roberto Brie. Madrid: Tecnos, 1995. p. 11.

procede todavía de tradiciones e impresiones que se formaron antes de la presente situación constitucional. Esa autoridad y confianza surgió en la guerra y durante la catástrofe.<sup>30</sup>

Desde que, no presidente – disse Schmitt – a confiança de um povo se reúne e, é verdadeiramente o único órgão representativo e com legitimidade suficiente para agir em defesa do *Reich*, fica sem sentido tê-lo como figura decorativa, reduzindo duas funções a funções protocolares. Deve ser reforçada a sua posição dentro da Constituição e para isso há que se interpretar extensivamente suas prerrogativas de dissolução do Reichstag, como uma ferramenta para evitar bloqueios de mudança de maiorias partidárias, bem como os seus amplos poderes de ação durante o estado de emergência, justificando, assim, uma “Ditadura comissária” para proteger o povo alemão de seus inimigos.<sup>31</sup>

Como Kelsen demonstrou, tornar o presidente do *Reich* o mais importante defensor da Constituição Republicana não tinha sentido. Nas democracias parlamentares, o chefe de Estado representa visivelmente sua unidade, mas apenas do ponto de vista simbólico. Fingindo que este monarca secularizado é o arquiteto de unidade política, apresentado “cientificamente”, não é mais do que outra maneira de esconder a contraposição real de interesses existentes na sociedade e da própria escolha política e ideológica, abusando da valoração positiva que a ciência geralmente merece. Ademais, o chefe de Estado não gera a Constituição, mas está sujeito a ela. A eleição democrática do chefe de Estado não garante sua independência nem seu papel de equilibrar interesses antagônicos, já que está sob a pressão dos partidos políticos. Diagnosticar o fracasso do parlamentarismo era algo que desmentia Áustria, França, Grã-Bretanha e os Estados nórdicos, mas condená-los como um inimigo do Estado, que queria destruir sua unidade ante quem o defende, não era senão reproduzir “con atavíos de Derecho público la leyenda de Ormuz y Ahrimán”.<sup>32</sup>

O esforço e a paciência empregados por Kelsen para desfazer ponto a ponto a doutrina ideológica de Schmitt sobre o defensor da Constituição merecem admiração. O jurista tentou refutar a leitura ditatorial que o alemão estava fazendo da Constituição de Weimar, expondo sua opção ideológica, contrária a qualquer forma de democracia, não apenas parlamentar, mas também presidencialista.

A única democracia válida para Schmitt é a que funciona sem o sufrágio universal e com aclamação nacional de um presidente que põe fim ao pluralismo

<sup>30</sup> SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Tradução de Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 2011. p. 303.

<sup>31</sup> SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Tradução de Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 2011. p. 126.

<sup>32</sup> KELSEN, Hans. *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Tradução de Roberto Brie. Madrid: Tecnos, 1995. p. 59.

partidário, criando e mantendo a ordem política, de tal forma que o governo receba a denominação mais adequada de ditadura plebiscitária, bonapartista ou populista, ficando difícil chamá-la de “democracia autêntica” ou “ditadura soberana”, por mais espiritual ou cheia de significado que a expressão pareça.

O parlamentarismo ou o presidencialismo não são opções do governo para nosso autor, porque neles subsistiriam o sufrágio universal e o pluralismo partidário, os piores inimigos da unidade política. A apoteose interpretativa que ele realiza sobre as possibilidades do art. 48 da Constituição de Weimar às vezes dá a falsa impressão de que Schmitt se move dentro dos parâmetros constitucionais do regime, buscando uma maneira de fortalecer o Executivo. Mas, em verdade, essa conclusão não está correta. Schmitt sempre foi contra o voto secreto e o pluralismo político. Suas reservas a respeito de um presidente eleito durante as eleições aparecem a cada momento: tal presidente seria indesejável, já que em sua eleição ele seria exposto à contaminação da política partidária, “toda persona que penetra en lo público-político se sitúa muy pronto en la política de partido” qualquer pessoa que penetra no público”.

Mais uma vez, ele vai a Donoso, “frente a la maldad radical, la ditadura”. Porém não uma “ditadura comissária”, prevista como magistratura de exceção pelo próprio Estado de direito, no qual o art. 48 é um bom exemplo, mas uma “ditadura soberana”, que não apela para a Constituição existente, mas que pretende implementar, cuja legitimidade deriva do seu exercício e, de maneira imediata, do relatório do poder constituinte do povo.<sup>33</sup>

Embora as palavras de Schmitt possam ser confusas, a tradução é simples: como a Constituição de Weimar é um texto formalista e aberto a um pluralismo partidário e federal que dissolve a unidade política, não se pode dizer que o povo alemão é constituído de acordo com seu verdadeiro modo de ser, de modo que uma tomada de poder sem ancorar naquele texto vazio, que visa implementar uma Constituição autêntica, seria legitimada tanto por si como pelo próprio poder constituinte do povo, ainda que informalmente, até que seja definitivamente constituído de acordo com sua própria substância. Em poucas palavras, que, mais uma vez, o *putsch* contra Weimar, Genebra e Versalhes é legítimo.

## 4.2 O caso do “golpe contra a Prússia”

A questão da defesa da Constituição não ficou só no debate acadêmico, possuindo uma aplicação prática imediata durante o chamado “golpe contra a

---

<sup>33</sup> SCHMITT, Carl. *La dictadura*. Tradução de José Díaz Garcia. Madrid: Revista do Occidente, 1968. p. 182.

Prússia” (*Preußenschlag*) de 20.7.1932, que segundo historiadores marcou o começo do fim da República de Weimar. Naquela época, Schmitt estava ligado aos governos de Papen e Schleicher, apoiados pelos nacional-socialistas (NSDAP) e nacionalistas (DNVP), encarregado de justificar juridicamente o programa de substituição da República Federal por um Estado unitário.

O caso pode ser resumido da seguinte forma: usando os poderes do art. 48 da Constituição, o Chanceler Papen foi nomeado por decreto Comissário do *Reich* para a Prússia. O governo de coalizão do *Land* prussiano, presidido pelo socialista Otto Braun, foi deposto, um estado de sítio foi declarado e o exército (*Reichswehr*) foi encarregado de manter a ordem. A autonomia do principal estado alemão foi eliminada. A aliança entre os nazistas (vencedores das eleições de 31 de julho daquele ano), o governo e o exército garantiu o triunfo do golpe. Em conformidade com as disposições do art. 19 da Constituição, a Prússia interpôs o litígio perante o Tribunal Estadual de Leipzig (*Staatgerichtshof*), acrescentando à demanda os estados da Baviera e Baden, que haviam sido submetidos a uma ação semelhante. Para defender a posição do *Reich*, Papen tinha os professores Schmitt, Jacobi e Bilfinger que tiveram como adversários os professores Anschütz, Nawiasky, Heller, Giese, Peters e Brecht. A Corte, em sua decisão de 25.10.1932, confirmou parcialmente a constitucionalidade do decreto, em relação ao controle da Prússia pela Federação, colocando fim ao dualismo reich-prussiano.<sup>34</sup>

O argumento de Schmitt em favor da constitucionalidade da medida se resumiu ao encerramento, com foco em dois conceitos-chave: o “defensor da Constituição” (*Hüter der Verfassung*) e a “honra e a dignidade da Prússia” (*Ehre und Dignität Preußens*). Para nosso advogado, não se pode argumentar que o *Staatsgerichtshof* era o defensor da Constituição, mas apenas por motivos legais. Como a Constituição era, em primeiro lugar, uma ordem política, essa proteção legal era claramente insuficiente e exigia um órgão político capaz de preservar a ordem constitucional; tal instância não era outra senão a do presidente do *Reich*, cujos atos, protegidos pelo art. 48, fizeram dele o verdadeiro garante constitucional. Nesse sentido, era preciso entender a nomeação de um comissário para a Prússia, cuja “honra e dignidade” havia sido salvaguardada por Hindenburg. O presidente, como aconteceu em 1866, mais uma vez garantiu a unidade nacional, obra da antiga Prússia, então ameaçada pela Federação e agora pelo Estado federal dos partidos.

No início de 1933, Schmitt verificou o fim das possibilidades que haviam constatado na “ditadura” do presidente do *Reich*. Agora foi a vez do Terceiro *Reich* e do *Führerprinzip* garantirem a vitória em sua luta secular contra o liberalismo, o *Diktat* de Versalhes e a ameaça comunista.

<sup>34</sup> CUMIN, David. *Carl Schmitt, Biographie politique et intellectuelle*. Paris: Cerf, 2005. p. 119.

### 4.3 O *Führer* protege a lei

Em um curto espaço de tempo, combinando legalidade e coerção, Hitler e seu partido assumiram o poder total na Alemanha. A população aceitou principalmente uma ditadura de partido único totalitário em um estado unitário disposto a suprimir qualquer ameaça interna e corrigir as consequências de Versalhes.

Em 1º.5.1933, Schmitt manteve posição no grupo local em Colônia e, como muitos outros, foi inscrito no Partido Nazista, com número 298.860. O jornal oficial do partido na Renânia, o *Westdeutscher Beobachter*, divulgou amplamente a “boa notícia”. Graças às recomendações de Göring, Popitz e Frank, Schmitt foi nomeado conselheiro do Estado prussiano, aceitou o cargo de professor de Direito Público na Universidade de Berlim, foi recebido como um membro da Academia de Jurisprudência e da comissão para a reforma do ensino superior, responsável pela depuração da universidade e para treinar a elite do partido, dirigiu a Liga Nacional-Socialista de juristas alemães, e se tornou o diretor da *Deutsche Juristen-Zeitung*, a revista jurídica mais prestigiada da Alemanha, substituindo Otto Liebmann.<sup>35</sup>

Sob o novo regime, Schmitt atingiu o auge de sua carreira, celebrada no comunicado *das gute Recht der deutschen Revolution* (o bom direito próprio da revolução alemã) e comemorou a liquidação de Versalhes, do Estado liberal de direito e da conspiração da ameaça comunista. O momento desta libertação e a fundação de uma nova ordem veio, de acordo com o nosso autor, quando, em 30.1.1933, o Marechal Hindenburg nomeou um soldado político, Adolf Hitler, chanceler do *Reich*, o autêntico defensor da Constituição e protetor do direito.

As expressões desta euforia são os textos de 1933-1934, em que, sem renunciar à idealização do estado, ou ao seu decisionismo, nem o seu carinho antidemocrática, ele teve o cuidado de estar atento para se adaptar ao vocabulário do regime. Em vez de falar abertamente sobre o decisionismo, ele teorizou sobre “ordens concretas”. Se até aquele momento ele havia acusado os partidos políticos de devorarem a carne do *Leviathan*, a partir de agora o Partido Nazista se tornaria uma das peças-chave para a articulação da nova situação constitucional, caracterizada porque a unidade política repousava sobre a tripla articulação do Estado, do movimento e do povo, como explicado em *Staat, Bewegung, Volk. Die Drei Gliederung der politischen Einheit*.<sup>36</sup>

Antes de cair em desgraça em 1936, acusado por seus inimigos dentro do regime, Alfred Rosenberg e Reinhard Höhn, de ser um “violeta de março”, ainda haveria tempo para louvar e qualificar uma das ações mais implacáveis de Hitler

<sup>35</sup> NOACK, Paul. *Carl Schmitt. Eine Biographie*. Berlim: Propyläen, 1993. p. 178.

<sup>36</sup> NEUMANN, Franz. *Behemoth pensamiento y accion en el nacional socialismo*. Tradução de Vicente Herrero y Javier Márquez. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2005. p. 86.

como um caso típico de exercício de soberania para a defesa da ordem constitucional.

A conquista do poder pelos nazistas foi um sucesso, mas uma segunda revolução ainda estava pendente: a de participar da administração de grandes empresas e ocupar os postos de comando civis e militares. No entanto, em julho de 1933, Hitler já havia certificado para a revolução e expressou seu desejo de trabalhar estreitamente com os grandes industriais, o que se opunha Secções de Assalto (SA), e com alguns membros do partido que exigiu um desenvolvimento corporativo da economia nacional.

Os círculos conservadores – em cujo entorno Schmitt se encontrava – se inquietaram e questionaram os “camisas marrons”. As exigências da SA proporcionaram uma segunda chance para encurralar Hitler e estabelecer um Estado autoritário sem partidos. Em 17.6.1934, Von Papen fez seu discurso em Marburgo, que denunciou a “escória”, produzida pela situação revolucionária.

Hitler estava entre duas frentes. Em 30.6.1934, ele resolveu a dupla ameaça, livrando-se de seu problema. Ele ordenou a prisão e execução dos líderes da SA, que foram acusados de alta traição, e também outros personagens desconfortáveis. Ernst Röhm, chefe da SA, que havia lançado Hitler em sua carreira política de Munique, foi executado; o general Von Schleicher, seu antecessor na chancelaria, foi assassinado junto com sua esposa; e também Gregor Strasser, seu antigo rival na direção do partido; Edgar Jung, defensor da “revolução conservadora” e autor dos discursos de von Papen.

Satisfeitos com a “Noite das Facas Longas”, Blomberg e Hindenburg enviaram telegramas de agradecimento a Hitler. Sua ação foi legalizada imediatamente com a aprovação e promulgação da Lei de Medidas do Estado de Emergência (*Das Gesetz über Maßnahmen der Staatsnotwehr*, de 3.7.1934). Em 13 de julho, o *Führer* foi ao *Reichstag* e justificou o uso do terror pela suprema autoridade legal do povo alemão. Ninguém deveria o censurar por não ter usado os tribunais comuns para julgar; na época, ele era responsável pelo destino da nação alemã e, portanto, juiz supremo do povo alemão. Ele não queria condenar o jovem *Reich* ao mesmo destino que o velho sofreu.

Em 1º.8.1934, um dia antes da morte de Hindenburg, os cargos de presidente e de chanceler do *Reich* foram fundidos. O *Führerstaat* e o *Führerprinzip* materializaram-se na identificação da vontade de Hitler com a do povo e do Estado. O *Führer* tornou-se governante, legislador e juiz supremo e infalível; era preciso jurar lealdade com o sacrifício da própria vida.<sup>37</sup>

<sup>37</sup> NEUMANN, Franz. *Behemoth pensamiento y accion en el nacional socialismo*. Tradução de Vicente Herrero y Javier Márquez. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2005. p. 83.

Na mesma data, o *Deutsche Juristen-Zeitung* publicou uma manchete sobre as “ações especiais”. Naquela noite, em um pequeno artigo, intitulado *O Führer protege a lei*, Schmitt comentou o discurso de Hitler daquele 13 de julho e, nele, o *Führer* era elevado à categoria de protetor da Constituição e ditador soberano. O jurista também enfatizou sua coragem em afastar a traição de seus subordinados e justificou suas ações em defesa da legítima defesa do direito, do Estado e da sociedade contra os piores abusos de seus inimigos internos e externos, explícitos ou não, atuais ou futuros. O *Führer* enfrentou o perigo diretamente e atuou como juiz supremo, empoderado por seu *status* de líder. Para nosso autor, uma mentalidade liberal, guiada pela previsibilidade jurídica, cálculo racional e lucro teria sido incapaz de arriscar qualquer coisa em tal situação. Mas é esse pensamento estéril e a legalidade vazia de uma falsa neutralidade e não a ação do *Führer* que realmente leva à autodestruição do Estado.<sup>38</sup>

Foi discutido se a intenção de Schmitt ao escrever este artigo foi fornecer apoio expresso para Hitler ou, melhor, o que se pretendia era sutilmente indicar o *Führer* que, depois disso, deveria ajustar o seu comportamento à lei. Com esta controvérsia artificial, perde-se de vista que o papel de *Lord Protector* que o nosso jurista havia designado para o *Führer* não era outro senão mais um exemplo da tendência geral de seu pensamento de prescindir de qualquer forma de controle ou limitação de potência. Naquela “noite” não havia uma situação excepcional, nem qualquer direito de exceção foi aplicado, nem havia legalidade ordinária a que se referir após as execuções. A única coisa que havia ali era uma situação política difícil para Hitler, ameaçada de ser ultrapassada pela esquerda e pela direita. O *Führer* não queria ver truncada sua luta e foi essencial o apoio do exército e da grande indústria, de modo que, sendo prático, encerrou a até então bastante impopular SA, por meio de assassinatos brutais em que ele dispensou todos os procedimentos, ordinários ou sumários. A lei ordinária ou o Estado de direito que deveria servir como ponto de referência não existiam. O *Führer* era isento de qualquer limite legal e Schmitt emprestou sua “ditadura soberana”, gerando créditos com Hitler, oficiais militares e industriais que desejavam proteção de um Estado forte.

## Conclusão

Na teoria política do nosso autor, em última análise, obcecado em exorcizar a ameaça comunista e encerrar a situação de diminuição política e econômica da

---

<sup>38</sup> SCHMITT, Carl. El Führer defiende el derecho. In: AGUILAR, Héctor Orestes (Org.). *Carl Schmitt, teólogo de la política*. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2001. p. 114-118.

Alemanha, por causa do *Diktat* de Versalhes, não é cabível a imposição de nenhum limite ao poder, contanto que ele faça o que deve ser feito para cancelar a situação. Embora Schmitt esteja ciente da máxima política de que todo o poder deve ser institucionalizado se você quiser durar, ou seja, transformar a sua factualidade em juridicidade, a solução que oferece para a articulação do regime político leva a um estado de exceção permanente, sem estar sujeito a nenhuma normatividade. Dado que seu pensamento se concentra principalmente no excepcional, é lógico afetar o tempo da decisão constitucional, mas ignorar o desenvolvimento da comunidade política por trás da situação fundacional e desconsiderar qualquer técnica de controle do poder político, como exemplo, a divisão de poderes ou o controle judicial dos atos do governo ou do Legislativo, fazem dele o maior teórico da ditadura de todos os tempos, e em uma ditadura, naturalmente, o poder judicial é nulo.

Schmitt demonstra com isso um viés do poder do Estado que se situa acima das funções ordinárias do Estado (questões reservadas ao Legislativo e ao Judiciário) e é capaz de fundar ou modificar o próprio Estado, visando à sobrevivência e integridade do próprio Estado.

Com isso, Schmitt identifica um poder de autocriação do próprio Estado, concentrado, em sua opinião, nas mãos do Poder Executivo, único capaz de tomar decisões fortes que protejam o Estado. É interessante notar que esta vertente do poder do Estado identificada e desenvolvida por Schmitt é atemporal. Ao observarmos o conjunto de suas obras é fácil notar que há todo um processo de análise comparada com outros modelos políticos propostos por autores como Montesquieu e Benjamin Constant, bem como todo um processo de desconstrução de outros atores políticos que poderiam se transformar em guardiões da Constituição, daí as pesadas críticas do Parlamento na República de Weimar.

Um bom exemplo é o Brasil Pós-Constituição Federal de 1988. O Brasil adota um modelo de “guardião da Constituição”, porém, este poder está concentrado no Supremo Tribunal Federal, órgão que, ao menos em tese, cumula as funções de órgão de cúpula do Poder Judiciário (função ordinária) e guardião da Constituição. Recentes julgamentos demonstram esta afirmação, evidenciando que o STF muitas vezes extrapola o texto constitucional, reformulando aspectos estruturais do país. O enfrentamento da Covid-19 se encaixa perfeitamente neste exemplo. As decisões estruturantes e mais fundamentais, como a divisão de competências entre os entes federados, foram tomadas pelo STF – e sem muita crítica dos demais poderes –, enquanto as demais ações ficaram a cargo do Poder Executivo.

---

#### **Judicial power and the defense of the Constitution in Carl Schmitt**

**Abstract:** This article studies Carl Schmitt's considerations about the so-called “third power” of the state. First, with the help of the German jurist, the general doctrine of the division of powers and its

political significance is set forth. Next, his text *Gesetz und Urteil* (Law and Judgment) serves as a starting point for analyzing Schmitt's critique of Kelsenian normativism. In a third moment, the author's attacks on the liberal rule of law and his ideal of achieving a "rule of justice" will be examined. In the end, it is contemplated how the defender of the German Constitution exhibited his unlimited factual and legal faculties in history.

**Keywords:** Judiciary. Rule of law. Division of powers. Normativism. Decisionism. Dictatorship. Sovereignty. Führertum.

**Summary:** Introduction – **1** The Power of Judging – **2** Law and judgment in the crisis of legal positivism – **3** The liberal rule of law and the "State of justice" as an ideal – **4** The defender of the Constitution – Conclusion – References

---

## Referências

- CUMIN, David. *Carl Schmitt, Biographie politique et intellectuelle*. Paris: Cerf, 2005.
- DONOSO CORTÉS, Juan. *Discursos políticos*. Madrid: Tecnos, 2002.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel. Algunos temas de derecho constitucional contemporáneo. *Revista de la Facultad de Derecho UCAB*, v. 23, p. 273-293, 1977.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Alianza Editorial, 1999.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel. La división de poderes y su control jurisdiccional. *Revista de Derecho Político*, n. 18-19, p. 6-16, 1983.
- KELSEN, Hans. ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución? Tradução de Roberto Brie. Madrid: Tecnos, 1995.
- KELSEN, Hans. *Esencia y valor de la democracia*. Tradução de Rui Luengo Tapia. Barcelona: Labor, 1977.
- MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *O federalista*. São Paulo: Russel, 2009.
- MASCARO, Alyson Leandro Barbate. *Filosofia do direito*. São Paulo: Atlas, 2010.
- MENEZES, Daniel Francisco Nagao. *Carl Schmitt e a atuação do Estado na economia*. Belo Horizonte: Arraes, 2016.
- MONTESQUIEU, Charles Luis de Secondat. *Do espírito das leis*. São Paulo: Martin Claret, 2009.
- NEUMANN, Franz. *Behemoth pensamiento y accion en el nacional socialismo*. Tradução de Vicente Herrero y Javier Márquez. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2005.
- NOACK, Paul. *Carl Schmitt. Eine Biographie*. Berlin: Propyläen, 1993.
- SCHMITT, Carl. *Catolicismo romano e forma política*. Tradução de Alexandre Franco de Sá. Lisboa: Hugin, 1998.
- SCHMITT, Carl. El Führer defiende el derecho. In: AGUILAR, Héctor Orestes (Org.). *Carl Schmitt, teólogo de la política*. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2001. p. 114-118.
- SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución*. Tradução Manuel Sánchez Sarto. Madrid: Tecnos, 1983.
- SCHMITT, Carl. *La dictadura*. Tradução de José Díaz Garcia. Madrid: Revista do Occidente, 1968.

SCHMITT, Carl. *Legalidade e legitimidade*. Tradução de Tito Lívio Cruz Romão. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SCHMITT, Carl. Ley y juicio. In: SCHMITT, Carl. *Cuatro ensayos sobre el poder*. Tradução de Sebastián Abad. Buenos Aires: Hydra, 2004.

SCHMITT, Carl. *O conceito do político*. Teoria do partisan. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

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

SCHMITT, Carl. *Teología política*. Tradução de Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Tradução de Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 2011.

TOUCHARD, Jean. *Historia de las ideas políticas*. Tradução de Javier Pradera. Madrid: Tecnos, 1970.

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MENEZES, Daniel Francisco Nagao. O Poder Judiciário e a defesa da Constituição em Carl Schmitt. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 15, n. 45, p. 277-301, jul./dez. 2021.

---

Recebido em: 11.09.2019  
Pareceres: 17.04.2020; 20.10.2020  
Aprovado em: 21.01.2021